



2

AÑO / URTEA 2021
ISSN 2660-650X

LEG
 **AL**

LEGEBILTZARREKO
 **ALDIZKARIA**

REVISTA DEL
PARLAMENTO VASCO



OHOREZKO-KONTSEILUA: EUSKO LEGEBILTZARREKO MAHAIA CONSEJO DE HONOR: MESA DEL PARLAMENTAO VASCO

LEHENDAKARIA / PRESIDENTA: Bakartxo Tejeria Otermin

LEHEN LEHENDAKARIORDEA / VICEPRESIDENTE PRIMERO: Txarli Prieto San Vicente

BIGARREN LEHENDAKARIORDEA / VICEPRESIDENTA SEGUNDA: Eba Blanco de Angulo

LEHEN IDAZKARIA / SECRETARIO PRIMERO: Iñigo Iturrate Ibarra

BIGARREN IDAZKARIA / SECRETARIO SEGUNDO: Gustavo Angulo García

ERREDAKZIO-KONTSEILUA / CONSEJO DE REDACCIÓN:

ZUZENDARIA / DIRECTOR: Andoni Iturbe Mach

ERREDAKZIO ZUZENDARIA / DIRECTORA DE REDACCIÓN: Montserrat Auzmendi del Solar

ERREDAKZIO KOORDINATZAILEA / COORDINADORA DE REDACCIÓN: Charo Valverde Tejedor

KONTSEILUKIDEAK / VOCALES: Arantza Andueza Gorosabel, Paloma Biglino Campos, Santiago Larrazabal Basañez, Eduardo Mancisidor Artaraz, Ángel Serrano Chamizo, Maite Zelaia Garagarza

AHOLKU-KONTSEILUA / CONSEJO ASESOR:

Agüeras Angulo, Carmen

Álvarez García, Vicente

Álvarez Vélez, María Isabel

Andrés Sáenz de Santa María, M^a Paz

Apellániz Barrio, Jorge

Arce Janáriz, Alberto

Bullain López, Iñigo

Caamaño Domínguez, Francisco

Cámara Villar, Gregorio

Carmona Contreras, Ana María

Castellá Andreu, Josep María

Cauero Gómez, Manuel

Cobrerros Mendazona, Edorta

Corchete Martín, María José

Doménech Alegre, Silvia

Elvira Perales, Ascensión

Fdez de Simón Bermejo, Encarnación

Fernández Rodríguez, José Julio

Fossas Espalder, Enric

García Escudero, Piedad

García Guerrero, José Luis

García Roca, Javier

Goizueta Vertiz, Juana María

González Pascual, María Isabel

Iglesias Machado, Salvador

Jiménez Asensio, Rafael

López Basaguren, Alberto

Luppo, Nicola

Marañón Gómez, Raquel

Matía Portilla, Edmundo

Munar i Pascual, Esperança

Nohlen, Dieter

Ortega Santiago, Carlos

Pulido Quecedo, Manuel

Queralt Jimenez, Argelia

Reuenga Sánchez, Miguel

Ridao Martín, Joan

Ridaura Martínez, María Josefa

Ripollés Serrano, María Rosa

Sanz Pérez, Ángel Luis

Sarmiento Méndez, Xosé Antón

Tajadura Tejada, Javier María

Visiedo Mazón, Francisco J.



ZENBAKI HONETAKO EGILEAK COLABORAN EN ESTE NÚMERO

PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ. Magistrado emérito del Tribunal Supremo

M.^a NIEVES ARRESE IRIONDO. Profesora titular de Derecho Administrativo de la Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea

ASIER GARCÍA LUPIOLA. Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea

JULIA SEVILLA MERINO. Profesora honorífica de la Universitat de València

ALBERTO LÓPEZ BASAGUREN. Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea

ANA ABA CATOIRA. Universidade da Coruña

XOSÉ ANTÓN SARMIENTO MÉNDEZ. Universidade de Santiago de Compostela

EDUARDO MANCISIDOR ARTARAZ. Eusko Legebiltzarra / Parlamento Vasco

FRANCISCO CAAMAÑO DOMÍNGUEZ. Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidade da Coruña

OLGA HERRÁIZ SERRANO. Letrada de las Cortes de Aragón. Profesora asociada doctora de Derecho Administrativo de la Universidad de Zaragoza

MIQUEL PALOMARES AMAT. Letrado mayor del Parlamento de Cataluña. Profesor titular de Derecho Internacional Público de la Universidad de Barcelona

LEGAL aldizkaria ez da nahitaez identifikatzen argitalpen honen egileek adierazitako edukiekin eta iritziekin.

La revista LEGAL no se identifica necesariamente con los contenidos y las opiniones expresadas por los diferentes autores y autoras de esta publicación.

Legebiltzarreko Aldizkariaren edukiak sarbide irekian daude <http://legal.legbiltzarra.eus> helbidean, Creative Commons Aitortu-EzKomerziala-LanEratormirikGabe 4.0 Nazioartekoa lizentziapean. Erabiltzaileek artikuluetako testu osoak irakurri, deskargatu, kopia, banatu, inprimatu, bilatu edo lotu ditzakete, edo legezko beste edozein helburutarako erabili, editorearen edo egileen alde aurreko baimenik eskatu gabe. Erreproduzio eta banaketari dagokionez, muga bakarria testuak behar bezala errekonozitzea eta aipatzea da.

Todos los contenidos de la Revista del Parlamento Vasco LEGAL están disponibles en acceso abierto a través de <http://legal.legbiltzarra.eus> bajo la Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional. Las personas usuarias pueden leer, descargar, copiar, distribuir, imprimir, buscar o vincular los textos completos de los artículos, o utilizarlos para cualquier otro propósito legal, sin pedir permiso previo del editor o de sus autores. La única limitación en cuanto a reproducción y distribución es la del reconocimiento y citación adecuada de los textos.



SUMARIO / AURKIBIDEA

- 006** Presentación de la revista / Aldizkariaren aurkezpena

ESTUDIOS / AZTERLANAK

- 008** La independencia judicial y su endémico déficit de garantías
PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ
- 034** Atzerritarren askatasunerako eskubidea eta askatasun-gabetzea
atzerritartasunari buruzko araudiaren arabera*
M.ª NIEVES ARRESE IRIONDO
- 064** Europar Batasunaren legegintza sistema*
ASIER GARCÍA LUPIOLA
- 090** De la mera voluntad a la garantía del Derecho: las mujeres
en los parlamentos autonómicos
JULIA SEVILLA MERINO

TEMAS DE DEBATE / EZTABAIDAGAIK

- 136** Sobre elecciones en tiempo de pandemia: a propósito de la
suspensión de las elecciones en Euskadi y Galicia y de la anulación
de la suspensión de las elecciones en Cataluña.
ALBERTO LÓPEZ BASAGUREN

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA / JURISPRUDENTZIARI BURUZKO IRUZKINAK

- 172** El Tribunal Constitucional avala la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad
Ciudadana (“ley mordaza”): comentario de la STC 172/2020, de 19 de noviembre
ANA ABA CATOIRA

* Texto en castellano disponible en la versión electrónica de la revista <http://legal.legebiltzarra.eus>

- 190** La responsabilidad de los poderes públicos: comentario sobre la Sentencia 426/2020 de 27 de julio de 2020 (Sala Segunda del Tribunal Supremo)
XOSÉ ANTÓN SARMIENTO MÉNDEZ

INFORMES JURÍDICOS / TXOSTEN JURIDIKOAK

- 200** Informe en relación con el auto del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2003 extendiendo la disolución de un partido ilegalizado al correspondiente grupo parlamentario (Parlamento Vasco. 4.6.2003)
EDUARDO MANCISIDOR ARTARAZ

DOCUMENTOS / DOKUMENTUAK

- 228** Comparecencia de Francisco Rubio Llorente ante la Ponencia de Autogobierno del Parlamento Vasco (1.10.2014)
FRANCISCO RUBIO LLORENTE
Los demás, son la democracia: nota introductoria de
FRANCISCO CAAMAÑO DOMÍNGUEZ

SECCIÓN BIBLIOGRÁFICA / ATAL BIBLIOGRAFIKOAK

- 262** Ignazi, P. (2021). Partido y democracia: El desigual camino a la legitimación de los partidos. Madrid: Alianza
OLGA HERRÁIZ SERRANO
- 266** Tudela Aranda, J. (2020). El Parlamento en tiempos críticos: nuevos y viejos temas del Parlamento. Madrid: Marcial Pons
MIQUEL PALOMARES AMAT

AURKEZPENA

Montserrat Auzmendi del Solar

Erredakzio zuzendaria

Ia urtebete igaro da *LEGAL – Legebiltzarreko Aldizkaria* sortu zenetik, eta poz handiz aurkezten dizuegu argitalpen honen bigarren zenbakia.

Urte zaila izan da guztiontzat, ziurgabetasunez betea, baina hausnarketa eta ikerketa ez dira falta izan, eta horien ondorioz zure interesekoak izatea espero ditugun edukiak eskaintzen ditugu.

Lehenengo zenbakian “muineko gaiak” protagonistak izan baziren, bigarren ale hau “ikuspegi pertsonalek” markatzen dutela uste dugu. Iazko aurkezpenean aurreratu genuenez, gure aldizkariarekin eztabaida piztea zen gure asmoetako bat. Pentsamendu-askatasuna, mugarik gabe, eta ikuspuntu ezberdinak eskaintzea dira gure printzipio inspiratzaileetako batzuk.

Independentzia judiziala, Perfecto Andrés Ibáñezek ale honetan jorratua, edo hauteskunde autonomikoen gorabeherak pandemia garaian, Alberto López Basagurenok aztertutako gaia, hainbat prismatik ikus daitezkeen gaiak dira. Gure autoreen ikuspegiak ez zaituzte axolagabe utziko. Bestalde, Julia Sevilla Merinok bere ikuspuntu berezitik aztertzen du emakumeek politikan duten parte-hartzearen bilakaera.

Ekarpen pedagogikoak ere baditugu, hala nola Europar Batasuneko sistema legegilearen azterketa, Asier García Lupiolaren eskutik.

Eta gure aldizkarian ezinbestekoa da arreta berezia jartzea oinarritzko eskubideen azterketan. Nieves Arrese Iriondok atzerritarren askatasunerako eskubidearen gaian sakontzen du.

Lan bikain hauez gain, Francisco Rubio Llorente irakaslearen omenezko dokumentu bat dugu –Eusko Legebiltzarrean egindako agerraldietako bat–, Francisco Caamaño Domínguezek aurkeztua, baita Eduardo Mancisidor Artarazek bere garaian egindako eta egileak berak aurkeztutako txosten juridiko bat ere.

Jurisprudentziako iruzkinen atalean, Ana Aba Catoirek eta Xosé Antón Sarmiento Méndezek iazko bi adierazpen garrantzitsuri buruzko begirada pertsonala eskaintzen digute.

Bigarren zenbaki hau Olga Herráiz Serranok eta Miquel Palomares Amatek egindako bi aipamen bibliografikok osatzen dute.

Amaitzeko, eskerrak ematen dizkiet modu batera edo bestera entrega berri hau argitara ateratzen lagundu duten pertsona guztiei, eta espero dut eskaintzen dizuegun edukia zuen gustukoa eta erabilgarria izango dela. Gure helburua da. ♦

PRESENTACIÓN

Montserrat Auzmendi del Solar

Directora de Redacción

Ha pasado ya casi un año desde el nacimiento de la *Revista del Parlamento Vasco – LEGAL – Legebiltzarreko Aldizkaria*, y con gran satisfacción les presentamos la segunda entrega de esta publicación.

Ha sido un año complicado para todos y todas, lleno de incertidumbres, pero en el que no ha faltado la reflexión, la investigación, fruto de las cuales ofrecemos contenidos que esperamos sean de su interés.

Si el primer número fue el de los “temas nucleares”, creemos que este segundo ejemplar está marcado por las “visiones personales”. Ya adelantábamos en la presentación del pasado año que una de nuestras pretensiones era la de suscitar debate con nuestra Revista. La libertad de pensamiento, sin cortapisas, y el ofrecer variedad de puntos de vista son algunos de nuestros principios inspiradores.

La independencia judicial, tratada en este número por Perfecto Andrés Ibáñez, o los avatares de las elecciones autonómicas en tiempo de pandemia, tema abordado por Alberto López Basaguren, son cuestiones que pueden ser observadas desde diferentes prismas. Las visiones de nuestros autores no les dejarán indiferentes. Por otra parte, la evolución de la participación de la mujer en la política es analizada por Julia Sevilla Merino, desde su particular punto de vista.

También tenemos aportaciones de carácter pedagógico, como el análisis del sistema legislativo de la Unión Europea, a cargo de Asier García Lupiola.

Y no podía faltar en nuestra revista una especial atención al estudio de los derechos fundamentales. Nieves Arrese Iriondo profundiza en el tema del derecho a la libertad de las personas extranjeras.

Además de estos excelentes trabajos, contamos con un documento/homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente –una de sus comparecencias en el Parlamento Vasco–, prologado por Francisco Caamaño Domínguez, así como con un informe jurídico elaborado en su día por Eduardo Mancisidor Artaraz y presentado por el propio autor.

Dentro de nuestra sección de comentarios jurisprudenciales, Ana Aba Catoira y Xosé Antón Sarmiento Méndez aportan su personal mirada acerca de dos relevantes pronunciamientos del pasado año.

Completan este segundo número dos reseñas bibliográficas, elaboradas por Olga Herráiz Serrano y Miquel Palomares Amat.

Termino agradeciendo a todas las personas que han contribuido de uno u otro modo a que esta nueva entrega salga a la luz, y confiando en que el contenido que ofrecemos sea de su agrado y utilidad. Es nuestro objetivo. ♦

LA INDEPENDENCIA JUDICIAL Y SU ENDÉMICO DÉFICIT DE GARANTÍAS

JUDICIAL INDEPENDENCE AND ITS ENDEMIC SHORTAGE OF GUARANTEES

Perfecto Andrés Ibáñez

Magistrado emérito del Tribunal Supremo

Cómo citar / Nola aipatu: Andrés Ibáñez, P. (2021). La independencia judicial y su endémico déficit de garantías. *Legebiltzarreko Aldizkaria - LEGAL - Revista del Parlamento Vasco*, 2: 8-33
<https://doi.org/10.47984/legal.2021.001>



RESUMEN

La independencia judicial es un valor a cuyo dilatado proceso de formación histórica han contribuido la experiencia práctica y la elaboración teórica, siempre en estrecha conflictual relación. En este trabajo se deja breve constancia de ese proceso, contemplando ambas vertientes del asunto. Luego se examina críticamente el modelo napoleónico de organización judicial, un verdadero hito, extraordinariamente difundido y particularmente negativo desde el punto de vista del principio que se considera, que además ha dejado su impronta en todas las organizaciones judiciales de procedencia europea continental. Se presta atención al dato sumamente significativo de la fácil integración funcional de los jueces de ese perfil en la experiencia europea de los nazifascismos y en otras dictaduras. Se discurre sobre las exigencias que el vigente constitucionalismo de derechos suscita en materia de modelo de juez y de estatuto judicial. Y, en fin, se pone el foco en la desoladora experiencia española del Consejo General del Poder Judicial.

PALABRAS CLAVE

Juez, independencia judicial, carrera judicial, estatuto judicial, estado constitucional de derecho, Consejo General del Poder Judicial.

ABSTRACT

Practical experience and theoretical elaboration (always in a close conflict relationship) have contributed to the long process of historical development of the value of judicial independence. This paper briefly presents this process considering both aspects of the matter. The author also analyses critically the napoleonic model of judicial organisation, a real landmark, extraordinarily widespread and particularly negative from the point of view of judicial independence, which has left its imprint on all judicial organisations in continental Europe. The paper pays attention to the extremely significant fact of the easy functional integration of judges with this profile in the European experience of nazism and fascism. The writer also reflects on the requirements imposed by the

current constitutionalism based on rights on the judicial role model and the judicial status. Finally, the paper focuses on the distressing Spanish experience concerning the General Council for the Judiciary.

KEYWORDS

Judge, judicial independence, judicial career, judiciary Statute, rule of law, General Council of the Judiciary.

LABURPENA

Independentzia judizialaren balioaren eratzeko historiakoaren prozesu luzean esperientzia praktikoa eta lantze teorikoa, betiere harreman gatazkatsu estuan, lagungarriak izan dira. Lan honetan prozesu horren berri ematen da labor-labor, gaiaren alde biak kontuan hartuz. Ondoren, azterketa kritikoa egiten zaio antolaketa judizialaren eredu napoleonikoari, benetako mugarrira

hura, izugarri hedatua eta bereziki negatiboa dena aztergai dugun printzipioaren ikuspegitik, gainera, Europa kontinentaleko jatorria duten erakunde judizial guztietan bere arrastoa utzi duena. Arreta jartzen zaio profil horretako epaileek nazismoaren eta faszismoaren zein beste diktaduren Europako esperientzian izan duten integrazio funtzional errazaren datu guztiz esanguratsuari. Eskubideetan oinarritutako konstituzionalismoak, egun indarrean dagoenak, epaile-ereduan eta estatutu judizialaren arloan sortzen dituen eskakizunei buruzko gogoeta egiten da. Eta, azkenik, arreta jartzen du Botere Judizialaren Kontseilu Nagusiaren esperientzia espainiar samingarrian.

GAKO-HITZAK

Epailea, independentzia judiziala, karrera judiziala, estatutu judiziala, zuzenbidezko estatu konstituzionala, Botere Judizialaren Kontseilu Nagusia.

SUMARIO

- I. PRELIMINAR.
- II. BREVE APUNTE HISTÓRICO.
- III. LA ELABORACIÓN TEÓRICA.
- IV. CARRERA JUDICIAL: EL PROBLEMÁTICO MODELO A LA VISTA DE LOS HECHOS.
- V. HACIA UN CAMBIO DE MODELO.
- VI. CONSTITUCIONALISMO DE DERECHOS Y MODELO DE JUEZ.
- VII. INDEPENDENCIA: REQUERIMIENTOS EN MATERIA DE ESTATUTO JUDICIAL.
- VIII. LA DESOLADORA EXPERIENCIA ESPAÑOLA ACTUAL.

BIBLIOGRAFÍA.

I. PRELIMINAR

Kelsen (2003: 53) lo expresó de manera sumamente sencilla: en origen “hubo (...) solo jurisdicción”. Y esto es algo que muy bien puede predicarse de cualquier grupo humano mínimamente organizado que, por lo general, contará con alguna instancia (institucional en el más amplio sentido), investida de cierta legitimidad y de la autoridad necesaria para dirimir los conflictos entre los asociados, con referencia a alguna clase de normas. Al respecto, cabría hablar de una constante, de una especie de universal.

Seguramente, otro universal es el constituido por la recurrencia de una atávica desconfianza hacia el uso del poder que se expresa en el ejercicio de esta función, en un marco de inevitable, a veces enorme discrecionalidad. Se trata de una actitud con manifestaciones históricas tan expresivas como la representada por el régimen de las ordalías y el de la prueba legal que le siguió. En efecto, pues sin duda, es la que, dando por cierta la existencia de un ser superior providente, debió animar la pretensión de *llamarle en causa* (nunca mejor dicho) para trasladarle la responsabilidad del juicio, por su presumible interés en el desarrollo de los asuntos humanos, el de la justicia en particular, vista su relevancia. Y otro tanto cabe decir del segundo régimen aludido, fundado en la previa atribución de un valor convictivo fijo a lo aportado por cada medio probatorio, con objeto de dotar de una seguridad tendencialmente objetiva a los criterios de decisión, *puenteando*, diríamos hoy, al juzgador.

Las aludidas cautelas tienen sobrado fundamento, tratándose de ese poder “tan terrible para los hombres” en el bien fundado concepto de Montesquieu (1972: 152); que, por eso, vendría a imprimir en quien lo encarna una, cabría decir, *natural* arrogancia. Lo propio, en cierto modo, del cometido consistente en dar y quitar la razón, inevitablemente sugestivo de que el encargado de hacerlo es porque *la tendría*, toda y en todo caso. Por eso, tal endémica desconfianza, habría desembocado ya tempranamente en una asimismo histórica demanda de garantías para los justiciables. Una exigencia que ocupa un lugar central en la experiencia histórica de la jurisdicción y en la reflexión en torno a ella, en la que el valor independencia tiene asignado un papel de particular relevancia.

Luigi Ferrajoli (2011: 832-833) –en la que, seguramente, es la caracterización más acabada y precisa del (hoy) poder judicial y su función como instancia en el estado constitucional y el actual constitucionalismo– lo concibe como el aparato institucional encargado de cumplir la función de garantía consistente en el desarrollo de una actividad cognoscitiva, de enjuiciamiento, dirigida a la constatación de un acto inválido o de un acto ilícito que pudiera haberse producido, disponiendo en tal caso su anulación o su condena, con declaración y atribución de las correspondientes responsabilidades, todo en aplicación de las normas violadas.

Entre aquel aludido primer momento de la más precaria configuración del instituto de que se trata, y el representado por su actual significación en la geografía estatal y por la profundización conceptual de su tratamiento que acredita la definición que

acaba de recogerse, hay un decurso de siglos y un permanente entrelazarse de los dos planos aludidos, el práctico-organizativo y el teórico-cultural, en cierta conflictual interacción, de obligada referencia cuando se trata de entender el sentido del principio que da título a estas páginas.

II. BREVE APUNTE HISTÓRICO

Mannori (1997: 46) ha escrito de manera bien plástica que, en la mayor parte de la Europa del Antiguo Régimen, en general, la actividad oficial se ejercía al modo judicial, tanto que “en el lenguaje legal, la noción misma de *potestas publica* era indicada mediante el término *iurisdictio*”. Por eso, Anderson (1979: 153-154) hablará muy expresivamente de un “modo judicial de gobernar”, en el que “la justicia era la modalidad central del poder político”. Una competencia cargada de densas implicaciones normativas, debida a la ausencia de un estable referente de esta índole y a la consiguiente indiferenciación funcional. Paradigmático al respecto es el papel desarrollado por la mítica figura del rey-juez¹.

El desarrollo de esta etapa, de imprescindible consideración cuando se trata de ilustrar acerca de la conformación y el desarrollo de la instancia que nos ocupa, tiene una concreción paradigmática en la experiencia francesa. En ella, a comienzos del siglo XII preveía una superposición de ordenamientos (real, señorial, eclesiástico, municipal), cada uno de ellos con el correspondiente soporte institucional funcionando de manera autónoma. Es lo que le ha permitido a Silvestri (1979: 89) hablar de la existencia, entonces, de una cierta “separación horizontal de poderes”. Esta situación, como se sabe, con la crisis del feudalismo, evolucionaría en el sentido de la progresiva concentración de las funciones de poder en la institución real. Una circunstancia que, por razón de las exigencias prácticas suscitadas por el ejercicio de aquellas, daría paso a lo que, también Silvestri (1979: 100), ha descrito como una imprescindible “distinción de los poderes *sobre la base de las funciones* [que,] cuanto más se concentraban en las manos del rey, tanto más se separaban en cuerpos y órganos distintos”². Es como la asunción de aquellas por el monarca, tuvo que derivar en la delegación de una parte, en la materia jurisdiccional, en la peculiar institución de los Parlamentos³. Peculiar porque sus titulares accedían al ejercicio de la función mediante la compra del oficio,

1 Acerca de esta figura la obra de Kantorowicz (2012) es una referencia obligada. Entre nosotros, también García Pelayo (1968).

2 Este incipiente proceso de conformación de una instancia propiamente jurisdiccional tiene una concreción simbólica en el famoso conflicto del juez Coke con Jacobo I, en la Inglaterra de 1612. Cuando, frente a la pretensión de este –como simple cuestión de poder– de asumir el conocimiento de una causa que, según un régimen de distribución de competencias todavía en formación, no le correspondería, aquel opuso, frente a la *potestas*, “la razón artificial y el juicio de lo que es el derecho” (Pound, 1954: 73-74).

3 Un excelente tratamiento de esta peculiar institución y de sus vicisitudes, en la literatura española, puede verse en Pardo (2009: 147 y ss.).

incorporándolo a su patrimonio, que es lo que dio lugar a la anticipación empírica de un cierto apunte de *independencia* y, con ello, a la emergencia, por esta vía, de una poderosa corporación que acabó asumiendo también algunas funciones polémicas de neta significación política, de limitación o de control del poder real. Tal relevante papel de los Parlamentos, debido a su poder judicial autónomo, ejercido de forma despótica por titulares investidos de cierta *noblesse de robe*, alimentaría una fortísima reacción social en su contra⁴ y el reproche de la falta de legitimidad. Tanto es así que, en vísperas de la revolución, la Asamblea Nacional suprimiría las justicias señoriales y la venalidad de los oficios judiciales, dando “vacaciones” *sine die* a los Parlamentos.

La necesidad de una reforma de la justicia, de la criminal en particular, tenía fuerte arraigo en la opinión general de la Francia prerrevolucionaria. Por eso, a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 26 de agosto de 1789, seguiría, en 1790, la reforma de la organización judicial.

La Constitución de 1791 contiene el cuadro general de la nueva justicia francesa, y en ella se hablará por primera vez de la administración de justicia como “poder judicial”, (con lo que tiene de sugestivo un cierto estatus de independencia) aunque, ciertamente, el tratamiento de evidente superioridad dado al legislativo y la consideración del juez como mero *aplicador* (mecánico) de la ley, limitaba de manera sensible el alcance de esa proclama. Mas lo cierto es que se darían pasos de indudable importancia en la consolidación de la instancia judicial como tal. Así, los jueces (de designación electiva y temporal) no podrían ser destituidos sino por causa legal, ni sufrir interferencias en el desarrollo de su función. También se consagró el principio del juez natural. Y se instituyó un Tribunal de Casación, ubicado en el área del legislativo; defiriendo a este la solución de las cuestiones interpretativas, por la vía del *référé législatif*.

La napoleónica Constitución del año VIII (1799) introdujo una profunda reforma de la justicia. Según Royer (1995: 425) “con dos artículos *assez discrets* (...) fijó el cuadro de un *estatuto de la magistratura* que en sus grandes líneas ha llegado hasta nosotros”. Uno, el 41, atribuía el nombramiento de todos los jueces (que no fueran los de paz, de designación electiva) al Primer Cónsul; el otro, el 68, los hacía inamovibles y vitalicios. Además, ante cada jurisdicción, se situaría, en representación del Ministerio Público, a un comisario del gobierno, asistido por uno o varios sustitutos⁵.

El *Senatus consulte organique de la Constitution*, de 4 de agosto de 1802, completa este esquema, con la figura del *Grand-juge ministre de la Justice*, al que se encomienda

4 De la que hay precisa constancia en los *cahiers de doléances* con las quejas dirigidas a los Estados Generales por las asambleas de cada circunscripción francesa encargada de elegir a los diputados. Se dio la circunstancia de que las expresivas del profundo descontento popular con la administración de justicia ocuparon la mayor parte de aquellos. Al respecto, véase Saita (1975: 97 y ss.), donde se recoge, de forma sistemática, un cuadro-resumen al respecto, debido a Clermont-Tonnerre.

5 En el posterior tratamiento legislativo, debido al ordenamiento judicial de 1810, el vértice del instituto será ocupado por el procurador general que, bajo la dependencia del ministro de Justicia, monopolizará la titularidad de la acción penal, ejercida por sus sustitutos, funcionarios del ejecutivo, como delegados. Es una opción organizativa que permanece esencialmente en sus constantes, y no solo en Francia.

la presidencia del Tribunal de Casación y de los de Apelación, “cuando el gobierno lo juzgue conveniente”. También el derecho de *surveiller* y *reprendre* a los integrantes de los tribunales y de la justicia de paz. Por otra parte, el Tribunal de Casación, bajo la presidencia de aquel, pasaría a asumir el control y la disciplina sobre los tribunales de apelación y los de lo criminal⁶; mientras que a los tribunales de apelación correspondería idéntico cometido sobre los tribunales civiles y los componentes de la justicia de paz.

Por la Ley de 20 de abril de 1810, a partir de la ya consagrada designación política de los jueces, se establecerá entre ellos un orden jerárquico, similar al vigente en la organización militar. Así se articulará definitivamente a la judicatura como un cuerpo burocrático-piramidal, mediante el traslado de la lógica de la jerarquía de instancias, propia del régimen procesal de los recursos, a la regulación de las relaciones entre sus integrantes, organizándolos como *carrera* o *cursus honorum*, superponiendo de este modo a cada momento jurisdiccional otro de carácter jerárquico-administrativo, en definitiva, político. Esto como resultado de una capilar vigilancia del juez, en última instancia, por parte del ejecutivo: en el momento del acceso a la función, merced al sistema de reclutamiento, y durante su ejercicio, por el control intrajurisdiccional, la inspección del modo de actuar (que no se detenía en los límites de la vida privada), la administración de las promociones y a través de la responsabilidad disciplinaria.

Este modelo, conocido como napoleónico, hizo fortuna en la generalidad de los países de la Europa continental y en los de su ámbito de influencia, que asumirían el régimen jerarquizado de carrera propio de la administración pública, para el encuadramiento de sus jueces. Un sistema que ha llegado hasta nosotros y del que hay inequívocas reminiscencias en el modo de articulación interna de los sistemas judiciales de ese ámbito.

III. LA ELABORACIÓN TEÓRICA

Dentro de la reflexión teórica producida en torno al juez y a la función jurisdiccional, haré breve referencia a tres momentos por razón de su relevancia, no solo para la adecuada comprensión de la naturaleza de uno y otra, sino también por su influencia en lo relativo al posterior tratamiento constitucional del asunto, en particular, en lo que ha llegado hasta nosotros. Uno es el representado por la aportación de Montesquieu, relativa a la arquitectura más general del modelo (no por casualidad, de matriz francesa). Otro el que se expresa en las aportaciones de Hamilton, Madison y Jay en *El Federalista*, relevantes por lo que tienen de profundización y ampliación del relieve de

6 De este modo, el Tribunal de Casación, nacido como órgano de naturaleza más bien administrativa, encargado de evitar las posibles injerencias del judicial en el legislativo, pasaría a ocupar el vértice de la organización judicial en un doble plano, el propiamente jurisdiccional (únicamente conocedor de cuestiones de derecho) y el jerárquico-administrativo.

la instancia judicial. Y, el último, el relativo a la preocupación de los juristas ilustrados en subrayar, diríamos hoy, la naturaleza esencialmente cognoscitiva del quehacer jurisdiccional y la relevancia en él del papel de las garantías procesales. Las tres son aproximaciones en las que juega un papel esencial, directo o indirecto, el principio de independencia.

La ofrecida por Montesquieu es una perspectiva ciertamente singular, que continúa ofreciendo indudable interés. Y es que, partiendo de una más que razonable consideración pesimista de la experiencia del poder, por su natural propensión al abuso⁷ en sus relaciones con el individuo, adopta un punto de vista, diríamos hoy, rigurosamente jurídico-constitucional, cuyo punto de arranque es la vigencia incondicionada del principio de legalidad.

Aristócrata del Antiguo Régimen, sin duda consciente de la situación de crisis que le afecta a este y, en consecuencia, a su estamento de pertenencia, la vive con una preocupación comprensible que, sin embargo, no le impedirá mirar lejos, tanto que, es claro, el fundamental planteamiento que le debemos desborda con mucho su propio horizonte⁸. En efecto, pues elaboró un modelo centrado en la idea de límite, pensado para garantizar la libertad del ciudadano, diseñando para ello un marco orgánico de separación de poderes⁹ y de subordinación del ejecutivo al legislativo, para lograr que “el poder frene al poder” (1972: 150), y en el que el judicial recibe el encargo de hacer de contrapeso (independiente) del legislador¹⁰. Como poder también, pero “invisible y nulo” (1972: 152), en cuanto instancia que, participando de la soberanía, es función de la ley, a cuya estricta *aplicación* se debe, de modo que las sentencias tienen que “corresponder siempre al texto expreso de (esta)” (1972: 153). Por tanto, poder separado, políticamente neutro y equilibrador, rasgos ideales que hoy gozan de plena validez.

A tenor de estas consideraciones, se entiende que toda la reflexión posterior sobre el poder y especialmente el judicial tenga siempre algo de diálogo, explícito o implícito, con Montesquieu. Particularmente fecundo es el mantenido con él por los autores de *El Federalista*. Sobre todo porque, para estos, el poder cuyo ejercicio despótico habría que prevenir será muy otro que el presente en el imaginario del primero. En efecto, pues aquí se tratará del absolutismo parlamentario, ciertamente impensable para un ilustrado y no se diga para un revolucionario europeo. Una hipótesis abonada por el re-

7 “Es una experiencia eterna que todo hombre que tiene poder siente la necesidad de abusar de él, yendo hasta donde encuentra límites. ¡Quién lo diría! La misma virtud necesita límites” (1972: 150).

8 Es por lo que no puede compartirse el punto de vista de autores como Althusser (1968: 25) y, en cierta medida, Lefebure (1977: 142) que no advierten lo que en el pensamiento de nuestro autor hay de decididamente innovador. Su modelo se mueve en el horizonte de la sociedad estamental; pero, no obstante, hay que decir que opera con categorías, como el principio de legalidad, la separación de poderes y la certeza del derecho que, y menos aún en su articulación, no formaban parte del pensamiento jurídico-político de la época.

9 “Todo estaría perdido si el mismo hombre, el mismo cuerpo de personas principales, de los nobles o del pueblo, ejerciera los tres poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o las diferencias entre particulares” (1972: 151-152).

10 “Tampoco hay libertad si el poder judicial no está separado del legislativo ni del ejecutivo” (1972: 151).

cuero próximo de la cámara de Westminster, visto con el distanciamiento propiciado por su condición de órgano de la potencia colonial, de la que unos Estados Unidos en proceso constituyente se habían recientemente liberado.

De este modo, el punto de partida de la reflexión politológica será el peligro representado por el “despotismo electivo”, debido a la concentración del poder en manos de un legislativo eventualmente absoluto (Madison, 1957: 210-211). Tal riesgo llevará a apostar por “una Constitución limitada” (Hamilton, 1957: 331), en virtud de la cautela consistente en que los poderes se encuentren “divididos y equilibrados de tal modo entre distintos cuerpos de magistrados, que ninguno [pueda traspasar] sus límites legales sin ser contenido y reprimido eficazmente por los otros” (Madison, 1957: 212); y de la previsión de “ciertas prohibiciones expresas aplicables a la autoridad legislativa” (Hamilton, 1957: 331), cuyas leyes debe[rán] “ceder” ante la Constitución, en su calidad de “ley fundamental” (Hamilton, 1957: 344 y 332).

En el contexto del ordenamiento así diseñado, es esencial la plena independencia de los tribunales, a los que, en su condición de “baluartes” de la Constitución, incumbe no solo la protección de los derechos individuales, sino asimismo el deber de declarar nulos todos los actos, incluidos los del legislativo, que de manera evidente la contradigan. Esto –se advertirá– no implica ninguna posición de superioridad política de aquellos, sino que es el efecto genuino de la propia función consistente en interpretar y aplicar la ley y de la misma jerarquía normativa, cuando, como sucede, “la Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada” (Hamilton, 1957: 330-333).

La aportación de *El Federalista* a la cultura de la jurisdicción tuvo una triple proyección: potenció la significación positiva de la separación de poderes; contribuyó a reforzar el papel de la Constitución como texto fundamental supraordenado a la ley ordinaria; y revalorizó el rol del juez independiente, como encargado de contribuir, eventualmente, en concreto, al mantenimiento del poder legislativo dentro de los límites de su cometido constitucional, y garante de los derechos de los ciudadanos.

La aludida relevante aportación del pensamiento ilustrado tiene su mejor expresión en Beccaria que, preocupado por el patente desequilibrio en la posición del juez en el proceso penal, con la consiguiente pérdida de imparcialidad, inducida por el sistema inquisitivo a la sazón vigente, denunció con justificada crudeza cómo este le hacía a aquel “enemigo del reo”, al estar dirigida su actuación a “extraer de él como de un fundo de su pertenencia todo el provecho posible”. Postulando como alternativa a semejante “proceso *ofensivo*” otro de carácter “*informativo*”, porque su conductor actuase en él como “un investigador indiferente de la verdad” (2011: 175 y 177). Sumamente expresiva en la materia es también la propuesta de Muratori, de un juez que “se quede perplejo (...) para conocer” (1794: 17); y que dedicará un capítulo de su obra a defender la necesidad de “la indiferencia” como actitud *de método* “necesaria en los jueces” (1794: 119). Digna de mención al respecto es asimismo la posición de Murena, para quien “la

palabra juez lleva consigo la idea (...) de la verdad”, porque “la justicia depende de la verdad de los hechos” (1785: 56 y 66).

En las opiniones que acaban de reflejarse es claramente advertible la preocupación por reconocer en la función jurisdiccional una dimensión epistémica, propia de la actividad cognoscitiva que sin duda le corresponde, puesto que la cabal aplicación de la ley (aproblemática en el contexto de cultura) deberá ir precedida, como necesario presupuesto, de una correcta fijación de los elementos fácticos del caso. Una conciencia presente asimismo en la caracterización de aquella como dotada “únicamente de discernimiento” (Hamilton, 1957: 331).

También en este caso concurrirá la particularidad de que una construcción teórico-política movida por circunstancias propias de la inmediata coyuntura, desbordará amplísimamente este marco, proyectándose en un futuro que es hoy nuestro presente constitucional en la materia.

IV. CARRERA JUDICIAL: EL PROBLEMÁTICO MODELO A LA VISTA DE LOS HECHOS

La cabal percepción de los rasgos caracterizadores del modelo de organización del aparato judicial heredado aconseja orientar la aproximación al asunto en una triple perspectiva, considerando el procedimiento de acceso, la modalidad del encuadramiento orgánico de los profesionales y el estatus de estos resultante.

El sistema de selección ha conocido, básicamente, dos modalidades: el nombramiento discrecional, directamente político, y el de concurso o examen (en ningún caso *inocente* desde este punto de vista), seguido o no de un periodo de formación. En cualquiera de los procedimientos opera, como presupuesto previo, el dato de la extracción social o de clase, por la exigencia de una cualificación técnica de la que, por lo general, solo disponen quienes disfrutan un cierto nivel de rentas. Requerimiento acentuado en el segundo (el español clásico), que exigirá la capacidad económica necesaria para hacer frente a la preparación de un programa en régimen de exclusividad durante varios años. Por eso resulta tan pertinente el dictamen de Casamayor (1957: 143): “La magistratura no se ha *vendido* a una clase social, la clase burguesa. Esta la ha *adquirido*”. Sobre este presupuesto incidirá luego, reforzándolo, el fenómeno ampliamente constatado de la dinámica en buena medida endogámica inscrita en la reproducción de los cuerpos de funcionarios judiciales y del ministerio público.

En el caso de nuestro país, como se sabe, el ingreso en la judicatura requiere la superación de algunas pruebas de suma dureza, de índole puramente memorística, consistentes en la asimilación mecánica de los textos legales y también de algunas nociones esquematizadas, *esterilizadas* en clave de “contestaciones”, para ser recitados en

un tiempo récord ante la comisión examinadora. De donde resulta que lo estimulado y lo puesto a prueba por este peculiar régimen de selección no es, precisamente, la calidad intelectual y ni siquiera la formación jurídica del examinando, si no su capacidad de asimilación y el hábito de aceptación acrítica de lo que pudiera llegarle por una vía de autoridad.

Superadas las pruebas selectivas, los ya jueces serían integrados en un *cursus honorum* de disposición vertical, enmarcado en el área del ejecutivo a través del Ministerio de Justicia, a cuyo titular correspondían importantes atribuciones en materia de promociones. En concreto, el discrecional nombramiento de los integrantes del Tribunal Supremo, que, por su parte, junto al superior cometido estrictamente jurisdiccional, acumulaba el de *gobierno*, también del máximo rango en el orden funcionarial, de los demás integrantes de *la carrera*. Es decir, el régimen de atribución de destinos, ascensos y el disciplinario.

No hace falta decir que el tipo de articulación jerárquica imprimirá en los así *escalafonados* un permanente y fuerte estímulo a la progresión en aquella, un avance que dependerá del grado de adecuación de sus actitudes y actuaciones a los criterios y las expectativas del vértice corporativo, con lo que ello implica de fuerte inducción al conformismo en la adopción de las decisiones, y de dependencia, por tanto. Con inevitable proyección, pues, en la práctica jurisdiccional a través del régimen de instancias, debido a que la relación existente entre los jueces ubicados en cada una de estas, no será meramente procesal sino también político-administrativa, de supra y subordinación. Lo que quiere decir que cada tribunal *ad quem*, además de competente para conocer en cada caso de la sentencia impugnada, contará, regularmente, con alguna clase de atribuciones de directa o indirecta incidencia en el futuro profesional del juzgador de la inferior instancia. En semejante marco organizativo, además, el instrumento disciplinario propiamente dicho –por lo general, complementado por otro, regular y capilar, de inspección– reviste especial relevancia, cual dispositivo de cierre; que ha operado prácticamente como mecanismo de control ideológico, a partir de la *descripción* de las conductas sancionables en términos de enorme amplitud y ninguna taxatividad. Baste recordar al respecto la previsión del artículo 734.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870 (vigente hasta 1985), que preveía sanciones de esa índole para los jueces que, “por las irregularidades de su conducta moral o por vicios que les hicieren desmerecer en el concepto público, comprometieren el decoro de su ministerio”.

El estatus de estos peculiares empleados públicos de la jurisdicción es el internamente contradictorio de funcionarios (supuestamente) independientes que se ha señalado. En cuanto sedicentemente servidores profesionales de un principio, el de independencia, sin embargo, objetivamente negado de manera esencial en los entresijos del complejo organizativo. Lo que, como no podría ser de otro modo, contará con inmediata expresión en los valores profesados, que tendrían a aquel como eje, pero en versión netamente ideológica, es decir, como una forma de falsa conciencia acerca del

propio rol y de su función social. En efecto, pues el sistema, que lo celebra con artificiosa y retórica grandilocuencia en las diversas manifestaciones de su folclore, excluye de sus articulaciones los presupuestos organizativos imprescindibles para dotarlo de efectividad. La consecuencia es que del *ethos* profesional de aquellos forma parte una tendencial subalternidad a los centros de poder y la inclinación al autoritarismo en el ejercicio de la función. Con particular traducción en el carácter monologante de las actitudes, en un sentido autocrático de la libre convicción, abierto al uso de una incontrolada discrecionalidad máxima, y en un entendimiento silogístico (mecánico) del modo de decidir, con natural prolongación en el decisionismo inmotivado presente en las resoluciones¹¹ y también el uso en extremo generoso de la prisión preventiva.

El juez-resultado, fruto del señalado conjunto de factores, es el propio del estado liberal o legislativo de derecho, en realidad, juez *del poder*, según ha demostrado una demoledora experiencia histórica, de historia relativamente próxima. Me refiero a lo sucedido con los espantosos nazifascismos europeos y las atroces dictaduras del Cono Sur de América Latina¹². En efecto, pues los jueces –cultores, no importa insistir, del valor independencia (en la versión aludida)– se integraron masivamente, con docilidad y la máxima funcionalidad, cual si afectados por alguna predisposición genética, en políticas, no simplemente antidemocráticas, sino directamente criminales. Y expresaron evidentes dificultades para aceptar y adaptar sus prácticas a las nuevas constituciones rígidas con sus tablas de derechos, en los momentos de restablecimiento de la democracia.

V. HACIA UN CAMBIO DE MODELO

Una de las ricas particularidades de la interesantísima experiencia constituyente que alumbró la Constitución italiana de 1948, es que tiene algo de ajuste de cuentas con el antimodelo que acaba de examinarse. El resultado, diría, fue la adveración,

11 El modo autocrático de decidir que connota de una forma esencial la manera de operar del juez del modelo, tiene su punto de arranque en una inteligencia del principio de libre convicción informada por un sentido profundamente irracional, casi mágico, de la inmediatez. Esta, supuestamente, le conferiría una insólita capacidad de apreciación del verdadero sentido de lo transmitido verbalmente en sus declaraciones (prueba *directa*) por imputados y testigos, mediante la *lectura* de su gestualidad. Semejante modo de aproximación a la *quaestio facti* produciría en el jurisdicente una suerte de *estado psicológico de certeza*, de imposible traducción en palabras, en cuanto perteneciente al reino de lo inefable y, como tal, no susceptible de motivación. El círculo se cerraría con una no menos falsa conciencia de la *aplicación* casi mecánica del derecho en la aludida clave silogística que daría como resultado la decisión. Ciertamente inmotivada y por ello incontrolable, desde luego, en lo relativo al tratamiento del material probatorio.

12 En el caso de Alemania, los jueces y fiscales después de haber sido el verdadero *partido de oposición* a la República de Weimar, se integraron masivamente en la Federación de Juristas Nacionalsocialistas (Müller, 2009: 278 y ss.). En el caso de Italia, de alrededor de 4000 magistrados, solo 17 fueron separados de sus puestos por el régimen mussoliniano (Guarnieri, 1997: 252). En España, Lanero Táboas (1996: 236) ha fijado en 149 el número de depurados administrativamente (de las tres carreras, judicial, fiscal y secretariado), entre los años 1936-1944. En la materia puede verse también con provecho: Fernández-Crehuet (2011) y Portilla Contreras (2019). En fin, por su carácter asimismo emblemático, acerca de la relación del poder judicial chileno con la dictadura de Pinochet, cfr. Matus Acuña (2000) e Hilbink (2014).

asunción y desarrollo normativo de la lúcida y comprometida previsión del artículo 16 de la Declaración de 1789: “Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes establecida no tiene Constitución”. En efecto, pues el nuevo texto consagró *jurídicamente* como fundamentales, con el máximo rango normativo, los históricos derechos humanos, incluidos ahora los sociales. Predisponiendo, para procurar su efectividad, la instancia jurisdiccional de garantía representada por una magistratura independiente, de independencia reforzada, en cuanto extraída del ámbito del ejecutivo, y por un juez dotado de efectiva independencia funcional en su propio ámbito. Tal es la consecuencia de atribuir la gestión del estatuto judicial a un nuevo órgano, el Consejo Superior de la Magistratura¹³, que, además de producir ese primer efecto, referido a la institución como tal, según enseguida se verá, llevaba también consigo el no menos relevante de eliminar, tanto la dependencia de la magistratura del poder ejecutivo, como las posiciones de poder (y dependencias, por tanto) de unos jueces sobre otros, asegurando la existencia entre estos de un solo tipo de relación, la estrictamente jurisdiccional. Todo con el objeto de hacer real su exclusiva sumisión a la ley, promoviendo al mismo tiempo la necesaria tendencial unidad en la lectura de esta, a través del régimen de instancias y recursos y no por medios jerárquico-administrativos, al fin políticos. Ahora, además, con la inédita obligación de cuestionar aquella, antes de aplicarla, ante la Corte Constitucional, en el caso de hallarla aquejada de algún desajuste de orden sustancial con el texto fundamental.

Este último, en su artículo 107.3, disponía: “los magistrados se distinguen entre sí solamente por la diversidad de funciones”. Un precepto de alcance ciertamente revolucionario, que, en sí mismo y con su desarrollo legislativo, fue a representar el más profundo cuestionamiento del régimen de carrera judicial, auténtica columna vertebral del modelo napoleónico. En efecto, pues tal nueva disposición, al impedir cualquier diferenciación entre jurisdicentes por razón la jerarquía de orden escalafonal, consagraba su igual dignidad en todas las instancias procesales: lo propio de una función sin otro cometido que el de “decir el derecho” en condiciones de independencia e imparcialidad. El efecto fue la “abolición de la carrera” propiamente dicha, a través de una serie de medidas legales, adoptadas a partir de 1951 y a lo largo de treinta años. Es como se produjo el tránsito de la férrea *jerarquización* de los magistrados en los ocho *grados* de la *carrera* a su *distribución* en tres *funciones* (de tribunal, de apelación y de casación), con la consagración del llamado principio de *escalafones abiertos* (*ruoli aperti*). Así, el mecanismo de promoción dejaba de ser resultado de una forma de competición entre

13 De composición mixta: 2/3 de jueces elegidos mediante sufragio por y dentro de la propia magistratura y 1/3 de juristas de extracción parlamentaria. El Consejo, expresión de lo que Pizzorusso (1984: 293) llama “pluralismo institucional” es “un órgano compuesto conforme a criterios que, combinados entre sí, emplean el factor electivo y el de la cualificación profesional, la designación de los operadores del sector y la de los elegidos por el pueblo”.

candidatos al ascenso para, en virtud de un sistema de selección negativa, convertirse en algo automático¹⁴.

Los detractores de esta opción, preferentemente situados en los puestos superiores del viejo escalafón, le han reprochado la eliminación no solo del mecanismo del ascenso, sino, a la vez, del (supuesto) estímulo hacia la autoformación permanente y la mejora profesional. Pero, dicho con palabras de Calamandrei (1960: 98 y 1001), lo realmente eliminado fueron “los peligros de la carrera” y el “conformismo de casta, concordante con el criterio de los superiores”. Justamente denunciados también por Battaglia (1962: 28) para quien “no hay medio más eficaz para [la] corrupción [de los jueces] que el consistente en disponer de sus promociones”. De ahí la importancia, subrayada por Varaut (2004: 20), de poner al profesional de la jurisdicción a salvo, incluso “de las debilidades de la ambición legítima”¹⁵.

De otra parte, a esa manida objeción cabe, a su vez, objetar que el mismo régimen de instancias y recursos, que comporta el más que probable reexamen crítico por otro tribunal de cada resolución de fondo emitida, induce ya ciertamente un estímulo hacia la mejora de la calidad del propio trabajo. Que, de otro lado, puede/debe reforzarse con adecuadas políticas de estímulo de esa misma orientación, fundadas en limpios criterios de profesionalidad, susceptibles, a su vez, de ser reforzadas en sus efectos mediante una no menos limpia y transparente política de nombramientos.

VI. CONSTITUCIONALISMO DE DERECHOS Y MODELO DE JUEZ

La durísima experiencia de los nazifascismos puso de manifiesto lo que ya antes había dado motivos para ser una evidencia: que la democracia representativa, librada a su propia dinámica exclusivamente política, puede envilecerse e incluso enloquecer. Por eso, sin perjuicio de reconocerle un incancelable y legítimo ámbito propio, la necesidad de circundarla de límites de jurídicos, en prevención de eventuales degradaciones. De ahí el paso a un constitucionalismo rígido fuertemente asentado en derechos, ahora fundamentales, dotados de efectiva normatividad. Una opción cuya razón de ser

14 En efecto, pues, alcanzada la antigüedad necesaria y contando con el juicio de idoneidad emitido por el Consejo Superior de la Magistratura, se obtenía la aptitud para entrar en el desempeño de otra función, con los efectos económicos correspondientes, si bien con derecho a permanecer en la prestación de la que se estuviera ejerciendo. En el caso de no ser declarado idóneo, el magistrado tendría que someterse a nueva valoración una vez transcurridos dos años. De este modo, la función se disociaba del puesto escalafonal. Solo para el acceso efectivo a la Corte de Casación y a puestos directivos, por la especificidad de su cometido y debido también al número cerrado de plazas, seguiría rigiendo el régimen de concurso de méritos entre los magistrados aptos en principio para su acceso a una y otros.

15 Mucho tiempo antes, lúcidamente, Bonasi (1884: 142) había escrito: “el poder sobre las promociones y los honores inuiste [al ministro] de un medio potente de seducción para plegar [a la carrera] a las exigencias del poder político”.

tampoco podría resultar más obvia, según hace ver Häberle (1993: 51), para quien aquellos son el auténtico “fundamento funcional” de la democracia, a través de cuyo ejercicio “se realiza un proceso de libertad que constituye un elemento esencial de esta”. En efecto, pues ¿cómo pensar una democracia sin ciudadanos con derechos fundamentales suficientemente garantizados? De otro modo: ¿política y *democracia* para quién?

Es así como, en el estado constitucional, la kelseniana pirámide normativa se enriquece con un nuevo escalón, precisamente en la cúspide, pues tal es a lo que equivale el injerto en el ordenamiento de lo que Ferrajoli (2011: 872-874) ha descrito eficazmente como una “dimensión sustancial” no solo del derecho sino también de la democracia.

Esta forma de constitucionalización de los derechos y su nuevo papel en el contexto del orden jurídico resultante, reclama la existencia de una institución de garantía independiente que, asimismo por imperativo constitucional, es la representada por la jurisdicción. Una instancia cuyos rasgos caracterizadores dependen directamente de la naturaleza de la función y de su papel institucional. Esta, según se ha anticipado, se concreta en la comprobación de la existencia de eventuales actos inválidos o ilícitos (de cualquier procedencia, incluida la oficial), para disponer en tal caso su anulación o su condena, con la atribución a sus responsables de las consecuencias que en derecho pudieran corresponder.

La jurisdiccional es así una actividad, ciertamente de poder, pero de naturaleza esencialmente cognoscitiva, cuyo cometido se cifra en la identificación de supuestos de hecho legalmente previstos y en su caracterización jurídica, para determinar las eventuales consecuencias de este carácter asociadas a su ejecución. Es por lo que está dotada de la ya aludida consistente dimensión epistémica, puesto que si se enjuicia es para conocer, para obtener un conocimiento de calidad. Lo que demanda, tanto la colocación del sujeto jurisdicente en una posición idónea a tal efecto, como la asunción de ciertas pautas y cautelas en el *modus operandi*. A asegurar lo primero se orientan las garantías conocidas como orgánicas, predisuestas para dotarle de un estatuto de independencia, necesario para evitar que su colocación en el contexto estatal pudiera investirle de una cierta condición (implicación) de parte política; a lo segundo las garantías procesales, que buscan asegurar su imparcialidad, evitando que el juez, en el ejercicio de la jurisdicción, pueda moverse por cualquier interés preconstituido que no sea el de la comprobación, tendencialmente objetiva, de lo efectivamente sucedido en el caso concreto, para decidir sobre él exclusivamente en derecho. La relación de necesidad que conecta a estos dos valores convierte al primero en una suerte de meta-garantía, imprescindible para posibilitar el juego de las demás.

De aquí se sigue, como efecto, que la función jurisdiccional siendo, como se ha dicho, función de poder, no sea sin embargo política, por más que sus resoluciones, que podrían afectar, como afectan en muchos casos, a actos y decisiones de sujetos públicos, lleguen a producir, como con frecuencia sucede, graves efectos de ese carácter. Tampoco se trata de una instancia representativa ni de participación, que, no obstante,

es (indirectamente) democrática, por su exclusiva vinculación a la ley, fruto genuino de instituciones que son las que, por antonomasia, participan de ese doble carácter; y porque su cometido consiste en procurar la igual garantía de los derechos de todos frente a todos. Esto la dota de un carácter eventualmente contramayoritario, en cuanto solo sujeta a la voluntad expresada en la ley (que es ley más constitución), que muy bien podría no ser la actual de la coyuntural mayoría política investida del poder en acto.

Así resulta que lo que en ocasiones ha sido (des)valorado como déficit de legitimidad de la jurisdicción, expresa, precisamente la astucia de la razón jurídico-política que funda su deber ser constitucional. Su peculiar condición de poder, que es el de “decir el derecho”, que únicamente cobra cuerpo en el juez competente para el tratamiento y la decisión del caso concreto. Por eso la peculiar colocación de este en el estado-aparato, en la que Zagrebelsky (1982: 784) ha calificado de “posición mediana entre estado y sociedad”.

VII. INDEPENDENCIA: REQUERIMIENTOS EN MATERIA DE ESTATUTO JUDICIAL

Dando por supuesta la garantía de una independencia externa, de la magistratura como institución, por su desconexión del poder ejecutivo en los términos ya ilustrados, en el momento de dotar a la concreta independencia del juzgador del imprescindible soporte institucional, los interrogantes suelen girar en torno al *quién* y al *cómo* de un régimen organizativo que, tradicional y pacíficamente, ha sido caracterizado como el propio de una acción de “gobierno”. Tanto es así que esta idea sigue (impropiamente) presente en el artículo 122.2 de la Constitución española, donde se trata al Consejo General del Poder Judicial de “órgano de gobierno”.

Pues bien, así las cosas, la pregunta obligada es acerca de la compatibilidad de este criterio con la función constitucional consistente en impartir, de forma independiente, justicia. Y esto obliga también a introducir un tercer, que, quizá, debería ser primer interrogante: *¿gobierno?*

El poder que se expresa en el ejercicio de la función jurisdiccional constitucionalmente entendido, tiene un carácter difuso, en el sentido de que todos los jurisdicentes, cada uno dentro de su ámbito de competencia, están investidos de plenitud de jurisdicción, y en el desempeño de cuyo cometido gozan, por tanto, de idéntica y la misma dignidad, sea cual fuere el lugar ocupado por cada uno de ellos en el organigrama institucional y el momento procesal en el que se produzca el desarrollo de aquel. A partir de tal presupuesto, cada uno de estos actores experimenta una doble, exclusiva sujeción: a la ley y a un imperativo de racionalidad cognoscitiva. Así, gestionar la administración de justicia es organizar y asegurar, sí, pero única y exclusivamente esta doble, peculiar

sujeción. Por eso la impropiedad de denotar a tal actividad como de gobierno. En efecto, pues “gobernar” implica ejercicio de poder con dirección política y determina en el gobernado el sometimiento a un *status subiectionis*, a una relación general de sujeción. Es una clase de actividad que se concreta en actuaciones con un fuerte componente de selección y definición de objetivos y asignación de recursos en un marco de notable discrecionalidad, cuyos operadores forman parte de un cuerpo jerarquizado de funcionarios, en el que cada inferior actúa por delegación y bajo la dirección de un superior.

A tenor de esta consideración, debe afirmarse que en la jurisdicción del estado constitucional *no hay nada que gobernar* en el sentido político-administrativo del término; pues lo requerido por la gestión del estatuto del juez es la adopción de decisiones singulares, en un marco reglado y en el ejercicio de una moderada discrecionalidad, cuyo uso debe justificarse de manera expresa y será, además, impugnabile. Es por lo que Pizzorusso (1990: 97) optó por referirse al conjunto de actuaciones en las que tal actividad se concreta como “administración de la jurisdicción”. Que demanda la existencia de un órgano de vértice, autónomo, no de gobierno y tampoco de poder en sentido político, sino de garantía, esencialmente deliberativo, que, por eso, reclama en su interior, más que mayorías fuertes, pluralismo efectivo, por la presencia en él de un amplio abanico de posiciones de valor, que, llegado el caso, le dote de una imprescindible capacidad *de conflicto*, cuando se trate de dar apoyo a actuaciones y decisiones judiciales legalmente fundadas pero políticamente incómodas.

Este cambio en la cúspide habrá de tener prolongación en un modo de articulación de los profesionales esencialmente horizontal, en el que, en general, los ascensos pasan a ser traslados; que cuando sea a puestos que demanden una especial cualificación se produzcan en virtud concursos dotados de la transparencia imprescindible. La concentración de las antiguas funciones gubernativas en el Consejo –allí donde este existe en los términos del sistema italiano– ha comportado la transformación esencial en el carácter de las presidencias, por la inexistencia de algo que *presidir* en sentido político-administrativo del término y que, por esto, deberían ser electivas o rotatorias. También puede hablarse de un cambio en el propio significado de la casación, ahora “suprema” solo por última¹⁶, que demanda un régimen de acceso exclusivamente determinado por los constitucionales principios de “mérito y capacidad” (artículo 103.3 de la Constitución), aquí con tantísima frecuencia inobservados. Asimismo, en fin, debería producirse un replanteamiento del sistema retributivo en sentido tendencialmente igualitario, dissociado de cualquier idea de *rango*, y en el que no habría razón de ser para otras diferencias de trato que las determinadas por la antigüedad y la especial dificultad del encargo.

16 La Ley Orgánica 5/1997, cediendo a la presión de los magistrados del Tribunal Supremo, constituidos a estos efectos en verdadero *lobby*, les atribuyó un anómalo “estatuto especial”, dirigido, en última instancia, a justificar un aumento de las retribuciones. Anómalo, porque el artículo 122,1 de la Constitución dice que “los jueces y magistrados (...) formarán un cuerpo único”. Además, el precepto, inmediatamente antes, se refiere al estatuto de estos como único. Y “estatuto”, según el Diccionario de la RAE es: la “regla que tiene fuerza de ley para el gobierno de un cuerpo”.

Pues bien, llegados a este punto, se abre la pregunta relativa a qué es lo que se trataría de *administrar*, que tiene una respuesta sencilla en su formulación: las vicisitudes profesionales relativas al ejercicio independiente de la jurisdicción. Las fisiológicas y las, por así decir, patológicas que eventualmente pudieran producirse, a las que se hará aquí una sucinta referencia.

Dentro de las primeras tiene particular importancia la modalidad del acceso que, a su vez, en rigor, abre con carácter previo un doble interrogante relativo al modelo de juez y a la cultura de la jurisdicción que se trataría de promover. Pues, no hay duda, el diseño y el uso de cualquier proceso de selección tendrá como presupuesto, aunque sea implícito, la respuesta a ambas cuestiones. Por lo que se ha anticipado, no haría falta decir que este es un asunto muy mal resuelto en España, que representa un grave problema real permanentemente eludido, que no puede ser afrontado en estas páginas. Pero sí cabe afirmar que cualquier sistema al respecto habría de estar, primero, orientado a seleccionar a los futuros profesionales por un procedimiento racional de examen, con un criterio obviamente igualitario, idóneo para la detección en ellos de la clase de valores y facultades intelectuales, y no solo los demandados por el correcto ejercicio de la función. Un primer paso con imprescindible continuidad en un periodo de intensa formación durante cierto número de años en un centro *ad hoc*. Formación, obviamente, técnica de gran rigor, pero también cultural (y subrayo lo de cultural), bajo la dirección de un profesorado competente, multidisciplinar y pluralista desde el punto de vista político-cultural.

Situados ya en el plano del regular ejercicio de la jurisdicción, este demanda la prestación de algunas garantías imprescindibles, a las que aquí solo cabe referirse muy sintéticamente. Unas de carácter formal o de entorno, otras de naturaleza sustancial.

De las primeras, goza de particular relevancia la inamovilidad, a la que puede decirse asociada la preconstitución o predeterminación legal. Aquella debe proyectarse sobre la sede, la función y el puesto concreto en el ejercicio de esta, para impedir cualquier posible alteración que carezca de causa legal, y habrá de ser adoptada por el órgano competente, de acuerdo con un procedimiento regular y contradictorio y mediante decisión motivada susceptible de impugnación. La segunda cuenta como antecedente con el carácter naturalmente *no fungible* de los jueces por razón de su perfil ideológico, y de ahí la necesidad de administrar las legítimas diversidades resultantes con la máxima neutralidad y objetividad mediante el automatismo en la asignación de las causas y pleitos, según criterios rigurosamente predeterminados¹⁷. En esta área tiene también encaje el régimen de incompatibilidades que deberá ser, en general, muy riguroso y, en particular, en lo relativo al eventual desempeño de posibles encargos extrajudiciales en situación de compatibilidad.

17 Al respecto, hay que llamar la atención sobre el recurso a un instituto excepcional, la "comisión de servicios", que, en estos años, ha sido objeto de utilizaciones sumamente cuestionables en la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, relacionada con los procesos del *caso Gürtel*. En general, sobre el relevante asunto de la predeterminación legal del juez, no del todo bien resuelto entre nosotros, cfr. Andrés 2018.

Las garantías denotadas como sustanciales miran a asegurar la imparcialidad en el momento de la decisión, mediante previsiones orientadas a evitar eventuales contaminaciones de carácter preferentemente ideológico. A esta finalidad responde la prohibición de la adscripción a partidos políticos y organizaciones afines. Asimismo lo hacen algunas cautelas previstas para el supuesto de posibles incursiones en la política activa¹⁸, para el momento del retorno a la actividad jurisdiccional. Esta es una posibilidad que, a mi juicio, tendría que descartarse legalmente. En efecto, pues el de la política es el terreno de las, en el mejor de los casos, legítimas parcialidades y, lamentablemente, en los hechos, también el de las degradaciones partitocráticas, tan profundamente instaladas en las prácticas de las formaciones políticas, en las que una abrumadora experiencia permite afirmar que reinan hábitos y formas de relación rigurosamente incompatibles con los propios de la actividad jurisdiccional¹⁹.

Cuestión relevante en materia de estatuto del juez es la relativa a la valoración del desempeño, de pertinencia, en principio, poco cuestionable en esta como en cualquier otra función de carácter público, pero que, por la peculiar naturaleza de la de que aquí se trata, tendrá que estar rodeada de algunas cautelas imprescindibles. En efecto, pues dado que, de una u otra forma, habrá de traducirse en una evaluación de la calidad de las prácticas y de las resoluciones jurisdiccionales, debería atenerse a requerimientos de carácter exclusivamente técnico-profesional, sin entrar en modo alguno en valoraciones de contenido, únicamente permitidas en el marco del régimen de instancias y recursos. Esto para evitar una restauración, por otra vía, de los perniciosos efectos de control ideológico e inducción al conformismo generados por el dispositivo de la vieja carrera, al que, de no adoptarse con rigor las necesarias precauciones, podría venir a sustituir.

En la perspectiva de la garantía de la independencia judicial, es de una relevancia esencial el tratamiento del régimen disciplinario, en sí mismo tan necesario como peligroso. En su versión tradicional, ya se ha dicho, tenía atribuida la función de contribuir a neutralizar represivamente cualquier posible uso *impropio* de aquella, no conjurado con carácter previo por los impropios mecanismos de fiscalización intrajurisdiccional y los inscritos en la misma articulación en carrera. En rigor constitucional, deberá estar exclusivamente orientado a sancionar graves incumplimientos de deberes profesionales, legalmente previstos con la necesaria taxatividad, por un procedimiento de índole rigurosamente jurisdiccional en cuestión de garantías. En la materia, en la generalidad de los países, existe amplia experiencia, histórica y en ocasiones actual, del uso abusivo de la disciplina para interferir en actuaciones propiamente jurisdiccionales *incómodas*, por completo inadmisibles.

18 Una opción que, después de haber recibido un razonable tratamiento restrictivo por Ley de 20 de febrero de 1978, en tiempos de Adolfo Suárez, mediante la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 y otras posteriores, bajo la denominación de "servicios especiales", ha venido a restaurar la institución franquista de la "excedencia especial".

19 A título puramente indicativo, bastará con hacer referencia al modo como la perniciosa influencia de la partitocracia lleva proyectándose, desde hace decenios, en la desoladora experiencia del Consejo General del Poder Judicial (a la que más adelante se hará concreta referencia), con la inevitable grave proyección en una cuestión tan relevante como la *política* de nombramientos, entre otras.

VIII. LA DESOLADORA EXPERIENCIA ESPAÑOLA ACTUAL

La Constitución de 1978 hizo objeto de un tratamiento esencialmente nuevo al régimen jurídico de la administración de justicia. De una parte, al romper de forma drástica con el anterior, caracterizado por la colocación de esta y de sus actores bajo la dependencia del ejecutivo; y de otra, y como consecuencia, por el sensible reforzamiento de la independencia, debido al desplazamiento de la totalidad de las competencias relativas a la gestión del estatuto del juez al Consejo General del Poder Judicial. En efecto, pues, a pesar de que el artículo 122 de aquella, en su primer apartado, mantiene una expresa referencia a la “carrera” y aunque en el tercero habla de “categorías”, lo cierto es que el texto fundamental puso fin al *gobierno* ministerial y acabó con las atribuciones de esta índole, antes conferidas en particular a la alta magistratura, pero inscritas en general en todo el organigrama.

El primer desarrollo constitucional, por la Ley Orgánica 1/1980, trató al Consejo de una forma razonable en materia de competencias; pero no en lo referente a la integración de su componente judicial. Ello, debido a la sobrerrepresentación de la jerarquía, y por la fijación del mínimo de un 15% de los jueces para acceder al asociacionismo y, con esto, a la conformación electiva de aquel (claramente destinado a excluir de este al sector progresista de la judicatura, el procedente de Justicia Democrática); a lo que fue a unirse la previsión de un sistema de sufragio “mayoritario corregido”. Todo destinado a entregar, como efectivamente se entregó la institución, en su primer mandato, a la recién nacida Asociación Profesional de la Magistratura, promovida y controlada por la élite judicial del franquismo.

Este modo de actuar, tan políticamente instrumental y tan sectario, suscitó una reacción de similar perfil de la mayoría socialista salida de las urnas de 1982, en franca contradicción, por cierto, con las actitudes, incluso de un judicialismo extremo, mantenidas por ella en la oposición. La postura de esta formación con respecto al Consejo –que tuvo por vehículo la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985²⁰– acabó concretándose en la asunción de la conocida como “enmienda Bandrés”, que extendió la elección parlamentaria a todos los vocales. Esto, se dijo, con el fin de asegurar la legitimación democrática de la judicatura y de la propia institución; a la que, con llamativa paradoja, una vez *democráticamente legitimada* (mediante su entrega a la partitocracia), se le privó de una parte muy importante de sus competencias, comprendida, incluso, la gestión de las pruebas de ingreso en la judicatura. También se produjo una significativa anticipación de la edad de jubilación (de los 72 a los 65 años)²¹. Por lo demás, el texto

20 Para un examen con cierto detalle de su proceso de elaboración y de su contenido, cfr. Andrés y Mouilla (1986: 75 y ss.) y Andrés (2015: 186 y ss.).

21 De corte similar a la adoptada por la actual mayoría de la ultraderecha de gobierno en Polonia, en relación con los jueces del Tribunal Supremo, que ha sido justamente descalificada por el Tribunal de Luxemburgo, como violadora “[d]el principio de inamovilidad del juez, inherente a su independencia”, en su sentencia de 24 de junio de 2019. De índole semejante es la sentencia de la misma instancia de 6 de noviembre de 2012, relativa a Hungría.

acusaba notables deficiencias, seguramente fruto de la ausencia de un debate riguroso y abierto, de lo inopinado y oportunista del cambio de criterio de la mayoría socialista en aspectos fundamentales de la materia objeto de regulación, y de la precipitación, debida al interés en que el nuevo sistema de elección de los vocales pudiera regir ya la renovación del Consejo, que cumplía su primer mandato en octubre de 1985. Huelga decir que el segundo mandato contó con una consistente mayoría de extracción socialista.

Siguieron distintas reformas, en las que aquí no cabe entrar, hasta llegar a la promovida por una mayoría popular, mediante la Ley Orgánica 4/2013, a la que se debe un drástico redimensionamiento a la baja del Consejo en su carácter de órgano colegiado. Esto, por el incremento de las competencias de la Comisión Permanente, cuyos vocales pasaron a ser los únicos ejercientes a tiempo completo; y por el reforzamiento de las del presidente, el solo estable en su dedicación durante todo el mandato, con notable capacidad práctica de maniobra para configurar la Permanente, determinar su funcionamiento y condicionar sus decisiones. También se incrementó la presencia en el órgano del sector jerárquico de la magistratura. Y, en fin, se produjo un cambio esencial en materia de nombramientos (de magistrados del Tribunal Supremo, de los dos del Tribunal Constitucional que corresponde al CGPJ y, en general, de cargos judiciales), para los que, en lo sucesivo, bastaría la mayoría simple²².

Los desarrollos legislativos de 1980, 1985 y 2013, brevemente reseñados, fueron de un perfil, podría decirse, *expedicionario*, en cuanto orientados, no a dar un tratamiento constitucionalmente respetuoso al CGPJ, sino a operar políticamente en/con él en la coyuntura, con efectos que se han manifestado ciertamente catastróficos, desde luego, en lo relativo a la garantía institucional del principio de independencia.

Si hubiera que caracterizar de la forma más expresiva lo ocurrido a partir de la entrada en vigor del sistema de elección de los vocales introducido en 1985, bastaría decir que los partidos, en especial los mayoritarios, no es que estén representados, es que llevan más de seis lustros efectivamente *presentes y activos* como tales en el Consejo, convertido así en un escenario más de la política general²³. La consecuencia es que en tal marco no se hace política de la justicia, sino política *tout court* con la jurisdicción, que es como decir contra esta entendida en su sentido genuinamente constitucional. Algo a lo que muy lamentablemente han contribuido también, con sus actitudes co-

22 La Ley Orgánica 4/2018, en lo que aquí interesa, ha devuelto al CGPJ la plena colegialidad, mediante el restablecimiento de la dedicación exclusiva de todos sus integrantes; y ha retornado también a la exigencia de un *quorum* cualificado de tres quintos para los nombramientos a que acaba de hacerse referencia. La misma ley ha reformado el art. 326 LOPJ en materia de nombramientos discrecionales de cargos judiciales, estableciendo que estos deberán ajustarse a las bases relativas a los méritos requeridos, que tendrían que ser valorados conforme a criterios asimismo preestablecidos, debiendo reflejarse esa evaluación en una propuesta motivada. Es una exigencia de inspiración constitucional tan obvia que no necesitaría siquiera expresión legal, pero que ha sido sistemática y endémicamente desatendida por el Consejo General del Poder Judicial en todos sus mandatos.

23 Tanto es así que resulta bien constatable una tendencia crónica del órgano a romperse *por la línea de partido* en la adopción de cada acuerdo de alguna relevancia.

misariales, gran parte si no la mayoría de sus integrantes de procedencia judicial y del ministerio público y las propias asociaciones judiciales, con su colaboración activa o con su indiferencia²⁴.

No cabe aquí extenderse en el examen de la nutridísima fenomenología útil para ilustrar lo que acaba de afirmarse. Bastará con apuntar algunos relevantes momentos de esta, tomando en especial consideración ciertos aspectos de la ejecutoria del Consejo en el actual mandato, que, con mayoría *popular* y una minoría (la llamada progresista) connotada por su irrelevancia, bajo la férrea presidencia de Carlos Lesmes²⁵, ha llevado al extremo todo lo negativo del sistema inaugurado por la LOPJ de 1985. Por eso su carácter ciertamente emblemático.

En la raíz de lo acontecido está el dato de que, desde 1985, sin respetar el constitucional *quorum* de tres quintos en la elección de los componentes del CGPJ, se optó por la pura y simple distribución de los puestos dentro de este, de modo que cada formación política con posibilidades pudiera *poner* en él a personas de su exclusiva confianza o interés (confianza o interés político-partidistas, claro está). Así, aquellos no han sido nunca designados en las sedes parlamentarias correspondientes sino en las de los partidos mayoritarios²⁶. Donde se pactó, también con regularidad, el nombre del presidente, vergonzantemente *ratificado*, que no elegido, por los veinte integrantes del Consejo, estrenándose así en clientelar obediencia, ya en el primer pleno²⁷.

Sobre la calidad de la ética pública que informa esta clase de tratos, vino a arrojar una luz, ciertamente esclarecedora, el indecente *whatsapp* remitido por Ignacio Cosidó, a la sazón portavoz del Partido Popular en el Senado, a los senadores de esta formación. Refiriéndose al acuerdo alcanzado en ese momento en la *negociación* con

24 Me refiero en particular a Asociación Profesional de la Magistratura y a Jueces para la Democracia, que, puede decirse, cada una ha contado con su partido de referencia. Si bien concurre una relevante particularidad: que la primera ha mantenido siempre una actitud monolítica, de plena subalternidad al Partido Popular y de aceptación acrítica de sus planeamientos y de tal estado de cosas. En cambio, en la segunda, la participación en el sistema de elección generado por la Ley Orgánica de 1985, en posición privilegiada merced al apoyo socialista, ha sido siempre motivo de aguda polémica, objeto de debate y causa de confrontación interna de dos posiciones netamente diferenciadas y sistemáticamente enfrentadas (Íñiguez, 2008: 322). Finalmente, ha prevalecido la opción de retorno al sistema original de elección de los integrantes del sector judicial del Consejo.

25 El magistrado (antes fiscal) Carlos Lesmes fue dos veces director general en gobiernos del Partido Popular. Entrevistado en 2014 por el diario *El Mundo*, hizo esta afirmación estupefaciente: "Al juez se le controla con el palo y la zanahoria". Repárese bien: el presidente de la más alta instancia jurisdiccional y presidente también del órgano de garantía de la independencia judicial, dispuesto a *controlar* de ese modo la actividad profesional consistente en decir el derecho con exclusiva sujeción a la ley.

26 La Ley Orgánica 2/2001 introdujo una reforma en el sistema electoral de los integrantes del CGPJ, para –buscando algún reforzamiento de su llamativa deslegitimación– dotarle, dice la Exposición de Motivos, de un consenso asentado sobre nuevas bases, implicando a las asociaciones judiciales y a los jueces no asociados en el proceso electoral, mediante la propuesta de candidatos a las cámaras. La medida ha quedado en la pura cosmética, desde luego en el caso de las asociaciones, que se limitan a oficiar de burocráticos cauces inertes, sin establecer relación alguna de representación con los asociados que lleguen al Consejo por esa vía. Es más, con la mayor frecuencia, esto ocurre porque el interesado cuenta ya, antes de presentarse como candidato, con el favor de un partido, que es ciertamente lo que importa.

27 No pudo ser más expresivo al respecto el titular del diario *El País*, de 10 de diciembre de 2012, uno de tantos: "Los vocales del Poder Judicial cumplen el pacto PP-PSOE y eligen a Lesmes" (habría sido más fiel a la realidad escribir *votan*). También el modo de rotular un editorial del mismo periódico, de 14 de noviembre de 2018: "Los partidos vuelven a intervenir en la elección de los vocales del Poder Judicial", después de que se hubieran ido conociendo las *negociaciones* y también los nombres, incluido el del entonces pactado futuro presidente.

el PSOE para la composición del futuro Consejo, escribía, dando cuenta de lo conseguido: “Ponemos a un presidente excepcional (...) además controlando la Sala Segunda desde detrás y presidiendo la sala 61. Ha sido una jugada estupear...”.

A mi juicio se trata de una intervención realmente importante por lo que expresa. No es solo una declaración de intenciones sino, especialmente, *de principios*, y evidencia toda una concepción corrupta y fuertemente anticonstitucional de la jurisdicción que, en este caso, preside además una estrategia; no imputable de manera exclusiva a Cosidó (que *solo* habría sido el remitente del mensaje), al tratarse de una concepción y de *principios* amplísimamente compartidos (al menos) dentro de su formación. Desde luego, por los 146 destinatarios del *whatsapp* –¡la mayoría absoluta de la cámara!– a los que, si algo tan sucio podía serles comunicado y, además, ¡como un triunfo!, es porque compartían y tendrían motivo para celebrar esa “jugada estupear”. El entusiasmo, es claro, tenía que ver con la situación procesal de ese partido, ya condenado por la Audiencia Nacional como partícipe a título lucrativo en actos de corrupción, y con no pocos de sus exponentes de relieve implicados en una infinidad de causas en trámite, que acabarán en la Sala Segunda del Tribunal Supremo, como se sabe, la competente para el conocimiento de procesos penales contra los aforados de mayor rango²⁸.

Las vicisitudes de posible consideración en las que, a lo largo del tiempo, han ido plasmándose en las actuaciones (y omisiones) del Consejo, los negativos efectos del sistema de elección supuestamente parlamentaria, son innumerables. Esto impide realizar aquí un examen pormenorizado. Pero existe un tema-test, que es el más idóneo para ilustrar el modo de proceder en/con la institución. Me refiero a la *política* de nombramientos. Que informa fielmente sobre el concepto de independencia judicial y, en general, la clase de *valores* efectivamente profesados y promovidos durante decenios por el Consejo. Con escasos matices diferenciales en función del perfil político de la mayoría, y dejando siempre a salvo algunas –contadas– actitudes personales de calidad.

Una constante en la materia ha sido la ya histórica frecuente inobservancia, en los sucesivos mandatos, de los aludidos constitucionales principios de “mérito y capacidad”, que deberían regir incondicionadamente. Porque son incontables las ocasiones en las que su lugar se ha visto ocupado por preferencias fundadas en el tráfico de diversas influencias, las relaciones de amistad, las filiaciones ideológicas y asociativas y otras de carácter, al fin, político. Es muy elocuente al respecto lo sucedido, durante este mandato, en relación con la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, con los

28 El texto del *whatsapp* revela, además, con patente claridad, la estrategia que en esta ocasión (como seguramente en las anteriores y, por qué no, en las futuras) informó la actuación del Partido Popular en las *negociaciones* para renovación del Consejo. Lo que asimismo arroja luz acerca de la actitud mantenida por esta formación contra el magistrado de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, José Ricardo de Prada, un profesional ejemplar, injuriado y calumniado gravísimamente por altos exponentes de la misma, por haber cumplido con su deber constitucional en el juicio que concluyó con la sentencia condenatoria del PP como partícipe de delito a título lucrativo. Sentencia confirmada por el Tribunal Supremo.

magistrados López y González²⁹ y la magistrada Espejel. Los tres fueron recusados, con buen soporte de datos, por su bien conocida estrecha proximidad al Partido Popular, que les inhabilitaría para conocer con imparcialidad de las causas en las que este o algunos de sus exponentes estaban implicados. Las recusaciones resultaron estimadas por el pleno de aquel tribunal, quedando, por tanto, acreditada la directa relación con esa formación política de los tres magistrados, lo que, jurídica y, antes aún, deontológicamente, les habría obligado a abstenerse. Pues bien, de forma casi inmediata, fueron promocionados por el Consejo, no obstante tal gravísimo demérito, convertido así *-de facto, contra legem* y en fraude de Constitución- en ilegítimo *mérito*. Tanto que Espejel pasó a ser la presidenta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en la que están pendientes relevantes causas criminales que afectan intensamente al Partido Popular; González fue nombrado presidente de la Audiencia Provincial de Madrid; y López -actual consejero en el gobierno popular de la Comunidad de Madrid- seleccionado para formar parte de la nueva Sala de Apelaciones de la Audiencia Nacional³⁰.

No creo que haga falta un gran esfuerzo de imaginación para representarse los demoledores efectos que esta clase de actuaciones han generado y generan en los integrantes de la magistratura española, a quienes el Consejo tendría que ofrecer la seguridad de una clara apuesta por el constitucional principio de independencia, dirigida a estimular su vigencia en las prácticas jurisdiccionales. Con la certeza para sus autores de que la calidad de estas en la materia sería, en todo caso, objeto de debida apreciación en el régimen de promociones. Algo que ha estado y está lejos de suceder.

Aunque parezca mentira, las vicisitudes expuestas son todavía insuficientes para ilustrar las patologías que asedian a esta desgraciada institución, con el inevitable demoledor efecto en la cultura y la práctica de la independencia judicial. Y es que, algo bien conocido, el actual mandato se encuentra anticonstitucional e ilegalmente prorrogado *de facto* (durante bastante más de dos años, en el momento de escribir estas páginas), debido el férreo obstruccionismo -y no es la primera vez- del Partido Popular. Con la también aberrante particularidad de que los veintiún integrantes del órgano que, con su dimisión, podrían haber evitado o puesto fin a tal perversa situación, permanecen anclados a sus puestos, avalando explícitamente cada día con su presencia lo que, puede decirse sin exageración, representa una suerte de *golpe* extra e intrainstitucional. Además, durante todo este tiempo, el Consejo, en semejante situación de gravísima ilegitimidad, ha realizado innumerables nombramientos de cargos judiciales.

29 Adscrito y mantenido en la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en comisión de servicios, precisamente, para conocer de diversas piezas del caso *Gürtel*.

30 El nombramiento sería declarado nulo por el Tribunal Supremo debido a una deficiencia curricular, lo que no fue obstáculo para que este magistrado fuera ahora adscrito a la misma sala mediante nuevo acuerdo del Consejo, también declarado nulo por la alta instancia. Sorprendentemente, esto no impidió que el Consejo emitiera un nuevo acuerdo, ahora también en fraude de jurisdicción, volviendo a decidir en idéntico sentido.

De semejante contexto forma parte la curiosa circunstancia de que el Partido Popular ha sido siempre pródigo en afirmaciones grandilocuentes en favor de la independencia judicial, autopresentándose como su gran valedor³¹. Aunque, ciertamente, hay que decir que ninguno de los dos grandes partidos (como tampoco los menores que se han sumado ocasionalmente a sus estrategias en el CGPJ), han dado pruebas de creer en ella y de asumirla efectivamente como valor. Más bien lo contrario. Algo, por lo demás, consecuente, en el marco de una política degradada que ha demostrado necesitar un significativo coeficiente de ilegalidad, para permanecer y reproducirse en sus constantes. Una política que, como se ha visto, lleva lustros filtrándose directamente en *la judicial* del Consejo, sin apenas mediaciones.

Las vicisitudes reseñadas, como la infinidad de otras relacionadas con este que podrías sumarse, es obvio, se han dado con las peores consecuencias para la cultura constitucional de la independencia y de la jurisdicción de los jueces españoles. En efecto, pues lo producido ha sido más bien una persistente difusión de contravalores en la materia. Un buen indicador al respecto es que jamás un juez o tribunal vilipendiado ante la opinión a causa de una resolución irreprochable pero incómoda para algún sujeto de poder, ha obtenido del Consejo la defensa que merecía.

En España, por fortuna, los jueces y tribunales gozan de un estatuto de independencia, mejorable, pero razonablemente garantizado en el plano normativo y, seguramente, con traducción efectiva en la inmensa mayoría de sus prácticas. Ahora bien, este hecho es, en esencia, fruto exclusivo del personal compromiso de cada uno de aquellos con la función jurisdiccional. En efecto, porque –¡cuesta escribirlo!– no debe nada al Consejo General del Poder Judicial, tan catastróficamente frustrado en su papel de órgano independiente de garantía de los valores de la jurisdicción. ♦

31 Hasta el punto de que *La Vanguardia*, a fecha de 21 de abril de 2021 pudo titular: "Casado mantiene la exigencia de reforzar la independencia judicial para renovar el CGPJ".

BIBLIOGRAFÍA

- Althusser, L. (1968). *Montesquieu, la política y la historia*. Trad. cast. de M. E. Benítez. Madrid: Ciencia Nueva.
- Anderson, P. (1979). *Transiciones de la antigüedad al feudalismo*. Trad. cast. de S. Juliá. Madrid: Siglo XXI.
- Andrés, P. y Mouilla, C. (1986). *El poder judicial*. Madrid: Tecnos.
- Andrés, P. (2015). *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez en el estado constitucional*. Madrid: Trotta.
- Andrés, P. (2018). Preconstitución legal del juez: un principio en espera de [rigurosa] aplicación. *Jueces para la Democracia. Información y debate*, 91, 5-21.
- Battaglia, A. (1962). *I giudici e la política*. Bari: Laterza.
- Beccaria, C. (2011). *De los delitos y de las penas*. Edición bilingüe, texto italiano fijado por G. Francioni, trad. cast. de F. Laplaza, edición al cuidado de P. Andrés Ibáñez, con prólogo de P. Calamandrei. Madrid: Trotta.
- Bonasi, A. (1884). *La magistratura in Italia*. Bologna: Nicola Zanichelli.
- Calamandrei, P. (1960). *Proceso y democracia*. Trad. cast. de H. Fix Zamudio. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Casamayor (1957). *Les juges*. Paris: Editions du Seuil.
- Fernández-Crehuet, F. (2011). *Jueces bajo el franquismo. Once historias (y una nota sobre la depuración de los funcionarios judiciales)*. Granada: Comares.
- Ferrajoli, L. (2011). *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia, I Teoría del derecho*. Trad. cast. de P. Andrés Ibáñez, J. C. Bayón, M. Gascón, L. Prieto y A. Ruiz Miguel. Madrid: Trotta.
- García Pelayo, M. (1968). *Del mito y de la razón en el pensamiento político. (Estudio sobre las formas políticas de la Edad Media)*. Madrid: Revista de Occidente.
- Guarnieri, C. (1997). Magistratura e sistema político nella storia d'Italia. En R. Romanelli (Ed.). *Magistratura e potere*, (pp. 241 y ss.). Bologna: Il Mulino.
- Hamilton, A., Madison, J. y Jay, J. (1957). *El Federalista*. Prólogo y traducción de G. T. Velasco, 2ª edición. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- Hilbink, L. (2014). *Jueces y política en democracia y dictadura. Lecciones desde Chile*. Trad. cast. de F. Millán Zapata. Ciudad de México: FLACSO, México.
- Íñiguez, D. (2008). *El fracaso del autogobierno judicial*. Madrid: Fundación Alfonso Martín Escudero; Cizur Menor (Navarra): Civitas.
- Kantorowicz, E. H. (2012). *Los dos cuerpos del rey. Un estudio de teología política medieval*. Trad. cast. de S. Aikin Araluce y R. Blázquez Godoy, con prólogo de W. Chester Jordan y estudio preliminar de J. M. Nieto Soria. Madrid: Akal.
- Kelsen, H. (2003). *La paz por medio del derecho*. Trad. cast. de L. Echávarri, introducción de M. La Torre y C. García Pascual. Madrid: Trotta.
- Lanero Táboas, M. (1996). *Una milicia de la justicia. La política judicial del franquismo (1936-1945)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Lefebure, E. (1977). *De l'état. 3. Le mode de production étatique*. Paris: Union Générale d'Éditions.

Mannoni, L. (1997). Giustizia e amministrazione tra antico e nuovo regime. En R. Romanelli (Ed.). *Magistratura e potere nella storia europea*, (pp. 39 y ss.). Bologna: Il Mulino.

Matus Acuña, A. (2000). *El libro negro de la justicia chilena*. Barcelona: Planeta.

Montesquieu, Ch. (1972). *Del espíritu de las leyes*. Trad. cast. de M. Blázquez y P. de Vega, prólogo de E. tierno Galuán. Madrid: Tecnos.

Muratori, L. (1794). *Defectos de la jurisprudencia*. Trad. cast. de V. M. de Tercilla. Madrid: Imprenta de la viuda de D. Joachin Ibarra.

Müller, I. (2009). *Los juristas del horror. La "justicia" de Hitler: el pasado que Alemania no puede dejar atrás*. Trad. cast. de C. Armando Figueredo, prólogo a esta edición de E. Casanova. Bogotá. Colombia: Álvaro Nora Librería Jurídica.

Murena, M. (1785). *Tratado sobre las obligaciones del juez*. Trad. cast., (de la edición francesa) de C. Cladera. Madrid: Plácido Barco López.

Pardo, M. (2009). *Magistratura profesional*. Valencia: Tirant lo Blanch; Murcia: Editum, Ediciones de la Universidad de Murcia.

Pizzorusso, A. (1984). Il Consiglio Superiore della Magistratura nella forma di governo vigente in Italia. *Questione Giustizia*, 3, 281-306.

Pizzorusso, A. (1990). *L'organizzazione della giustizia in Italia*. Torino: Einaudi.

Portilla Contreras, G. (2019). *Derecho penal franquista y represión de la homosexualidad*. Madrid: Ministerio de Justicia.

Pound, R. (1954). *El espíritu del 'common law'*. Trad. cast. de J. Puig Brutau. Barcelona: Bosch.

Royer, J. P. (1995). *Histoire de la justice en France*. Paris: Presses Universitaires de France.

Saita, R. (1975). *Costituenti e costituzioni della Francia rivoluzionaria e liberale (1789-1785)*. Milano: Giuffrè.

Silvestri, G. (1979). *La separazione dei poteri*, vol. I. Milano: Giuffrè.

Varaut, J. M. (2004). Indépendance. En L. Cadier (Dir.). *Dictionnaire de la justice*. Paris: Presses Universitaires de France.

Zagrebelsky, G. (1982). La responsabilità del magistrato nell'attuale ordinamento. Prospettive di riforma. *Giurisprudenza costituzionale*, 1, 780-795.

ATZERRITARREN ASKATASUNERAKO ESKUBIDEA ETA ASKATASUN-GABETZEA ATZERRITARTASUNARI BURUZKO ARAUDIAREN ARABERA^{1, 2}

THE RIGHT TO LIBERTY OF FOREIGNERS AND THEIR DEPRIVATION OF LIBERTY IN
APPLICATION OF THE REGULATIONS ON FOREIGNERS

M.^a Nieves Arrese Iriondo

Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea

Cómo citar / Nola aipatu: Arrese Iriondo, M. N. (2021). Atzerritarren askatasunerako eskubidea eta askatasun-gabetzea atzerritartasunari buruzko araudiaren arabera. *Legebiltzarreko Aldizkaria - LEGAL - Revista del Parlamento Vasco*, 2: 34-63
<https://doi.org/10.47984/legal.2021.002>



LABURPENA

Atzerritarren askatasun-gabetzea, bereziki, haien barneratzea, nazionalitatea dutenei aplikagarri ez zaizkien arrazoi zehatzen ondorio da. Lan honek, atzerritarren barneratzera eraman dezaketen kasuak azaldu ondoren, askatasunerako-eskubidearekin lotura duten prozedura-kontu garrantzitsuenak aztertzen ditu. *Habeas corpus* baliabideari ere egiten zaio aipu, nazionalitatea dutenek legez kontrakoak jotzen dituzten askatasun-gabetzei aurre egiteko baliabide gisa. Edonola ere, atzerritarren egoera beste bat dela azpimarratu behar da, horien barneratzea, hala badagokio, epaileak

erabaki behar baitu, modu horretan, erabakiak askatasun-gabetzearen kontrol judiziala berea eginez. Aurrera eramandako analisiaren xedea ez da aipatutako alderdiak sakontasunez jorratzea, baizik eta atzerritarren askatasunerako-eskubidearen zabaltzea azpimarratzea.

GAKO-HITZAK

Atzerritarrak, askatasunerako-eskubidea, barneratzea, esku-hartze judiziala.

1 Artikulu hau, *Derechos humanos, potestad sancionadora y organización administrativa en la seguridad ciudadana* izenburua duen eta Eusko Jaurlaritzak finantzatutako PIBA 2019-48 Ikerkuntza-proiektuaren baitan egindako lanaren fruitu da.

2 Artikulu hau gaztelaniaz ere eskuragarri dago <https://doi.org/10.47984/legal.2021.002>

ABSTRACT

The deprivation of liberty of foreigners, in particular, their internment, responds to specific causes that are not taken into account in relation to those who have the nationality. This paper, after explaining the cases that may lead to the internment of foreigners, analyzes the most pressing procedural issues due to their connection with the right to liberty. It also refers to the figure of habeas corpus, a procedure available to those who have the nationality to deal with deprivation of liberty that they consider illegal. However, it is emphasized that the situation of foreigners is different, since their internment, when appropriate, will have to be taken by a judge, so the decision includes judicial control of the deprivation of liberty. The analysis does not pretend a detailed study of the mentioned aspects, but rather its main purpose is to insist on the extension of the right to liberty of foreigners.

KEYWORDS

Foreigners, right to liberty, internment, judicial intervention.

RESUMEN

La privación de libertad de las personas extranjeras, en particular, su internamiento, responde a causas específicas que no se contemplan con respecto de quienes tienen la nacionalidad. Este trabajo, tras exponer los supuestos que pueden desencadenar el internamiento de las personas extranjeras, analiza las cuestiones procedimentales más acuciantes por su vínculo con el derecho a la libertad. También se alude a la figura de *habeas corpus*, procedimiento del que disponen quienes tienen la nacionalidad para hacer frente a las privaciones de libertad que consideren ilegales. No obstante, se hace hincapié en que la situación respecto de las personas extranjeras es otra, ya que su internamiento, cuando procede, habrá de ser adoptado por un juez, por lo que la decisión incorpora el control judicial de la privación de libertad. El análisis llevado a cabo no pretende un estudio pormenorizado de los aspectos expuestos, sino que su propósito principal es incidir en la extensión del derecho a la libertad de las personas extranjeras.

PALABRAS CLAVE

Personas extranjeras, derecho a la libertad, internamiento, intervención judicial.

AURKIBIDEA

- I. SARRERA.
 - II. ATZERRITARREN ASKATASUNERAKO ESKUBIDEA.
 - III. ATZERRITARREN ASKATASUN-GABETZEA ATZERRITARTASUNARI BURUZKO LEGEDIAN. 1. Bueltatzea, itzularaztea, kanporatzea. 2. Muga-postuan egindako askatasun-gabetzea. 3. Atzerritarren identifikazioaren ondorioz egindako askatasun-gabetzea: Herritarren Segurtasuna Babesteko Lege Organikoaren inguruko gogoetak.
 - IV. BARNERATZEAREN PROZEDURA-KONTUAK. 1. Barneratzea kautelazko neurri gisa. 2. Esku-hartze judiziala barneratzeko. 3. Barneratzearen iraupena. 4. Barneratze-autoaren aurkako errekurtoa.
 - V. *HABEAS CORPUS* PROZEDURAREN BEREZITASUNAK ATZERRITARTASUNARI BURUZKO LEGEDIAREKIN BAT EGINDAKO ATXILOKETETAN. 1. Alderdi orokorrak. 2. *Habeas corpus*-a abiarazteko autoa. 3. Atzerritarren barneratzean esku-hartze judiziala eta *habeas corpus*-a ez onartzea.
 - VI. ONDORIOAK.
- BIBLIOGRAFIA.*

I. SARRERA

Atzerritarren askatasunerako eskubideak dakarren lehenengo galdera bere he-
dadurari buruzkoa da, hots, ea nazionalitatea duten pertsonen eskubide berbera den
edo haien kasuan onargarriak diren eskubide hura hautsiko luketen beste kasu ba-
tzuk. Hori dela eta, abiapuntua Konstituzioaren 13.1 artikulua da, zeinak atzerritarrei
konstituzio-testuaren I. tituluan jasotzen diren askatasun publikoak bermatzen bai-
tizkie “itunek eta legeak ezartzen dutenaren arabera”. Askatasunerako eskubidearen
irispidearen inguruko Konstituzio Auzitegiaren epaiak baztertu gabe, Giza Eskubideen
Europako Auzitegiak aukera ugari izan ditu, oro har, Hitzarmenaren 5. artikuluan ja-
sotzen den askatasunerako eskubidearen eremuari buruz erabakitzeke eta, bereziki,
edonoren askatasun-gabetzea onargarria den kasuen harira, atzerritarren atxiloketa
baimentzen duen kasu zehatzari buruz.

Lan honetan aztergai dagoena nagusiki honako hau da: batetik, atzerritarren aska-
tasun-gabetzearen inguruko berezitasunak eta, bestetik, gabetze horren legezkotasu-
narekin zerikusia duten bermeak. Gai horiek ikuspuntu juridikotik duten garrantziaz
gain, praktikan ere oso esanguratsuak dira, atzerritarren atxiloketak eta barneratzeak,
batzuetan eskubideekiko begirunea zalantzan jartzen dutenak, ugariak dira-eta³.

II. ATZERRITARREN ASKATASUNERAKO ESKUBIDEA

Aurreratu denez, Konstituzioaren 13.1 artikulua aitpatzen du zeintzuk diren atze-
rritarrei dagozkien eskubide eta askatasunak “itunek eta legeak ezartzen dutenaren
arabera”. Erreferentzia horrek esan nahi du, Konstituzioan bertan jasotzen diren sal-
buespenak izan ezik, atzerritarren oinarrizko eskubideen gozamina nazioarteko trata-
tu eta barne-legediaren edukiaren arabera ñabartu daitekeela⁴. Konstituzio Auzitegiak
hasiera-hasieratik onartu zuen askatasun publikoek bere baitan hartzen dituztela oi-
narrizko eskubideak ere⁵. Horretaz gain, hiruko teoria ezaguna landu zuen, eta horren
arabera, atzerritarren oinarrizko eskubideak honako era honetan sailkatuko dira:

1. giza duintasunari lotutako oinarrizko eskubideak, arrazoi horregatik pertsona
guztiei era berean dagozkienak;
2. atzerritarrei ez dagozkien oinarrizko eskubideak, esaterako, Konstituzioaren 23.
artikulukoak;

3 Ikus Euskal Autonomia Erkidegora mugatutako analisi bat, nagusiki enpirikoa, Barbero González, Blanco Fernández de Valderrama, Arrese Iriondo, González Murúa (2017); Barbero, Blanco eta Arrese (2018).

4 Konstituzio Auzitegiaren 99/1985 Epaia, irailaren 30ekoa, 2. OJ.

5 Konstituzio Auzitegiaren 107/1984 Epaia, azaroaren 23koa. Konstituzio Auzitegiaren 115/1987 Epaia, uztailaren 7koak, gehiengoaren interpretazioarekin bat ez zetorren boto partikularra dauka.

3. Konstituzioak nazionalitate espainiarra dutenei soilik aitortzen dizkien eskubi-deak, baina atzerritarrei ere luza dakizkiekeenak.

Konstituzioaren 17.1 artikulua arabera, “Pertsona guztiek dute askatasunera-ko eta segurtasunerako eskubidea. Inori ezin kendu zaio askatasuna, ez bada artikulua honek dioena betez eta legean ageri diren kasuetan eta moduan”. Askatasunerako eskubidea hiruko teoriaren lehenengo multzoan kokaturik dago, beraz, atzerritarrei ere dagokien eskubidea da. Hori horrela izan arren, Konstituzioak eskatzen du eskubidearen aitortzea legeek adierazitako betekizunen mende gelditzea. Giza Eskubideen Europako Hitzarmenaren 5.1 artikulua ere pertsona orori aitortzen dio askatasunerako eta segurtasunerako eskubidea, eta inork ere ezin du bere askatasuna galdu artikulua berak jasotako kasuetan izan ezik eta legeak zehazturiko prozedurarekin bat⁶.

Askatasunerako eskubidea gizarite demokratiko batean oinarrituko garrantzia duen eskubidea da⁷. Babesten denaren hedapena mugatzerakoan, lehenik eta behin, adierazi behar da eskubide horrek zentzu klasikoan gizabanakoaren askatasunari egiten diola aipu, hau da, askatasun fisikoari⁸, eta hori finkatzeko berdin da pertsona non dagoen, erabakigarriena baita pertsona etengabeko zaintzapean egotea eta lekua uzteko askatasunik ez izatea⁹.

Atzerritarren askatasun-gabetzea legezkoa izan daiteke nazionalitatea dutenen eremuan onartezinak izango liratekeen kasuetan. Azken horien atxiloketa euren askatasun pertsonalean gerta daitekeen eskusartzerik nagusia da, eta horregatik azterketa zorrotz baten mende dago, gizaritearen eskakizunen eta norberaren askatasunaren arteko haztapanak burutuko duena. Atzerritarrek, aldiz, Estatuko lurraldean haien sarrera edo egoitza baimentzen ez den bitartean, ez dute bertan egoteko eskubiderik. Atxilotuko diren ala ez erabakitzeko estatuak daukaten irizpidezko askatasun-tartea handiagoa da¹⁰. Hala ere, agintariak euren jardunean izandako fede ona frogatu behar da, hala nola, atxiloketaren eta bilatzen den helburuaren arteko lotura estua, bai eta barneratzea leku aipatzean egingo dela eta arrazoizkoa den iraupena izango duela ere¹¹.

Europako Hitzarmenak zein Konstituzioak debekatzen dutena da askatasun-gabetzeak era arbitrarioan egitea. Agintariak modu arbitrarioan jardun duten zehazterakoan, Estrasburgoko Auzitegiak kontuan izan beharreko printzipio orokor batzuk finkatu ditu:

6 Giza Eskubideen Europako Auzitegiak artikulua horri buruz egindako interpretazioaz, ikus Arrese Iriondo (2015).

7 *De Wilde, Ooms eta Versyp v. Belgika*, 1971ko ekainaren 18ko Epaia, 65. atala; *Winterwerp v. Herbehereak*, 1979ko urriaren 24ko Epaia.

8 Charrier (2005: 59), Nowak (2005: 212).

9 *Farhad Aliyev v. Azerbaijan*, 2010eko azaroaren 9ko Epaia, 163. atala; *Salayev b. Azerbaijan*, 2010eko azaroaren 9ko Epaia, 42. atala.

10 *Saadi v. Erresuma Batua*, 2008ko urtarrilaren 29ko Epaia, 64. atala.

11 *Kanagaratnam v. Belgika*, 2011ko abenduaren 13ko Epaia; 94.-95. atalak; *Suso Musa v. Malta*, 2013ko uztailaren 23ko Epaia, 102. atala.

1. agintarien ardura legedia aplikatzerakoan, fede txarra hautemanenez gero askatasun-gabetzea ez baita legezkoa izango legedia zuzen aplikatu bada ere¹²;
2. askatasun-gabetzea artikuluan bertan jasotzen diren murrizketekin bat etortzea;
3. askatasun-gabetzearen eremuaren eta atxiloketaren lekuaren eta baldintzen arteko egokitasuna;
4. askatasun-gabetzearen proportzionaltasuna¹³.

Asko dira atxiloketa arbitrarioa izan dela erabaki duten epaiak, gehienetan hura baimentzen duen erabakirik ez dagoelako¹⁴ edo, epailearen agindua egon arren, denborazko mugarik jartzen ez delako edo arrazoiak azaltzen ez direlako¹⁵. Era berean, atxiloketa arbitrarioa izango da adierazitako arrazoia ez den beste helburu baterako egin bada¹⁶. Gauzatutako askatasun-gabetzeak hasiera-hasieratik haren lekukotasuna egitea galdatzen du, bestela aitortu gabeko atxiloketa izango litzateke eta¹⁷. Atxiloketaren data, une eta lekuaren, atxilotutako pertsonaren ize-naren zein atxiloketaren arrazoiaren, eta atxiloketa egin duenaren izenaren erregistrorik ez badago, atxiloketa ez da bateragarria izango Hitzarmenaren 5. artikulua xedatutakoarekin¹⁸.

Askatasunerako eskubidearekin batera, Europako Hitzarmenaren 5. artikulua eta Konstituzioaren 17.1 artikulua segurtasunerako eskubidea ere bermatzen dute. Kontzeptu horrekin askatasunerako eskubidearen aurkako eraso arbitrarioak debekatzen dira soilik¹⁹. Auzitegiak azpimarratu du bereziki garrantzitsua dela segurtasun juridikorako printzipio orokorra asetzea askatasunerako eskubidea eraginda gertatzen denean, segurtasunerako eskubidea askatasun fisikoari legezko babesa ematen dion betebeharrak baino gehiago baita²⁰. Ezinbestekoa da arauak askatasun-gabetzea ekar dezaketen inguruabarrak argitasun osoz definitzea, era horretan, edonork arrazoiz aurreikus dezan zeintzuk izango diren burututako ekintzaren ondorioak²¹.

12 *Farhad Aliyev v. Azerbaijan*, 2010eko azaroaren 9ko Epaia, 163. atala; *Salayev v. Azerbaijan*, 2010eko azaroaren 9ko Epaia, 42. atala.

13 *James, Wells eta Lee v. Erresuma Batua*, 2012ko irailaren 18ko Epaia, 192.-195. atalak.

14 *Kharchenko v. Ukraina*, 2011ko otsailaren 10eko Epaia, 69. atala.

15 *Sabirov v. Errusia*, 2010eko otsailaren 11ko Epaia, 30. atala; *Feldman v. Ukraina*, 2010eko apirilaren 8ko Epaia, 72. eta 73. atalak; *Farhad Aliyev v. Azerbaijan*, 2010eko azaroaren 9ko Epaia, 166. atala.

16 *Gafgaz Mammadov v. Azerbaijan*, 2015eko urriaren 15eko Epaia, 103.-110. atalak.

17 *Navalnyy y Yashin v. Errusia*, 2014ko abenduaren 4ko Epaia, 94. eta 95. atalak.

18 *Kurt v. Turkiá*, 1998ko maiatzaren 25eko Epaia, 125. atala.

19 De Meyer (1999: 190).

20 *Giorgi Nikolaishvili v. Georgia*, 2009ko urtarrilaren 13ko Epaia, 53. atala.

21 *Baranoski v. Polonia*, 2000ko martxoaren 28ko Epaia, 52. atala; *Ciobanu v. Errumania*, 2013ko uztailaren 9ko Epaia, 64. atala.

Atzerritarren askatasun-gabetzearen eremuan, haiek ez dute izango delitu bat egi-teagatik behin-behineko espetxealdian dauden pertsonak duten babes-maila bera²², lehenengo kasuan arau-hauste administratibo bat egin duten pertsonak baitira; beraz, haien portaera ez da delitua²³. Hori horrela izanda ere, oro har, Konstituzioaren 17. artikuluan aitortzen diren eskubideen gozamina ere dagokie²⁴. Gainera, era horretako atxiloketak arbitrarioak izango dira ez badago atxiloketaren dataren, denboraren eta barneratutako pertsonen kokagunearen, deportazioa burutu aurretik askatasunik gabe egon diren denboraren, deportazioaren dataren eta lekuaren erregistrorik, askatasun-gabetzearen amaierari buruzko informaziorik ez litzateke egongo-eta²⁵. Bestalde, askatasun gabeturik dagoen pertsonak nazioarteko babesa eskatzen badu, kanporatze-neurria eten egingo da, baina horrek ez dauka zertan izan eraginik atxiloketarengan; galdatzen dena asiloari buruzko prozedura ahalik eta lasterren amaitzea da. Hala ere, askatasun-gabetzea justifikatuko duten arrazoi sakonak egotea ezinbestekoa da²⁶.

III. ATZERRITARREN ASKATASUN-GABETZEA ATZERRITARTASUNARI BURUZKO LEGEDIAN

1. BUELTATZEA, ITZULARAZTEA, KANPORATZEA

Atzerritartasunari buruzko Lege Organikoak atzerritarrak atxilotu ahal izateko zenbait kasu jasotzen du. Era horretan, Giza Eskubideen Europako Hitzarmenaren agindua betetzen da, aukera hori legeren batean aurreikusirik egotea eskatzen baitu²⁷. Horrela egingo ez balitz, atxiloketaren arbitrariotasuna gertatzeaz gain, legez kontra atxilotu diren pertsonen *habeas corpus* moduko oinarrizko babesez baliatzeko aukera kenduko litzaieke²⁸, aurrerago ikusiko denez.

Atzerritarra barneratu ahal izango da astun edo oso astun gisa tipifikaturiko zenbait arau-hauste ustez egin izanagatik bere aurkako espediente zehatzailea irekitzen denean. Kasu horietan guztietan barneratzea justifikatzen duena da jar daitekeen

22 *Chahal v. Erresuma Batua*, 1996ko azaroaren 15eko Epaia, 112. atala; *Kolesnik v. Errusia*, 2010ko ekainaren 17ko Epaia, 80. atala; *Efremidze v. Grezia*, 2011ko ekainaren 21eko Epaia, 52. atala; *M. eta beste batzuk v. Bulgaria*, 2011ko uztailaren 26ko Epaia, 61. atala.

23 *Kolesnik v. Errusia*, 2010eko ekainaren 17ko Epaia, 80. atala; *Efremidze v. Grezia*, 2011ko ekainaren 21eko Epaia, 52. atala; *M. eta beste batzuk b. Bulgaria*, 2011ko uztailaren 26ko Epaia, 61. atala.

24 Donaire Villa (2012: 509).

25 *Ranjbar eta beste batzuk v. Turkia*, 2010eko apirilaren 13ko Epaia, 42. eta 43. atalak.

26 *A. A. v. Grezia*, 2010eko uztailaren 22ko Epaia, 90.-94. atalak; *M. A. v. Zipre*, 2013ko uztailaren 23ko Epaia, 209. atala; *E.K. v. Grezia*, 2021eko urtarrilaren 14ko Epaia, 93.-99. atalak.

27 *Amuur v. Frantzia*, 1996ko ekainaren 25eko Epaia.

28 *Khlaifia eta beste batzuk v. Italia*, 2016ko abenduaren 15eko Epaia, 97.-108. atalak.

zehapena Estatuko lurraldetik kanporatzea izatea²⁹. Edonola ere, legegileak, jarraitu beharreko prozedurari dagokionez, lehenespeneko prozedura eta prozedura arrunta bereizten ditu³⁰. Eta bereizketa ez da hutsala, bigarren kasuan ez baita posible izango atzerritarra barneratzea prozeduraren izapidetzeak irauten duen bitartean, ezta borondatezko irteerarako epean ere³¹. Era berean, legeak dolozko jokabidearengatik urtebetetik gorako zigor askatasun-gabetzailearekin zigortutako atzerritarra kanporatzea ere aurreikusten du, eta kasu horretan, helburu berarekin, pertsona hori barneratu ahal da³².

Bestalde, legeak prozedura zehatzaileraren baten baitan ez dauden atzerritarrak barneratzeko aukera ere jasotzen du. Estatuko lurraldean sartzea ukatzen denean eta itzularaztea erabakitzen denean gerta daiteke hori. Sarrera ukatuko da atzerritarra horretarako ezarritako tokietatik nahitaezkoa den dokumentaziorik gabe sartzen saiatzen denean. Horren ondorioa jatorrizko puntura bueltatzea da. Baina, bueltatze hori poliziaren kontrolpean dagoenetik hirurogeita hamabi ordu baino gehiagoz atzera daitenekenez, instrukzio-epaileak, sarrera ukatu duen agintariak eskaturik, atzerritarraren barneratzea erabaki dezake³³.

Hori ezartzen duen artikulua hitzez-hitzezkoak dio “Atzerritarrak bueltatzea erabakitzen duen gobernu-agintariak instrukzioko epailearengana joko du, bueltatzea hirurogeita hamabi ordu baino gehiago atzeratzen bada, instrukzioko epaile horrek erabaki dezan atzerritarrak zein lekutan barneratu behar diren, bueltatzeko unea heldu arte”. Nafarroako Parlamentuak artikulua horren aurka (beste batzuen artean) konstituzio-kontrakotasuneko errekurtsioa jarri zuen, Konstituzioaren 17.1 eta 17.2 artikulua bortxatzeagatik, ulertu zuelako ez zela bermatzen hirurogeita hamabi ordu horietatik kanpo askatasun-gabetzeari buruzko erabakia epaileak hartuko zuela, epailea barneratzearen lekua zehaztera mugatu beharko litzateke-eta. Baina Konstituzio Auzitegiaren interpretazioari jarraituz, bueltatzea hirurogeita hamabi ordu baino gehiagoz atzeratzen denean, epaileari eskatu beharko zaio atzerritarraren askatasun-gabetzea mantentzea. Beraz, epaileak askatasun osoz hartuko luke dago-kion erabakia³⁴.

Kasu horretan, atzerritarrak barneratzeko lekuek espetze-izaerarik izango ez dutela ñabartzen da, eta leku horiek gizarte-zerbitzuak, zerbitzu juridikoak eta kultura- eta osasun-zerbitzuak izango dituztela, barneratutakoek eskubide anbulatorioaz bakarrik

29 Atzerritarren Lege Organikoaren 62. art.

30 Atzerritarren Lege Organikoaren 63. eta 63. bis art.

31 Atzerritarren Lege Organikoaren 63. bis 3 eta 64.1 art.

32 Atzerritarren Lege Organikoaren 57. art.

33 Atzerritarren Lege Organikoaren 60. art.

34 Konstituzio Auzitegiaren 237/2007 Epaia, azaroaren 7koa, 15. OJ.

gabetuko direlarik³⁵. Bueltatze-kasuetan egon daitekeen barneratzeari buruzko ñabardura horrek, hala nola, “lekua” hitza erabiltzeak “zentroa” erabili ordez, barneratzea kasu horietan beste toki batzuetan egin daitekeelako izan daiteke, eskuarki muga-postuan bertan edo aireportuetako errefusatuen nazioarteko gunean³⁶.

Bestetik, itzularaztea erreakzio-neurri bat da kanporatuak izan arren, Estatuko lurraldean sartzeko debekuari jaramonik egin gabe edo legearen aurka lurraldean sartu nahi dutenen aurka. Aurreko kasuaren antzera, itzularaztea hirurogeita hamabi ordu baino gehiagoz atzeratzen bada, instrukzio-epaileak itzuleraren objektu izango diren atzerritarren barneratzea baimendu behar du³⁷.

Azkenik, kanporatze-zehapena ezarri denean ere atzerritarra barneratu ahal izango da ez duenean lurraldea utzi nahi³⁸. Kasu horretan, egiatan, pertsonak derrigortzearen figura emango litzateke nahitaez betearazteko teknika gisa³⁹. Hurrengo epigrafean figura horren eta bueltatzearen arteko ezberdintasunak ikusiko dira.

2. MUGA-POSTUAN EGINDAKO ASKATASUN-GABETZEA

Legearekin bat lurraldean muga-postuetatik sartu nahi dutenen atxiloketaren inguruan sortzen den galdera nagusia da askatasun-gabetzea den ala ez muga-postu horietako geletan poliziaren kontrolpean egotea bueltatzea gauzatu arte. Konstituzio-jurisprudentziaren arabera, ez dago kasu guztientzat baliagarria den erantzun bakarra, erantzuna egoera bakoitzaren inguruabarren arabera izango da-eta.

Zehazki, bi pertsonari sarrera ukatzearen harira, Konstituzio Auzitegiak baieztatu zuen horien egoera ez zela atxiloketa, baizik eta lurraldean sartzeko eragozpena. Horren arabera, pertsonaren askatasunerako eskubideak –pertsona orori dagokiona nazionalitatea zein den aintzat hartu gabe– ez darama berarekin lurraldean sartzeko eskubidea, hori Konstituzioaren esanetan nazionalitatea dutenei soilik dagokie, bai eta legearekin bat jarduten duten atzerritarrei ere. Hori guztia kontuan izanda aireportuko nazioarteko gunea Estatuko lurraldea da eta muga-zerbitzuan dauden funtzionarioek Estatuaren subiranotasun oso eta eskusiboari atxikitako ahal publikoak egikaritzen dituzte. Erabakigarria da askatasun anbulatorioa mugatua izanda muga-postuan egotea jatorrizko lekura bueltatzeko hegazkinaren eskuragarritasunaren mende dagoela⁴⁰.

35 Atzerritarren Lege Organikoaren 60.2 art.

36 Alonso Pérez (2002), Teixeira Rodríguez (2005: 732), Fernández Arévalo (2006: 42).

37 Atzerritarren Lege Organikoaren 58. art. Figura horri buruz, ikus Moya Malapeira (2002: 189-262).

38 Atzerritarren Lege Organikoaren 64. art.

39 Requejo Rodríguez (2006: 67-70).

40 Konstituzio Auzitegiaren 55/1996 Autoa, martxoaren 6koa, 3. eta 5. OJ.

Hala ere, azaldutakoak ez du esan nahi aireportuko errefusatutakoentzat gunean egotea sekula ez denik askatasun-gabetzea. Batzuetan, Konstituzioaren 17.2 artikulura bidera daitekeen prebentziozko atxiloketa egoera gerta daiteke. Horrela gertatzen da, adibidez, itzularazte- edo kanporatze-agindua duen lurralde barruan atzemandako atzerritarra leku horretara eramaten denean. Kasu horretan, aurretiazko administrazio-ebazpen baten nahitaezko betearazpena izango litzateke, eta horrek, irteerara arte, atzerritarra fisikoki leku horretara zuzentzea eskatzen du. Nahiz eta ez den eskatzen nahitaezko betearaztea hirurogeita hamabi orduak baino lehenago burutzea, bada beharrezkoa atzerapenik gabe egitea. Horregatik, jatorrian prebentziozko atxiloketa zena (itzularazte-agindua eman eta jakinarazten denean gertatzen dena), itzularaztearen administrazio-ebazpenaren nahitaezko betearaztearekin amaitzen da. Hala ere, horrek ez du esan nahi muga-postuetan egindako askatasun-gabetzeak denbora-mugarik ez duenik; galdatzen dena da administrazio-egintza betearazteko ezinbesteko denbora baino gehiagoz ez luzatzea, eta denbora hori ezin izango da izan egintza betearazteak baldintza normaletan behar duena baino askoz ere luzeagoa⁴¹.

Esandakoaren ondorioz, kanporatze- edo itzularazte-agindurik egongo ez balitz, prebentziozko atxiloketa egoerak jarraituko luke, eta hori bai egongo litzateke hirurogeita hamabi orduko mugaren mende. Horren harira, beste Estatu batzuetara irteteko askatasuna egoteak ez du prebentziozko atxiloketa-egoera indargabetzen, atzerritarrak bere mugimendu-askatasuna toki mugatu eta itxi batera mugaturik baitu, hori legitimatzen duen titulurik gabe. Horregatik aireportu bateko errefusatuentzako gunean kokaturik dauden atzerritarrek *habeas corpus*-a eskatzeko eskubidea dute, eta horren arabera, epaile batek egiaztatu beharko luke itzularazte- edo kanporatze-agindua dagoen, eta ez egotekotan, legezkoa edo legez kontrakoa izan daitekeen prebentziozko atxiloketa gertatu den⁴².

Muga-postuetan nazioarteko babes-eskaerak aurkezteak ohikoa dena baino azkarragoa den prozedura irekitzen du. Lehenik eta behin, eskaera ez onartzea gerta daiteke, lau eguneko epean erabaki behar dena. Legeak aurreikusten dituen kasuetan eskaera ezeztatu daiteke, eta hori ere lau eguneko epean erabakiko da. Eskaera onartzen ez bada, bai eta eskaerari ezeztatu ematen bazaio ere, bi eguneko epean erabaki beharreko berrazterketa eska daiteke⁴³. Orain aztergai dugunari begira, erabakiak hartzen ez diren bitartean, eskatzaileak horretarako gaitutako lekuetan egongo direla dio legeak⁴⁴.

Horren inguruko zalantza da muga-postuetan egote hori poliziaren kontrolpeko askatasun-gabetzea den ala ez. Konstituzio Auzitegiak zalantza hori argitu

41 Konstituzio Auzitegiaren 179/2000 Epaia, ekainaren 26koa, 2. OJ.

42 KAE 174/1999, irailaren 27koa, 3., 4. eta 5. OOJ.

43 Asiloari buruzko Legearen 21. art.

44 Asiloari buruzko Legearen 22. art.

zuen⁴⁵. Abiapuntua honako hau da: nazioarteko babesaren eskatzen duenari, lurraldean sartzeko beharrezko betekizunak betetzen ez baditu, behin-behineko sarrera mugatua utziko zaio, muga-postuan horretarako gaituriko leku egokietan egon baitaiteke, baina egoera hori ez da sartzeko edo zirkulatzeko konstituzio-eskubidearen baliokidea⁴⁶. Muga-postuan egotea, prebentziozko atxiloketa ez izateagatik, ez dago hirurogeita hamabi ordutara mugaturik, nahiz eta denboran mugaturik egon behar den. Bertan egoteko gehieneko denbora kasu bakoitzean jarraitzen den helburuaren mende dago. Asiloari buruzko legediak modu adierazian ezartzen du, batetik, eskaera ez onartzeko edo ezezteko epea lau egunekoa dela eta, bestetik, berraztertze eskaera erabakitzeak bi egunekoa, beraz, askatasun-gabetzearen denbora-muga argi eta garbi zehazturik dago. Muga-postuan egotea Konstituzioarekin bat datorrela justifikatzen da, gainera, nazioarteko babesari buruzko eskaera aurkeztu eta hurrengo lau egunetan eskatzailearen egoera erabakitakoaren arabera alda daitetekeelako. Eskaera onartzen bada, lurraldean sartzeko eta egoteko behin-behineko baimena izango du; ez bada epe barruan erabakitzen, isiltasun positiboa sortuko da, eta horretan ere sartzeko eta egoteko behin-behineko baimena izango du; eskaera onartzen ez bada edo ezezten bada, ondorioa eskatzailearen kanporatzea izango da, nahiz eta berraztertze eskaerak neurriaren betearaztea etengo duen, eskatutakoa ebatzen ez den bitartean. Azken kasu horretan, muga-postuan egotearen luzapenaren arrazoia eskatzaileak berak aurkeztutako eskaera da. Gainera, bien bitartean eskatzailea kanporatzea ezinezko izango da. Ondorioz, murrizketak ziurtasun- eta aurreikuspen-eskakizunei erantzuten dio. Era berean, ezarritako epeak proportziozko zat jotzen dira, estuki beharrezkoa denari mugatzen baitira, kontuan izan behar baita eskaera ebatzi behar dela⁴⁷.

Muga-postuetan aurkeztu diren nazioarteko babesari buruzko eta horiek berraztertze eskaerei erantzuteko lau eta bi eguneko epeen inguruan adierazi behar da horien zenbaketak erregimen berezia duela, ez baita jarraitzen Administrazio Publikoen Administrazio Prozedura Erkideari buruzko Legeak ezarritakoa. Azken horrek zehazten du, besterik gabe, egunetan adierazitako epeetan ez direla zenbatuko larunbat, igande eta jaiegunak⁴⁸. Atzerritarrak bere mugimendu-askatasuna mugaturik daukan prozedura bat dela kontuan izanda, Auzitegi Gorenak ulertu du egunetan adierazitako epeak zenbatzeko ohiko modua era horretako egoerek galdatzen duten azkartasun- eta premia-printzipioen aurkakoa izango litzatekeela. Hori dela eta, epea ez da egun jakin

45 KAE 53/2002, otsailaren 27koa. Gaur egun indargabeturik dagoen 5/1984 Legearen, martxoaren 26koa, asiloari buruzkoaren 5.7 artikulua 3. atalak, antzeko aurreikuspena zuen, 9/1994 Legeak, maiatzaren 19koak, sartutakoa. Herri-defendatzaileak xedapenaren aurka konstituzio-kontrakotasunezko errekurtsioa jarri zuen.

46 KAE 53/2002, otsailaren 27koa, 4. OJ.

47 Konstituzio Auzitegiaren 53/2002 Epaia, otsailaren 27koa, 6., 7. eta 8. OJ.

48 Urriaren 1eko 39/2015 Legearen 30.2 art.

batetik zenbatuko, baizik eta une zehatz batetik⁴⁹, hau da, ordutik ordura eta larunbat, igande eta jaiegunak ere zenbatuz⁵⁰.

Epeak zenbatzeko modu hori barneratze-zentroetan aurkeztutako nazioarteko babes eskaerei ere luzatzen zaie. Muga-postuetan edo barneratze-zentroetan eskaerak aurkezten dituztenen egoerak ezberdinak dira. Lehenengo kasuan, lurraldean sartu ezin diren pertsonak izanik, muga, poliziaren kontrolpean dauden pertsonak dira, hori baimentzen duen ebazpen judizialik gabe. Bigarrenean, aldiz, eskatzaileak dagoeneko lurraldean daude eta horien barneratzea epaile batek erabaki du. Azken kasu horretan, nazioarteko babes-eskaera aurkeztearen ondorioz, bueltatzea, itzularaztea edo kanporatzea eten egingo da eskaerari buruzko erabakia hartzen ez den bitartean⁵¹. Nahiz eta eskaeraren erantzunak ez izan premia bera kasu batean eta bestean, egoerak ezberdinak izateak ez dauka ezberdintasunik epeen zenbaketan.

Giza Eskubideen Europako Auzitegiak ere adierazi du aireportu bateko nazioarteko gunean egoteak ez duela esan nahi atzerritarra askatasun-gabeturik dagoela, egote hori larregi luzatzen den kasuan izan ezik⁵². Baina, nahiz eta askatasun-gabetzerik ez egon, pertsona horrek legezko eta gizarte-laguntzarako eskubidea dauka, bai eta egotearen luzapena auzitegi batek erabakitzekoa ere. Azken horrek aireportuko igarotze-gunean burututako egotea legez kontrakoa dela erabakitzen badu, egotea egitatezko bidea sortuko duen askatasun-gabetzea izango litzateke⁵³. Horren harira, ez da nahikoa izango atxilotutako pertsonen gunea “kanporantz” utzi dezaketela baieztatzea⁵⁴. Aireportuko igarotze-gunean egon bitartean muga gurutzatu ez arren, pertsona hori Estatuaren jurisdikziopean dago, eta nahiz eta atxiloketarik ez egon, askatasunaren gabetzea edo murriztea dago. Egoera hori begi bistakoa da gela utzi ezin dezakeen subjektu baten kasuan. Atea kanpotik itxita zegoen eta komunera eta tabernara joaten zen bakoitzean, muga-kontrolko poliziaren zaintza etengabekoa zen⁵⁵.

3. ATZERRITARREN IDENTIFIKAZIOAREN ONDORIOZ EGINDAKO ASKATASUN-GABETZEA: HERRITARREN SEGURTASUNA BABESTEKO LEGE ORGANIKOAREN INGURUKO GOGOETAK

Aurreko lerroetan atzerritarrak barneratu ahal izateko kasurik ohikoenak azaldu badira ere, poliziak egindako identifikazio-kontrolen ondorioz gerta daitezkeen aska-

49 AGE, 2019ko abenduaren 17koa.

50 AGE, 2016ko uztailaren 20koa.

51 AGE, 2019ko irailaren 23koa.

52 *Z. A. eta beste batzuk u. Errusia*, 2019ko azaroaren 21eko Epaia, 164-171. atalak.

53 *Riad e Idiab u. Belgika*, 2008ko urtarrilaren 24ko Epaia, 75. atala.

54 *Amuur u. Frantzia*, 1996ko ekainaren 25eko Epaia, 43-48. atalak; *Riad eta Idiab u. Belgika*, 2008ko urtarrilaren 24ko Epaia, 68. atala.

55 *Nolan eta K. u. Errusia*, 2009ko otsailaren 12ko Epaia, 95., 96. eta 99. atalak.

tasun-gabetzeak ere aipatu nahi dira. Horretarako, aintzat hartu beharreko araudia, atzerritartasunari buruzkoaz gain, herritarren segurtasunaren babesari buruzkoa da⁵⁶. Zehazki, legeak jasotzen du atzerritarrek jatorrizko herrialdeko agintari eskudunek jaulkitako nortasun-egiaztagiriak eduki eta soinean eramateko eskubidea eta bete-beharra dutela, bai eta egoera erregularrean daudela egiaztatzen duten agiriak ere⁵⁷. Dokumentazio hori erakutsi beharra (pasaporteaz ari da) derrigorrezkoa da “agintaritzak edo horren agenteek horrela egiteko eskatuz gero”⁵⁸. Gaiarekin hasi aurretik atzerritarrek euren nortasuna eta administrazio-egoera egiaztatzeko agiri ezberdinak izan ditzaketela azpimarratu nahi da⁵⁹. Adibidez, eta bide guztiak agortzeko asmorik gabe, pasaporte edo bidai-agiri eta bisaz gain, atzerritarren nortasun-txartela⁶⁰ edo dokumentaziorik ez duten atzerritarren behin-behineko dokumentua⁶¹ aipa daitezke.

Gakoa, eremu honetan, bi alderdi nagusitan ardatzen da: batetik, noiz dauden gaiturik segurtasun-indar eta -kidegoak pertsona bati bere identifikazioa eskatzeko eta, bestetik, ea identifikazioa ez erakusteak, hori eskatu denean, askatasun-gabetzera eramán dezakeen. Lehenik eta behin adierazi behar da identifikazioa eta administrazio-egoera egiaztatzeko eskatzea askatasunerako eskubidean eskua sartzea dela⁶², eta hori lege mailako arau batean aurreikusirik egon behar dela⁶³. Lege horrek, gainera, aintzat hartu behar ditu behar-, egokitasun- eta proportzionaltasun-printzipioak⁶⁴. Herritarren Segurtasuna Babesteko Lege Organikoak zeregin hori burutu du, eta identifikazioa honako kasu hauetan egin daitekeela dio: “a) Arau-hauste bat egiten parte hartu ahal izan duten zantzuak daudenean. b) Baldin eta, gertatutako inguruabarren arabera, nortasuna egiaztatzea zentzuz beharrezkoa dela jotzen badute delitu bat egin dadin prebenitzeko”⁶⁵.

Haatik, ez lege horrek ez eta atzerritartasunari buruzkoak ere, ez dute aipatzen noiz eska daitekeen administrazio-egoera egiaztatzen duen dokumentazioa, nahiz eta atzerritarrek egoera hori egiaztatzen duen dokumentazioa soinean eramateko duten betebeharretik Konstituzio Auzitegiak ondorioztatu duen polizia-agenteek eska deza-

56 4/2015 Lege Organikoa, martxoaren 30ekoa, Herritarren Segurtasuna Babestekoa.

57 Herritarren Segurtasuna Babesteko Lege Organikoaren 13.1 art.

58 Herritarren Segurtasuna Babesteko Lege Organikoaren 11.4 art.

59 Gai horri buruzko analisi zehatza Bolaño Piñeiro (prentsan).

60 Atzerritarren Erregelamenduaren 210.1 art.

61 Atzerritarren Erregelamenduaren 211.6 art.

62 Velasco Caballero (2007: 235).

63 Agirreazkuenaga Zigorraga (1994: 14). Egileak dio Herritarren Segurtasuna Babesteko 1/1992 Lege Organikoa onartzeko xede nagusietako bat “poliziaren esku-hartze estandarrak” deiturikoei legeko estaldura hori ematea izan zela.

64 Guillén Pérez eta Prieto González (2017: 325-352).

65 Herritarren segurtasuna babesteko Lege Organikoaren 16.1 art.

ketela, eta atzerritarrak halakorik ez badu eta administrazio-egoera irregularrean egoitearen susmoak badaude, atzerritartasunari buruzko legedia aplikatuz, pertsona hori atxilotzea zilegi dela. Portaera horrek ez luke bortxatuko Konstituzioaren 17. artikuluko askatasunerako eskubidea⁶⁶. Interpretazio hori kritikagarria da. Polizia Nazionalaren Kidegoak Estatuko lurraldean sartzea eta lurraldetik irtetea kontrolatzeko funtzioak ditu, bai eta atzerritartasunari, babes eta asiloari, estradizioari, kanporatzeari, emigrazio eta immigrazioari buruzko legedietan jasotakoak ere⁶⁷. Hala ere, aipatutako legediak ez du aurreikusten muga-postuetatik kanpo aurrera eramanean daitezkeen administrazio-egoerari buruzko kontrolik. Edo beste hitz batzuekin esateagatik, atzerritarrei dokumentazio hori eskatzea zilegi izango da segurtasunaren eremuan soilik, baina ez atzerritartasunari buruzko legedia ez betetzeagatik.

Beste kontu bat da administrazio-egoera irregularraz ohartzea Herritarren Segurtasuna Babesateari buruzko Legearen 16. artikulua aplikatuz egindako identifikazio-kontrolaren ondorio izatea. Horrek dakarren galdera da ea poliziaren kontrolak artikulua hori aplikatzeko egiten diren edo beste faktore batzuei erantzuten dieten, adibidez, identifikatu nahi diren pertsonen profil etnikoari. Horrek lan honetan jorratuko ez diren beste arazo batzuk planteatzen ditu⁶⁸.

Herritarren Segurtasuna Babesteari buruzko Lege Organikoak azpimarratzen du baita ere identifikazio-eginbideek, besteak beste, ez dituztela atxilotetak bete behar dituen formalitate berberak bete beharko⁶⁹. Edonola ere, identifikazioa ezinezkoa denean edo pertsonak bere burua identifikatzeari uko egiten dionean, “agenteek, delitu bat egin dadin eragotzi edo arau-hauste bat zehatu ahal izateko, identifikatu ezin den pertsonari eginbide hori egiteko baliabide egokiak dituzten polizia-instalazio hurbiletara joateko eskatu ahal izango diote, identifikatzeko soilik eta ezinbesteko denborarako (inola ere sei ordu baino gehiagorako)”⁷⁰. Aurreko herritarren segurtasunaren babesari buruzko legearekin ez bezala⁷¹, egun indarrean dagoenak polizia-instalazioetan pertsona egon daitekeen gehienezko denbora zehazten du. Edozein kasutan, Konstituzio Auzitegiak adierazi zuen gehienezko epea ez jasotzeak ez zekarrela Konstituzioaren 17. artikulua bortxatzea, beti ere egote hori behar-beharrezko denborakoa bada⁷².

Kontuan izanda atzerritarrak identifikatzen direla administrazio-egoera irregularrean daudela susmatzen delako eta horren ondorioa haien atxiloteta izan daitekeela,

66 Konstituzio Auzitegiaren 86/1996 Epaia, maiatzaren 21ekoa, 2. eta 5. OJ.

67 Segurtasuneko Indar eta Kidegoen Lege Organikoaren 12.1.A), b) eta c) art. (2/1986 Lege Organikoa, martxoaren 13koa).

68 Gai horri buruz, ikus, García Añón, Bradford, García Sáez, Gascón Cuenca, Llorente Ferreres (2013), Lasagabaster Herrarte (prentsan).

69 Herritarren Segurtasuna Babesteko Lege Organikoaren 19.1 art.

70 Herritarren Segurtasuna Babesteko Lege Organikoaren 16.2 art.

71 1/1992 Lege Organikoaren 20.2 art.

72 Konstituzio Auzitegiaren 341/1993 Epaia, azaroaren 18koa, 6.A OJ.

une horretatik aurrera Konstituzioaren 17. artikuluko bermeez gozatuko dute, zehazki, polizia-atxiloketa gehienez hirurogeita hamabi ordukoa izatea. Baina gehienezko epe horrek ez du “legezko” bihurtzen tarte horretan mantentzen den edozein askatasun-gabetze, egoera hori dagozkion egiaztapenak burutzeko behar-beharrezko denboraz soilik baitago justifikaturik. Beraz, egiaztapenok denbora gutxiago behar izan badute, atxiloketa mantentzea Konstituzioaren 17. artikulua kontrakoa izango litzateke⁷³. Kontuan izan behar da identifikatzeari edo identifikatzeko egiaztapen edo jardueretan laguntzeari uko egitearen kasuan legeak berak Zigor Koderak, Prozedura Kriminalaren Legera eta Legean bertan xedatutakora bidaltzen duela⁷⁴. Horretaz gain, Atzerritarrei buruzko Legeak ere arau-hausteen zerrenda dauka, eta horien artean, isunarekin edo lurraldetik kanporatzearekin zeha daitekeen arau-hauste astun gisa jasotzen da egoera irregularrean egotea. Beraz, badirudi onargarria dela, identifikazio-kontrol batean jakiten bada atzerritarra egoera irregularrean dagoela, hura polizia-instalazioetara eramatea espediente zehatzailea irekitzeko⁷⁵.

IV. BARNERATZEAREN PROZEDURA-KONTUAK

Atzerritarren barneratzeak xehetasunez aztertuak izatea merezi duten alderdi ugari dauka. Edonola ere, lan honen xedea ez da figura horren azterketa zehatz eta sakona egitea⁷⁶, baizik eta barneratutako pertsonen askatasunerako eskubidearengan eragin zuzena duten alde zehatzei buruz hausnartzea.

1. BARNERATZEA KAUTELAZKO NEURRI GISA

Barneratzea honako era honetan defini daiteke: “izaera pertsonala duen kautelazko neurri judiziala, zeinaren bidez kanporatze, bueltatze edo itzularazte administrazio-prozedura batek eragiten duen atzerritarren askatasuna gabetzen baita”⁷⁷.

Behin kanporatze-zehapena proposatu dezakeen prozedura zehatzailea hasi denean, instrukzio-egileak zenbait kautelazko neurri erabaki dezake, besteak beste, agintari eskudunen aurrean aldi-aldi aurkeztea, nahitaez toki jakin batean bizitzea⁷⁸, pasaporte edo naziotasuna egiaztatzeko agiria kentzea, gehienez hirurogeita hamabi

73 Konstituzio Auzitegiaren 341/1993 Epaia, azaroaren 18koa, 6.A OJ; Konstituzio Auzitegiaren 86/1996 Epaia, maiatzaren 21ekoa, 8. OJ.

74 Herritarren Segurtasuna Babesteko Lege Organikoaren 16.5 art.

75 Velasco Caballero (2007: 234).

76 Horri buruz argitaratu diren lanak ugariak dira, bibliografian jaso direnak besteak beste.

77 Tomé García (2014: 25).

78 Neurri hori Konstituzioarekin bat zetorrela erabaki zen, Konstituzio Auzitegiaren 260/2007 Epaia, abenduaren 20koa, 5. OJ.

ordu iraungo duen kautelazko atxiloketa, barneratzea aurretiazko baimen judizialarekin. Zalantzarik gabe, barneratzea da har daitezkeen kautelazko neurrien artetik murriztaileena.

Kautelazko neurri gisa, neurri horrek helburu bat jarraitu behar du, eta helburu hori, atzerritartasunari buruzko legeak dioen bezala, kanporatze-agindua betearaziko dela bermatzea da, azkenean hori bada prozedura zehatzailean erabakitako zehapena. Horretarako, eta edozein kautelazko neurri erabakitzen denean gertatzen denez, epailearen erabakia neurri horiek berezkoak dituzten aurrekarietan oinarritu behar da, hots, *fumus boni iuris* eta *periculum in mora*⁷⁹. Horrela, atzerritarraren barneratzeari buruzko erabakia pertsonaren inguruabar eta portaeran oinarritu beharko da, era horretan, kanporatzea ekiditeko benetako arriskua dagoenean soilik burutuko delarik atxiloketa. Kanporatzea ekiditeko arriskuaren adierazgarri dira, adibidez, ez izatea etxebizitza finkorik, erlazio egonkorrik, bizibiderik edo nortasun-agiririk. Aitzitik, kanporatze-agindua egon arren, atzerritarra aspalditik erroldaturik egoteak, lan-eskaintza sendoa, kontu-korrontea edo osasun-txartela izateak edo trebakuntza-ikastaroetan parte hartu izanak agerian jartzen dute atzerritarra finkaturik dagoela eta egoitza-baimena lortu ahal duela, eta horregatik ez dago ihes egiteko arriskurik⁸⁰.

Giza Eskubideen Europako Auzitegiaren aurrean planteatutako kasuistika begirata, Auzitegiak adierazi du, adibidez, atzerritarrak jatorrizko Estatura itzultzeko asmorik ez duela baieztatzen edo bere bikoteak leku horretara joateko hegaldi-plana zehazten duen jakinarazpena sinatzea ukatzen ezin daitekeela ondorioztatu kanporatzea ekiditeko zantzuak daudenik, eta horrela egingo balitz, 5. artikulua galdatzen duen interpretazio murriztailea gaindituko litzateke, batez ere, kontuan izanda atzerritarrak, Estatura heldu zenetik, jarritako betebeharrak bete dituela, adingabeko lau seme-alaba dituela eta bere emazteak gaixotasun psikiko bat duela⁸¹.

Jurisprudentzia horretan nabari denez, barneratzea ez da kasu guztietan erabaki behar den neurria. Bestalde, askatasunerako eskubidearen salbuespenak modu zorrotzean interpretatu behar direla aintzat hartuz, murriztapen hori askatasun-gabetuak gertatuko diren pertsonen bidalitako komunikazioen fidagarritasunera ere hedatzen da. Horrela, irizpide horren aurkakoa izango litzateke polizia-instalazioetara euren eskaerak osotzera, zuzentzera, eta abarrera joateko “gonbitea” egiten zaienean pertsona jakin batzuei, horren benetako arrazoiak pertsona horiek kontrolpean edukitzea denean atzerritarrak kanporatzeko planifikatutako operazio baten eraginkortasuna errazteko⁸².

79 Tomé García (2015: 165-177).

80 Valentziako Probintzia Auzitegiko 2. Atalaren Autoa, 2008ko uztailaren 16koa.

81 *Jusic v. Suitza*, 2010eko abenduaren 2ko Epaia, 77-83. atalak.

82 *Conka v. Belgika*, 2002ko otsailaren 5eko Epaia, 42. atala.

Kanporatze-agindua betearaziko dela bermatzea bilatzen duen barneratzearen konfigurazioak, hura bada azkenik prozedura zehatzailean jartzen den zehapena, bera-ekin dakar kanporatzea ezinezkoa baldin bada (atzerritarrak ez duelako nortasun-agi-ririk, jatorrizko Estatuak ez duelako atzerritarra bere lurraldean hartuko, eta abar) ezin izango dela atzerritarra barneratu; kautelazko neurri horren xedea kanporatzea be- netan gauzatuko dela bermatzea da, beraz, kanporatzea ezinezkoa bada, ez litzateke barneratzerik egon beharko. Europar Batasuneko Justizia Auzitegia ere interpretazio horren aldekoa da epairen batean ikusi denez “... sólo una perspectiva real de que la expulsión puede llevarse a buen término (...) corresponde a una perspectiva razonable de expulsión, y que ésta no existe cuando parece poco probable que el interesado sea admitido en un tercer país (...)”⁸³. Hori horrela izanda, instrukzio-epaileak atzerritarraren barneratzea erabakitzeke baloratu behar dituen inguruabar zehatzez gain, kanpo- ratzea hirurogei eguneko epean betearazteko benetako perspektiba dagoen ala ez ere neurtu beharko du⁸⁴.

Giza Eskubideen Europako Auzitegiak ere alderdi hori azpimarratu du; azken fi- nean Hitzarmenak adierazten du kanporatze-prozedura batean murgildurik dauden pertsonak atxilotu ahal izango direla, hala badagokio⁸⁵. Atxiloketa justifikaturik egon- go da soil-soilik kanporatzea egingarria denean. Beraz, kanporatzeko ezintasunaz ohartu bezain laster, askatasun-gabetzea mantentzea Hitzarmenaren 5.1.f) artikulua- ren aurkakoa da. Estrasburgoko Auzitegiaren esanetan, helburu horretarako kontuan izan behar da agintari eskudunek, beharrezko bidaia-agiriak lortu ahal izateko azaldu duten ardura⁸⁶, berriz hartzeko akordioak sinatzea⁸⁷, pertsona onartua izan dadin jato- rriko Estatuarekin aurrera eraman diren negoziazioak⁸⁸ eta abar. Estatu zehatz batera deportatzeko eragozpenak daudenean, baina beste leku batzuetara kanporatzea posi- ble denean, askatasun-gabetzea justifikaturik egon daiteke, beti ere agintariak depor- tazioarako ahalegin aktiboak egiten badituzte⁸⁹.

2. ESKU-HARTZE JUDIZIALA BARNERATZEKO

Barneratzeari buruzko erabakia, hala badagokio, prozedura zehatzailearen instruk- zio-egileak eskatuta, atxiloketa egin den lekuko instrukzio-epaileak hartuko du, arra-

83 Europar Batasuneko Justizia Auzitegiaren 2009ko azaroaren 30eko Epaia, C-357/09 PPU, *Said Shamilovich Kadzoev (Huchbarov)*.

84 Martínez Escamilla (2015: 44-45), Sánchez Tomás (2015: 72).

85 Giza Eskubideen Europako Hitzarmenaren 5.1.f) art.

86 *Singh v. Txekiar Errepublika*, 2005eko urtarrilaren 25eko Epaia, 64. eta 66-67. atalak.

87 *Mikolenko v. Estonia*, 2009ko urriaren 8ko Epaia, 57., 58. eta 64-68. atalak.

88 *H.A. v. Grezia*, 2016ko urtarrilaren 21eko Epaia, 49-54. atalak.

89 *Al Husin v. Bosnia eta Herzegovina*, 2019ko ekainaren 25eko Epaia, 104. atala.

zoitutako auto bidez, interesdunari entzunaldia emanez kontraesan-printzipioa bete dadin⁹⁰, bai eta fiskaltzari ere⁹¹. Ondorengo baimen judiziala pertsonaren segurtasunerako eskubidearekin bateraezina izango litzateke⁹². Beste gauza bat da, behin epaileak barneratzea baimendu duenean, baimen hori deuseztatzea, adibidez, interesdunari ez zitzaiolako entzunaldirik eman⁹³. Horren harira, azpimarratu behar da era horretako erabaki batek ez lukeela eraginik izango aurreko atxiloketaren legezkotasunaren gain, bereizi behar baitira nabarmenki baliogabeak diren atxiloketa-tituluak (adibidez, auzitegiek euren eskumenetik kanpo emandakoak) eta beste jurisdikzio batek deuseztatu arte baliozkoak eta eraginkorrak diren atxiloketa tituluak⁹⁴.

Prozeduran parte hartzen duten organoen dualtasunari dagokionez, administrazio-organoa eta epailea, Konstituzio Auzitegiak zehaztu zuen askatasun-gabetzea hirurogeita hamabi ordu baino gehiagoz luzatzen denean barneratzea eskatuko duen organoa administrazio-agintari eskuduna bada ere, erabakia epaileak hartuko duela egokia iruditzen bazaio⁹⁵. Epaileak askatasunez erabakiko du kasu zehatzaren inguruabarrak aztertu ondoren, ez kanporatzeko erabakiaren inguruabarrak, baizik eta atzerritarrak egoitzarik edo nortasun-agiririk ez izateagatik ez agertzeko arriskuarekin, kanporatzea zaildu edo ekiditeko bere portaerarekin, aurretiazko kondena edo administrazio-zehapenak egotearekin, osasun-egoerarekin eta bestelakoekin lotutakoak⁹⁶. Kasu bakoitzaren inguruabarren azterketa egin beharrak multzoka hartutako barneratze-erabakiak eragotzen ditu, atxilotutako pertsona bakoitzarekiko zehaztasunik gabekoak izateagatik defentsa-gabezia eragiten duen arrazoitze-gabezia baitakarte, ez baitira adierazten askatasun-gabezia justifikatzen duten arrazoiak⁹⁷. Ezin daiteke, ezta ere, barneratzea justifikatzeko baliatu esku hartze judiziala galdatzen duen artikularen edukiaren transkripzioa egitea⁹⁸, oro har kasuaren ustezko inguruabarrak aipatzea⁹⁹, edo egindako atxiloketa erabat legearekin bat datorrela baieztatzea¹⁰⁰. Baina edonola

90 Konstituzio Auzitegiaren 96/1995 Epaia, ekainaren 19koa, 3. OJ; Konstituzio Auzitegiaren 66/1996 Epaia, apirilaren 16koa, 3. OJ. Tomé García (2015: 177-181).

91 Atzerritarrei buruzko Lege Organikoaren 62. art. Sarrera ezezten denean bai eta itzularazte kasuetan ere, barneratzeko eskaera agintari eskudunek egingo dute. Behin atzerritarra barneratu denean, egonaldiaren kontrola zentroak kokaturik dauden lekuko epaileek eramango dute, edo hala badagokio, muga-postuetako errefusatu-guneetakoek. Martínez Escamilla (2015: 38-42).

92 *Karimov u. Errusia*, 2010eko uztailaren 29ko Epaia, 116. eta 117. atalak.

93 *Richmond Yaw eta beste batzuk u. Italia*, 2016ko urriaren 6ko Epaia, 76. atala.

94 *Benham u. Erresuma Batua*, 1996ko ekainaren 10eko Epaia, 42. atala.

95 Konstituzio Auzitegiaren 115/1987 Epaia, uztailaren 7koa, 1. OJ.

96 Konstituzio Auzitegiaren 144/1990 Epaia, irailaren 26koa, 4. OJ.

97 Konstituzio Auzitegiaren 144/1999 Epaia, irailaren 26koa, 5. OJ.

98 Konstituzio Auzitegiaren 182/1996 Epaia, azaroaren 12koa, 3. OJ.

99 Konstituzio Auzitegiaren 169/2008 Epaia, abenduaren 15ekoa, 4. OJ.

100 Konstituzio Auzitegiaren 84/2009 Epaia, martxoaren 30ekoa, 3. OJ.

ere, askatasun-gabetzeari buruzko erabakia epailearena da, nahiz eta kanporatzeari eta horren betearazterri buruzkoak administrazio-izaera izan.

Hala ere, barneraturik dagoen pertsona epea amaitu aurretik askatzea, instrukzio-epaile eskudunak erabakitzeaz gain, bere ekimenez edo alderdiak zein fiskaltzak eskaturik, barneratze-zentroaren zuzendariak ere erabaki dezake. Horrela, behin askatasun-gabeturik dagoen pertsonaren barneratzea justifikatu zuten inguruabarrak desagertzen direnean, bai eta onartutako kanporatzea betearazteko ezintasuna sumatzen denean, bere kargura duen administrazio-agintariak askatuko du, horren berri emanez barneratzea baimendu zuen epaileari¹⁰¹.

3. BARNERATZEAREN IRAUPENA

Barneratzearen iraupena espedientearen helburuetarako ezinbestekoa dena izango da, eta inoiz ere ez hirurogei egun baino luzeagoa. Horri buruz, Konstituzio Auzitegiak adierazi zuen¹⁰², “ezinbesteko” hitza Legean iraupenari buruzkoa izan arren, ulertu behar dela askatasun-gabetzea bera ezinbestekoa izan behar dela, hau da, kanporatze-espediente irekitzeak berez ez duela hura justifikatzen, kasuaren berezko inguruabarrek baizik. Kontuan izan behar da epaileak proportzionaltasun-printzipioaren arabera erabaki behar duela, betiere askatasun-gabetzearen aparteko izaeratik abiatuz, bai eta kautelazko neurria izatetik¹⁰³. Bestela esanda, atzerritarraren barneratzea har daitezkeen kautelazko neurrien artetik bat baino ez da. Eta atzerritarrarentzat neurri murriztaileena da, beraz, horren alde egingo da beste neurriak nahikoak ez direnean soilik. Horregatik hitz egiten da barneratzearen apartekotasunaz, bai eta askatasuna errespetatzearen beharraz ere¹⁰⁴, kautelazko edo prebentziazko arrazoiak direla-eta hura galtzea ezinbestekoa denean izan ezik¹⁰⁵. Eremu horretan *favor libertatis* printzipioak bere hedadura osoarekin jotzen du. Horregatik galdatzen zaio epaileari kasuaren inguruabar guztiak aztertzeke, horrela bakarrik ziurta baitaiteke barneratzea erabakiko dela dagokion helburua betetzeko beste kautelazko neurriak nahikoak ez direnean¹⁰⁶.

Atzerritarra barneratu zenetik hirurogei egun igarotzen direnean, ez bada kanporatzea betearazi, hura askatu beharko da. Baina gehienezko iraupena hirurogei egune-

101 Atzerritarren Lege Organikoaren 62.3 art.

102 Konstituzio Auzitegiaren 115/1987 Epaia, uztailearen 7koa. 1. OJ.

103 Martínez Escamilla (2015: 42).

104 Madrilgo 41. Administrazioarekiko Auzien Epaitegiaren Autoa, 2007ko otsailaren 3koa.

105 Konstituzio Auzitegiaren 115/1987 Epaia, uztailearen 7koa, 1. OJ; Konstituzio Auzitegiaren 144/1990 Epaia, irailaren 26koa, 4. OJ; Konstituzio Auzitegiaren 96/1995 Epaia, ekainaren 19koa, 2. OJ; Konstituzio Auzitegiaren 182/1996 Epaia, azaroaren 12koa, 3. OJ; Konstituzio Auzitegiaren 169/2008 Epaia, abenduaren 15koa, 2. OJ.

106 Konstituzio Auzitegiaren 144/1990 Epaia, irailaren 26koa, 4. OJ.

koa izateak ez du esan nahi epaileak barneratze bat baimentzen duen bakoitzean epe horretakoa izan behar denik. Epaileak iraupen gutxiagoko barneratzea ezar dezake, eta kasu horretan, kanporatzea edo askatzea epe laburragoan burutu beharko da. Askatasun-gabetzea hirurogei egunekoa baino laburragoa izan denean planteatzen dena da ea posible den barneratze berri bat erabakitzea gehienezko epea bete arte.

Barneratze-zentroen funtzionamendu eta barne-erregimenari buruzko Erregelamenduak¹⁰⁷ adierazi zuen bere hasierako idazkeran, atzerritarra berriro barneratzea eska zitekeela, aurreko barneratzea justifikatu zuten arrazoi berberengatik, lehenengo barneratzea gehienezko iraupena baino laburragoa izan bazen, eta gehienezko iraupen horretara heldu arte¹⁰⁸. Baliteke, idazkera horren jatorria Konstituzio Auzitegiak 115/1987 Epaian esandakoa izatea, horretan adierazi baitzuen gehienezko iraupen horren barruan epaileak askatasun-gabetzea baimendu dezakeela, eta iraupen laburragoa baimenduz gero, administrazio-agintariak barneratzearen luzapena eska dezakeela, legeak zehaztutako gehienezko denbora gainditu gabe¹⁰⁹.

Haatik, Auzitegi Gorenak artikulua hori deuseztatu zuen, ulertu zuelako Atzerritartasunari buruzko Legearen kontrakoa zela, azken horrek adierazten baitu ezin dela barneratze berri bat erabaki espediente berean jasotako arrazoiak direla eta¹¹⁰. Auzitegiak berea egiten duen argudioa da Legeak, barneratzeari dagokionez, berme bikoitza ezartzen duela. Batetik, gehienezko iraupena eta, bestetik, espediente batean eta arrazoi berberengatik barneratze bakarra¹¹¹.

Giza Eskubideen Europako Auzitegiak interpretazio bera egin du, bere ustez ez baita Hitzarmenarekin bateragarria kanporatze-agindu bat dela-eta pertsona bat atxilotzea eta askatasun-gabetzearen gehienezko iraupena igaro delako askatzen den une berean hura berriro atxilotzea. Kasu horretan, pertsona ez zen askatu, alde batetik, oraindik komisaldegian zegoelako eta, bestetik, ustezko askatzea mugatu zelako gauzatu ez zen askatze-akta sinatzera. Ondorengo atxiloketaren justifikazioa izan zen enbaxada batek egindako agiri faltsuak harrapatu zirela. Europako Auzitegiarentzat agiri horiek egoteak ez du berez justifikatzen aurrekoarengandik independentea den beste askatasun-gabetzea, beraz, bigarren atxiloketa lehenengoaren luzapena izango litzateke eta, legeak uzten duen gehienezko iraupena gainditzeagatik, Hitzarmenaren 5.1 artikulua kontrakoa¹¹². Era berean, egoera irregularrean dagoen atzerritarra kanporatzeko asmoarekin atxilotzea ez dator bat Hitzarmenarekin, atxiloketa hori egiten

107 162/2014 Errege-Dekretua, martxoaren 14koa.

108 Barneratze-zentroen Erregelamenduaren 21.3 art.

109 Konstituzio Auzitegiaren 115/1987 Epaia, uztailearen 7koa, 1. OJ.

110 Atzerritarren Lege Organikoaren 62.2 art.

111 Auzitegi Gorenaren 2015eko otsailaren 10eko Epaia.

112 *John v. Grezia*, 2007ko maiatzaren 10eko Epaia, 33-36. atalak.

bada behin hura estraditatzeko askatasun-gabetze epea gainditu denean¹¹³. Gauza bera esan daiteke, pertsona bat estraditatu izan dadin atxilotzen denean eta atxilotetaren gehienezko epea igarotzen denean berriro atxilotzen bada, oraingoan, kanporatzeko¹¹⁴.

Bueltatze-aginduaren ondorioz egindako barneratzearen inguruan, ez denez bere gehienezko epea ezartzen¹¹⁵, planteatu da hirurogei egun baino gehiagokoa izan daitekeela, nahiz eta bueltatzea atzerapenik gabe betearaz daitekeen neurria izan¹¹⁶. Hala ere, interpretazio hori eztabaidagarria da. Barneratze-zentroen arauketa bakarra kanporatzei buruzkoa da, eta arauketa hori bueltatze eta itzularazteari ere zaie aplikagarri. Beraz, barneratuta dauden pertsonen aplikatuko zaien erregimena, barneratzera eramane duen arrazoia aintzat hartu gabe, atzerritartasunari buruzko araudian ezarritakoa bada, ez da ulergarria puntu zehatz horretan haien egoera larriagotzea.

4. BARNERATZE-AUTOAREN AURKAKO ERREKURTSOA

Barneratze-autoaren aurka apelazio-errekurtsoa jarri ahal da. Puntu honetan garrantzitsua da adieraztea, errekurtsoa ebatzi aurretik atzerritarraren aurkako kanporatze-agindua betearazteak edo bueltatzea zein itzularaztea gauzatzeak, ez duela prozesua objektu gabe uzten. Nahiz eta atzerritarra deportatu zenetik barneratzea amaitu den, auzitegi eskudunak autoak barneratzea justifikatzeko arrazoi nahikoak zituen aztertu behar du, pertsonaren askatasunerako oinarritzko eskubideari eragiten dion aparteko neurria da-eta. Horrela egingo ez balitz, apelazio-errekurtsoa ezagutu behar duen auzitegiak berak askatasunerako eta benetako babes judizialerako oinarritzko eskubideak urratuko lituzke¹¹⁷.

V. HABEAS CORPUS PROZEDURAREN BEREZITASUNAK ATZERRITARTASUNARI BURUZKO LEGEDIAREKIN BAT EGINDAKO ATXILOKETETAN

1. ALDERDI OROKORRAK

Habeas corpus baliabidea legez kontrakoak diren atxiloteta edo barneratze-egoerei aurre egiteko aurreikusirik dago, bere xedea askatasun-gabetze irregularra ahalbidetu

113 *Azimou v. Errusia*, 2013ko apirilaren 18ko Epaia, 161-165. atalak.

114 *Eshonkulou v. Errusia*, 2015ko urtarrilaren 15eko Epaia, 63-69. atalak.

115 Atzerritarren Lege Organikoaren 60.1 artikulua dio: "buelatzeko unea heldu arte".

116 Alonso Pérez (2002). Hala ere, egile horren ondorioa da, teknika juridikoko arrazoiak direla medio, arauetan adierazitako gehienezko epea dela aplikagarri.

117 Konstituzio Auzitegiaren 169/2008 Epaia, abenduaren 15ekoa, 5. OJ.

duten jarduerak berehala amaitzea baita, legez kontra atxilotu den pertsona epailearen aurrera eramanez¹¹⁸.

Konstituzio Auzitegiak jarraian adierazten den eran laburtu du *habeas corpus*-ari buruzko bere interpretazioa¹¹⁹:

1. *Habeas corpus* prozedurak berme indartua ematen dio askatasunari, eta haren bidez epaile batek, ondoren, epaileen parte-hartzerik gabe erabakitako askatasun-gabetzeak legezkoak diren ala ez kontrolatuko du. Horretarako bere atxilotuta legez kontrakoa dela uste duen pertsona epailearen aurrera eramango da.
2. Prozesu arina eta erraza izan arren, legezketasunari buruzko kontrola erabat eraginkorra izan behar da.
3. *Habeas corpus*-aren eskaeraren onargarritasuna eta askatasun-gabetzearen muinari buruzko epaiketa bereizi behar dira. Atxilotetaren legezketasunaren erabakia ezin daiteke onarpenari buruzko izapidetan hartu, baizik eta muinari buruzko epaiketan, aurrez askatasun-gabeturik dagoen pertsona epailearen aurrera eramanez eta entzunaldia eman behar zaiolarik, epaileak berak haren egoera pertsonala egiazta dezan. Ez balitz horrela egingo, askatasun pertsonalerako oinarrizko eskubidea urratuko litzateke. Edonola ere, epaileak erabakitzerakoan aintzat hartu behar dituenak ez dira kanporaketari buruzko inguruabarrak, hori administrazioarekiko auzien jurisdikzioari baitagokio¹²⁰, baizik eta askatasun-gabetze zehatz hori legeren batean aurreikusirik dagoen ala ez. Hori horrela izanik, *habeas corpus*-a ez onartzea atxilotetaren luzapena atxilotuaren beraren portaeran oinarrituta, eta askatasun-gabetzea legearekin bat eta polizia-ahalaz baliatuz egin zela argudiatuta, atxilotua epailearen aurrera eramanez gabe egindako muinari buruzko epaiketa da, Konstituzioaren 17.4 artikulua kontrakoa dena¹²¹.
4. Aurrekoaren ondorioz, *habeas corpus*-aren eskaera ez onartzea, fiskaltzaren aurretiazko txostenarekin, forma aldeko betekizunak betetzen ez direnean erabakiko da.
5. Askatasun-gabetzea badago eta *habeas corpus*-aren eskaera aurkezteko forma aldeko betekizunak betetzen badira, askatasun-gabetzearen inguruko legezketasunari buruzko edozein zalantza eskaera onartu beharra dakar, kasuaren inguruabarrak aztertu beharko dira-eta. Horrela, ezin izango da eskaera ez onartu atxilotuaren askatasun-gabetzea legearen kontrakoa ez dela argudiatuz, erabaki hori *habeas corpus*-aren muinari buruzko prozeduraren objektua baita.

118 Konstituzio Auzitegiaren 98/1986 Epaia, uztailearen 10ekoa, 1. OJ.

119 Konstituzio Auzitegoaren 94/2003 Epaia, maiatzaren 19koa, 3. OJ; Konstituzio Auzitegiaren 23/2004 Epaia, otsailaren 23koa, 5. OJ; Konstituzio Auzitegiaren 122/2004 Epaia, uztailearen 12koa, 3. OJ; Konstituzio Auzitegiaren 303/2005 Epaia, azaroaren 24koa, 2. OJ.

120 Tomé García (2015: 172-173).

121 Konstituzio Auzitegiaren 179/2000 Epaia, ekainaren 26koa, 5. eta 6. OOJ.

6. Askatasun-gabetzeari dagokionez, bi betekizun betetzea galdatzen da. Batetik, benetako askatasun-gabetzea izatea eta, bestetik, ez izatea epaile batek erabakitakoa. Era horretako askatasun-gabetzeak dira polizia egindako atxiloketak, atzerritartasunaren eremuan gauzatutakoak eta agintari militarrek diziplina-espeditetan jarritako etxe barruko arrastatze-zehapena.

Giza Eskubideen Europako Auzitegiak ere gai horri buruz erabakitzeko aukera izan du, Hitzarmenak berak jasotzen baitu atxiloketa prebentibo eta barneratzearen bidez askatasun-gabeturik dagoen edonork epailearen aurrean errekurtsua jartzeko eskubidea duela, azken horrek epe laburrean askatasun-gabetzearen legezketasunaz, eta legez kontrakoa bada, askatzea erabaki dezan¹²². Beraz, eskubide hori ez dagokie soilik espetxe prebentiboan daudenei, baizik eta zalantzazkoa izan daitekeen askatasun-gabeziak ukiturik dagoen edonori¹²³. Edonola ere, abiapuntua izanik atxiloturik dagoen pertsona orok hartutako neurriaren legezketasuna epaile batek gainbegiratzeko eskubidea duela, administrazio-bidean eta epailearen erabakietan oinarritutako atxiloketak bereizten ditu. Lehenengoei dagokienez, Estatuak bermatu behar dute atxilotutako guztiek izango dutela auzitegien aurrean errekurtsua jartzeko eskubidea. Bigarren kasuan, aldiz, Hitzarmenaren 5.4 artikulua jasotzen duen gainbegiratzea epailearen erabakiak bere baitan hartzen duela ulertzen da (erantsitako kontrolaren doktrina)¹²⁴. Edozein kasutan, atxiloketa legezkoa izan arren, ezin uler daiteke haren legezketasunaren berrikuspena beti epailearen erabakian sarturik dagoela, erabakia hartzerakoan kontuan izan ez ziren inguruabar berriak agertu daitezke-eta¹²⁵.

2. HABEAS CORPUS-A ABIARAZTEKO AUTOA

Oro har, epaile eskudunak zehaztutako betekizunak ematen diren ala ez aztertu behar du, jarraian prozedura abiarazteko edo eskaera ezeztatzeko autoa emanik. Abiarazteko autoan epaileak askatasun-gabetua bere kontrolpean duen agintariari aginduko dio hura bere aurrera eramateko, kontraesan-printzipioaren garrantzia agerian gelditzen delarik. Muinari buruzko erabakia gehienez hogeita lau orduko epean hartuko da. Erabakiaren edukia honako bat izan daiteke: eskaera baiestea eta atxilotua askatzea, legearekin bat datorren askatasun-gabetzea jarraitzea, atxilotua berehala epailaren aurrera eraman beharra¹²⁶.

122 Giza Eskubideen Europako Hitzarmenaren 5.4 art.

123 *Stollenwerk u. Alemania*, 2017ko irailaren 7ko Epaia, 35. atala.

124 *Engel u. Herbehereak*, 1976ko ekainaren 8ko Epaia, 77. atala.

125 *Sulaoja u. Estonia*, 2005eko otsailaren 15eko Epaia, 74. atala; *Suetoslau Dimitrou u. Bulgaria*, 2008ko otsailaren 7ko Epaia, 69. atala.

126 6/1984 Lege Organikoa, maiatzaren 24koa, *habeas corpus* prozedura arautzekoa.

Giza Eskubideen Europako Auzitegiak ere sarri azpimarratu du kontraesan-printzipioaren garrantzia atxilotetaren izaera arbitrarioa ekiditeko, hau da, epaileak askatasun gabeturik dagoen pertsonari bere defentsarako elementuak aurkezteko aukera ematearen beharra. Era horretan, ulertu izan du prozeduraren bermeak urratzen direla administrazio-izaera duen erabakia izanik¹²⁷, epailearen berrikuspenik ez badago¹²⁸; atxilotuari berari edo bere abokatuari ez bazaio uzten atxilotetari buruzko epaiketara joaten¹²⁹; gaitasunak gutxiturik dituzten pertsonen barneratze luzeen kontrola egiaztatzeke jarraitutako *habeas corpus* prozedura nahikoa ez izatea¹³⁰; barneratutako adingabe baten¹³¹ edo bere nortasun eta heldutasun mailaren arabera norbaiten arriskugarritasuna zehaztu behar denean¹³², bere abokatu prozeduran ez egotea; adingabe atzerritarrak abokatu batekin kontaktatu ezin izatea, eman zaion informazioa ulertzen ez duen hizkuntza batean ematea eta lagundutako adingabe gisa erregistratzea, nahiz eta legezko ordezkariarik ez izan¹³³; atxilotutako pertsonak, delituak egin arren bere buruko gaixotasuna dela-eta ospitale psikiatriko batean dagoenak, atxilotetaren jarraipen, etendura edo amaierari buruzko ondorengo prozeduretan legezko laguntzarik ez izatea¹³⁴, berak hori eskatu ez badu ere¹³⁵; legezko laguntza independentea¹³⁶ edo nahikoa¹³⁷ ez bermatzea; atxilotuari edo bere abokatuari kasuaren espedienterako sarbidea ukatzea¹³⁸, defentsa egokia bermatzea galarazten baita¹³⁹; behin-behineko atxilotetaren legezketasunari buruzko entzunaldia prestatzeko denbora nahikoa ez ematea, nahiz eta defentsak bista atzeratzea ez eskatu izana uler daitekeen eskubi-

127 *De Wilde, Ooms eta Versyp v. Belgika*, 1971ko ekainaren 18ko Epaia, 78-80. atalak.

128 *Abdulzhon Isakov v. Errusia*, 2010eko uztailaren 8ko Epaia, 129-131. atalak; *Kolesnik v. Errusia*, 2010eko ekainaren 17ko Epaia, 88. eta 89. atalak.

129 *Winterwerp v. Herbehereak*, 1979ko urriaren 24ko Epaia, 61. atala; *Al-Nashif v. Bulgaria*, 2002ko ekainare 20ko Epaia, 92. atala; *Frommelt v. Liechtenstein*, 2004ko ekainaren 24ko Epaia, 36. atala; *Kotsaridis v. Grezia*, 2004ko irailaren 23ko Epaia, 32. atala; *Farhad Aliyev v. Azerbaijan*, 2010eko azaroaren 9ko Epaia, 207. atala; *Knebl v. Txekiar Errepublikak*, 2010eko urriaren 28ko Epaia, 87. atala; *Khodorkovskiy v. Errusia*, 2011ko azaroaren 28ko Epaia, 235. atala; *Cernak v. Eslovakia*, 2013ko abenduaren 17ko Epaia, 80-84. atalak.

130 *X. v. Erresuma Batua*, 1981eko azaroaren 5eko Epaia, 59. atala; *H. L. v. Erresuma Batua*, 2004ko urriaren 5eko Epaia, 137. atala.

131 *Bouamar v. Belgika*, 1988ko otsailaren 29ko Epaia, 60. atala.

132 *Waite v. Erresuma Batua*, 2002ko abenduaren 10eko Epaia, 59. atala; *Krowiak v. Polonia*, 2007ko urriaren 16ko Epaia, 51. atala.

133 *Rahimi v. Grezia*, 2011ko apirilaren 5eko Epaia, 120. atala.

134 *Megyeri v. Alemania*, 1992ko maiatzaren 12ko Epaia, 27. atala; *Waite v. Erresuma Batua*, 2002ko abenduaren 10eko Epaia, 59. atala.

135 *Winterwerp v. Herbehereak*, 1979ko urriaren 24ko Epaia, 66. atala; *Megyeri v. Alemania*, 1992ko maiatzaren 12ko Epaia, 23. atala.

136 *Gorshkov v. Ukraina*, 2005eko azaroaren 8ko Epaia, 44. atala; *A. A. v. Grezia*, 2010eko uztailaren 22ko Epaia, 77. atala.

137 *Shulenkou v. Errusia*, 2010eko ekainaren 17ko Epaia, 53. atala; *Moghaddas v. Turkia*, 2011ko otsailaren 15eko Epaia, 48. atala.

138 *Nikolova v. Bulgaria*, 1999ko martxoaren 25eko Epaia, 58. atala; *Öcalan v. Turkia*, 2003ko martxoaren 12ko Epaia, 73. atala; *Wesolowski v. Polonia*, 2004ko ekainaren 22ko Epaia, 62. atala; *Frommelt v. Liechtenstein*, 2004ko ekainaren 24ko Epaia, 33. atala; *Mooren v. Alemania*, 2009ko uztailaren 9ko Epaia, 124. atala; *Farhad Aliyev v. Azerbaijan*, 2010eko azaroaren 9ko Epaia, 203. atala.

139 *Gabor Nagy v. Hungaria*, 2017ko apirilaren 11ko Epaia, 85-90. atalak.

deari uko egite gisa¹⁴⁰; arrazoirik gabe lekuko erabakigarri baten bertaratzea atzera botatzea¹⁴¹; atxilotuaren osasun-egoera txarragatik eta atxiloteta-lekuan medikurik ez egoteagatik eskatutako *habeas corpus*-aren izapidetzea larregi atzeratzea¹⁴²; epailearen kontrola txostenetan oinarriturik egotea soilik¹⁴³; atxilotuaren azterketa psikiatrikoa atzeratzea langileen gabezia oinarritzea¹⁴⁴; abokatuari ez uztea askatzearen aldeko argudioak azaltzen, horiek zehatzak, egokiak eta garrantzitsuak direnean¹⁴⁵; atxilotetaren arrazoiei buruzko informaziorik ez ematea eta legezko laguntza ukatzea ere¹⁴⁶; abokatuari auzitegiaren saioetara joaten utzi arren, saio horiek kontraesan-entzunaldi izaera ez izateagatik, ahozko proposamenak aurkezteko aukerarik ez bermatzea, idatzizko proposamenak aurkezteko aukerak ez duenean bermatzen armen berdintasuna¹⁴⁷; borondatezko deportazioa onartu duen pertsonen atxilotetaren prozedura arautzen duen legerik ez egotea¹⁴⁸; berrikuspena epaile militarrek egitea, horien independentzia bermaturik ez badago¹⁴⁹; atxilotetaren legezketasunaren berrikuspenaren prozeduraren testuinguruan atxilotuari edo bere abokatuari fiskalaren iritzia ez helaraztea¹⁵⁰ eta abar.

Aurreko atalean adierazitako alderdi guztiek agerian jartzen dute prozeduraren kontraesan-printzipioak duen garrantzia, haren bidez alderdien arteko beharrezko armen berdintasuna bermatzen baita¹⁵¹. Berdintasun horrek atxilotutako pertsona epailearen aurrean fiskalarekin aldi berean egotea galdatzen du, horrela azken horren ondorioak ihardetsi ahal izango dira-eta¹⁵², bereziki, erabakia hartu behar denean atxilotuaren nortasun eta egoera pertsonalaren arabera, bai eta auzitegiak atxiloteta luzatzeko asmoa duenean ordezkariari informazio egokia eman ahal izateko ere¹⁵³.

140 *Frommelt v. Liechtenstein*, 2004ko ekainaren 24ko Epaia, 33-34. atalak.

141 *Beccieu v. Moldova* 2005eko urriaren 4ko Epaia, 74-75. atalak.

142 *Sarban v. Moldova* 2005eko urriaren 4ko Epaia, 117. atala.

143 *Kilicoglu v. Bulgaria* 2005eko urriaren 20ko Epaia, 28. atala.

144 *Fuchser v. Suitza* 2006ko uztailaren 13ko Epaia, 43. atala.

145 *Svershou v. Ukraina* 2008ko azaroaren 27ko Epaia, 71. atala.

146 *Abdolkhani eta Karimnia v. Turkia* 2009ko irailaren 22ko Epaia, 139-142. atalak; *Farhad Aliyev v. Azerbaijan* 2010eko azaroaren 9ko Epaia, 208. atala.

147 *Farhad Aliyev v. Azerbaijan* 2010eko azaroaren 9ko Epaia, 208. atala; *Khodorkouskiy v. Errusia* 2011ko maiatzaren 31ko Epaia, 221. atala.

148 *Nowak v. Ukraina* 2011ko martxoaren 31ko Epaia, 70. atala.

149 *Ali Osman Özmen v. Turkia* 2016ko urriaren 5eko Epaia, 86-89. atalak; *Kerman v. Turkia* 2017ko azaroaren 22ko Epaia, 49-52. atalak.

150 *Rusen Bayar v. Turkia* 2019ko otsailaren 19ko Epaia, 69-74. atalak.

151 *Sánchez-Reisse v. Suitza* 1986ko urriaren 21eko Epaia, 51. atala.

152 *Kampanis v. Grezia* 1995eko uztailaren 13ko Epaia, 58. atala.

153 *G. O. v. Errusia* 2012ko urtarrilaren 18ko Epaia, 95. eta 96. atalak.

3. ATZERRITARREN BARNERATZEAN ESKU-HARTZE JUDIZIALA ETA *HABEAS CORPUS*-A EZ ONARTZEA

Barneratzea, askatasun-gabetze era gisa, arlo askotatik oso kritikaturtako neurria da atzerritarren askatasunerako eskubidearengan daukan eragin zuzen-zuzena dela-eta¹⁵⁴. Gainera, 2009an burututako Atzerritarren Lege Organikoaren erreformak¹⁵⁵ barneratze-zentroetan egonaldia berrogei egunetik hirurogei egunera luzatu zuen. Gogortze hori, nolabait, “bueltatze Zuzentaraua”¹⁵⁶ deiturikoaren transposizioaren isla izan zen. Zuzentarauaren xede nagusia atzerritarren egoera irregularra amaitzea da, eta hori lortzeko zenbait neurri jasotzen du. Zeregin horretan, Zuzentarauak, aurreko epigrafeetan azaldutako antzerako eran, barneratzea bera ere jasotzen du, bai eta legez kontrako barneratzei aurre egiteko bermeak ere. Horretaz gain, barneratzearen iraupena sei hilabete artekoa izan daitekeela adierazten du eta, inguruabar jakin batzuk gertatuz gero, beste hamabi hilabetez luza daitekeela¹⁵⁷.

Azaldu denez, har daitezkeen kautelazko neurrien artean, barneratzeaz gain, pertsonen askatasunarentzat horren zorrotzak ez diren beste batzuk jasotzen ditu arauak, hots, agintari eskudunen aurrean aldi-aldi aurkeztea, nahitaz toki jakin batean bizitzea eta pasaporte edo naziotasuna egiaztatzeko agiria kentzea¹⁵⁸. Beraz, ez dago oztoporik, agintari eskudunek atzerritarren barneratzea eskatu arren, epaileak, ego-ki baderitzo, barneratzea ez den beste neurri alternatibo bat onartzeko¹⁵⁹.

Barneratze-neurria, askatasun-gabetzailea izateagatik, *habeas corpus*-a eskatzeko kasuetako bat da, Konstituzioaren 17. artikuluan jasotzen diren eskubideen defentsarako baliabide bat ezartzeko prozedura gisa¹⁶⁰. Prozedura horren bidez bilatzen da atzerritarren askatasun-gabetze irregularra berehala amaitzea, bai eta pertsona hori lehen baino lehen epailearen aurrera eramatea¹⁶¹. Edonola ere, barneratzea epaile baten erabaki duenez, barneratzeko kautelazko neurriaren kontrol judizialaren erregimenetik eratorritako askatasun pertsonalerako bermeak, eraginkortasunaren ikuspuntu-

154 Rodríguez González (2003: 46 y 48), Teixeira Rodríguez (2005: 727-729), Gisbert Casasepère (2007), Moya (2008).

155 2/2009 Lege Organikoa, abenduaren 11koa, Atzerritarren Lege Organikoa erreformatzekoa.

156 2008/115/CE Zuzentaraua, Europako Parlamentuarena eta Kontseiluarena, 2008ko abenduaren 16koa, egoera irregularrean dauden hirugarren estatuetako nazionalen bueltatzerako kide diren estatuetan arau eta prozedura erkideak ezartzeko.

157 2008/115/CE Zuzentaraua-ren 15. art.

158 Atzerritarren Lege Organikoaren 61.1 art.

159 Martínez Escamilla (2015: 43).

160 Konstituzio Auzitegiaren 21/1996 Epaia, otsailaren 12koa, 5. OJ; Konstituzio Auzitegiaren 66/1996 Epaia, apirilaren 16koa, 3. OJ; Konstituzio Auzitegiaren 86/1996 Epaia, maiatzaren 21ekoa, 10. OJ; Konstituzio Auzitegiaren 174/1999 Epaia, irailaren 27koa, 4. OJ; Konstituzio Auzitegiaren 179/2000 Epaia, ekainaren 26koa, 5. OJ; Konstituzio Auzitegiaren 303/2005 Epaia, azaroaren 24koa, 3. OJ. Martínez Pardo (2006: 53-66).

161 Konstituzio Auzitegiaren 21/1996 Epaia, otsailaren 12koa, 5. OJ; Konstituzio Auzitegiaren 62/2003 Epaia, 2. OJ; Konstituzio Auzitegiaren 169/2006 Epaia, ekainaren 5koa, 4. OJ. Fernández Arévalo (2006: 44-45).

tik, *habeas corpus*-aren bidetik lor daitezkeen baliokideak dira¹⁶². Zentzu horretan, Konstituzio Auzitegiak adierazi du atzerritartasunaren eremuan *habeas corpus* prozedura eskatu ahal izango dela soilik kautelazko gobernu-atxiloketen kasuan (lehenengo hirurogeita hamabi orduetan) edo, atxiloketa-epea barneratzea baimendu duen epaileak adierazitakoa baino luzeagoa denean. Kasu horietatik kanpo, hau da, barneratzea epaileak baimendu eta horrek adierazitakora egokitzen denean, *habeas corpus*-a onartzea erredundantea izango litzateke. Baina *habeas corpus*-a ez onartzea zilegi izango da egiaztaturik badago aurrez epaileak entzunaldia eman ziola askatasun-gabeturik dagoen pertsonari eta horrek abokatu eta interpretea izan zituela, hau da, atxiloketa-eren egoerari buruzko epailearen benetako kontrola egon dela egiaztatzen denean. Giza Eskubideen Europako Auzitegiak “erantsitako kontrolaren doktrina” deitzen duenaren adierazgarri izango litzateke.

Edozein kasutan, *habeas corpus*-a ez onartzea, arrazoitua izan behar dena betetzen den kasu zehatza aipatuz¹⁶³, Konstituzio Auzitegiaren aurrean babes-errekurtsoaren objektu izan daiteke, nahiz eta ezin izango den esan haren ezeztatzea konstituzio-kontrakoa denik askatasun-gabetzearen erabakian epaileak parte hartu duenean¹⁶⁴. Konstituzio Auzitegiak babesa emango du aipatu diren inguruabarrak bete ez direnean, adibidez, ez bada egiaztatu epaileak entzunaldia eman ziola askatasun-gabeturik dagoen pertsonari nahiz eta, atzerritartasunari buruzko legediarekin bat, epaileak aurreikus dezakeen laster parte hartu beharko duela *habeas corpus*-aren eskatzailearen barneratzeari buruzko erabakia hartzeko. Horren arrazoia da *habeas corpus*-a pertsonaren askatasunaren bermerako beste baliabieetatik independentea dela, eta horren ondorioz, eskaera ez onartzeko aukera epaileak benetan atxilotuari entzunaldia eman dionean soilik gauzatu ahal izango dela¹⁶⁵.

Nazioarteko babesa muga-postuetan eskatu duten pertsonen kasuan, atzerago adierazi den bezala, eskaera ebatzen ez den bitartean leku horretan egoteak, hirurogeita hamabi orduak gaindituta, ez dakar kasu guztietan konstituzio-eskubideen kontrakoa den askatasun-gabetzea. Edonola ere, pertsona horiek ere, epaileen benetako babeserako eskubidearen tituludun gisa, *habeas corpus* prozedurarako sarbidea dute,

162 Konstituzio Auzitegiaren 303/2005 Epaia, azaroaren 24koa, 5. OJ; Konstituzio Auzitegiaren 169/2006 Epaia, ekainaren 5koa, 4. OJ; Konstituzio Auzitegiaren 19/2007 Epaia, otsailaren 12koa, 2. OJ; Konstituzio Auzitegiaren 20/2007 Epaia, otsailaren 12koa, 2. OJ; Konstituzio Auzitegiaren 169/2008 Epaia, abenduaren 15koa, 3. OJ.

163 Konstituzio Auzitegiaren 66/1996 Epaia, apirilaren 16koa, 5. OJ.

164 Konstituzio Auzitegiaren 303/2005 Epaia, azaroaren 24koa, 3. eta 5. OOJ; Konstituzio Auzitegiaren 315/2005, 316/2005, 317/2005, 319/2005, 321/2005 Epaia, abenduaren 12koak, 2. OOJ; Konstituzio Auzitegiaren 201/2006 eta 213/2006 Epaia, uztailaren 3koak, OJ bakarrak; Konstituzio Auzitegiaren 172/2008 Epaia, abenduaren 18koa, 3. OJ; Konstituzio Auzitegiaren 173/2008 Epaia, abenduaren 22koa, 3. eta 4. OOJ. Pérez Sola (2008: 246-260).

165 Konstituzio Auzitegiaren 169/2006 Epaia, ekainaren 5koa, 4. OJ; Konstituzio Auzitegiaren 201/2006 eta 202/2006 Epaia, uztailaren 3koak, 1. OOJ; Konstituzio Auzitegiaren 273/2006 Epaia, irailaren 25koa, 2. OJ 2; Konstituzio Auzitegiaren 19/2007 Epaia, otsailaren 12koa, 2. OJ; Konstituzio Auzitegiaren 172/2008 Epaia, abenduaren 18koa, 3. OJ; Konstituzio Auzitegiaren 173/2008 Epaia, abenduaren 22koa, 4. OJ.

kontuan izanik askatasun-gabetzea ez duela epaile batek erabaki. Aukera hori onargarria izango litzateke behin eskaera onartu ez edo administrazio-isiltasunaren bidetik onartu arren, eskatzailea oraindik muga-postuan dagoenean¹⁶⁶.

VI. ONDORIOAK

Askatasunerako oinarrizko eskubidea, giza duintasunarekin duen lotura dela-eta, pertsona guztiek duten eskubidea da, aintzat hartu gabe zein den horien nazionalitatea edo Estatuko lurraldean duten administrazio-egoera. Beraz, atzerritarrei ere dagokie eskubide hori, nahiz eta, inguruabarrei so eginez, legediak horien askatasun-gabetzea ekar dezaketen kasuak jasotzen dituen, nazionalitatea dutenei inoiz ere aplikatuko ez zaizkienak.

Zehazki, araudiak barneratze-neurria aurreikusten du, atzerritarra jatorrizko lekura bidaliko dela erabakitzen denean edo erabaki daitekeenean hartuko dena, lurraldean sartzeko legezkoak ez diren bideak erabili direlako edo bere administrazio-egoera irregularra delako. Askatasun-gabetzea kasu horietan bueltatzea, itzularaztea edo kanporatzea gauzatzea galaraziko lukeen ihes egiteko arriskuan oinarritzen da.

Barneratzea “bueltatze Zuzentarauan” deiturikoan zein atzerritartasunari buruzko araudian jasota egon arren, haren proportzionaltasuna da zalantzan dagoena. Kontuan izan behar da barneratzea erabakitzen denean administrazio arau-hauste hutsa egin duten pertsonen askatasunerako oinarrizko eskubidea mugatzen dela, ez delitu bat egin dutenena. Horregatik barneratzeko aukera erabat murriztu beharko litzateke eta benetan ihes egiteko arriskua dagoen kasuetara mugatu. Horrek prozesuan parte hartzen duten guztien konpromisua galdatzen du: ordezkaritza juridiko, fiskaltza eta epaileena. Lehenik eta behin, prozedura zehatzaileetan izapidetze arruntari lehentasuna emanez, horietan ez dago barneratzerik, eta lehenespenezko izapidetzea dagokion kasu zehatzetarako utziz. Bigarrenez, aurkeztutako kasu bakoitzeko inguruabarrak aztertze beharra azpimarratuz, kanporatzea gauzatzeko bideragarritasuna barne, horrela barneratzea arauak jasotzen dituzten beste neurriak eragindako pertsona etengabe aurkitzeko moduan egoteko nahikoak ez direnean soilik eskatu eta/edo erabakitzeko.

Subjektu horiek horrela jardungo dutela bermatuz gero, barneratzearen beharra, nahiz eta askatasunerako oinarrizko eskubidea murrizten duen neurria izan, errazago justifika daiteke. Edonola ere, puntu honetan ezinbestekoa da barneratze-guneen baldintza negargarriak, bai eta barneratutako pertsonak jasaten dituzten eskubideen murrizketak ere aipatzea, haien itxiera aldarrikatzeraz eraman dutenak.

166 Konsituzio Auzitegiaren 53/2002 Epaia, otsailaren 27koa, 11. OJ.

Barneratzeko erabakia betiere epaileak hartuko duenez *habeas corpus* prozedura bazterturik dago arau orokor gisa. Bai Konstituzio Auzitegiak, bai eta Giza Eskubideen Europako Auzitegiak ere ondorioztatu dute barneratze-erabakian epailearen kontrola eranstea eta *habeas corpus* prozeduraren objektua den askatasun-gabetzearen legez-kotasunaren analisia baliokideak direla. Era horretan, egoera horietan zilegi izango litzateke aurkeztu diren eskaerak ez onartzea, baina ez barneratzea epailearen parte hartzerik gabe egin denean edo, epailearen barneratze-erabakia egon arren, barneratutako atzerritarra epailearen aurrean egon ez dela egiaztatzen bada.

Horren guztiaren ondorioz, atzerritarren askatasunerako eskubidearekin lotutako bermeei buruzko interpretazioak, bereziki barneratzearen legez-kotasuna aztertutako duen esku-hartze judizialari dagokionez, ez darama berme horiek ezeztatzerara, eremu horretan, ohiko atxiloketetan ez bezala, gertatzen den berezitasunari erantzuten baitio. ♦

BIBLIOGRAFIA

Agirreazkuenaga Zigorruga, I. (1994). Contexto de la Ley de Seguridad Ciudadana. Análisis jurídico de los controles de identidad: *volutas legis* e interpretación jurisprudencial del T.C. *Revista Vasca de Administración Pública*, 38, 13-56.

Alonso Pérez, F. (2002). La medida de internamiento en la nueva legislación de extranjería. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 7, 1753-1757.

Arrese Iriondo, M. N. (2015). Artículo 5. I. Lasagabaster Herrarte (Zuz.). *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, 3. edizioa, (113-202 orr.). Cizur Menor: Civitas Thomson Reuters.

Barbero González, I.; Blanco Fernández de Valderrena, C.; Arrese Iriondo, M. N. eta González Murúa, A. R. (2017). *La defensa de los derechos*

fundamentales ante la detención, internamiento y expulsión de personas extranjeras. El caso de la Comunidad Autónoma Vasca. Valentzia: Tirant lo Blanch.

Barbero, I.; Blanco, C. eta Arrese, M. N. (2018). El internamiento de extranjeros: un análisis empírico de los procedimientos instruidos en la Comunidad Autónoma Vasca. *Revista Vasca de Administración Pública*, 110-I, 17-53. <https://doi.org/10.47623/ivap-ruap.110.2018.1.01>

Bolaño Piñeiro, M. C. (prentsan). La acreditación y comprobación de la identidad y de la situación de regularidad de las personas extranjeras, en el marco de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana. *Derechos humanos, potestad sancionadora y organización administrativa en la seguridad ciudadana* ikerkuntza-proiektua (PIBA 2019-48, Eusko Jaurlaritzza).

Charrier, J. L. (2005). *Code de la Convention européenne des droits de l'homme*. París: Litec.

De Meyer, J. (1999). Article 5.1. L. E. Pettiti, E. De-caux eta P. H. Imbert. *La Convention Européenne des droits de l'homme*, 2. edizioa, (189-201 orr.). París: Economica.

Donaire Villa, F. J. (2012). Detención e internamiento de extranjeros a efectos de expulsión. Régimen de los centros de internamiento de extranjeros. D. Boza Martínez, F. J. Donaire Villa eta D. Moya Malapeira (Koord.). *La nueva regulación de la inmigración y la extranjería en España*, (508-520 orr.). Valentzia: Tirant lo Blanch.

Fernández Arévalo, L. (2006). Extranjeros inscritos en el Sistema de Información de Schengen como no admisibles y eficacia en España de resoluciones de expulsión acordadas por otros Estados de la Unión Europea. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, 13, 31-55.

García Añón, J.; Bradford, B.; García Sáez, J. A.; Gascón Cuenca, A. eta Llorente Ferreres, A. (2013). *Identificación policial por perfil étnico en España*. Valentzia: Tirant lo Blanch.

Gisbert Casasempere, R. (2007). Las medidas cautelares de detención e internamiento en el procedimiento de expulsión de extranjeros. *Actualidad administrativa*, 2, 132-140.

Guillén Pérez, V. eta Prieto González, J. (2017). Tratamiento jurídico de un binomio cohesionado en la nueva Ley Orgánica de Protección de Seguridad Ciudadana; identificación y documentación. *Revista de Derecho UNED*, 21, 325-352.
<https://doi.org/10.5944/rduned.21.2017.21169>

Lasagabaster Herrarte, I. (prentsan). La identificación de personas por la policía: su regulación en la Ley de Seguridad Ciudadana. *Derechos humanos, potestad sancionadora y organización administrativa en la seguridad ciudadana* ikerkuntza-proiektua (PIBA 2019-48, Eusko Jaurlaritza).

Martínez Escamilla, M. (2015). Detención, internamiento y expulsión de ciudadanos extranjeros en situación irregular. Las funciones del juez de instrucción. M. Martínez Escamilla (Koord.). *Detención, internamiento y expulsión administrativa de personas extranjeras*, (29-53 orr.). Madril: Proyecto I+D+i lusmigrante (Iuspuniendi e inmigración irregular).

Martínez Pardo, V. J. (2006). Las privaciones de libertad de los extranjeros y el derecho de *Habeas corpus*. *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, 18, 49-75.

Moya Malapeira, D. (2002). La devolución de extranjeros en el ordenamiento jurídico español. *Revista Vasca de Administración Pública*, 62, 189-262.

Moya Malapeira, D. (2008). La nueva Directiva de retorno y la armonización comunitaria de las medidas de alejamiento de extranjeros. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 10, 101-164.

Nowak, M. (2005). *U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary*, 2. edizioa. Estrasburgo: Arlington.

Pérez Sola, N. (2008). Las limitaciones al derecho a la libertad en el ámbito de la extranjería y la operatividad del procedimiento del *habeas corpus*. *RDUNED. Revista de Derecho UNED*, 3, 233-260.
<https://doi.org/10.5944/rduned.3.2008.10952>

Requejo Rodríguez, P. (2006). *El internamiento de extranjeros*. Valentzia: Tirant lo Blanch.

Rodríguez González, M. P. (2003). Expulsión versus devolución en la vigente Ley sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración social. *Justicia administrativa: Revista de Derecho Administrativo*, 21, 21-52.

Sánchez Tomás, J. M. (2015). Detención, internamiento y expulsión de ciudadanos extranjeros en situación irregular: marco comunitario e interna-

cional. M. Martínez Escamilla (Koord.). *Detención, internamiento y expulsión administrativa de personas extranjeras*, (55-80 orr.). Madril: Proyecto I+D+i lusmigrante (Iuspunien di e inmigración irregular).

Teixeira Rodríguez, X. (2005). Derechos de los extranjeros detenidos o internados en los procedimientos administrativos de retorno, expulsión y devolución. *Anuario de la Facultad de Derecho de Ourense*, 1, 727-750.

Tomé García, J. A. (2014). *Internamiento preventivo de extranjeros conforme al nuevo Reglamento de los CIE*. Madril: Colex.

Tomé García, J. A. (2015). La autorización del internamiento: principios rectores. M. Martínez Escamilla (Koord.). *Detención, internamiento y expulsión administrativa de personas extranjeras*, (165-181 orr.). Madril: Proyecto I+D+i lusmigrante (Iuspunien di e inmigración irregular).

Velasco Caballero, F. (2007). Inmigración y policía administrativa de seguridad. *Revista Catalana de Seguretat Pública*, 17, 227-260. Hemendik eskuratua <https://raco.cat/index.php/RCSP/article/view/130223>

EUROPAR BATASUNAREN LEGEGINTZA SISTEMA¹

THE LEGISLATIVE SYSTEM OF THE EUROPEAN UNION

Asier García Lupiola

Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea

Cómo citar / Nola aipatu: García Lupiola, A. (2021). Europar Batasunaren legegintza sistema. *Legebiltzarreko Aldizkaria - LEGAL - Revista del Parlamento Vasco*, 2: 64-89

<https://doi.org/10.47984/legal.2021.003>



LABURPENA

Gaur egun Europar Batasunean dagoen legegintza-sistema Lisboako Tratatuen bidez zehaztu zen. Nahiz eta erakunde-egituran nobedadeak izan ziren, egia esan, legegintza-funtzioen banaketari dagokionez aurretik zegoen antolaketari eutsi egin zitzaion; hala ere, are garrantzitsuagoa bilakatu zen Europako Parlamentuaren rola. Horren arrazoi nagusia elkarrekin erabakitze prozeduraren orokortzea izan zen. *Legegintza-prozedura arrunta* izena hartu zuen horrek aukera ematen dio boto unibertsal bidez eta europarrek zuzenean aukeratutako erakundeari dagokion eginkizuna betetzeko; alegia, legegintza-boterea gauzatzeko, baina Kontseiluarekin partekatuta. Aldi berean, gainerako araudi-tresnetan Europako Parlamentuaren funtzioak areagotu ziren, hain zuzen ere legegintza-prozedura berezietan eta aurrekontu-prozeduran. Testu honek gaur egun Europar Batasunaren legegintza-sistema eratzen duten berezitasun horiek guztiak aztertzen ditu.

GAKO-HITZAK

Europar Batasuna, sistema legegilea, legegintza-eskumenak, prozedura legegilea, Europako Parlamentua.

ABSTRACT

The current legal system in the European Union was defined by the Lisbon Treaty. Although there were developments in the institutional structure, the pre-existing organization was maintained regarding the distribution of legislative functions, although the relevance of the role played by the European Parliament was increased. This is mainly due to the generalization of the codecision procedure, now officially called the *ordinary legislative procedure*, which enables the institution elected by universal and direct suffrage by European citizens to exercise the mission that corresponds to it, that is, the exercise of the legislative power, although shared with the Council. At the same time, the functions of

¹ Artikulu hau gaztelaniaz ere eskuragarri dago <https://doi.org/10.47984/legal.2021.003>

the European Parliament were increased in the other normative tools, such as the special legislative procedures and the budgetary procedure. This text analyses all those particularities that make up the legislative system of the European Union today.

KEYWORDS

European Union, legislative system, legislative power, legislative procedure, European Parliament.

RESUMEN

El sistema legislativo existente en la actualidad en la Unión Europea quedó definido con el Tratado de Lisboa. Aunque hubo novedades en la estructura institucional, lo cierto es que se mantuvo la organización preexistente en lo que al reparto de las funciones legislativas se refiere, si bien se aumentó la relevancia

del papel que juega el Parlamento Europeo. Ello se debe principalmente a la generalización del procedimiento de codecisión, ahora oficialmente denominado *procedimiento legislativo ordinario*, el cual posibilita que la institución elegida por sufragio universal y directo por la ciudadanía europea ejerza la misión que le corresponde en cuanto tal, es decir, el ejercicio del poder legislativo, aunque de manera compartida con el Consejo. Al mismo tiempo, se aumentaron las funciones del Parlamento Europeo en las demás herramientas normativas, como son los procedimientos legislativos especiales y el procedimiento presupuestario. El presente texto analiza todas esas particularidades que conforman el sistema legislativo de la Unión Europea en la actualidad.

PALABRAS CLAVE

Unión Europea, sistema legislativo, competencias legislativas, procedimiento legislativo, Parlamento Europeo.

AURKIBIDEA

- I. SARRERA.
- II. ERAKUNDE-EGITURA.
- III. LEGEGINTZA-FUNTZIOEN BANAKETA.
- IV. LEGEGINTZA-PROZEDURA ARRUNTA.
- V. LEGEGINTZA-PROZEDURA BEREZIAK.
- VI. VI. AURREKONTU-PROZEDURA.
- VII. ONDORIOAK.

BIBLIOGRAFIA.

I. SARRERA

Lan honen helburua Europar Batasunaren (EB) legegintza-sistemaren azterketa orokorra egitea da. Haren bidez, Europako erakundeek Europako zuzenbide eratorria eratzen duten legeak hartzen dituzte, Europako sorrerako zuzenbidea eratzen duten tratatuen ondoren kokatzen diren legeak. Bi ordenamendu horiek osatzen dute EBren sistema juridikoaren gailurra, eta ordenamendu nazionalen gainean nagusitzen dira. Europako legegintza-sistemak, gaur egun, EBren Tratatuan (EBT) eta EBren Funtzionamenduari buruzko Tratatuan (EBFT) jasotzen den araudia jarraitzen du, 2009ko abenduaren lehen indarrean sartu zen Lisboako Tratatuaren bitartez eginiko erreformaren ondoren ezarrita geratu bezala².

Europako integrazio-prozesuaren garapenerako ezaugarrietako bat haren legegintza-sistemaren etengabeko erreforma izan da, zeina haren erakunde-antolamendua-ren egitura eta funtzionamendua-ren etengabeko bilakaerarekin paraleloan egin baita. Horrela, Europako Parlamentua, europar hiritarrak ordezkatzeko dituen erakundea, gero eta eskumen gehiago bereganatzen joan da eta, hala, parlamentu nazionalak betetzen duten eginkizunera gero eta gehiago hurbildu da.

Goian aipatutako helburua betetzeko, testu honek EBren legeak egiteko prozesua haren erakunde-egituraren testuinguruan kokatzen du. Jarraian, legegintza-boterea-ren banaketa azaltzen du, erakunde bakoitzaren funtzioak argi gera daitezen. Ondoren, EBren lege-ekoizpenaren pieza nagusiaren azterketan jartzen du arreta, alegia, legegintza-prozedura arruntean, izenak adierazi bezala, gaur egun gehien erabilitako arautze-tresnan. Hori alde batera utzita, dauden beste arau-prozedurak aztertzen dira; alde batetik, prozedura bereziak, eta, bestetik, aurrekontu-prozedura. Horrek guztiak aukera ematen du legegintza-prozesuan parte hartzen duen erakunde bakoitzak betetzen duen eginkizuna egoki hautemateko eta dagoeneko bi ganberako sistematzat jotzen den ereduaren osoko ikuspegia izateko. Azkenik, egindako azterlanaren ondorioak jasotzen dira.

II. ERAKUNDE-EGITURA

Lisboako Tratatuak honako erronka honi egin behar izan zion aurre: oso antzekoak ziren sei estatu kiderentzat sortutako erakunde-egitura bost aldiz kide gehiago zituen erakunde-egiturara moldatzea. Horrela, Tratatuak zenbait nobedade ekarri zituen, eta haien helburua honako hau izan da: erakundeen eta EBren erabakitzeko mekanismoen eraginkortasuna sendotzea, haren ekintza demokratizatzea eta eskumena-areagotzea (Duch i Guillot, 2009: 54), bai eta barne demokrazia handiagoa ematea

2 Jarraitzen dugun testu juridikoa da *Versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea* (Europar Batasunaren Aldizkari Ofiziala, C 202, 2016ko ekainak 7). Lan honetan kontuan hartu da ere Eusko Jaurlaritzak egin dituen itzulpenak Herri Arduralaritzaren Euskal Erakundearen Itzultzaile Zerbitzu Ofizialaren bidez (www.euskadi.eus/eusko-jaurlaritzaren/contenidos/informacion/tr_lisboa/eu_tr_lisbo/tr_lisbo.html).

erabakiak hartzeko mekanismoetan eta gardentasuna handiagoa lan egiteko moduan (Martín y Pérez de Nanclares, 2010: 35).

Emaitza ikusita, egiaztatu behar da Lisboako Tratatuak sartu zituen aldaketek sendotu egin dutela legezketasun demokratikoa; izan ere, Europako Parlamentuaren legegintza-funtzioak sendotu dira eta erakunde horrek Batzordeko lehendakaria hautatzen du. Aldaketa horiek, halaber, eraginkortasuna hobetzen dute, eta horretan Kontseiluaren lehendakaritzan berrantolaketak eta Batzordearen tamainaren murrizketak ere laguntzen dute³. Hala ere, erreforman beste faktore batzuek ere izan zuten eragina, besteak beste: tentsio politiko handiak eta estatu kideek EBren gobernuan presentzia izatea sendotzeko interes nagusia (Andrés, 2008: 220); horri Kontseilu Europarraren erakundetzearekin erantzun ziztaion.

Erakunde-egitura aurkeztu aurretik, printzipio demokratikoei buruzko xedapenen artean, EBTK honako hau ezartzen du (10. artikulua): EBren funtzionamendua ordezkartzeko demokrazian oinarritzen da; beraz, batetik, herritarrak zuzenean egongo dira Europako Parlamentuak ordezkaturak, eta, bestetik, estatu kideen ordezkaria Kontseilu Europarrean haien estatuburua edo gobernuburua izango da, eta Kontseiluan, haien gobernuak. Nolanahi ere, erakunde-antolamendua handiagoa da; izan ere, Batzordea, Justizia Auzitegia, Europako Banku Zentrala eta Kontu Auzitegia ere barne hartzen ditu. Erakunde-esparruaren helburuak EBren balioak sustatzea, helburuak betetzea, haren interesak, herritarrenak eta estatu kideenak defendatzea eta haren politika eta ekintzen koherentzia, eraginkortasuna eta jarraitutasuna bermatzea dira (EBTaren 13. artikulua).

Azken biak (Europako Banku Zentrala eta Kontu Auzitegia) eduki ekonomikoko erakundeak dira eta EBFTan arautzen dira eskusiboki. Beste bostak, erakunde nagusitzat jo beharrekoak, EBTaren III. tituluan (Instituzioei buruzko xedapenak) ezarritako araudiaren xede dira, zeina EBFTaren seigarren zatiko I. tituluan jasotakoarekin (instituzioei buruzko xedapenak) osatzen baita⁴. Haien artean, bi talde bereizi behar dira, ordezkatzeko eta defendatzeko dituzten funtzioen arabera. Batetik, nazioz gaindiko erakundeak, EBren interesak defendatzeko diseinatuak: Europako Parlamentua, Batzordea eta Justizia Auzitegia. Bestetik, gobernuen arteko erakundeak, non interes nazionalen defentsak zehazten baitu haien dinamika: Kontseilu Europarra eta Kontseilua.

Europako interesen eta interes nazionalen kontrajartze-egoera horrek agerian uzten du zein konplexua den EBren erakundearen funtzionamendua, erakundeek maila nazionalen dute funtzionamendua baino konplexuagoa, berez hori ere nahiko kon-

3 Horren harira, honako hau egiaztatu daiteke: erakunde-egitura berriak eta erabakiak hartzeko egitura berriak aukera ematen dute herritarrek hobeto ulertzeko Europar Batasunak zer egiten duen eta nork, nola eta zergatik hartzen dituen guztiengana eragina duten erabakiak (Duch i Guillot, 2009: 62).

4 Ikusten denez, erakunde-arauketa oso zatikatuta dago, eta horren motiboa honako hau da: kontu konplexuenean azpian dauden akordio politikoek eragindako teknika da, baina araugintza-teknika gisa erdipurdikoa dena (Andrés, 2008: 205).

plexua dela kontuan hartuta. Horrek, aldi berean, honako hau azaltzen du: zaila da argi eramatea botereen ohiko bereizketa –betearazlea, legegintzakoa eta judiziala– EBren eremura, non elkarren arteko inguruek askoz ere muga gutxiago baitituzte (Muñoz de Bustillo y Bonete, 2009: 80). Ikusten denez, EBren erakunde-antolaketa oso konplexua da, non maila anitzeko testuinguru batean –europarra, nazionala eta estatu-azpikoa– EB beraren eta estatu kideen interesen arteko tentsioa nabaria baita, eta erakundeen arteko lankidetzak edota norgehiagoka-dinamikak gertatzen baitiren (Elías, 2015: 73).

Europako erakundeen arteko funtzio-banaketa ez dator bat estatuen egungo sistema politikoetan indarrean dagoen Montesquieu eskemarekin. Haietan, Parlamentuak legegintza-boterea du; Gobernuak, betearazlea, eta Justizia Administrazioak, botere judiziala. EBn, legegintza-funtzioa Europako Parlamentuaren eta Kontseiluaren artean banatzen da; botere betearazlea Kontseiluaren esku geratzen da, Kontseilu Europarraren partaidetza handiarekin, bai eta Batzordearena ere, eguneroko gobernuari dagokionez. Justizia Administrazioa Justizia Auzitegiaren esku geratzen da. Egitura horretan, bi ganberako parlamentuz hitz egiten da eta betearazle bikoitzaz. Lehenengoari buruz aurrerago hitz egingo dugu eta, betearazlea dela-eta, gobernuen artekoa (Kontseilu Europarra eta Kontseilua) eta Europakoa (Batzordea) bereizi behar ditugu (Mangas, 2015: 34).

EBTak 13. artikuluan egiten duen erakundeak zerrendatzeko hurrenkera ez da kasuala; lehentasun-hurrenkera ezartzen da haien artean eta, hala, lehenengo lekuan europar herritarrengandik zuzenean datorrena dago. Hala, bada, Europako Parlamentuari EBko herritarren ordezkariak dagokio (EBTaren 14.2 artikulua), eta boto unibertsalez eta zuzenean hautatzen da bost urteko agintaldirako (EBTaren 14.3 artikulua). 1979tik, bost urtean behin egiten da nazio anitzeko zuzeneko demokraziako ariketa hori; hala, Europako Parlamentua EBn zuzeneko legezatasun demokratikoa duen erakunde bakarra da (Pérez de las Heras, 2010: 17). Erakunde hori gaur egun zazpiehun eta bost diputatuk eratzen dute, eta legegintzako funtzioa eta aurrekontu-funtzioa betetzen ditu, biak Kontseiluarekin batera, bai eta kontrol politikoko funtzioa eta kontsultakoa ere (EBTaren 14.1 artikulua). Kontrol-funtzioak direla-eta, Europako Parlamentuak Batzordearen lehendakariaren eta kideen hautaketa onesten du (EBTaren 17.7 artikulua), zentsura-mozioa onar dezake eta batzordekideen dimisio kolektiboa eragin (EBTaren 17.8 artikulua). Batzordearen gain ez ezik, Kontseiluaren gain ere baditu kontrol-mekanismoak, hain zuzen, parlamentarismoan ohikoak direnak, hala nola, galderak, agerraldiak, txostenak eta ikerketa-taldeak (López, 2018: 668). Ikusten denez, egungo Europako Parlamentuak baditu, dagoeneko, parlamentu nazionalen berrezko eskumenak (Peñalver, 2016: 160)

Lisboako Tratatuak Kontseilu Europarra erakundetzen du, eta EBren egitura organikoan sartzten du; hori hala da, erakunde horrek gero eta garrantzi handiagoa duelako eta estatu handiek erakunde-sistemaren gobernuen arteko ezaugarriak sendotu nahi dituztelako (García-Chamón, 2009: 98). Orain, beraz, bi erakundetan daude presen-

te, dagoeneko, estatuen interesak⁵. Baina, nahiz eta Europako Parlamentuaren atzean egon –horrek garrantzi sinbolikoa baduela kontuan hartuta–, Kontseilu Europarraren garrantzia agerikoa da; izan ere, EBren garapena bultzatzea dagokio, baita haren norabide eta lehentasun politikoak zehaztea ere (EBTaren 15.1 artikulua). Hau da, aurretik bazeuzkan zuzendaritza, orientazio eta sustapen politikoaren funtzioak barneratu egiten dira erakunde-sisteman eta, hori horrela, Kontseilu Europarraren goentasun politikoaren aintzatespenaren kasuan gaude (Andrés, 2010: 60). Are gehiago, zuzendaritza politiko eta juridikoko organo gisa gailentzen da, ohiko erakunde-orekak aldatzeko ahalmenarekin (Elías, 2015: 85). Erakunde hori estatu kideetako gobernuburuek edo estatuburuek eratzen dute, bai eta haren lehendakariak eta Batzordeko lehendakariak ere (EBTaren 15.2 artikulua), eta sei hilean bi aldiz batu behar dira (EBTaren 15.3 artikulua). Kontseilu Europarreko lehendakaria erakundeak berak hautatzen du, bi urte eta erdiko agintaldirako, zeina behin berrizta baitaiteke.

Esan bezala, Europako Parlamentuarekin batera, legegintzako funtzioa eta aurrekontu-funtzioa betetzeko erakunde arduraduna Kontseilua da; hari Europako politikak zehaztea eta koordinatzea ere badagokio (EBTaren 16.1 artikulua). Kontseilua estatu kide bakoitzeko ordezkari batek osatzen du, ministerio mailakoak (EBTaren 16.2 artikulua)⁶. Zenbait osateran batzen da, Gai Orokorren Kontseilua da haien guztien lanen koherentzia bermatzeko arduraduna eta Atzerri Arazoetako Kontseilua EBren kanpo-ekintza prestatzekoa. Gainerako osaren kopuruaren zehaztapena Kontseilu Europarrak erabakitzen du (EBTaren 16.6 artikulua)⁷. Gaur egun, Kontseiluak erabaki bat hartu behar duen gehienetan, gehiengo kualifikatuaren bidez hartzen du. Hura lortzeko, EBren biztanleriaren % 65 ordezkatzan duten estatu kideen % 55en (15 estatu kide) aldeko botoa behar da (EBTaren 16.4 artikulua)⁸.

Europako Parlamentuak herritarren interesak eta Kontseiluak estatu kideen interesak ordezkatzan dituzten bitartean, Batzordeak EBren interes orokorra sustatzen du. Hori horrela, Tratatuak eta erakundeek hartutako arauak aplikatzen direla bermatzen du –horregatik ezagutzen da *tratatuaren zaindari legez*–, aurrekontua betearazten du eta EBren programak kudeatzen ditu (EBTaren 17.1 artikulua). Era berean, Batzordeari

-
- 5 Europako Kontseilua erakunde gisa aitortzeak berez estatuak erakunde barruan sendotzea dakar (Mangas, 2007: 135). Aldaketa horrek, beste batzuen artean, egiaztatu egiten du gobernuen arteko euskarri nabarmena, nahiz eta erakunde sistemaren demokratizazio eta eraginkortasun handiena (gehiengo kualifikatuaren bidez erabakitzeko eta Europako Parlamentuarekin elkarrekin erabakitzeko gai gehiago) EBn oreka eta dinamika berrietarako aukera emango duen kontrapuntua den (Mangas, 2008: 227). Hala ere, batzuek ulertzen dute Lisboako Tratatuak honako hau egin zuela: herritarrengandik datorren eta Europako Parlamentuaren bidez eta Europar Kontseiluan eta Kontseiluan ordezkariak duten estatu kideen bidez zuzenean adierazitako legitimitate demokratiko bikoitza argitzea (Ordóñez, 2009: 120).
- 6 Badago aukera estatu bat gobernu zentralak ahaldundutako lurralde-erakunde bateko gobernu bateko kideak ordezkatzeko (hori Alemaniaren kasuan gertatu da eta behin baino gehiagotan herrialde horrek Kontseiluan Land bateko ministro baten bidez parte hartu du).
- 7 Kontseiluaren osaren zehaztapena Europako Kontseiluaren esku uzten da, horretarako beharrik egon gabe; izan ere, Lisboako Tratatu baina lehen funtzio hori beti bete izan du Kontseiluak berak (Andrés, 2008: 210).
- 8 Kontseilua Batzordearen aurretiko proposamenik gabe aritzen bada, gehiengo kualifikatua lortzeko EBren biztanleriaren % 65 ordezkatzan duten estatu kideen % 72ren (20 estatu kide) aldeko botoa behar da.

EBren legegintza-egintzak hartzeko beharrezkoak diren proposamenak egitea dagokio (EBTaren 17.2 artikulua). Gaur egun, 27 batzordekidek –estatu kide bakoitzeko nazional bat– eratzen dute; independenteki dihardute eta haien artean daude Batzordearen lehendakaria eta Batasuneko atzerri-politika erkideko goi-ordezkarria (EBTaren 17.4 artikulua). Horiek guztiak beren eskumen orokorragatik eta Europarekiko konpromisoagatik hautatzen dira estatu kideen akordio bidez, eta Europako Parlamentuaren onarpen botoa jaso behar dute.

EBko Justizia Auzitegiak barne hartzen ditu Justizia Auzitegia, Auzitegi Orokorra eta auzitegi espezializatuak (lehen instantzian zenbait gai ezagutuko dituzte). Haren funtzioa da tratatuen interpretazioan eta aplikazioan zuzenbidearekiko errespetua bermatzea (EBTaren 19.1 artikulua), alegia, EBren egintzen legezotasuna kontrolatzea eta estatu kideek Europako zuzenbidea betetzen dutela eta egoki interpretatzen dutela kontrolatzea. Justizia Auzitegia estatu kide bakoitzeko epaile batek eratzen du, eta hamaika abokatu orokorren laguntza du; Auzitegi Orokorrak epaile bat izango du, gutxienez, estatu kide bakoitzeko (EBTaren 19.2 artikulua).

Erakunde ekonomikoak Europako Banku Zentrala eta Kontu Auzitegia dira. Europako Banku Zentralak EBren diru-politika zuzentzen du, euroguneko estatu kideen banku zentralekin batera (EBFTaren 282. artikulua). Kontuen Auzitegia estatu kide bakoitzeko nazional batek osatzen du, eta EBren kontuen kontrolaz arduratzen da (EBFTaren 285. artikulua).

III. LEGEGINTZA-FUNTZIOEN BANAKETA

Aurretik aipatu dugu EBren zazpi erakundeen artean bost nagusiz hitz egin daitekeela. Bada, EBren antolaketa-arkitekturaren, sistemaren euskarriaren bilaketan sakondu daiteke. Nukleo hori erakunde-triangelu izeneko da, eta Europako Parlamentuak, Kontseiluak eta Batzordeak eratzen dute. Hiru erakundeen arteko lankidetzak EBren konstituzionaltasun demokratikoaren funtsezko oinarri gisa uler daiteke (Bondandy et al., 2004: 52). Zehazki, hiru horien artean banatzen da Europako legegintza-boterea; hala ere, egia da Batzordeak zeregin mugatua baino ez duela, baina oso garrantzitsua, eta Europako Parlamentua eta Kontseilua direla legeak egiten dituztenak.

Hori ez da beti hala izan, zehazki Europako Parlamentuari dagokionez, eta hala nabaritzen da Europako zuzenbide eratorria prestatzeko egon diren tresnen bilakaeran. Hala, Europako Erkidegoetako eratze-tratatuetan aurreikusitako erakunde-sistemak Kontseiluaren esku utzi zituen legegintzako funtzioak eta betearazleak, eta Europako Parlamentuaren eginkizuna (orduan Biltzarra) oso mugatua zen; izan ere, kontsultarako baino ez zen funtzioa betetzen zuen, eta Kontseilua ez zen politikoki arduraduna Europako Parlamentuaren aurrean. Hortik aurrera, EBren erakunde-historia Kontseiluaren botereen mugaren historia da; muga hori EBren gainerako erakundeen eginkizuna sen-

dotzearen bidez gertatzen da, baina, bereziki, Europako Parlamentuarena sendotzearen bidez (Gil-Robles, 2007: 27). Horrela egin du tratatu berri bakoitzak eta Europako Parlamentua parlamentu *normal* bat izatera hurbildu dute, nahiz eta oraindik ezaugarri batzuk falta diren, adibidez, legegintzako ekimena (Brack & Costa, 2018: 3). Zehazki, elkarrekin erabakitzeko prozedura sartzeak eta zabaltzeak Europako legeriaren legezketasun demokratikoaren sendotze ukaezina ekarri du, EBren funtzionamendua ordezkartzeko demokrazian oinarritzen delako baieztapenarekin koherentea dena (Garzón, 2015: 66).

Europako Erkidegoetan, oro har erabilitako arau-prozedura –1986ra arte– kontsulta-prozedura izan zen, *aholku-irizpen* izenez ezagutzen dena. Hark bereizgarri du eginkizunak banatzen direla Batzordearen eta Kontseiluaren artean; labur esanda, Batzordeak proposatu egiten du eta Kontseiluak, erabaki. Kontseiluak erabakia hartu aurretik, eta arautzen denaren arabera, Europako Parlamentuari kontsulta egin behar zaio, eta *nahitaezko irizpen* izenez ezagutzen dena eman behar du. Kontsulta nahitaezkoa ez denean, Kontseiluak erabakitzen du kontsulta egin ala ez Europako Parlamentuari; beraz, erakunde horrek *aukerako irizpena* ematen du, eskatzen zaionean.

1970eko hamarkadaren erdialdean, Europako Parlamentuaren kontrol-botereak areagotu egin ziren Erkidegoaren aurrekontuaren gainean; erabaki-botere erreala ere hartu zuen bere gain, derrigorrezko gastuei dagokienez. Nobedade horrek desadostasun nabarmena eragin zuen aurrekontu-botereen eta Europako Parlamentuaren arau-botereen artean. Egoera horren ondorioz, erakunde horrek Kontseiluarekin eta Batzordearekin prozedura erabakitzaille berria sortzea adostu zuen, kontzertazio-prozedura, zeinak Kontseiluaren eta Europako Parlamentuaren akordioa eskatzen baitzuen, finantza-inplikazio handiak zituzten irismen orokorreko egintzen gainean erabaki bat hartzeko. Baina praktikan gutxitan jo zen hartara.

Europako arau-sistemaren lehen erreforma handia 1986an egin zen, Europako Agiri Bakuna (EAB) iritsi zenean; hark, nahitaezko irizpenaren aplikazio-eremua handitzeaz gainera, bi prozedura berri sartu zituen. Lehena, lankidetzaren prozedura. Irakurraldi bikoitzeko prozedura zen; hartan, Europako Parlamentuaren parte-hartzea sendotu egin zen, Kontseiluak onartutako testu baten gaineko zuzenketa aurkezteko aukera eman baitzitzaion. Zuzenketa horiek Batzordearen babesa izanez gero, Kontseiluak ahobatezkotasuna behar zuen haiei uko egin ahal izateko. Haren aplikazio-eremua nahiko zabala zen, barne-merkatuari buruzko hainbat gai hartzen baitzituen.

EABk sartu zuen beste arau-prozedura bat aldeko irizpena izan zen. Prozedura hori nahitaezko kontsultaren berdintsua da, baina Europako Parlamentuaren irizpenak aldekoa izan behar du Kontseiluak dagokion erabakia har dezan; beraz, nahiz eta Europako Parlamentuak ezin duen zuzenketarik sartu, badu beto-eskubidea. Erkidegoari estatu berriak atxikitzeke ezarri zen, eta elkartzeko akordioetarako eta antzekoetarako (ekonomikoak eta merkataritzakoak).

Maastrichteko Tratatuak, 1992koak, aldaketa garrantzitsuak ekarri zituen EBren arau-prozesuan. Eremu horretako erreforma nagusia elkarrekin erabakitzeko prozedu-

ra sartzea izan zen; lankidetzeta-prozedura oinarritzat hartuta, Europako Parlamentuari botere erabakitzaille handiagoa ematen zion, eta erakunde-triangeluaren funtsezko elementu gisa kokatzen zuen, Kontseiluarekin eta Batzordearekin batera (Louis, 2003: 34). Nobedade horrek aldaketak ekarri zituen aurretik zeuden prozeduretan, nagusiki kontzertazio- eta lankidetzeta-prozeduretan. Bi horien aplikazio-eremuaren zati handi bat elkarrekin erabakitzeko prozedura berrira igaro zen. Horrek, praktikan, kontzertazioa alde batera uztea ekarri zuen eta lankidetzari eutsi egin zitzaion, aurretik kontsulta-prozeduran zeuden gaiak hartu zirelako. Azken hori dela-eta, haren aplikazio-eremua ere areagotu egin zen, eta kasu asko aukerako kontsultatik nahitaezko kontsultara igaro ziren. Azkenik, aldeko irizpenaren prozeduraren aplikazio-eremua nabarmen zabaldu zen.

Nahiz eta prozedura berririk ez sartu, Amsterdameko Tratatuak, 1997koak, aldaketa esanguratsuak ekarri zituen aurretik zeuden prozeduretan. Zalantzarik gabe, erreformarik handiena elkarrekin erabakitzearena izan zen; izan ere, aldaketak izan zituen bai egiturari, sinplifikatu egin baitzen, bai haren aplikazio-eremuan, zabaldu egin baitzen. Zabalkuntza hori lankidetzeta-prozeduraren kontura egin zen, zeina oro har desagertu egin baitzen eta Ekonomia eta Diru Batasunaren inguruko kasuetarako baino ez baitzen mantendu. Halaber, kontsulta-prozeduraren mende zeuden gaiak elkarrekin erabakitzeko prozedurara igaro ziren, baina egia da prozedura horri EBren eskumen berrien inguruko gaiak esleitu zitzaizkiola. Aldeko irizpena bere horretan geratu zen; izan ere, hasieran haren aplikazio-eremuan sartzea pentsatu ziren gaiak azkenean elkarrekin erabakitzeko prozeduran sartu ziren.

Nizako Tratatuak 2001ean eginiko erreformak nobedade gutxi ekarri zituen legegintza-eremuan. Eginiko aldaketen artean, azpimarratzekoa da zenbait prozedura erabakitzaileraren aplikazio-eremuak zabaldu izana, eta kontsultaren eta elkarrekin erabakitzearen ingurukoa nabarmentzen da, eta ez hainbeste aldeko irizpenarena. Alderdi negatiboa dela-eta, lankidetzeta-prozedura mantentzen dela aipatu behar dugu, eta are gehiago negoziazioetan hura desagertzea defendatzen zela kontuan hartzen badugu.

Lisboako Tratatuak, 2007koak, orain arteko azken erreformak ezarri zituen eta, hala, gaur egun indarrean dagoen EBren arau-sistemaren diseinua zehaztu zuen. Nabarmentzekoa da erabat sinplifikatu zuela sistema, elkarrekin erabakitzeko prozedura legegintzako prozedura arrunt gisa orokortu baitzuen. Azken urratsa da elkarrekin erabakitzeko prozeduraren bilakaeran, zeinak Europako Parlamentua oro har legegilekide bilakatu baitu eta, beraz, Europako legeriaren erantzunkide juridiko eta politiko (Garzón, 2015: 59). Prozedura horrek EBren erabakiak hartzeko prozesuaren supranazionalizazioa ekarri du (Berthu, 2004: 25) eta aukera ematen du EB erakunde federal gisa bereizten duten elementutzat hartzeko, beste elementu batzuen artean (Molina del Pozo, 2016: 38).

Gainera, legegintzako prozedurak erabiltzeko eskumena zer erakundek duten argitzen du, eta ez du inolako zalantzarik uzten. Aurreko epigrafean ikusi dugunez, gaur egun EBTk zehatz-mehatz zehazten du arautzeko gaitasuna Europako Parlamentuari

eta Kontseiluari dagokiela, eta argi eta garbi zehazten du bi alditan: Europako Parlamentuak Kontseiluarekin batera beteko ditu legegintzako funtzioa eta aurrekontuko funtzioa (EBTaren 14.1 artikulua) eta Kontseiluak Europako Parlamentuarekin batera beteko ditu legegintzako funtzioa eta aurrekontuko funtzioa (EBTaren 16.1 artikulua). Nabarmentzekoa da tratatuei atxikitutako protokoloen artean, subsidiarotasun- eta proportzionaltasun-printzipioen aplikazioari buruzkoan (2. protokoloa), *EBko legegile* izendapena erabiltzen dela, bi erakundeei erreferentzia egiteko, legegintzako funtzioan elkarrekin dihardutenean⁹.

Ikusten den bezala, Lisboako Tratatuak burutu egin du Europako Parlamentuak ordezkatzeko duen herritarren legezketasuna legegintzako eta aurrekontuko botereetan sartzeko aurreko erreformen joera, erabakitze-sistema demokratizatzeko etengabeko bidean (Guinea, 2007: 24)¹⁰. Aipatu da zentzu horretan aurrerapen handiena elkarrekin erabakitzeko prozeduraren orokortzeak markatzen duela, alegia, Kontseiluaren eta Europako Parlamentuaren akordiorako beharrak, EBren zuzenbide eratorriko arauak hartu ahal izateko (Navarro, 2007: 331). Elementu horrek EBn hasiberri den ganbera-bitasuna egiaztatzen du (Andrés, 2008: 223). Eta egiazta daiteke benetako ganbera biko legegintza-organoa dela, non Europako Parlamentuak herritarren ordezkari den ganberaren funtzioak betetzen baititu eta Kontseiluak Senatuaren eginkizuna betetzen baitu, estatu kideen gobernuen ordezkari gisa (Moussis, 2008: 163). Hala da, Kontseilua bigarren legegintza-ganbera gisa aritzen da, estatu konposatuen lurralde-ordezkaritza duten bigarren ganberen modura (Elías, 2015: 92). Etorkizunera begira, ganbera biko legegintza-sistema finkatu behar da, eta, hartan, Europako Parlamentua sendotu behar da eta Kontseiluak erabakiak hartzean duen pisua murriztu behar da (Molina del Pozo, 2016: 32).

Kontseilu Europarra legegintza-boterearen jardunetik baztertuta geratzen da, esplizituki; izan ere, EBT zehatza da legegintzako funtziorik beteko ez duela ezartzean (EBTaren 15.1 artikulua). Erakunde horren funtzioak kontuan hartuta, xedapen horrek EBren barruan lanaren banaketaren aitorpena ematen du, politikoa eta arauzkoa (Andrés, 2010: 59)¹¹.

Batzordea dela-eta, erakunde horrek eginkizun garrantzitsua betetzen du; izan ere, gehienetan, legegintzako prozedura haren ekimenez hasten da, zeinak proposamen bat aurkezten baitu gero Europako Parlamentua eta Kontseilua haren gainean lanean

9 Nahiz eta Europako Parlamentua eta Kontseilua legegintza ahalaren titular izan, ez da ahaztu behar gai oso garrantzitsuetan (eskumenari buruzko arauak, ekonomikoak eta monetarioak) Kontseiluak eta Batzordeak jarraitzen dutela EBren egintzak emateko eskumena izaten, eta, nahiz eta "legegintzako egintza" izena eman ezin zaien, haien indar bera dutela (Linde, 2010: 264).

10 Europako Parlamentuaren beraren arabera, oro har erakunde hori EBren legeria erabakitzen duena izateak –Kontseiluarekin parean– hobekuntza nabarmena erakusten du herritarrek EBren jarduketaren inguruko kontrol handiagoa izateko, erantzukizun demokratikoa areagotzean. *Resolución del Parlamento Europeo sobre el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa* (2004/2129(INI)), 2005eko urtarrilaren 12, 4-5.

11 Hala ere, 2008ko ekonomia- eta finantza-krisialdia hasi zenetik, Kontseilu Europarrak legerian eragina izateko ahalegina egin du. Hala egin du, haren bileren ondorioetan Kontseiluaren jarrera xehetasunez argitaratuz, Kontseiluari berari dagokion funtzioa, eta, hala, erakunde horren negozio-gaitasuna murriztu da (Peñalver, 2016: 158).

hasteko. Esan daiteke Batzordeak legegintza-agenda zehazten duela baina lege-ekoizpenaren protagonistak Europako Parlamentua eta Kontseilua direla (López, 2018: 667). EBren legegintzako egintzak Batzordeak eskatuta baino ezingo dira hartu, tratatuek besterik xedatzen duten kasuetan izan ezik (EBTaren 17.2 artikulua). Salbuespena kasu gutxiri dagokie eta, zehazki, estatu kideen edo Europako Parlamentuko talde baten ekimenez onetsi ahalko dira egintzak, Europako Banku Zentralak gomendatuta edo Justizia Auzitegiak edo Europako Inbertsio Bankuak eskatuta (EBFTaren 289.4 artikulua). Hiritar-ekimena aurrekusten bada ere, Batzordeari zuzendutakoa izan behar da, eta honek erabakiko du proposamena luzatzen dien Europako Parlamentuari eta Kontseiluari (EBTaren 11.4 artikulua)¹². Gainera, ikusi denez, legegintzako egintza bat aurretik Batzordearen proposamena eginda prestatzeak dakar Kontseilua gehiengo kualifikatu eskuragarriagoz ebatzi behar izatea.

Laburki bada ere, beharrezkoa da interes-taldeei buruzko aipamena egitea. *Lobbie* izenez ezagutuak, EBren legeak egiteko prozeduretan edo legeen egikaritzean eragina izan nahi duten taldeak dira. 1990.eko hamarkadaren erdian Bruselan ezarrita zeuden interes-taldeak 3000 inguru zirela uste zen baina 2011n Europako Parlamentuak eta Batzordeak erregistro partekatua martxan jarri zutenetik 8000 talde baino gehiago ezagutu dira, nahiz eta oraindik gehiago direla suposatzen den erregistroaren borondatezko izaera dela eta (Oliver, 2019: 93)¹³. Europako erakundeen urruntasuna kritikatzan denean eta horien legitimitatea indartzeko helburuarekin, gizarte zibilaren parte-hartzea sustatzeko interes-taldeen bidezko parlamentu-formulak aztertu behar dira, beti ere talde horiek era egokian eta beharrezko berme guztiak beteta erregistratu behar direlarik (Pernas, 2019: 32).

Hori dela eta, legegintza prozesuan parte hartzen duten hiru erakundeek (Europako Parlamentuak, Kontseiluak eta Batzordeak) berriki adostu dute interes-taldeen derrigorrezko erregistroa eratzeko akordioa, *gardentasun erregistroa* izena hartzen duena hain zuten ere¹⁴. Horren arabera, erakundeek legeen inguruan interesak dituzten taldeekin etengabeko elkarrizketa izatea positiboa dela onartzen dute, iritzi eta ezagutza espezializatuak gehitzeko aukera sortzen baita eta, horrela, erabakiak hartzearen kalitatea hobetzen baita. Erakundeek elkarrizketa horren gardentasuna beharrezkoa dela azpimarratzen dute, hiritarrek interes-taldeen jarduera eta eragina ezagutu ahal izateko. Hain zuzen ere, hortik eratortzen da erregistroaren derrigorrezkotasuna.

Atal honekin bukatzeko, legegintzako egintzei aipamena egingo diegu, hau da, legegintzako prozeduren bidez onetsitako egintza juridikoak (EBFTaren 289.3 artikulua).

12 Europar hiritartasuna indartzeko nabarmentzeko pausoa izan bada ere, azpimarratzen da Europako Parlamentuari baino Batzordeari zuzendutako ekimena izatea, eta, ondorioz, zeharkako hiritar-ekimena dela adierazten da (Burguera, 2016: 126).

13 2021eko abuztuaren 24ean EBren Gardentasun Erregistroak 12 890 entitate jasotzen ditu. <https://ec.europa.eu/transparencyregister/>

14 *Acuerdo interinstitucional entre el PE, el Consejo de la UE y la Comisión Europea sobre un Registro de transparencia obligatorio*, 2021eko maiatzak 20 (DOUE L 207, 2021eko ekainak 11).

Zehazki, Batzordeak proposatuta Europako Parlamentuak eta Kontseiluak legegintzako prozedura arruntaren bidez elkarrekin hartutako erregelamenduak, zuzentarauak edo erabakiak dira (EBFTaren 289.1 artikulua), edo Europako Parlamentuak Kontseiluaren parte hartzearekin edo Kontseiluak Europako Parlamentuaren parte hartzearekin hartutakoak, legegintzako prozedura bereziaren bidez. Ikusi den bezala, EBFTk zehazten du, halaber, zer erakunderi dagokion legeak egitea.

Legegintzako egintzak derrigortasunaren eta hartzaileen arabera bereizten dira (EBFTaren 288. artikulua):

- Erregelamenduak irismen orokorra izango du. Derrigorrezkoa izango da haren elementu guztietan eta zuzenean aplikatu ahalko da estatu kide bakoitzean.
- Zuzentarauak estatu kide hartzailea behartuko du, lortu behar den emaitzari dagokionez eta, hala ere, agintari nazionaleri utziko die moduaren eta baliabideen hautaketa.
- Erabakia derrigorrezkoa izango da haren elementu guztietan. Hartzaileak esleitzean, haietarako baino ez da izango derrigorrezkoa.

Legegintzako egintzekin batera, EBTK eskuordetutako egintzak eta betearazpen-egintzak onesteko aukera jasotzen du; egintza horiek legez besteko egintzak dira. Eskuordetutako egintzak legez besteko egintza orokorrak dira, eta Batzordeak onesten ditu legegintzako egintza baten elementu ez funtsezko batzuk osatzeko edo aldatzeko, kontuan hartuta legegintzako egintza horrek zehazten duela eskuordetzea, berariaz, helburuei, edukiari, irismenari eta iraupenari dagokienez (EBFTaren 290. artikulua). Eskuordetutako egintzak onestek erraztu egiten du zenbait alderdi teknikotan edo xehetasuneko alderditan erabaki eraginkorrenak hartzea (Martín y Pérez de Nanclares, 2010: 54). Betearazpen-egintzak Batzordeak onesten ditu eta, behar bezala arrazoituko kasu zehatzetan, Kontseiluak, EBn juridikoki lotesleak diren egintzen –hala eska-tzen dutenen kasuan– betearazpenerako baldintza berdinak arautzeko –estatu kideen aldetik, barneko zuzenbideko neurrien bidez– (EBFTaren 291. artikulua).

IV. LEGEGINTZA- PROZEDURA ARRUNTA

Elkarrekin erabakitzeko prozedura EBFTaren 294. artikuluan arautzen da –orain legegintzako prozedura arrunt gisa–, eta xedapen hori hamabost ataletan banatzen da. Lehen biak prozeduraren hasierari dagozkio eta, hortik aurrera, arauketa-prozedurak gara ditza-keen lau faseetan multzokatzen da: lehen irakurraldia (3-6. atalak), bigarren irakurraldia (7-9. atalak), adiskidetzea (10-12. atalak) eta hirugarren irakurraldia (13. atala). Azkenik, epeak zabaltzeko aukera (14. atala) eta xedapen berezi batzuk jasotzen dira (15. atala).

Prozedura Batzordearen proposamen batekin hasten da; hura Europako Parla-mentuari eta Kontseiluari aurkezten zaie (2. atala). Zehazki, estatu baten edo batzuen intereseko helbururik ez nagusitzeko, Batzordearen proposamen-eskubidea berme bat

da interes orokorretarako (Mangas, 2015: 19). Hala ere, badago aukera legegintzako prozedura estatu kideen talde baten edo Europako Parlamentuaren ekimenez hasteko, Europako Banku Zentralak gomendatuta edo Justizia Auzitegiak eskatuta (15. atala); kasu horietan guztietan apurto egiten da Batzordeak duen legegintza-ekimenaren monopolioa (Dougan, 2008: 639). Baina Batzordeak ematen dio hasiera prozedurari kasu gehienetan; horregatik esan daiteke legegintzako ekimenaren boterea jarraitzen duela Batzordeak izaten, kuasimonopolio erregimenean (Ugartemendia, 2010: 9)¹⁵.

Lehenengo irakurraldia honela hasten da: Europako Parlamentuak bere jarrera onartzen du Batzordearen proposamenaren aurrean eta hura Kontseiluari transmititzen zaio (3. atala). Kontseiluak, beraz, bi aukera ditu:

- Europako Parlamentuaren jarrera onesten badu, prozedura amaituko da, kasuan kasuko egintza jarrera horren arabera onestean (4. atala).
- Europako Parlamentuaren jarrera onesten ez badu, Kontseiluak bere jarrera onetsi eta Europako Parlamentuari jakinaraziko dio (5. atala), eta bere jarrera onesteko izan dituen arrazoi guztien berri emango dio (6. atala).

Bigarren kasu horretan, bigarren irakurraldia hasten da eta Europako Parlamentuak hiru hileko epea izango du Kontseiluaren jarrera aztertzeko. Haren amaieran, honako hiru egoera hauetakoren bat gerta daiteke (7. atala):

- Europako Parlamentuak Kontseiluaren jarrera onesten du, edo ez du erabakirik hartzen. Kasu horietan, egintza Kontseiluaren jarreraren arabera onetsi dela ulertzen da eta prozedura amaitzen da.
- Europako Parlamentuak bere kideen gehiengoz baztertzen du Kontseiluaren jarrera. Kasu horretan, ez onetsizat joko da proposatutako egintza, eta legegintza-prozedura amaituko da.
- Europako Parlamentuak Kontseiluaren jarrerarako zuzenketak onesten ditu bere kideen gehiengoz. Aldatutako testua Kontseiluari eta Batzordeari helaraziko zaie, eta zuzenketei buruzko irizpena emango du Batzordeak.

Kontseiluak Europako Parlamentuaren zuzenketak jasotzen dituenetik hiru hileko epea du haiek aztertzeko, eta honako bi erabaki hauek hartu ahalko ditu (8. atala):

- Kontseiluak Europako Parlamentuaren zuzenketa guztiak onesten baditu –gehiengo kualifikatuz, baldin eta Batzordeak aldeko irizpena eman badu, edo, aho batez, baldin eta irizpena kontrakoa bada (9. atala)–, egintza onetsita amaituko da prozedura.

15 Tratatuari atxikitutako lehen protokoloak, EBn Parlamentu nazionalen egitekoari buruzkoak, prozedura bat ezartzen du parlamentu nazionalen subsidiarotasun-printzipioaren zaindari lanetan jardun ahal izateko, legegintza-egintzen proiektuen inguruan. Horrek Batzordearentzat esan nahi du bere legegintza-ekimenek ere parlamentu nazionalen kontrol serioa izango dutela (Mellado, 2010: 88). Estatuek EBren eskumenetan duten beste kontrol-mekanismo bat da, zeina parlamentu nazionalen esku geratzen baita eta aukera ematen baitie Europako legeriaren izapidetzea jatorrian eteteko (Linde, 2010: 258). Esan daiteke legegintza-sistemaren kontraesan demokratiko baten aurrean gaudela (Vecchio, 2011: 15). Parlamentu nazionalak EBren legegintza-prozesuan parte hartzeko aukera hori dela eta, bada ganbera biko ala hiru ganberako sistemaren aurrean gauden galdetzen duena (Cooper, 2013: 532).

- Kontseiluak Europako Parlamentuaren zuzenketa guztiak onesten ez baditu, Kontseiluko lehendakariak, Europako Parlamentuaren lehendakariarekin bat etorri, Adiskidetze Komitea deitu beharko du, sei asteko epean.

Bi erakunde legeileen ordezkariak Adiskidetze Komitean egin behar duten lana da adiskidetze-fasearen bereizgarria (10. atala). Kontseiluak bere kide guztiak edo haien ordezkariak parte hartzen du eta Europako Parlamentuak, ordezkarien kopuru berarekin. Komitearen misioa da testu bateratuaren inguruko akordioa lortzea, zeina bi erakundeen bigarren irakurraldiko jarreretan oinarritzen baita. Europako Parlamentuaren eta Kontseiluaren jarrerak hurbil daitezten sustatzeko, Batzordeak Adiskidetze Komitearen lanetan parte hartuko du (11. atala). Akordioa lortzeko, Kontseiluko kideek edo haien ordezkariak gehiengo kualifikatuz hartuko dute erabakia, eta Europako Parlamentuko ordezkariak gehiengo soila baino ez dute beharko. Lanek Adiskidetze Komitean gehienez sei aste iraungo dute.

Epe horretan Adiskidetze Komiteak testu bateraturik onesten ez badu, ez onetsizat joko da proposatutako egintza (12. atala). Epe berean Komiteak testu bateratua onesten badu, hirugarren irakurraldia izango da (13. atala). Hartan, Europako Parlamentuak eta Kontseiluak sei asteko epea izango dute kasuan kasuko egintza onesteko testu bateratu horrekin bat etorri. Europako Parlamentuak emandako botoen gehiengoz hartuko du bere erabakia, eta Kontseiluak, berriz, gehiengo kualifikatuz. Prozedura hirugarren irakurraldi honekin amaitzen da, nolahi ere, dela bi erakundeek egintza onesten dutelako dela epe horretan bi erakundeetako batek onartu ezean egintza onesten ez delako.

Prozeduraren arauketa salbuespen batzuekin amaitzen da. Hala, batetik, xedapeanean aurreikusten diren hiru hileko eta sei asteko aldiak luzatu egin daitezke, gehienez hilabetez eta bi astez, hurrenez hurren, Europako Parlamentuaren eta Kontseiluaren ekimenez (14. atala). Bestetik, Batzordeari buruzko zehaztapenak -2., 6. eta 9. ataletan jasotzen dira- ez dira aplikatuko prozedura estatu kideen taldeak edo Europako Parlamentuak proposatuta, Europako Banku Zentralak gomendatuta edo Justizia Auzitegiak eskatuta hasten denean. Kasu horietan, Europako Parlamentuak eta Kontseiluak Batzordeari egintzaren proiektua igorriko diote, bai eta lehenengo eta bigarren irakurraldiko jarrerak ere. Bi erakunde horiek Batzordearen irizpena eskatu ahalko dute prozeduran zehar, eta erakunde horrek bere borondatez eman ahalko du (15. atala).

Adiskidetzeak dakarren negoziazioa erakundeen arteko elkarriketa etengabea da; hartan, legegintzako testuak inplikaturik dauden hiru erakundeetako ordezkarien artean negoziatzen dira. Denborarekin, erakundeen arteko elkarriketa-formatu hori prozeduraren lehen bi irakurraldietara eramaten da, eta, hala, akordioa eta legegintzako egintzak lehenengo irakurraldietan onestea erraztu da. Eta hori hala da, nahiz eta EBFTan horren harira ezer ez ezarri, Batzordeak kasu horretan Europako Parlamentuaren eta Kontseiluaren artean jarrerak hurbiltzeko eginkizuna betetzen dutelako eta, horretarako, irtenbideak proposatzen dituelako desadostasunek prozedura gelditu dezaketenean

(Gómez-Leal, 2015: 113). Horrek ere agerian uzten du hiru erakundeen arteko benetako elkarlana (Batzordea, Europako Parlamentua eta Kontseilua) ezinbestekoa dela arauak adostu eta tratatuen helburuak lortzeko (Mangas, 2015: 16)¹⁶. Horrela, elkarrekin erabakitzeko prozeduraren bilakaeraren bereizgarria da aplikazioaren lehen urteetan gehienak adiskidetzan oinarrituta onetsitako egintzak zirela –horrek prozedurak gehiegizko denbora behar izatea zekarren (Vecchio, 2011: 14)–, eta, denborarekin, areagotzen joan direla lehenengo irakurraldian amaitutakoak, harik eta gehiengo bilakatu arte¹⁷. Guzti horren ondorioz, erabakiak hartzeko orduan gai zehatzen azterketa sakonegiak edota kontsultarako epe luzeak alboratu dira, posible denean behintzat, erabakiak ahalik eta azkarren hartu ahal izateko, baina horrek ez du esan nahi gardentasuna galdu denik EBren erabakiak hartzeko prozeduran (Brandsma and Meijer, 2020: 15).

Elkarrekin erabakitzeko prozeduraren aplikazio-eremuari dagokionez, gaur egun EBren legegintzako egintzak onesteko prozedura orokorra da, alegia erregelamenduak, zuzentarauak eta erabakiak hartzeko. Legegintzako prozedura hori Lisboako Tratatuak orokortu zuen, gehiengo kualifikatuz emandako botoa Kontseiluan aho batez onartu beharreko hainbat xedapenetara hedatzearekin batera, eta tratatu berriaren bidez gehitu ziren oinarri juridiko berrietan gehiengo kualifikatua aplikatzearekin batera. Hori horrela, ez zituen jasan aurreko Maastrichteko, Amsterdameko eta Nizako tratatuekin izan ziren arazoak.

Maastrichteko Tratatuak elkarrekin erabakitzeko prozedura EBren arau-sisteman sartu zuenean, haren aplikazio-eremua eratzen zuten gaiak sartzeko oinarriari buruzko irizpide argia eta finkoa falta zela nabaritu zen. Ez ziren gogoan hartu legegintza-egintzako garrantzi handiagoko edo txikiagoko datuak, sentsibilitate nazional handiagokoak ala txikiagokoak, ez eta Kontseiluan bozkatzeko moduaren paralelismoaren datuak ere. Horrela, Maastrichteko Tratatuak hamabost gai sartu zituen elkarrekin erabakitzeko prozesuaren aplikazioeremuan: barne-merkataritza, osasunaren eta kontsumitzaileen babesa, kultura- eta hezkuntza-neurriak, diploma eta kalifikazioen aitortpena eta baliokidetasuna, langileen zirkulazio askea, ikerketako esparru-programa eta Europa barneko sareak.

Hurrengo erreforma prozesuan, Batzordeak aplikazio-eremua zabaltzea proposatu zuen, egintzaren legegintza-izaeraren irizpidearen bidez, hau da, egintza zuzenean tratatuetan oinarritzea, nahitaezkoa izatea, EBren ekintzen funtsezko oinarriak arautzea eta irismen orokorra izatea. Amsterdameko Tratatuak elkarrekin erabakitze-

16 Hiru erakundeek konpromisoa hartu zuten, 2007an, fede onez jarduteko elkarlanean prozedura osoan, haien jarrerak ahalik eta gehien hurbiltzeko eta, hala dagokionean, prozeduraren fase goiztiarrean egintza onesteko bidea libre uzteko. *Declaración común del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, de 13 de junio de 2007, sobre las modalidades prácticas del procedimiento de codecisión (artículo 241 del Tratado CE)*, Europar Batasunaren Aldizkari Ofiziala, C 145, 2007ko ekainak 30.

17 1999-2004 legealdian, honako hau izan zen proportzioa: lehen irakurraldian onetsitako egintzak, % 29, eta adiskidetzan onetsitakoak, % 22; 2004-2009 legealdian, lehen irakurraldian onetsitako egintzak, % 72 eta adiskidetzan onetsitakoak, % 5, eta 2009-2014 legealdian, lehen irakurraldian onetsitako egintzak, % 85 eta adiskidetzan onetsitakoak, % 2 (Gómez-Leal, 2015: 116).

ko prozeduraren hedapen handia ekarri zuen, eta aurretik lankidetzaren prozeduraren mende zeuden kasu guztiak hartu zituen –Ekonomia eta Diru Batasuna izan ezik–, bai eta kontsultaren mendeko kasu asko eta gai berriak ere. Horrela, elkarrekin erabakitzeko prozeduraren mende geratu ziren arlo berriak, hala nola garraioa, iruzurraren aurkako borroka, garapenerako lankidetzaren ingurumen-politika, aduana-lankidetzaren diskriminaziorik eza eta gizarte- eta enplegu-neurri batzuk. Hala ere, baztertu egin ziren zenbait politikaren alderdi batzuk, legegintzako izaera argia zutenak. Egoera hori, zati batean, Nizako Tratatuaren bidez konpondu zen; horretarako, aipatutako irizpide berari jarraitu zitzaion. Aplikazio-eremua berrogeita lau gaitara zabaldu zen, honako hauek barne: lankidetzaren judiziala gai zibiletan, industria-politika, Europako alderdi politikoak eta asiloari, immigrazio klandestinoari eta errefuxiatuei buruzko neurriak.

Lisboako Tratatuarekin, ez zen beharrik egon elkarrekin erabakitzeko prozeduraren aplikazio-eremuan gai berriak sartzeko irizpide berririk zehazteko. Legegintza-prozeduren kopurua behin betiko murriztuz sinplifikatzeko erabakiak elkarrekin erabakitzeko prozeduraren arrazoizko hedapen koherentea ekarri zuen. Horrela, aurreko erreforma prozesuetan hartatik kanpora utzi ziren legegintzako gaiak gaur egun oinarri juridiko gisa jasotzen dira, legegintzako prozedura arruntaren bidez arautzeko. Horrek, EBren legezketasun demokratikoa areagotzeaz gainera, trinkotasun handiagoa ere ematen dio arau-prozedurari, eta, hala, murriztu egiten dira EBren erakundearen artean kasu bakoitzerako kontuan hartu beharreko lege-oinarrien inguruan egon litezkeen desadostasun deusezak (Dougan, 2008: 640).

Gaur egun, lauogeita bost gaitara hedatzen da elkarrekin erabakitzeko prozedura haiek legezkatzeko. Lisboako Tratatuak egin zuen aplikazio-eremuaren hedapena egiteko, lehenik eta behin, gaiak kontsulta-prozeduratik legegintzako prozedura arruntera aldatu ziren, Kontseiluak gehiago kualifikatuz erabakitzeko duen kasuei dagokienez. Merkataritzako politika erkidearen funtsezko gaiak dira (alde biko eta alde anitzeko merkataritza-akordioak); askatasuna, segurtasuna eta justizia, zehazki zigor zuzenbideari dagokionez; nekazaritza eta arrantza; Eurojust, Eurojust eta polizia-lankidetzaren zerbitzuen liberalizazioa sektore zehatzetan; hirugarren herrialdeetako kapital-mugimenduei buruzko neurriak; barne-merkatuan distortsioak desagerrarazteko neurriak eta euroaren erabilerari buruzkoak. Bestalde, legegintzako prozedura arrunta orokortu zen, halaber, Lisboako Tratatuak sortutako oinarri juridiko berri gehienak, Kontseiluak gehiago kualifikatuaren bidez onesteko, aldi berean elkarrekin erabakitzeko prozeduraren bidez arautu zirelako. Honako gai hauen inguruko neurriak dira: herritarren ekimena, hirugarren herrialdeetako nazionalak sartzeko, delinkuentziaren prebentzioa, osasun publikoa, jabetza intelektuala, kirolak, ikerketa, politika espaziala, energia, turismoa, babes zibila, laguntza humanitarioa eta administrazio-lankidetzaren.

Zenbait gai legegintzako prozedura arruntaren aplikazio-eremutik kanpo geratu ziren, eta legegintzako prozedura bereziki arautu behar dituzte. Batzuk oso garrantzitsuak dira, hala nola fiskalitatea edo gizarte-politikaren alderdiak; gai horiek oso

sentikorrak dira estatu kide batzuen kasuan. Zehazki, elkarrekin erabakitzeko prozeduraren bidez arautzen ez diren gai gehienak arautzeko Kontseiluak jarraitu behar du aho batez erabakitzen.

Beharbada elkarrekin erabakitzeko prozedura erabat eta guztiz orokortzea nahiko luketenen nahiari erantzuteko, Lisboako Tratatuak bide bat sartu zuen haren aplikazio-eremua zabaltzen jarraitzeko, zeina *pasabide-klausula* izenez ezagutzen baita. EBT-aren 48. artikulua tratatuen berrikuspen-prozedurak jasotzen ditu: bat arrunta eta bi sinplifikatuak. Horietako azkenak legegintzako prozedura berezietan biltzen diren gaiak legegintzako prozedura arruntan sartzeko tresna bat ezartzen du, tratatuak erreformatzeko prozesura jotzeko beharrik izan gabe. Hala, Kontseilu Europarrak aho batez hartu ahalko du legegintzako prozedura arruntaren aplikazio-eremura zer gai igarotzen diren zehaztuko duen erabakia, parlamentu nazional batek ere ezin dio aurka egin eta Europako Parlamentuak kideen gehiengo onartuko du.

Nahiz eta, zalantzarik gabe, aurrerapauso garrantzitsua den eta legegintzako prozedura arrunta EBn legegintzako prozedura bakarra izateko bide eman dezakeen, onartu behar da Kontseiluan ahobatezkotasuna behar izateak –eta, neurri txikiagoan, parlamentu nazional guztien oposiziorik eza– xedapenaren aplikazio praktikoa zaildu lezakeela. Ezin da ahaztu, bestalde, EBFTaren 353. artikulua lau kasu espezifiktan¹⁸ pasabide-klausularen aplikazioa baztertzen duela, edo mugaz gaindiko eragina duten familia zuzenbideko alderdiak, Europako Parlamentuari kontsulta egin ondoren –beraz, haren onarpena beharrezkoa izan gabe–, Kontseiluaren erabakiz elkarrekin erabakitzeko prozeduraren bidez onestera igaro ahalko direla (EBFTaren 81.3 artikulua).

Azkenik, datuek berresten dute elkarrekin erabakitzeko prozedura praktikan legegintza-prozedura *arrunta* izatera pasatu dela¹⁹. Izan ere, Lisboako Tratatu indarrean sartu zenetik testu hau idazten ari den momentura arte (2010eko urtarriletik 2021eko abuztura), EBFTan aurreikusitako legegintzako prozeduren bidez onetsitako egintzen % 90 legegintza-prozedura arruntaren bidez prestatu dira. Epe horretan, 923 egintza onartu dira prozedura horren bidez, hau da, 80 egintza urtero batezbesteko. Elkarrekin erabakitzeko prozedura ezarri zuen Maastrichteko Tratatu indarren sartu zenetik eta Lisboako Tratatuak egin zuen arte 1162 egintza onartu ziren prozedura horren bidez, hau da, 70 egintza urtero batez beste. Nabaria da emandako gehitzea, hamarren bat baino gehiagokoa urteroko batezbestekoan.

Azpimarratzekoa da ere legegintza-prozedura honen bidez onetsitako egintza moten kopuruetan gertatu den aldaketa. Lisboako Tratatu baino lehen, elkarrekin eraba-

18 Baztertutako xedapenak ondokoak dira (laurak EBFTarenak): 311. artikulua, berezko baliabideen zehaztapena; 312.2 artikulua, urte anitzeko finantza-esparruaren zehaztapena; 352.1 artikulua, EBaren helburuak lortzeko ekintzak (kanpo- eta segurtasun-politikakoak izan ezik), Tratatuak beharrezko ekintza-botereak aurreikusi ez dituztenean; 354. artikulua, EBren kide izatearen eskubideen etenaldia.

19 Adieraziko ditugun datuak, atal honetan bai eta hurrengoan ere, Eur-Lex atarian jasotakoak dira: Eur-Lex EBren legegintza testuen online argitalpen-zerbitzu ofiziala da <https://eur-lex.europa.eu> (azken kontsulta 2021eko abuztuaren 25ean).

kitzeko prozeduren bidez onartutako egintzen gehiengoa zuzentzarauiek osatzen zuten, hain zuzen, % 48,8; erregelamenduak % 34,7 ziren eta erabakiak soilik % 16,5. Ordea, legegintza-prozedura arrunta izenez ezagutzen denetik, horren bidez onartutako egintzen % 70,5 erregelamenduak dira, % 21,3 zuzentzarauak eta % 8,2 erabakiak. Beraz, erakunde legegileen artean akordioa erraztu den heinean, gero eta egintza gehiago lehenengo irakurraldian amaitzea lortu delarik, aldi berean, irismen orokorra duen egintza motara gehiago jo dute, erregelamendura hain zuzen ere; horrela, EBtik arautzen den gaiaren zuzeneko ezarpena orokortu da ere, estatu kideen aldetik zuzentzarauiek eskatzen duten transposizio-araurik behar ez delarik²⁰.

Ikusten denez, elkarrekin erabakitzeko prozedurak funtzionatu egiten du, hasieran zantzu okerrak izan baziren ere; modu erabakigarrian lagundu du erakundeen arteko triangeluan harremanak aldatzen, eta defizit demokratikoaren salaketa orokorren orde legegintzako praxi publikoa ekarri du (Barón, 2012: 47).

V. LEGEGINTZA-PROZEDURA BEREZIAK

Legegintzako funtzioaz hitz egitean esan den bezala, erregelamenduak, zuzentzarauak eta erabakiak legegintzako prozedura arruntaren bidez onesten dira kasu gehienetan, edo legegintzako prozedura berezien bidez. Azken horien bidez, legegintzako egintzak Kontseiluak edo Europako Parlamentuak baino ezingo dituzte onetsi, eta ez erakunde biek batera (EBFTaren 289.2 artikulua). Gainera, nabarmendu behar da desagertu egiten dela Batzordearen parte-hartzea; izan ere, ez da ezartzen hiru prozedura berezietako bat ere haren proposamenarekin hastea. Aplikazio eremua osatzen duten oinarri juridikoak aurretik kontsultako, lankidetzako eta aldeko irizpeneko prozeduren aplikazio-eremuetan jasotzen ziren.

Kasu gutxi batzuetan izango da Europako Parlamentua bera legea egiten duena, baina aurretik Kontseiluaren onarpena behar da. Horrek esan nahi du prozedura berezien lehen modalitate honetan Parlamentuak EBren legegile gisa duen eginkizuna areagotu dela, elkarrekin erabakitzeko prozeduraren gainetik. Aplikazio-eremuak hiru oinarri ditu: Europako Parlamentuaren diputatuen estatutua, ikertzeko eskubidea baliatzeko modalitateak eta Europako Arartekoaren estatutua.

Beste kasu batzuetan, alderantzizko prozedurari jarraitzen zaio eta, hala, legegintzako egintzak onestea Kontseiluaren esku geratzen da, Europako Parlamentuaren aurretiko onarpenarekin. Ikusten denez, Lisboako Tratatuak aurreko aldeko irizpenaren prozeduraren inguruan eginiko egokitzapenaren aurrean gaude. Nabarmendu behar

20 Kontutan hartzekoa da Batzordeak duen legegintza-ekimena, egintza motaren proposamena egiten baitu ere. Proposatutako egintza horrek estatu kideek izango duten maniobra-tartea zehazten du, baita etorkizunerako ere, tarte hori mugatu denean (erregelamendua aukeratu denean) ez baita gero berriro ere zabalduko (Hurka and Steinebach, 2021: 292).

da, nahiz eta legegintzako prozedura arruntaren bidez onesten ez diren eta, beraz, Europako Parlamentuaren ekarpenik izan ezin duten legegintzako egintzak izan, beharrezkoa dela erakunde hori egintza onartzearen alde agertzea, hura onets dadin. Haren aplikazio-eremuak sexuan, arrazan, erlijioan, desgaitasunean edo adinean oinarritzen diren bazterketen aurka borrokatzeko neurriak hartzen ditu, bai eta EBko herritarren eskubideak osatzeko xedapenak, zigor-arloko lankidetzak judizialaren garapena, Europako Fiskaltzari buruzko sorrera eta neurriak, nazioarteko akordioak eta EB osorako hauteskunde-prozedura berdina ere.

Bestalde, kasu batzuk aurreko nahitaezko kontsulta-prozeduraren isla dira; izan ere, haietan legegintzako egintzaren onespina Kontseiluaren esku geratzen da, Europako Parlamentuari kontsulta egin ondoren. Nahiz eta oraindik Europako Parlamentuaren parte-hartzea kontsultara murrizten diren kasu ugari daudela pentsa daitekeen, egia esan prozedura hori erabat baztertua geratzen da, eta oso kasu zehatzak dira, askatasunaren, segurtasunaren eta justiziaren eremuko kontu gutxi batzuetara mugatuak (Martín y Pérez de Nanclares, 2010: 44). Hirugarren legegintzako prozedura berezi horren aplikazio-eremuan honako kasu hauek sartzen dira, besteak beste: zirkulazio-askeri buruzko gizar-te-segurtasuneko neurriak; ez nazionalen sufragio aktiboko eta pasiboko eskubidea; babes diplomatikoa eta kontsularra; zirkulazio askerako bide emateko dokumentazioari buruzko neurriak; polizia-lankidetzari buruzko neurriak, eta Europako Banku Zentralaren funtzioei eta Ekonomia eta Diru Batasunari buruzko neurriak.

Aurreko atalean zehaztu dugu Lisboako Tratatuaren indarrean sartu zenetik legegintza-prozedura arruntaren bidez egintzen % 90 onetsi dela. Beraz, legegintza-prozedura berezietara % 10ean jo da soilik. Ia hamaika urte eta erdiko epean 56 egintza onartu ditu Kontseiluak, Europako Parlamentuari kontsulta egin eta gero (guztizkoaren % 5,5); eta beste 46, Europako Parlamentuaren onarpena jaso eta gero (guztizkoaren % 4,5). Bi legegintza-prozedura berezietan erabakiak izan dira gehien onetsi diren egintzak. Kontsultaren kasuan, egintzen % 39,3 erabakiak dira, % 33,9 zuzentarauak eta % 26,8 erregelamenduak. Ordea, Europako Parlamentuaren onarpenarekin onartutako egintzen % 61 erabakiak dira eta % 39 erregelamenduak, ez baita zuzentzaraurik onartu prozedura berezi horren bidez.

Legegintzako prozedura bereziak alde batera utzita, Lisboako Tratatuak, oro har, legegintzako ekimenerako nolabaiteko gaitasuna sartu zuen Europako Parlamentuarentzat, baina hura zeharkakoa dela esan liteke. Hala, Europako Parlamentuaren iritziz EBren egintza bat behar duten gaietarako, diputatuen gehiengoaren bidez eskatu ahalko dio Batzordeari legegintzako proposamenak aurkezteko (EBFTaren 225. artikulua).

Azkenik, Europako Parlamentuak ekimen-eskubidea bereganatu du tratatuak berrikusteko prozeduran (EBTaren 48. artikulua). Berrikuspen-prozedura arruntaren bidez, Kontseilu Europarrari tratatuak berrikusteko proiektuak aurkeztu ahalko dizkio; proiektu horien helburu izan ahalko da EBri esleitutako eskumenak areagotzea edo gutxitzea. Bi berrikuspen-prozedura sinplifikatuen artean, lehenengoak Europa-

ko Parlamentuak EBFTaren hirugarren zatiko xedapenak –EBren barneko politika eta ekintzei buruzkoak– berrikusteko proiektuak aurkezteko aukera jasotzen du. Bigarren berrikuspen-prozedura sinplifikatua aipatu dugu dagoeneko, eta helburu du legegintzako prozedura berezietan bildutako gaiak legegintzako prozedura arruntean sartzea.

VI. AURREKONTU- PROZEDURA

Eratze-tratatuetan, Europako Parlamentuak aurrekontuaren onarpenean izan zuen parte-hartzea kontsultarako baino ez zen izan; izan ere, jatorrian, Europako Erkidegoen aurrekontua estatu kideen finantza-ekarpenen bidez baino ez zen finantzatzen. Aurrekontuaren gaineko kontrol demokratikoa parlamentu nazionalek egiten zuten, Erkidegoaren jarduerak finantzatzeko partidak onartzean.

Hala ere, 1970eko Luxenburgoko Tratatuak eta 1975eko Bruselakoak kontribuzio horiek Europako Erkidegoen berezko balia bideekin ordezkatu zituzten. Horrela, aurrekontu-boterearen gauzatzea Kontseiluaren eta Europako Parlamentuaren artean partekatu zen, eta Parlamentuari nahitaezkoak ez diren gastuen gaineko azken hitza izateko eskubidea eta aurrekontuari uko egiteko aukera eman zitzaion.

Aurrekontu-eremuan posizio esanguratsua izatean, tratatu eraldatzaileek eginiko erreformek legegintzako lan orokorrean Europako Parlamentua sendotzea izan zuten ardatz. Hala ere, Lisboako Tratatuak, legegintzako prozedura arrunta orokortzearen eta legegintzako prozedura bereziak ezartzearen bidez arau-sistema berria ezartzeaz gainera, erabat aldatu zuen aurrekontu-prozedura eta, hala, oreka-egoera finkatu zuen Europako Parlamentuaren eta Kontseiluaren artean, ez baitzuen ordurako nahitaezkoak diren eta nahitaezkoak ez diren gastuen artean bereizten. Bereizketa hori desagertzea garrantzitsutzat jo zen; izan ere, zuzenean dago lotuta Europako Parlamentuak aurrekontuaren osotasunerako duen eskumenaren hedapenarekin (Mellado, 2010: 100). Horrela, Europako Parlamentuak eta Kontseiluak EBren urteko aurrekontua ezarriko dute (EBFTaren 310. artikulua) eta Europako Parlamentua aurrekontuko agintekide dela egiaztatzen da, Kontseiluarekiko berdintasun osoan (Mangas, 2007: 146).

Urteko aurrekontuak urte anitzeko finantza-esparrua errespetatu behar du, zeina gutxienez bost urteko aldirako ezarrita baitago, EBren gastuen bilakaera antolatua bermatzeko bere balia bideen mugaren barruan (EBFTaren 312.1 artikulua). Finantza-esparru hori Kontseiluak ezarriko du erregelamendu baten bidez, Europako Parlamentuak onartu ondoren, eta lehenak aho batez erabakiko du eta bigarrenak, hura eratzten duten kideen gehiengoz (EBFTaren 312.2 artikulua).

Urteko aurrekontua onartzeko prozedura EBFTaren 314. artikuluan araututa dago. Hasteko, Batzordeak aurrekontu-proiektuaren proposamena aurkeztuko die Europako Parlamentuari eta Kontseiluari, beranduenez irailaren 1ean (xedapenaren 2. atala). Proiektu horren inguruan, Kontseiluak dagokion jarrera hartu eta Europako Parla-

mentuari emango dio haren berri, beranduenez urriaren 1ean (3. atala). Europako Parlamentuak 42 eguneko epea du honako hiru bideetako bat aukeratzeko (4. atala):

- Europako Parlamentuak Kontseiluaren jarrera onartzen badu, aurrekontua onetsita geratuko da.
- Europako Parlamentuak erabakirik hartzen ez badu, aurrekontua onetsita geratuko da.
- Europako Parlamentuak kideen gehiengo osoz zuzenketak onartzen baditu, zuzenketak jaso dituen proiektua Kontseiluari eta Batzordeari igorriko zaie. Kontseiluak hamar eguneko epean zuzenketa guztiak onartzen baditu, aurrekontua haiekin bat etorri onetsita geratuko da.

Nolanahi ere, Europako Parlamentuko lehendakariak, Kontseiluko lehendakariarekin bat etorri, Adiskidetze Komitea deitu behar du, eta hura batu egingo da, Kontseiluak azkenean Parlamentuaren zuzenketak onartu ezean. Legegintzako prozedura arruntean gertatzen den bezala, Kontseiluak bere kide guztiekin edo gaien ordezkariarekin parte hartzen du Komite horretan eta Europako Parlamentuak, ordezkarien kopuru berarekin. Komitearen misioa da testu bateratuaren inguruko akordioa lortzea, zeina bi erakundeek jarreretan oinarritzen baita; horretarako, hogeita bat eguneko epea du. Europako Parlamentuaren eta Kontseiluaren arteko jarreraren arteko hurbilketa sustatzeko, Batzordeak Adiskidetze Komite horren lanetan ere parte hartzen du. Akordioa lortzeko, Kontseiluko kideek edo haien ordezkariak gehiengo kualifikatuz erabaki beharko dute, eta Europako Parlamentuko ordezkariak nahikoa dute gehiengo soilarekin (5. atala).

Adiskidetze Komiteak testu bateratuari buruzko akordiorik lortzen ez badu, Batzordeak aurrekontu-proiektu berria aurkeztuko du (8. atala). Komiteak testu bateratuari buruzko akordioa lortzen badu, Europako Parlamentuak eta Kontseiluak hamalau eguneko epea izango dute onartzeko. Epe horretan, honako lau egoeretako bat gerta daiteke (7. atala):

- Europako Parlamentuak eta Kontseiluak testu bateratua onartzen badute edo erabakirik onesten ez badute, edo bi erakundeetako batek onartzen badu eta besteak erabakirik hartzen ez badu, aurrekontua testu bateratuaren arabera onetsi dela ulertuko da.
- Bi erakundeek testu bateratuari uko egiten badiote edo bi erakundeetako batek uko egiten badio eta besteak erabakirik hartzen ez badu, Batzordeak beste aurrekontu-proiektu bat aurkeztuko du.
- Europako Parlamentuak testu bateratuari uko egiten badio eta Kontseiluak onartzen badu, Batzordeak beste aurrekontu-proiektu bat aurkeztuko du.
- Europako Parlamentuak testu bateratua onartzen badu eta Kontseiluak uko egiten badio, Parlamentuak hamalau eguneko epean lehen irakurraldian aurkeztutako zuzenketa guztiak edo batzuk egiazta ditzake, kideen gehiengoz eta emandako botoen hiru bostenaren bidez. Egiaztatu gabeko zuzenketa ba-

koitzak esan nahi du aipatzen duen aurrekontu-ildoan mantendu egiten dela Adiskidetze Komitean hartutako jarrerarekin bat etorriz. Aurrekontua oinarri horren gainean onetsi dela ulertuko da.

Ikus daitekeenez, aurrekontuko legegintza-prozedura legegintzako prozedura arruntaren aldaera bat da –elkarrekin erabakitzeko prozeduraren modu laburtua (Jacqué, 2008: 462)–, eta horrek bide eman du eremu horretan Europako Parlamentuaren legegintza-boterea sendotzeko, bai eta erakunde hori aurreikusitako gastuen inguruko erabakia eman dezakeelako ere.

Aurrekontuaren betearazpenaren kontrola dela-eta, Lisboako Tratatuak eutsi egiten dio Batzordeak urtero Europako Parlamentuari eta Kontseiluari ekitaldi bakoitzeko kontuak eta EBren aktiboaren eta pasiboaren finantza-balantzea aurkezteko beharri. Hala ere, Batzordeak eskuratutako emaitzetan oinarritzen den EBren finantzen ebaluazio-txostena ere aurkeztu behar diela gehitzen du (EBFTaren 318. artikulua). Era berean, jarraitzen du Europako Parlamentua izaten, Kontseiluak hala gomendatuta, Batzordearen kudeaketa onartzen duena aurrekontuaren betearazpenean. Zehazki, aurrekontua betearazteko fasean ere funtzio berriak eskuratzen ditu Europako Parlamentuak. Hori hala da, aurrekontua ezartzeko eta betearazteko modalitateak zehazten dituzten finantza-arauak eta finantza-eragileen erantzukizun-kontrola ezartzen dutenak legegintzako prozedura arruntaren arabera garatutako erregelamenduen bidez hartzen direlako (EBFTaren 322. artikulua).

VII. ONDORIOAK

Europako herriak ordezkatzeko dituen erakunde gisa dagozkion botere legegileez hornitzeko Europako Parlamentuak aurrera daraman etengabeko borroka emankorra izaten ari da. Egia da Europako Erkidegoen jatorrian, arautze-boterea Kontseiluaren esku zegoela, hau da, estatuen eskuetan soilik. Hala ere, 1975etik aurrera, ordura arte soilik kontsultak jasotzen zituen Biltzarrak lehen legegintza-eskumenak jaso zituen, aurrekontuaren esparru garrantzitsuan lehenik eta kontzertazio-prozeduraren bitartez ondoren. Sufragio orokorrez hautatua izaten hasi ondoren Europako Parlamentuak bere legegintza-eskumenak handituta ikusi zituen, EABk ezarritako lankidetzaren eta aldeko irizpenaren prozeduren bidez.

Maastrichteko Tratatuak ezarritako elkarrekin erabakitzeko prozedurak aurrerapen kualitatibo nabarmena ekarri zuen Europako Parlamentuarentzat benetako legegintza-botereak lortzeko bidean, erakunde hori eta Kontseilua maila parekatuan kokatu baitzituen erabakiak hartzeko orduan. Egia da bi erakundeak ez zeudela prozeduraren fase guztietan egoera berean baina ordutik aurrera ezinezkoa egin zen Kontseilua legegintzarako erakunde bakarra zelako ideia defendatzea. Aldi berean, kritikatu egin zen prozedura berriak zuen konplexutasuna eta bere aplikazio-eremu mugatua. Hala ere, aurrerapauso garrantzitsua eman zen EBren izaera demokratikoa indartzeko, hau da,

Europako Parlamentua estatu kide bakoitzaren parlamentuari dagozkion ahalmenak eta legezotasun demokratikoa izateko egoerara hurbiltzeko.

Kritika horiei erantzuna eman zion Amsterdameko Tratatuak. Alde batetik, elkarrekin erabakitzeko prozedura sinplifikatu zuen, Europako Parlamentuaren eta Kontseiluaren arteko akordioa errazteko. Bestetik, bere aplikazio-eremua zabaldu zuen, bertan kokatu baitziren EBk jaso zituen eskuduntza berrien inguruan arautzeko oinarri juridiko ugari. Nabarmentzekoa da zabaltze hori beste prozeduretatik igorritako oinarri juridikoen igorpenaren bidez ere egin zela, hain zuzen, Europako Parlamentuaren parte-hartze mugatuago bat ahalbidetzen zuten prozeduretatik. Amsterdameko Tratatuak porrot egin zuen bete behar zuen helburu nagusia lortzeko orduan, ez baitzuen EBren ekialderako zabalkunderako beharrezkoa zen erreforma egituratu; ordea, aurretik finkaturik ez zegoen elkarrekin erabakitzeko prozeduraren moldaketa dela-eta, Europako Parlamentua irabazle atera zen. Nizako Tratatuak egin gabe zegoen erreforma orokorra ahalbidetu zuen eta, aurrekoan bezala, aurreikusita ez bazegoen ere, elkarrekin erabakitzeko prozeduraren aplikazio eremua handitu zuen berriro, Europako Parlamentuaren rola indartuz.

Elkarrekin erabakitzeko prozedurari esker lortzen ari den EBren legegintza-sistemaren demokratizazioa, Lisboako Tratatuarekin finkatu zen, Europako Parlamentua botere legegilearen ezinbesteko elementu gisa berretsi baitzen. Lisboako Tratatuak erakunde eta arau-eremuetan ekarritako erreformek gaur egun EBn indarrean dauden legegintza-funtzioak banatzeko sistema ezarri zuten. Egia da EBtak eta EBFTak horren inguruan jasotzen duten arauketak funtsean aurretik bazegoen erakunde-eskemari eusten diotela; halaber, agerikoa da ere Europako Parlamentuaren eginkizuna sendotu eta finkatu egiten duela, Europako legeak onesteko prozesua aldatzean, eta EBren benetako legegintza botere gisa finkatzen duela –hori bai, Kontseiluarekin batera– eta EB osoaren izaera demokratikoa sendotzen duela.

Arrazoi nagusia honako hau da: gaur egungo legegintzako sistemak aukera eman du herritarrek aukeratutako erakunde bakarrak estatu kideetan aplikatuko diren legeak prestatzen erabat parte hartzeko, zeinak hierarkikoki ordenamendu nazionalen beraien gainera baitaude eta zuzenean partikularretan eragin baitezakete. Hori, nagusiki, elkarrekin erabakitzeko prozeduraren bidez gertatzen da, zeina Lisboako Tratatuak legegintzako prozedura arrunt izendatu baitzuen. Horrela, EBn legegintzako egintzak onesteko bide arruntak dakar Europako Parlamentuak, praktikan, EBren lege gehienak prestatzen esku hartzen duela, Kontseiluaren parean. Ikusi denez, horrela gertatu da azken hamaika urteetan, EBn onartu diren hamar legeetatik bederatzik elkarrekin erabakitzeko prozeduraren bitartez onetsi baitira.

Kasu gutxitan egiten dira legeak elkarrekin erabakitzeko prozeduraz bestelako mekanismoen bidez eta, kasu horietan, Europako Parlamentuaren parte-hartzea bermatzen da, neurri handiagoan ala txikiagoan, dela onarpenaren bidez dela kontsultaren bidez, legegintzako prozedura berezietan gertatzen den bezala. Azkenik, aurrekon-

tu-prozedura Lisboako Tratatuak erreformatu zuen eta, horretarako, elkarrekin erabakitzekeko prozeduraren antzeko mekanismoa ezarri zuen, non Europako Parlamentuak aurrekontuaren osotasunaren inguruan erabakitzen hasi baitzen.

Etorkizunera begira, beharbada zaila izango da nobedade esanguratsua egotea erakunde mailan. Agian, legegintzako organoa ganbera bikoa dela egiaztatuko da eta, hala, Kontseilua lurraldeko legegintza-ganbera gisa geratuko da, herritarren ordezkartzako ganberarekin batera, alegia, Europako Parlamentuarekin batera. Kontseiluaren beteazpen-funtzioak Kontseilu Europarraren eta Batzordearen artean banatuta gera litezke. Ez da hain zentzugabea pentsatzea hurrengo erreforma-prozesuetan legegintzako prozedura arruntak haren aplikazio-eremua areagotzen jarraituko duela. Hori gerta liteke orain prozedura berezien mende jartzen diren gaiak legegintzako prozedura arruntaren mende jarriko direlako edo estatu kideek EBri lagatako subiranotasuna duten eskumen berriak elkarrekin erabakitzekeko prozeduraren bidez legezkatuko direlako. ♦

BIBLIOGRAFIA

Andrés Sáenz de Santamaría, P. (2008). El sistema institucional en el Tratado de Lisboa: entre la continuidad y el cambio. J. Martín y Pérez de Nanclares (Koord.). *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional* (205-225 orr.). Madrid: Lustel.

Andrés Sáenz de Santamaría, P. (2010). El Tratado de Lisboa y la alargada sombra de los Estados. *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 18, 55-73. Hemendik eskuratua <http://revistas.uned.es/index.php/REDUE/article/view/12561>

Barón Crespo, E. (2012). El desarrollo de la co-decisión como procedimiento legislativo de la UE. *Cuadernos Europeos de Deusto*, 46, 19-47. Hemendik eskuratua <https://doi.org/10.18543/ced-46-2012pp19-47>

Berthu, G. (2004). *L'Europe sans les peuples. L'essentiel sur le projet de constitution européenne*. Paris: François-Xavier de Guibert.

Bondandy, A. V., Bast, J. eta Arndt, F. (2004). Tipología de los actos en el Derecho de la Unión Europea. Análisis empírico y estructuras dogmáticas en una presunta jungla. *Revista de Estudios Políticos*, 123, 9-70. Hemendik eskuratua <https://recyt.fecyt.es/index.php/RevEsPol/article/view/46050>

Brack, N. & Costa, O. (2018). The European Parliament at a crossroads. *The Journal of Legislative Studies*, 24 (1), 1-10. <https://doi.org/10.1080/13572334.2018.1444622>

Brandsma, G. J. and Meijer, A. (2020). Transparency and the efficiency of multi-actor decision-making processes: an empirical analysis of 244 decisions in the European Union. *International Review of Administrative Sciences*, 0 (0), 1-18. <https://doi.org/10.1177/0020852320936750>

Burguera Ameave, L. (2016). Centralidad parlamentaria e iniciativa ciudadana en el proceso legislativo. *Revista de Estudios Políticos*, 171, 105-136. <https://doi.org/10.18042/cepc/rep.171.04>

Cooper, I. (2013). Bicameral or Tricameral? National Parliaments and Representative Democracy in the European Union. *Journal of European Integration*, 35 (5), 531-546. <https://doi.org/10.1080/07036337.2013.799939>

Dougan, M. (2008). The Treaty of Lisbon 2007: winning minds, not hearts. *Common Market Law Review*, 45 (3), 617-703.

Duch i Guillot, J. (2009). El Tratado de Lisboa y los cambios en la organización institucional de la UE. *Cuadernos europeos de Deusto*, 40, 51-62.

Elías Méndez, C. (2015). Las instituciones europeas ante la crisis económica: análisis y propuestas para politizar y democratizar el proceso de toma de decisiones a nivel europeo. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 24, 73-102. Hemendik eskuratua http://www.ugr.es/~redce/REDCE24/articulos/02_ELIAS.htm

Europar Batasuna (2021). *EUR-Lex. El acceso al Derecho de la Unión Europea*. Hemendik eskuratua <https://eur-lex.europa.eu>

García-Chamón Cervera, E. (2009). Lo que se salvó del naufragio de la Constitución Europea. Del Tratado constitucional de Roma de 2004 al Tratado de Lisboa en 2007. *Noticias de la Unión Europea*, 291, 91-104.

Garzón Clariana, G. (2015). El Parlamento Europeo y la evolución del poder legislativo y del sistema normativo de la Unión Europea. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 50, 43-83. Hemendik eskuratua <https://recyt.fecyt.es/index.php/RDCE/article/view/38969>

Gil-Robles y Gil-Delgado, J. M. (2007). Tratado de Lisboa: un paso adelante en la evolución del sistema institucional europeo. *Revista de las Cortes Generales*, 70-72, 9-38. <https://doi.org/10.33426/rcg/2007/70-72/684>

Gómez-Leal Pérez, M. (2015). El procedimiento legislativo ordinario en la práctica: los acuerdos en primera lectura. *Cuadernos Europeos de Deusto*, 52, 101-118. Hemendik eskuratua <https://doi.org/10.18543/ced-52-2015pp101-118>

Guinea Llorente, M. (2007). La reforma institucional en el Tratado de Lisboa: entre la continuidad y el cambio. *Tiempo de Paz*, 87, 22-30.

Hurka, S. and Steinebach, Y. (2021). Legal Instrument Choice in the European Union. *Journal of Common Market Studies*, 59 (2), 278-296. <https://doi.org/10.1111/jcms.13068>

Jacqué, J. P. (2008). Le traite de Lisbonne. *Revue trimestrielle de droit européen*, 3, 439-483.

Linde Paniagua, E. (2010). Algunas observaciones sobre el sistema normativo de la Unión Europea. *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 18, 255-269. Hemendik eskuratua <http://revistas.uned.es/index.php/REDUE/article/view/12569>

López Garrido, D. (2018). El Poder Legislativo de la Unión Europea. D. López Garrido (Zuz.). *Lecciones de derecho constitucional de España y de la Unión Europea I* (667-678 orr.). Valencia: Tirant lo Blanch.

Louis, J. V. (2003). ¿Qué instituciones para la Europa ampliada? Federación de Cajas de Ahorro Vasco-Navarra (Ed.). *La ampliación europea: desafíos y oportunidades* (29-38 orr.). Vitoria-Gasteiz: Federación de Cajas de Ahorro Vasco-Navarra.

Mangas Martín, A. (2007). La reforma institucional en el Tratado de Reforma. *Revista de las Cortes Generales*, 70-72, 127-154. <https://doi.org/10.33426/rcg/2007/70-72/684>

Mangas Martín, A. (2008). El escoramiento intergubernamental de la Unión. J. Martín y Pérez de Nanclares (Koord.). *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional* (227-239 orr.). Madrid: lustel.

Mangas Martín, A. (2015). El nuevo equilibrio institucional en tiempos de excepción. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 50, 13-42. Hemendik eskuratua <https://recyt.fecyt.es/index.php/RDCE/article/view/38968>

Martín y Pérez de Nanclares, J. (2010). La entrada en vigor del Tratado de Lisboa: un nuevo marco jurídico estable para el desarrollo de la Unión Europea. J. Martín y Pérez de Nanclares eta M. Urrea Corres. *Tratado de Lisboa. Textos consolidados del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea* (17-68 orr.). Madrid: Marcial Pons eta Real Instituto Elcano.

Mellado Prado, P. (2010). La reforma institucional en el Tratado de Lisboa: "Cambiar algo para que nada cambie". *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 18, 75-101. Hemendik eskuratua <http://revistas.uned.es/index.php/REDUE/article/view/12562/11763>

Molina del Pozo, C. (2016). El largo camino recorrido desde la descentralización hasta el federalismo: el caso de la Unión Europea. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, 8, 19-40. <https://doi.org/10.16890/rstpr.a4.n8.p19>

Moussis, N. (2008). Le Traité de Lisbonne: une Constitution sans en avoir le titre. *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, 516, 161-168.

Muñoz de Bustillo, R. eta Bonete, R. (2009). *Introducción a la Unión Europea: un análisis desde la economía*. Madrid: Alianza Editorial.

Navarro González, A. (2007). El Tratado para la Reforma de la Unión Europea. *Revista española de Derecho Europeo*, 23, 329-335. Hemendik eskuratua <http://www.revistasmarcialpons.es/revistas-panoladerechoeuropeo/article/view/369>

Oliver González, A. B. (2019). Análisis y Regulación del lobby en la Unión Europea. *Vivat Academia. Revista de Comunicación*, 149, 91-108. <https://doi.org/10.15178/ua.2019.149.91-108>

Ordóñez Solís, D. (2009). Lo que se salvó en Lisboa y su significado en la pequeña historia constitucional de la Unión Europea. *Cuadernos Europeos de Deusto*, 40, 109-148.

Peñalver García, N. (2016). Dentro de la fábrica de salchichas: actores y proceso de toma de decisiones en el Parlamento Europeo. *Cuadernos Europeos de Deusto*, 55, 145-163. <https://doi.org/10.18543/ced-55-2016pp145-163>

Pérez de las Heras, B. (2010). De la democracia representativa a la democracia participativa: aportaciones del Tratado de Lisboa. *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 18, 13-27. Hemendik eskuratua <http://revistas.uned.es/index.php/REDUE/article/view/12559>

Pernas Alonso, J. M. (2019). La participación de los grupos de interés en las instituciones de la Unión Europea: propuesta específica para la elaboración de directivas y reglamentos. *Revista de Estudios Europeos*, 74, 30-55. Hemendik eskuratua: <https://bit.ly/2Z79AcQ>

Ugartemendia Eceizabarrena, J. I. (2010). La iniciativa normativa en el procedimiento legislativo europeo a la luz del Tratado de Lisboa. *InDret Revista para el análisis del Derecho*, 3, 1-27. Hemendik eskuratua <https://indret.com/la-iniciativa-normativa-en-el-procedimiento-legislativo-europeo-a-la-luz-del-tratado-de-lisboa/?edicion=3.10>

Vecchio, F. (2011). El procedimiento de Codecisión y el principio de subsidiariedad: ¿Un "cortocircuito" democrático? *História: Debates e Tendências*, 11 (1), 11-21. Hemendik eskuratua <http://seer.upf.br/index.php/rhdt/article/view/2484>

DE LA MERA VOLUNTAD A LA GARANTÍA DEL DERECHO: LAS MUJERES EN LOS PARLAMENTOS AUTONÓMICOS¹

FROM THE MERE WILL TO THE GUARANTEE OF THE LAW: WOMEN IN AUTONOMOUS PARLIAMENTS

Julia Sevilla Merino

Universitat de València

Cómo citar / Nola aipatu: Sevilla Merino, J. (2021). De la mera voluntad a la garantía del Derecho: las mujeres en los parlamentos autonómicos. *Legebiltzarreko Aldizkaria - LEGAL - Revista del Parlamento Vasco*, 2: 90-135
<https://doi.org/10.47984/legal.2021.004>



RESUMEN

La reciente celebración de los 40 años del Parlamento Vasco el pasado año es una ocasión excelente para reflexionar sobre cómo ha evolucionado la imagen de las cámaras parlamentarias, qué ha ocurrido durante esos años para que, entre otras cosas, se haya pasado de una presencia casi testimonial de diputadas a que más del 50 % de los escaños estén ocupados por mujeres. Ha sido un fenómeno expansivo: Cortes Generales, cámaras autonómicas, parlamentos de los países de nuestro entorno, aunque con repercusiones diferentes, y organismos representativos de la ciudadanía o de los Estados. Para ello veremos cómo han influido algunos

factores ajenos a la vida parlamentaria: organismos internacionales que actúan en defensa de los derechos, reformas constitucionales en los países de nuestro entorno geográfico, científicas y asociaciones de mujeres en la academia y fuera de ella como el movimiento feminista. La respuesta, como corresponde a la institución legislativa en un Estado de derecho, ha sido la aprobación de leyes que garanticen la igualdad en la titularidad de un derecho, aunque haya sido necesario el recurso a la justicia. El resultado es que la imagen de nuestros parlamentos se parece cada vez más a la sociedad a la que representan.

1 Quiero agradecer al Parlamento Vasco que se haya acordado de mí para que participe en este segundo número de la revista LEGAL. La elaboración de este artículo en tiempo de pandemia, por otra parte, ha hecho que haya tenido que "molestar" a contactos personales para la obtención de datos y bibliografía: Amparo Caus, bibliotecaria de Les Corts, a Isabel García Caluo, funcionaria del Instituto de la Mujer, a Mar Esquembre, compañera de la Red con la que he compartido las inquietudes del proceso creativo, y a Jaume Molins, con el que siempre he trabajado en mi época de letrada, autor de las estadísticas de las Corts Valencianes y que me ha prestado sus habilidades para que este texto se acople a los requisitos de edición.

PALABRAS CLAVE

Derechos, democracia, igualdad, participación política, paridad, perspectiva de género, parlamentos autonómicos, leyes de igualdad.

ABSTRACT

Celebrating the 40th anniversary of the Basque Parliament is an excellent occasion to reflect about the events that have taken place during these past years in parliamentary life. Among other things, the quasi-symbolic presence of female members of parliament has increased more than half of the seats. This phenomenon is not exceptional: the same has happened in the Spanish Parliament, in our regional parliaments, in the parliaments of neighbouring countries and in any other agency or entity representing the citizens or the State. We will analyse how certain factors alien to parliamentary life have influenced this process, such as the advocacy of international agencies, some constitutional reforms in other countries, the work of female scientists and women's associations, both in academia and outside, as well as the feminist movement. The State has responded in a manner suitable to the rule of law, i.e. by passing legislation that ensures equal rights although sometimes recourse to justice has been necessary. The outcome is that the image projected by our parliaments is increasingly similar to the society they represent.

KEYWORDS

Rights, democracy, equality, political participation, parity, gender perspective, autonomic parliaments, equality laws.

LABURPENA

Eusko Legebiltzarraren 40. urteurrena ospatzea, joan den urtean, aukera bikaina da hausnartzeko zer-nolako bilakaera izan duen Ganbera parlamentarioen irudiak, zer gertatu den urte horietan emakumezko diputatuen presentzia hutsaren hurrengo izatetik eserlekuen %

50a baino gehiago emakumezkoek betetzera pasatzeko, besteak beste. Fenomeno hedakorra izan da: Gorte Nagusiak, ganbera autonomikoak, inguruan ditugun herrialdeetako parlamentuak, nahiz eta ondorio desberdinekin, eta herritarren edo Estatuaren ordezkartzarako organismoak. Horretarako, aztertuko dugu zer-nolako eragina izan duten bizitza parlamentariotik at dauden zenbait faktorek: eskubideen defentsan diharduten nazioarteko erakundeak, konstituzio-erreformak gure inguru geografikoko herrialdeetan, emakumezko zientzialariak eta emakumeen elkarteak, bai akademia barruan, bai kanpoan, hala nola mugimendu feminista. Erantzuna, Zuzenbide Estatu batean instituzio legegileari dagokion bezala, eskubide baten titulartasunean berdintasuna bermatzen duten legeak onestea izan da, nahiz eta beharrezkoa izan den justiziara jotzea. Eraitza da gure parlamentuen irudiak gero eta antz handiagoa duela ordezkatzan duten gizartearena.

GAKO-HITZAK

Eskubideak, demokrazia, berdintasuna, parte-hartze politikoa, parekotasuna, genero-ikuspegia, legebiltzar autonomikoak, berdintasun-legeak.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA DE LAS MUJERES: CORTES GENERALES Y PARLAMENTOS AUTONÓMICOS.
- III. MUJERES Y POLÍTICA.
- IV. EL CAMINO A LA PARIDAD.
- V. PROPUESTAS DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. 1. Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI).
- VI. CONCLUSIÓN.
BIBLIOGRAFÍA.
ANEXO.

I. INTRODUCCIÓN

El derecho a la ciudadanía de las mujeres no es una historia sencilla. Es hablar de una historia paralela, casi de una vida subterránea² e incongruente, mientras el mundo visible evolucionaba. Se sucedían avances en la ciencia que mejoraban la vida de la población, se descubrían continentes, la ciencia médica evolucionaba alargando y haciendo mejorar las condiciones de la existencia, pero la discriminación de las mujeres se reflejaba en su ausencia de las primeras Declaraciones de Derechos: la americana de Virginia de 1776³ y la francesa Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Ambas iniciaban un período histórico. Por primera vez se hablaba de derechos con vocación de universalidad, pero también se mantenía la marginación del 50 % de la humanidad. Un 50 % necesario para su existencia.

Por ello, escribir sobre la presencia de las mujeres en los parlamentos a lo largo de todos estos años de democracia induce a recordar: la lucha de las mujeres para que sea real y efectivo el derecho reconocido en el artículo 23 de la Constitución de “participar en los asuntos públicos directamente o por medio de representantes libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal... y a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos con los requisitos que las leyes señalen” (art. 23 CE).

A lo largo de la historia la presencia de las mujeres en el espacio público se ha visto mediatizada por diversos factores religiosos, sociales y también coyunturales, siempre arbitrarios que hoy no soportarían un análisis mínimamente lógico. Como diría Galileo *e pur si mouve*. Esa irracionalidad de la exclusión de las mujeres del “todos” de las primeras Declaraciones de Derechos, fue el detonante que unió las reflexiones habidas por las primeras teóricas de la igualdad, con las demandas reales de mujeres como Olimpe de Gouges o las que protagonizaron el movimiento sufragista.

Y es que nuestro siglo XIX es un ejemplo de la marginación de las mujeres de los derechos de ciudadanía: la Constitución de 1812, como ejemplo próximo, excluía directamente a las mujeres de la nacionalidad: “son españoles todos los hombres libres nacidos y avecindados en los dominios de las Españas, y los hijos de estos”, y convivía con la incongruencia de que las mujeres podían reinar pero no tener los derechos de los que eran titulares sus súbditos, o con la de transmitir un derecho que no poseían. Se las equiparaba, al negarles este derecho, a los hombres procesados criminalmente y que estuviesen en prisión, los que hubiesen padecido penas corporales aflagantes o infamatorias y no hubiesen sido rehabilitados, los que estuviesen bajo interdicción ju-

2 El tratamiento de la violencia de género en la prensa en las páginas de sucesos, su ocultación como caídas o golpes fortuitos.

3 Declaraciones supuestamente universales porque el estado de Virginia mantuvo la esclavitud hasta el final de la Guerra de Secesión, y en la Declaración francesa no se incluía el derecho a voto de las mujeres, ni de los varones no propietarios. No obstante, fueron y han sido un precedente en el ámbito de lo simbólico.

dicial por incapacidad física o con sus bienes intervenidos y los deudores a los caudales públicos como segundos contribuyentes⁴.

El significado que se dio, y aún persiste, a la palabra hombre “no fue el de toda persona sino el de varón, y solo sabiendo esto, es decir que el término españoles no incluye a las españolas, se pueden interpretar con claridad los artículos que se refieren a los derechos de participación política de los españoles” (Astola, 2008: 33-54).

Siguiendo este razonamiento de negación a las mujeres de los derechos de participación política, ya en el siglo XX, volvemos a encontrar razones esporádicas que añadir a la historia del derecho al sufragio femenino como es el reconocimiento del derecho al voto a las mujeres francesas en 1944 y a las italianas en 1946 al finalizar la Segunda Guerra Mundial. ¿Influiría su participación en la guerra? Se habían ganado este derecho (no bastaba la nacionalidad)⁵. Con anterioridad las mujeres británicas mayores de 30 habían conseguido el derecho a votar en el año 1918, aunque tuvieron que esperar a 1928 para que se igualara la edad de las mujeres a la de los hombres para poder votar, es decir, a los 21 años.

En el ámbito internacional, también Naciones Unidas, creada en plena guerra mundial, aprobó en 1948 la Declaración Universal de Derechos Humanos. La Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, presidida por Eleanor Roosevelt, defendió con éxito la necesidad de suprimir las referencias a “los hombres” como sinónimo de la Humanidad y logró incorporar un lenguaje nuevo, más inclusivo en el texto de la Declaración⁶. La guerra también habría logrado atraer la atención sobre la situación de los derechos de la mujer y visibilizar su diferente situación respecto a los hombres como sujetos de derechos.

Puede que por ello, la ONU, entre 1947 y 1962, se centrara en establecer normas y formular convenciones internacionales que cambiaran las leyes discriminatorias y aumentaran la sensibilización mundial hacia las mujeres. En 1953 se aprobó el Convenio sobre los derechos políticos de la mujer, en 1966 el Pacto Internacional sobre los derechos civiles y políticos, y 1975 fue declarado Año Internacional de la Mujer. Luego se sucedieron las Conferencias Mundiales en México (1975), Copenhague (1980), Nairobi (1985) y la que más trascendencia tuvo, la celebrada en Beijing (1995), que aprobó una declaración final de gran impacto que, entre otras cosas, insistía en la necesidad de garantizar un reparto equilibrado de las responsabilidades, de los poderes y de los derechos.

El Derecho Comunitario reconoció el principio de igualdad de trato por razón de sexo en la normativa que emanaba tanto de la Comisión como del Parlamento. Ambas

4 Las referencias a las constituciones históricas son de Constituciones y otras leyes y proyectos políticos de España (1969). Editora Nacional. Madrid, 2 vols.

5 Las suizas no lo lograron hasta 1971.

6 Seres humanos, art. 1; toda persona, art. 2; todo individuo... Los hombres y las mujeres (matrimonio).

instituciones manifiestan su preocupación por la ausencia o presencia testimonial de las mujeres en los puestos de decisión pidiendo a los partidos políticos “que establezcan sus listas de candidatas según un sistema de cuotas... definido y controlable para que se alcance la igualdad numérica de hombres y mujeres en todos los órganos de representación política” (Resolución del Parlamento Europeo 169 de 1988). El Consejo de Europa abordó la presencia de las mujeres en los espacios de poder en la conferencia sobre *El principio democrático de igual representación. Cuarenta años de actividad del Consejo de Europa* (1989), donde surgieron dos importantes ideas: el concepto de democracia paritaria y la propuesta de incluir el principio de igualdad entre mujeres y hombres en un protocolo adicional a la Convención Europea de Derechos Humanos⁷.

II. LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA DE LAS MUJERES: CORTES GENERALES Y PARLAMENTOS AUTONÓMICOS

El periodo que estamos tratando de nuestra historia como ciudadanas, empieza con la Transición. Las asociaciones de mujeres, poco reconocidas oficialmente hasta bien entrado el siglo XX cuando Naciones Unidas en 1979 adopta la *Declaración sobre eliminación de la discriminación contra la mujer*, tuvieron una participación muy destacada, que aún continúa en la defensa de los derechos de las mujeres. De forma esquemática se puede definir el movimiento feminista como “las organizaciones de mujeres que allá por los siglos XVIII y XIX reclamaban los derechos civiles y democráticos, disfrutados solo por los hombres” (Sevilla, 2006: 9). No se entendería el reconocimiento de los derechos de la mitad de la población sin su presencia en el espacio público⁸. Su proyecto era formar parte del cambio. Vinculadas a partidos políticos se enfrentaban a la dificultad que siempre ha existido para las mujeres de lo que más tarde se ha llamado conciliación: de su papel exclusivo en la esfera privada con su deseo de participar como derecho propio en la vida pública⁹.

El voto siempre es importante, el de las mujeres también: “Todos los partidos políticos desde la derecha a la izquierda son conscientes de que el voto de la mujer va a ser decisivo para llevarlas al Congreso e incluyen por lo tanto en los programas electorales el tema mujer” (Escario et al., 1996: 266). Aunque figurase en la parte final junto a temas considerados de segundo orden, marginales o de reciente incorporación, se

7 A partir de Beijing en el año 2000 Naciones Unidas adoptó la decisión de celebrar evaluaciones quinquenales. La última estaba prevista para marzo de 2020, y cayó como tantas otras cosas por la pandemia (COVID-19).

8 Las referencias al movimiento feminista, así como las de la Transición están tomadas del libro *Las mujeres parlamentarias en la legislatura constituyente* (2006), en el que también se pone de manifiesto que las elegidas tenían su agenda propia que generalmente iba más allá del pensamiento “oficial” de su partido.

9 En esta época de COVID se ha puesto de relieve la importancia y parcialidad de los cuidados como, entre otros, la reciente publicación de V. Camps, *Tiempo de cuidados, otra forma de estar en el mundo*, Arpa, 2021.

hicieron algunas propuestas que resultan reveladoras de lo que los partidos políticos pensaban al respecto:

- El PCE se centra en la defensa de los derechos de la familia, el divorcio civil y la igualdad de la mujer. El PSOE reivindica los derechos fundamentales de la mujer. El PSP apuesta por la adopción de las reivindicaciones feministas.
- Los partidos de centro y derecha abogaban por la plena igualdad, pero desde el prisma de la familia. Humanismo cristiano y tradición liberal europea en UCD y concepción cristiana de la familia y sus valores permanentes en AP.

Las formaciones políticas eran conscientes de que las nuevas Cortes tenían que afrontar una serie de reformas legales que necesitaba una sociedad moderna y algunas coincidían con las que pretendían las asociaciones de mujeres. Una revista de la época, *Guadiana*, entrevistó a diputadas de diferentes partidos para conocer su proyecto sobre la mujer. Soledad Becerril de UCD piensa que:

la situación de la mujer en la sociedad española es compleja y difícil... debemos presionar para que todos nuestros problemas se resuelvan, pero debemos hacerlo junto al hombre... igualdad con el hombre en el acceso al trabajo, evitar leyes paternalistas... respecto al divorcio el Estado debería regular el matrimonio civil para quienes no deseen casarse por la Iglesia.

Lo prioritario para Carlota Bustelo, diputada por el PSOE, era elaborar una Constitución donde estuviesen enmarcados estos problemas:

Derecho al divorcio y al aborto, libertades personales, la anticoncepción en el marco de la Seguridad Social, separación Iglesia y Estado, leyes civiles de matrimonio y posibilidad de divorcio, equiparar a la mujer y al hombre en el marco legislativo y laboral, crear una infraestructura suficiente para que la mujer pueda estudiar y trabajar en igualdad de condiciones, creándose guarderías y comedores, etc., en lugares de trabajo y en los barrios.

Pilar Bravo del PCE coincidía con Bustelo respecto al divorcio, planificación familiar, despenalización del adulterio y “de todas las leyes que discriminan a la mujer en cualquier materia... hacer partícipe a la mujer en todos los órdenes de la vida y el principio de igualdad, educación sin discriminaciones”.

Por último, la diputada por Alianza Popular, María Victoria Fernández-España, vincula la igualdad con el tipo de sociedad en que se vive: “Una sociedad será libre, democrática y justa cuando hombres y mujeres sean iguales ante la ley, cuando se liberen ambos de los residuos de la educación machista que afecta tanto al hombre como a la mujer...”, y en este caso, estamos hablando de la participación en uno de los derechos básicos de la ciudadanía (Sevilla, 2006: 39).

La existencia de un sistema democrático parte de un supuesto previo: el pueblo es el titular de la soberanía (art. 1.2 CE) que se ejerce mediante el sufragio y que implica dos exigencias que el ordenamiento debe garantizar: a) que el sufragio sea universal, igual, libre, directo y secreto, y b) el general y libre acceso del pueblo al sufragio pasivo, ya que en caso contrario los ciudadanos solo elegirían, pero no desempeñarían el poder (Aragón, 2000).

Los resultados electorales de 1977, con relación a la presencia de mujeres en las cámaras, defraudaron a las asociaciones de mujeres que acudieron al Congreso el 13 de julio para expresar su protesta y mostrar su apoyo a las elegidas. Entregaron un manifiesto en el que también expresaban su solidaridad:

Somos conscientes que no está representado (el movimiento feminista) en estas Cortes, que de las 658 mujeres propuestas como candidatas sólo han resultado elegidas 25, por estar las mujeres situadas en los últimos lugares de las listas e ir de relleno, y de ellas, solo tres [se referían a Carlota Bustelo (PSOE), Dolors Calvet (PSUC) y Asunción Cruañes (PSOE)] han demostrado con su trabajo y su lucha su condición de feministas. A estas tres mujeres nos dirigimos porque consideramos que son quienes mejor pueden defender nuestros intereses.

En los debates de esta legislatura constituyente y ordinaria se demuestra la importancia de la participación política de las mujeres para la defensa de sus derechos e intereses que se vinculaba al feminismo como teoría política y movimiento social¹⁰.

Lucas Verdú (1981-82: 40) al referirse a nuestra Constitución indica que “el constituyente español no se ha percatado de la situación de la condición femenina en nuestra Patria” considerando insuficiente el tratamiento constitucional en cuanto a los derechos de las mujeres que, en su opinión, debería haberse abordado con la

inclusión de una norma en el Capítulo III del Título I que contemplase la específica situación de la condición femenina y serviría para que el legislador, el juez y la

10 Junto a lo que se consiguió hay que subrayar el fracaso que supuso para las mujeres la redacción del artículo 14: incluir la discriminación por razón de sexo como una causa más, “la tercera” cuando es constatable que afecta al 50 % de la humanidad y que se superpone a las otras causas de discriminación.

Y sigue que los defendieron: La investigación que la vicepresidenta del Gobierno, María Teresa Fernández de la Vega, encargó a la Red Feminista de Derecho Constitucional (2006), reveló la labor de nuestras representantes en una legislatura que fue constituyente y fue ordinaria. Todas compartieron el famoso “plante” al abandonar el Pleno para no votar el artículo que consagraba la preferencia del varón en la sucesión de la Monarquía (DS Congreso de los Diputados 108. Sesión Plenaria 37, 12/7/1978 pp. 4170-4171). Al presentarles nuestro trabajo, me permito una licencia personal, las constituyentes se quedaron asombradas y repetían “no nos dimos cuenta de que habíamos hecho tanto”. Para la historia quedan sus intervenciones en los debates constitucionales, la magnífica intervención de Teresa Revilla, diputada en la Comisión Constitucional, cuando se aprobó el artículo 14: “...que las mujeres no vamos a dar las gracias por ello...”. Porque incluir el sexo como una más de las discriminaciones y más en segundo lugar “constituye no solo un error de planteamiento sino una subversión que explica el impasse en que se encuentra hoy en día la igualdad entre los sexos” (Vogel-Polsky, 1988).

El diario El País 10/7/2018 relata los pormenores de ese histórico momento.

administración adoptasen las medidas pertinentes en bloque, de una sola vez, orientadas a suprimir los condicionamientos femeninos en los planos jurídico, económico-social y cultural sin que cada mujer tuviese que verse obligada a recurrir, en el caso que particularmente le afecte, ante los Tribunales ex artículo 53.2, con las incomodidades que todo recurso, por preferente y sumario que sea, comporta y con los gastos que ello supone¹¹.

Además de las dos partes imprescindibles de un texto constitucional –declaración de derechos y separación o división de poderes– nuestra Constitución tenía un compromiso insoslayable: la organización territorial del Estado que habría instaurado la Constitución de 1931. El artículo 2 sienta las bases del estado autonómico al reconocer y garantizar el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que se fundamenta en “la indisoluble unidad de la nación española”.

Publicada la Constitución en el BOE el 29 de diciembre de 1978, ese mismo día se registraron los proyectos de estatutos vasco (1979), el primero en llegar, y catalán (1979), que como Galicia (1981), accedieron a la autonomía mediante la disposición transitoria segunda y el procedimiento del artículo 151.2 CE. Andalucía (1981) eligió la vía del artículo 151 CE. El resto de lo que hoy son comunidades autónomas, una vez aprobados sus Estatutos, celebraron sus primeras elecciones el 8 de mayo de 1983. Todas las cámaras se constituyeron con una mínima presencia de diputadas, ya que los hombres reflejaban en la práctica un ansia por ocupar cualquier espacio de poder, el político también, que hicieron de la presencia de mujeres algo simbólico como si tuviesen un acuerdo tácito que superaba las diferencias ideológicas¹².

Por extraño que parezca, en las elecciones de 1979, disminuyó el porcentaje de diputadas en las Cortes Generales, respecto a las elecciones de 1977 (5,71 %, 1978: 5,43 % y 1982: 4,86 %) y las elecciones autonómicas presentaban porcentajes similares: 5 diputadas en la primera legislatura de Les Corts (5,62 %), 4 en el Parlamento de Euskadi (6,67 %), en Murcia solo 1 (2,33 %)... La igualdad proclamada en la Constitución y repetida en los textos estatutarios no aparecía en los órganos que representan a la ciudadanía: las Cortes Generales y las respectivas cámaras autonómicas.

La incongruencia es/era que la participación política de las mujeres, esto es, que las mujeres no fueran insensibles a la política, importaba a los partidos. Al menos en el ámbito del discurso. Éramos el 50 % de su potencial electorado. Quizá por ello en 1983 se crea el Instituto de la Mujer, presidido por Carlota Bustelo, al que siguen organismos similares en las comunidades autónomas.

11 Vide Sevilla Merino (1997) “La presencia de las mujeres en los Parlamentos: las Corts Valencianes”, en *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario* núm. 4 (extraordinario), Valencia, 369-411.

12 Al final del trabajo se encuentran el número absoluto y los porcentajes de todas las comunidades autónomas.

III. MUJERES Y POLÍTICA

Pese a la discriminación que suponía la nimia presencia en el poder, las asociaciones de mujeres seguían defendiendo su derecho a participar, a “la mitad del cielo, la mitad de la tierra y la mitad del poder” (Declaración de Atenas 3/11/1992)¹³. Desde la Academia, las profesoras universitarias integrábamos *esa parte* en nuestras clases. Investigábamos también en jornadas más reducidas la situación de las mujeres como sujetos de derechos en el Estado, qué significaba el texto constitucional desde nuestra perspectiva... También se crearon institutos o seminarios que agrupaban distintas materias científicas como Emakunde en Euskadi, el Institut Universitari d’Estudis de la Dona en la Universidad de Valencia o el Seminario Universitario sobre los Derechos de las Mujeres en la Universidad de Alicante,...

Obviamente, desde la creación del Instituto de la Mujer se potencian las actividades tendentes a lograr la igualdad de las mujeres. En 1987 la Fundación Pablo Iglesias organiza un curso sobre *Mujer y participación política* desde una perspectiva sociológica con intervenciones de teóricas del feminismo y mujeres con responsabilidades políticas o interés por la relación entre “política y mujeres”. El objetivo era reflexionar desde la teoría e intentar articular estrategias prácticas para aumentar la participación y producir los cambios necesarios para eliminar los factores que causan la discriminación política de las mujeres. El interés de los partidos por las mujeres era como posibles electoras, no como compañeras de escaño. Los partidos eran más proclives a fomentar espacios de mujeres para que se ocuparan de las “cuestiones” de las mujeres que a introducir cambios en sus debates o a incorporar mujeres en las listas¹⁴.

Para Judith Astelarra (1990: 15) las mujeres participaban activamente en asociaciones y movilizaciones ciudadanas como las del consumo, en asociaciones de los colegios, mucho tiempo llamadas de padres, aunque la mayoría de quienes las formaban fuesen mujeres, asociaciones de barrio o similares que no pueden considerarse de “poder”¹⁵. Esto no quiere decir que las mujeres no se interesaran por los temas de la política o por el espacio público, más bien la sobreabundancia de sus ocupaciones en lo privado les impedía *de facto* la participación. Esa era la realidad del momento. Como dato que con-

13 La reciente publicación de Alicia Miyares (2021) *Distopías patriarcales* destaca la importancia de esta cumbre europea de “Mujeres en el poder”.

14 En el ámbito de la Comunitat Valenciana se creó el Consell de Cultura del que formaban parte 21 miembros. En 1985 Les Corts solo eligieron hombres. En 1993 fui elegida por Les Corts como adjunta al Síndic de Greuges. El Estado y las comunidades autónomas tenían una figura similar. En 1993, solamente tres mujeres formábamos parte de estas instituciones: la Adjunta al Defensor del Pueblo estatal, la adjunta al Ararteko y yo. Es solo un ejemplo entre los muchos que se pueden encontrar.

Es lo que coloquialmente se conocía como la decisión de la cerveza. Cuando se acababa la reunión formal, las militantes se iban a casa, urgidas generalmente por su condición de madres, etc., y los hombres se quedaban tomando una cerveza y ahí es donde surgía quienes podrían ocupar... lo que fuere.

Una exposición complementaria en la obra ya citada *La presencia de las mujeres en los Parlamentos...* La introducción complementa los antecedentes de la relación de las mujeres con “lo público”.

15 La asociación valenciana sobre las víctimas del accidente del metro ocurrido en Valencia el 3 de julio de 2006 en el que perdieron la vida 43 personas era presidida por una mujer, Rosa Garrote. Se mantuvo activa hasta que en noviembre de 2018 la jueza les dio la razón.

trapone su supuesto desinterés por lo público, está la historia, las pinturas (los cuadros de Goya), los relatos escritos que muestran que las mujeres siempre han tomado parte activa en las revoluciones y en las guerras.

Para Bitte Nordstrom (1990: 24) “una diferencia biológica entre hembra/macho, en relación con la reproducción biológica de seres humanos, ha constituido la base para una diferenciación social asimétrica entre varón y mujer con la colaboración y la ayuda instrumental del poder político...” también otros poderes como el económico, el religioso, el filosófico, partidarios de un cierto inmovilismo, han contribuido a ello. Pero, en su opinión, “sin la participación de las mujeres ni se conseguiría un nuevo orden económico, ni un sistema de género/sexo pacífico”. Pero esa realidad no ha sido reconocida ni por la política ni por la economía. En los años 80 un porcentaje alto de mujeres tenían una posición social que dependía del marido, si trabajaban su salario era considerado como un complemento del que se podía prescindir para dedicar su tiempo al cuidado, además de la violencia física también difícil de demostrar¹⁶.

El planteamiento de Carmen Martínez Ten (1990: 39) era que “las transformaciones ocurridas en los últimos años en ámbitos como la familia, la educación o el trabajo asalariado no se han reflejado en el campo de la política y la presencia creciente de la mujer en la universidad o el mercado de trabajo no ha tenido correspondencia en la esfera del poder político”.

La participación de las mujeres en el poder político era necesaria para conseguir un avance en democracia. Para ello había que cambiar las reglas desde dentro, “hace falta, ante todo, que en los órganos de decisión política haya mujeres capaces de recordar sus intereses específicos a expensas de ideologías partidarias o de realismos que solo corresponden a la realidad masculina. Las reglas de juego son malas pero peor es no jugar y dejar que sean otros quienes decidan sobre la vida de las mujeres” (Martínez Ten, 1990: 41). La que luego sería directora del Instituto de la Mujer hablaba de los incipientes cambios en la familia, en la educación, en la incorporación de mujeres al trabajo extradoméstico pese a que la tasa de actividad femenina en España es más baja frente a otros países desarrollados o frente a la tasa de actividad masculina.

Es interesante, para el ámbito de este trabajo, el dato de afiliación de mujeres a partidos políticos en 1984. Solo superaban el 30 %: Alianza Popular 33 %, CDS 32 %, y PCE 30 %. Destaca Euskadiko Ezkerra que roza el 40 %. En cuanto a las organizaciones sindicales que, en parte, reflejan la incorporación de las mujeres al mercado de trabajo –al menos al trabajo reglado porque el doméstico era más bien oculto–, UGT y CCOO declaran un porcentaje de afiliación próximo al 10 %. Martínez Ten destacaba que:

16 Aún no se hacía el cálculo de lo que significaba el “no trabajo” de las mujeres en el PIB del Estado como haría la profesora María Ángeles Durán desde su cátedra de Sociología. Defendió la incorporación a la Contabilidad Nacional las horas de trabajo doméstico El ama de casa. Crítica política de la economía doméstica (1978) que tuvo gran impacto internacional. Desde la Primera Conferencia de Naciones Unidas sobre la Mujer en 1975 (México) urgió la incorporación del trabajo no remunerado en la investigación económica.

...la supremacía masculina entre los cuadros directivos de los partidos políticos se refleja a la hora de elaborar las listas electorales, no solo en cuanto al porcentaje de mujeres sino, lo que es más importante, en lo referente a su orden de inclusión en la lista que –como sabemos– es determinante para la posibilidad de elección... La militancia de mujeres era inferior a la proporción de mujeres socialmente activas, mucho menor en las candidaturas y aún menor en los puestos clave.

Como ejemplo de las estratagemas de los partidos políticos para aparentar la incorporación de mujeres, las listas del PSOE en las elecciones de junio de 1986: presentó 48 mujeres en las listas al Congreso, solo 13 de ellas en la primera mitad de la lista y solo 1 de cabeza de cartel. AP presentó 51 mujeres, pero solo 16 en la primera mitad de la lista y 2 como cabeza de candidaturas.

La conclusión no presentaba un panorama muy halagüeño si se añade el dato de que las mujeres que mostraban más interés y posibilidades en la participación política eran las que tenían ya una doble jornada: trabajo asalariado y doméstico que deberían triplicar si entraban en política¹⁷.

Para Celia Amorós (1990: 107), que también tiene la virtud de la ironía y el humor:

las mujeres nos sentimos poco motivadas para participar en las instituciones de la política. Tampoco las instituciones de la política se prestan al acceso de las mujeres... a partir de ciertos niveles las mallas se estrechan y nosotras no pasamos... el poder crea sus propios espacios. Los sujetos hegemónicos crean sus propias valoraciones sociales, no necesitan reprimir porque solo ellos producen discursos significantes y legítimos, que tienen valor.

Y citando a Marx, añadía que “las ideas de la clase dominante son las dominantes...”.

“Cuando las feministas decimos que ‘lo personal es político’, prosigue C. Amorós (1990: 111), “queremos decir que el nivel de abstracción en que se ha construido la política es inadecuado, justamente porque ha hecho abstracción *de*, es decir, ha puesto aparte ‘lo personal’...”. El feminismo como ética propone a las mujeres hacer política, pero no cabe duda de que se trata de que la hagan para las mujeres... la mera universalización de acceso al poder –que tengan poder más individuos trascendiendo los géneros– sería en sí mismo un valor ético desde el punto de vista, al menos respetable para todo el feminismo, de una ética ilustrada... La crítica feminista de la política se configura como la propuesta de diferentes agentes e instancias de decisión acerca de lo que hay que incluir y lo que hay que poner aparte, del trasiego entre lo público y lo privado.

17 En el texto de Martínez Ten se cita lo que decía una diputada británica: las condiciones para dedicarse a la política eran tener la piel dura y una buena esposa. El problema es que las mujeres que se dedican a la política –decía–, no cuentan con el respaldo de una esposa, ellas son esposas.

Termina su intervención de una forma curiosa (Amorós, 1990: 115):

Si resulta que por incorporarnos a la política nos sale barba y nos convertimos en San Antón, el mundo no se hundirá porque haya más “sanantones” y nos toque nuestro turno. Si resulta que somos tan diferentes que sale la Purísima Concepción, miel sobre hojuelas y transfiguraremos a San Antón. Pero no parece razonable renunciar a San Antón por si no sale la Purísima...

El primer impulso del feminismo moderno, en el siglo XIX, exponía Marina Subirats, va en el sentido de conseguir el derecho a la individualización para las mujeres, es decir, el derecho a escapar al destino y a la limitación, genéricos, y a vivir vidas personalizadas que puedan desarrollarse en la esfera de lo público. La lucha se plantea en el terreno de la igualdad de derechos, pero detrás de ella hay un gran número de implicaciones; se trata de poder entrar en el mundo de los hombres, de poder actuar como ellos, y por consiguiente, de ser mujer, ser definido por el conjunto de limitaciones genéricas, a ser individuo, a ser persona... El problema no se sitúa globalmente en términos legales, sino de prácticas sociales, la sociedad sigue valorando más a los hombres. Pero los efectos son reales: “todas las esferas que comportan un ejercicio directo del poder muestran fuertes resistencias a la entrada de mujeres... también para los hombres la lucha por el poder entre ellos es exacerbada... solo acceden a renunciar a pequeños espacios si se produce una fuerte presión colectiva de las mujeres”¹⁸.

Dolors Renau (1990: 240) planteaba el dilema al que se pueden enfrentar las mujeres cuando participan en primera persona de la política: “Si la ‘identidad femenina’ es el resultado de nuestra historia, de nuestras virtudes –que las tenemos y muchas, aunque no hayan entrado ni en el mundo oficial ni en la cultura–, ¿cómo hacer para preservarlas y para que se incorporen al Estado sin que perdamos lo que tenemos?”.

Carlota Bustelo (1990: 275), directora del Instituto de la Mujer¹⁹, había sido parlamentaria en la legislatura constituyente, sumaba también esta experiencia:

El feminismo, decía, se puede ejercer desde ámbitos muy distintos y desde posturas muy diferentes, los caminos pueden ser distintos pero todos válidos... sería importante definir los objetivos, los plazos y estrategias para alcanzarlos, ponernos de acuerdo sobre el trabajo ¿tiempo parcial, reducción de jornada, reparto del

18 Subirats reflexionaba sobre lo que influyen las “nociones culturales profundamente ancladas en nuestros prejuicios y que son cotidianamente reforzadas en el entorno, en los medios de comunicación, en la escuela, en la familia” (Subirats, 1990: 117-131). La entrevista de El País (2/5/1999) a las candidatas cabezas de lista es un ejemplo. En las elecciones europeas de 1999, los partidos Popular y Socialista presentaron como cabezas de lista a Loyola de Palacio y a Rosa Díez. El País les hizo una entrevista a ambas que he puesto muchas veces como ejemplo de la imagen de las mujeres en los medios. Las preguntas eran ¿cuál es la última película que le ha conmovido? ¿qué político del partido rival le gusta más? Dé tres razones para ser vegetariana. ¿A quién se amarraría para echar un baile? ¿Se pondría top less en la playa? ¿Qué importancia tiene el sexo en su vida? ¿A quién pide asesoramiento sobre su imagen? Preguntas como con qué político de la oposición bailarías o si se pone top less en la playa... no creo se las hayan hecho nunca a ningún político.

19 El seminario en el que se debatieron las ponencias a las que nos hemos referido en esta parte se celebró entre octubre de 1986 y febrero de 1987, coincidiendo con el período en el que Carlota Bustelo era directora del Instituto de la Mujer.

trabajo? ¿Cómo hacemos para superar la segregación laboral, es decir que no haya trabajos masculinos y femeninos que es uno de los grandes problemas de todas las mujeres del mundo?

Siguiendo el Plan de Acción de las Comunidades Europeas²⁰ presentó el plan del Instituto de la Mujer que era, dijo, “el resultado de un Informe sobre la situación social de las mujeres que hemos elaborado en el Instituto con todos los estudios y recogida de datos que hemos hecho durante estos años”²¹.

Para Bustelo (1990: 279) “son objetivos bastante ambiciosos a pesar de lo cual creo que el movimiento feminista debería ir bastante más allá de lo que yo he asumido, como contenido de las grandes líneas del Plan de Igualdad”. Indudablemente el contenido era ambicioso para la época. Tuvieron que pasar muchos años para que se aprobasen las leyes estatal y autonómicas, algunas de ellas se adelantaron a la ley estatal.

IV. EL CAMINO A LA PARIDAD

Ya hemos visto que la preocupación por la relación de las mujeres con el poder y la del poder con las mujeres era motivo de interés para los actores políticos nacionales, europeos e internacionales. Nadie que pensara que la democracia era la mejor forma de organización política podía sentir indiferencia ante el escaso número de mujeres en las cámaras representativas de los Estados europeos: Francia en 1993 tenía un porcentaje de diputadas del 6,41 %, Austria y Alemania rondaban el 27 % en 1994, Bélgica en 1995 el 12 %, Dinamarca en 1994 el 33 %, Finlandia en 1995 el 33 %, Grecia en 1996 el 6,33 %,

20 Desde 1978 la Unión Europea aprueba directivas sobre la igualdad de trato entre mujeres y hombres en seguridad social, acceso a bienes y servicios... Igualmente, el TJUE también ha ido creando jurisprudencia sobre igualdad de retribución, 1976 caso Defrenne, sobre exclusión del régimen de pensiones a tiempo parcial como discriminación indirecta de las mujeres...

- 21
1. Perfeccionar el desarrollo normativo del principio constitucional de igualdad, y no discriminación por razón de sexo, conseguir una mayor aplicación de la legislación vigente en favor de las mujeres.
 2. Conseguir el acceso a la información de todas las mujeres a mayores niveles de información, formación y cultura y fomentar un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares y domésticas entre hombres y mujeres.
 3. El ejercicio libre y responsable de la maternidad-paternidad no solo como derecho individual sino como formación social que debe contar con la suficiente protección social para hacerla compatible con el derecho de las mujeres y varones, al libre desarrollo de la personalidad.
 4. Una mejor protección de la salud de toda la población femenina y especialmente de los grupos de mujeres expuestos a mayores riesgos.
 5. Diversificar más opciones escolares de las jóvenes y ampliar su participación en actividades culturales.
 6. Reducir la tasa de desempleo femenino en la segregación laboral por razón de sexo.
 7. Mejorar y mayor protección social de los colectivos femeninos más marginados y un mayor desarrollo de los servicios sociales en general.
 8. Mayor participación de las mujeres en la vida política y especialmente en los niveles de máxima responsabilidad.
 9. Iniciar programas de cooperación internacional que tengan como objetivo beneficiar a grupos concretos de mujeres.
 10. Mejorar y completar el conocimiento de la situación social de las mujeres españolas y la influencia en ella de las medidas de política social y económica, a través del perfeccionamiento de las estadísticas, realización de encuestas e investigaciones, el análisis de la variable sexo y cualquier estudio que se lleve a cabo y el diseño de los indicadores sociales necesarios.

Italia en 1996 el 11,11 %, Portugal en 1995 el 13 % y Noruega en 1997 el 36,36 %. España en 1989 tenía el 12,72 % de diputadas y en 1993 el porcentaje subió al 16 %²². Con estos datos la imagen de la mayoría de las cámaras legislativas europeas, también de la totalidad de nuestras cámaras autonómicas, se parecía poco a la fotografía de cualquier calle de nuestras ciudades.

Los partidos políticos, más bien sus ejecutivas o los órganos que detentan el poder son los que deciden el contenido del programa, las estrategias de actuación y quienes confeccionan las listas electorales. A ello se añade que la participación de las mujeres es fundamental para la democracia: “difícilmente pueden los partidos ser cauces de manifestación de la voluntad popular e instrumentos de una participación en la gestión y control del Estado que no se agota en los procesos electorales, si sus estructuras y funcionamiento son autocráticos” (STC 56/1995).

A los partidos, insistimos, les interesan las mujeres como votantes. Sin ninguna originalidad crearon ramas femeninas y trataron de incluir temas que interesasen a las mujeres, pero sin compartir el poder real. Y sobre todo lejos de “uno de los objetivos centrales del feminismo –señalaba Neus Campillo (1997)– es luchar contra la amplia aceptación de los valores masculinos como hegemónicos y sobre todo cambiar la visión de aquello que hacen y representan las mujeres tiene menos valor que lo que hacen y representan los hombres, aunque se trate de la misma cosa”. Y eso solo se puede hacer desde el poder.

Coincidimos, en parte, con la opinión de Rodrigues Canotilho (2012: 103-118): “Hay pocas materias en las cuales el Derecho Constitucional de la Unión Europea –tanto de origen legislativo como jurisprudencial– haya tenido una influencia tan positiva en el Derecho Constitucional de la mayoría de los Estados miembros como la igualdad de género²³. El Derecho europeo es, de hecho, fuente sorprendente de derechos de las mujeres”.

La Unión Europea desde el principio manifestó su preocupación por la desigualdad de las mujeres. En el acceso a la representación se aprobó una directiva en 2012 en cuya exposición de motivos se afirmaba que “las mujeres siguen estando insuficientemente representadas, un 24 % en los parlamentos nacionales y el 31 % en las asambleas y parlamentos regionales...”. El Parlamento Europeo desde su constitución en 1979 con un 15,2 % de parlamentarias ha llegado en la actualidad (2019-2024) al 40,4 %, España al 47 % (24/17). El resto de los Estados presenta diferentes porcentajes desde Chipre

22 El Partido Socialista en su XXXI Congreso federal incorpora a los estatutos federales la adopción de un sistema de cuotas “de representación de mujeres en un porcentaje no inferior al 25 % en cada uno de sus ámbitos. La presión de las afiliadas logro que en el XXXIV Congreso “El partido se pronuncia por la democracia paritaria entre hombres y mujeres... ningún sexo tenga menos del 40 % ni más del 60 %”.

23 Se ha hecho común la expresión “género” al hablar de igualdad de las mujeres. Según la Unión Europea “sexo es que las mujeres dan a luz a sus criaturas, género es que son las que las tienen que cuidar a ellas, a la casa, a los hombres de la casa...”. No es compatible tener una ley contra la violencia de género y hablar de la igualdad de género. Por eso las leyes de igualdad se llaman simplemente leyes de igualdad. Aquí respetamos el texto de la autora.

con 0 mujeres, la paridad a favor de las mujeres en Suecia (11/19), Finlandia (7/6), Dinamarca (6/7), Irlanda (5/6), Países Bajos (13/3), Francia (37/37) y Eslovenia (4/4). Mayoría de hombres en Bulgaria (5/12), Rumanía (7/25), Lituania (3/8), Polonia (18/33), Chipre (0/6), Grecia (5/16), República Checa (7/14)...

Con los datos de mujeres en los espacios de poder era evidente la “débil” voluntad de los partidos políticos para garantizar la presencia de mujeres en las cámaras que representaban a la ciudadanía. Estas reformas fueron consideradas inconstitucionales y rechazadas como tales por los tribunales encargados de velar por la concordancia entre ley y constitución. De nuevo es importante la política de presencia, ¿en cuántos partidos políticos es una mujer quien ostenta el cargo directivo de mayor responsabilidad?

Aunque resultase un procedimiento complejo la situación era tan difícil de resolver que fue necesario reformar las Constituciones para, como es lógico por otra parte, garantizar un derecho. Las reformas fueron: 1994 Alemania, art. 3.1; 1997 Portugal, art. 109; 1999 Francia, arts. 3 y 4; 2002 Bélgica, arts. 10 y 11 bis y 2003 Italia, arts. 3, 49 y 51²⁴.

España no fue una excepción. El Partido Popular (PP) se oponía a cualquier reforma de la ley electoral que pretendiese “condicionar” la libertad de los partidos políticos. A medida que los partidos se autovinculaban por resoluciones internas a la presencia de mujeres, aumentaba su porcentaje en las listas, siempre considerablemente inferior a la de los hombres. Así en la IV legislatura el GP Popular había pasado de un porcentaje de 7,14 % de diputadas en la legislatura anterior al 17,38 %. Y el GP Socialista de 7,07 % en la III legislatura al 17,16 % en la IV. Un aumento considerable se produce en la VII legislatura: el GP Popular el 25,14 % y el GP Socialista el 36,80 %. Pero el PP no era partidario de que “constrañeran su libertad en la composición de listas”. De hecho, y para demostrarlo, fueron los primeros en proponer mujeres para ocupar la presidencia del Congreso y del Senado y también, más adelante, la presidencia de las Comunidades Autónomas²⁵.

24 Reformas de las Constituciones:

- Constitución alemana 1994. Art. 3.2: el hombre y la mujer gozan de los mismos derechos...;
- Constitución portuguesa 1997. Art. 109: La participación directa y activa de hombres y mujeres en la vida política de un país es condición e instrumento fundamental de consolidación del sistema democrático;
- Constitución francesa 1999. Art. 3: Son electores... todos los nacionales franceses mayores de edad de ambos sexos... La ley favorecerá la igualdad entre mujeres y hombres para acceder a los mandatos electorales y cargos electivos”;
- Constitución belga 2002. Art. 10: se garantiza la igualdad de mujeres y hombres;
- Constitución italiana 2003. Art. 51: Todos los ciudadanos de uno y otro sexo podrán desempeñar cargos públicos y puestos electivos en condiciones de igualdad... A tal fin la República promueve con acciones positivas la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres”.

En todas ellas aparece el término mujer para referirse a los derechos de ciudadanía. Para adquirirlos es necesario ser nombradas como sujetos con cuerpo, es decir, en femenino... La posesión del propio cuerpo a través de la existencia del lenguaje como ser femenino tiene un efecto inmediato: revela el sujeto político lingüístico y sujetos con cuerpo, es decir, en femenino (Bengoechea, 2005: 37-44).

25 En 2003 Esperanza Aguirre en Madrid (se repitieron las elecciones el 26 de octubre). Solo en Baleares la lista del Pacte Progresista y Unió Mallorquina la encabezaban mujeres, y en Cantabria la lista del PSOE.

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

Tabla 1. III legislatura (1986-1989)

		Hombres		Mujeres	
GP Socialista	184	171	92,93 %	13	7,07 %
GP Coalición Popular	84	78	92,86 %	6	7,14 %
GP CDS	19	19	100 %	0	0,00 %
GP Minoría Catalana (CiU)	18	17	94,44 %	1	6,56 %
GP Vasco (PNV)	6	6	100 %	0	0,00 %
GP Mixto	34	32	94,12 %	2	5,88 %
	345	323	93,62 %	22	6,38 %

Tabla 2. IV legislatura (1989-1993)

		Hombres		Mujeres	
GP Socialista	175	145	82,86 %	30	17,16 %
GP Popular	106	95	89,62 %	11	17,38 %
GP Catalán (CiU)	18	17	94,44 %	1	5,56 %
GP Federal Izquierda Unida-IC	18	16	88,89 %	2	11,11 %
GP CDS	14	14	100 %	0	0,00 %
GP Vasco (EAJ-PNV)	5	5	100 %	0	0,00 %
GP Mixto	10	10	100 %	0	0,00 %
	346	302	87,28 %	44	12,72 %

Tabla 3. VII legislatura (2000-2004)

		Hombres		Mujeres	
GP Popular	183	137	74,86 %	46	25,14 %
GP Socialista	125	79	63,20 %	46	36,80 %
GP Catalán (CiU)	15	13	86,67 %	2	13,33 %
GP Federal Izquierda Unida	8	6	75,00 %	2	25,00 %
GP Vasco (EAJ-PNV)	7	6	85,71 %	1	14,29 %
GP Coalición Canaria	4	3	75,00 %	1	25,00 %
GP Mixto	8	7	87,50 %	1	12,50 %
	350	251	71,71 %	99	28,29 %

Fuente: Tablas de elaboración propia.

A la doctrina tampoco le era ajeno este debate, así se expresa el profesor Juan Cano (1999: 187): "...si bien la participación no es uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico configurado como tal en la Constitución, sí que encomienda a los poderes públicos facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, como expresión de la sociedad democrática avanzada que se propugna en su Preámbulo". A ello se puede añadir que el Tribunal Constitucional había expresado reiteradamente que el art. 23 no consagra un derecho a ocupar cargos y funciones públicas sino simplemente la prohibición de que el legislador pueda regular el acceso a tales cargos y funciones en términos discriminatorios.

Nada más justificado que regular el acceso de las mujeres "...en igualdad de condiciones a las funciones y cargos públicos con los requisitos que señalen las leyes", como dice el art. 23 CE. Los datos de participación en ese momento, incluso también ahora en algunos casos, muestran la desigual condición en que se encuentran las mujeres en nuestra sociedad como ha reconocido el propio TC en numerosas sentencias ex art. 9.2 CE. Como dice Balaguer "las condiciones de igualdad del art. 23 CE se interpretan por la jurisprudencia constitucional como una referencia al propio art. 14 CE por lo que no debería estar vedado a medidas de discriminación positiva favorecedoras de la igualdad material" (Balaguer, 2000: 14). Coincidimos en el razonamiento, pero pensamos que no deben ser medidas de discriminación positiva, sino que de lo que se trata es de activar el derecho de las mujeres a la participación política.

Los problemas que sobre derecho electoral se planteaban ante el TC y por la doctrina giraban por ejemplo en torno a "la condición política de extremeños" (STC 60/1987), casos de barreras electorales en aras a impedir la excesiva fragmentación de la Cámara (STC 193/1989) o dar estabilidad al sistema, pero también se desliza que la barrera electoral no es la única fórmula constitucionalmente legítima... En definitiva, el TC abunda en la idea de considerar el derecho a la participación política como un derecho que admite desarrollo legislativo.

Tomando en consideración la jurisprudencia del TC, en noviembre de 2001, el GP Socialista presenta una proposición de ley de reforma de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General (LOREG) para modificar el art. 44, que regula la presentación y proclamación de candidatos, y añadir un apartado 4 para que las candidaturas fueran elaboradas teniendo en cuenta el equilibrio entre mujeres y hombres de tal forma que ningún sexo tuviera más del 60 % ni menos del 40 % del total de personas candidatas. Esta proporción es lo que se conoce como criterio básico de la democracia paritaria. La diputada socialista Micaela Navarro advertía que "era una cuantificación numérica de la presencia de ambos sexos a partir de la cual creemos que la sociedad y los partidos políticos se irán acostumbrando a incorporar mujeres y hombres a partes iguales" (DSCD nº 243, p. 12 438). Y como ya se había vivido la experiencia de propuestas con porcentajes de mujeres que acababan ubicadas en puestos de riesgo, también se aña-

de que la proporción se mantenga en el conjunto de la lista y en cada tramo de cinco personas.

También se contemplaba la posibilidad de que en municipios de menor población, inferior a 2000 habitantes, o en circunscripciones a las que por ley correspondiera un número de representantes inferior a 5, la proporción entre hombres y mujeres sería la más próxima al 50 %.

El Grupo Federal de Izquierda Unida presentó una proposición de ley que planteaba la adición de un nuevo punto, el 10, en el art. 46 de la LOREG para que en las candidaturas no existiera una diferencia entre mujeres y hombres superior a uno.

También Iniciativa per Catalunya, desde el GP Mixto, presentó otra proposición de ley que incluía candidaturas con alternancia de mujeres y hombres en las que la proporción no fuera ni más del 70 % ni menos del 30 % de cada sexo, para las elecciones municipales en municipios de 2000 a 10 000 habitantes; y la aplicación gradual de esta reforma para que no se tuviera en cuenta en las convocatorias de 2003 y 2004.

Todas las iniciativas fueron rechazadas, pero sirvieron para que los partidos parlamentarios fijasen posiciones en las Cámaras²⁶.

V. PROPUESTAS DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Las comunidades autónomas (CCAA en adelante) llevaban su propio ritmo y las cámaras legislativas, en ocasiones, con diferentes mayorías que las que presentaban las Cortes Generales. Casi todas ellas habían aprobado su ley de igualdad entre los años 2002 y 2007 y leyes electorales para las convocatorias autonómicas. Ante la no admisión a trámite de las propuestas de reforma de la LOREG en las Cortes Generales, algunas CCAA iniciaron el camino para dar rango legal y, por lo tanto, garantizar el equilibrio en la representación de hombres y mujeres: “la necesidad de legislar sobre la paridad se ha debido a múltiples factores entre los que se encuentra el comportamiento histórico de los partidos políticos y sus tímidas respuestas internas a la petición feminista de que las mujeres debían estar presentes en los órganos donde se toman decisiones que afectan a toda la ciudadanía” (Campos, 2018: 16).

Las fórmulas propuestas eran alternancia de hombres y mujeres en las listas (Islas Baleares y Castilla la Mancha), lo que se conoce como lista cremallera, o estableciendo porcentajes por tramos como hemos visto proponía el GP Socialista en el Congreso –equilibrio para que ningún sexo tuviese más del 60 % ni menos del 40 % en el conjunto de la lista y en cada tramo de 5 personas–. Y la que propuso la Ley 4/2005, del País

26 Una exposición más detallada en Comentarios a la Ley de igualdad (2007), I. García Ninet (dir.), Wolters Kluwer, España S.A., Ed. CISS, (556-594).

Vasco, para la igualdad de mujeres y hombres, que en su disposición final añade un párrafo 4 al art. 50 de la Ley 5/1990, de elecciones al Parlamento Vasco:

4. Las candidaturas que presenten los partidos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores estarán integradas por al menos un 50 % de mujeres. Se mantendrá esa proporción en el conjunto de la lista de candidatos y candidatas y en cada tramo de seis nombres. Las juntas electorales del territorio histórico competentes solo admitirán aquellas candidaturas que cumplan lo señalado en este artículo tanto para las personas candidatas como suplentes.

Llama la atención que solo se refiere a un mínimo de mujeres por lo que su número puede sobrepasarse²⁷. De esta forma se abría la puerta a partidos formado solo por mujeres²⁸.

Como era previsible, dado el rechazo de las iniciativas presentadas en el Congreso, las leyes aprobadas por las CCAA fueron recurridas por el Gobierno, lo que implica la suspensión de estas. La argumentación del Abogado del Estado se basa en:

- 1º) la violación del art. 149.1 CE, competencia en el acceso a los cargos públicos considerando que solo a las Cortes Generales compete, en su caso, la obligatoria distribución igual de las candidaturas en cualesquiera elecciones;
- 2º) la violación de la reserva de ley orgánica, el recurso considera en base a pronunciamientos del TC (SSTC 38 /1983 y 72/1984)) que “el contenido de la LO-REG traspassa el desarrollo del art. 23 CE para abarcar lo que es primario y nuclear en el régimen electoral general”... abarca toda la normativa electoral tanto del Estado como de las “entidades territoriales en que se organiza a tenor del art. 137 CE ... por lo que un extremo tan importante para el régimen electoral general como es la paridad ha de estimarse incluido en el régimen electoral general reservado a la ley orgánica”;
- 3º) la violación de los artículos 14 y 23.2 CE, quiebra la igualdad jurídica de los elegibles²⁹ en nombre de la promoción de la mujer, identificando a la mujer con otras categorías sociales: discapacitado, anciano, marginado... peligrando la afirmación “la Cámara representa al pueblo español”;
- 4º) que atenta a la libertad de asociación violando el artículo 6 en relación con el 22.1 CE.

27 Democracia paritaria en Euskadi 2001-2016. La participación política de mujeres y hombres en los procesos electorales de la Comunidad Autónoma del País Vasco, (2017) Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz.

28 Andalucía aprobó en 2003 en la Ley de Medidas Fiscales y Administrativas la paridad en la composición (ni menos de 40 ni más de 60 de cada sexo) de los órganos consultivos y de asesoramiento de la Administración de la Junta de Andalucía. Pero no se logró la modificación de la ley electoral. Aragón y Comunitat Valenciana también hicieron intentos fallidos para aprobar la paridad en las listas.

29 Un masculino muy adecuado.

El informe del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha afirma la competencia de la comunidad autónoma para regular el sistema electoral propio recogido por el EACM (arts. 10.2 y 31.1.1^a) y también por la propia LOREG (art. 46.3) que no considera legislación básica los requisitos de las candidaturas (Molina, 2005: 77-100):

La modificación de la Ley Electoral pretende asegurar la composición paritaria de las candidaturas para las elecciones a las CCLM lo que supone establecer una única regla legal que da idéntico trato a todos los ciudadanos de Castilla-La Mancha sea cual sea su sexo... y tiene la virtualidad de operar como una norma de “acción positiva”, precisamente porque la regla preexistente, que igualmente otorga el mismo trato legal no ha remediado el resultado peyorativo (la infrarrepresentación de las mujeres...).

La normativa electoral de Euskadi que regulaba la igualdad en la representación de las mujeres también fue recurrida por 62 diputados y diputadas del PP, pero al no resolver el recurso hasta 2009 esta norma reguló las elecciones del Parlamento Vasco de 2005 “siendo la única vez que se aplicó con su máxima ratio de aplicación a favor de la igualdad de las mujeres” (Campos, 2010, 2014 y 2018)³⁰.

1. LEY ORGÁNICA 3/2007, DE 22 DE MARZO, PARA LA IGUALDAD EFECTIVA DE MUJERES Y HOMBRES (LOI)

La solución al deficitario estado de la aplicación de los derechos constitucionales y legales a las mujeres, esto es, la no consideración de las mujeres como sujetos de Derecho, está en el origen de la LOI. La VIII legislatura de las Cortes Generales (2004-2008) provoca un cambio en la correlación de fuerzas, además de un aumento de parlamentarias. Si en la VII legislatura el porcentaje total de mujeres era del 28,29 % (99 diputadas de 350 escaños), en el GP Socialista el 36,80 % de diputadas (46 de 125) y en el GP Popular 25,14 % (46 de 183), en cambio en la VIII legislatura el PSOE obtiene 164 escaños, 76 de los cuales son parlamentarias (46,34 %); el GP Popular tiene 148 escaños, 42 corresponden a mujeres (28,38 %); y en Izquierda Unida, con muy poca representación, 5 escaños, 3 diputados y 2 diputadas (40 %).

La aplicación de las leyes electorales de las CCAA se había suspendido por la presentación de los recursos de inconstitucionalidad. Se inicia la nueva legislatura que tendría que retomar las proposiciones de ley (ahora serían proyectos) presentadas por el GP Socialista que incorporaban porcentajes de mujeres. En lugar de la reforma de la ley electoral lo que se presentó por el Gobierno para su tramitación fue una ley de

30 Asimismo, en la STC 13/2009, de 12 de enero, el TC considera constitucional el “objetivo de corregir una situación histórica de discriminación de la mujer en la vida pública siendo tal medida proporcional al no comportar el sacrificio innecesario de ningún derecho fundamental sustantivo”.

igualdad que, en realidad, suponía una relectura de la Constitución para que las mujeres empezaran a ser sujetos de derechos (Esquembre, 2018: 91-117):

La LOI al desarrollar la igualdad real y efectiva aplicada a las mujeres no tiene más remedio que visualizarlas como sujetos jurídicos, supliendo las deficiencias de la Constitución de 1978, en la que el sujeto constitucional responde a un modelo de persona que solo coincide con los varones. La LOI va a tener que desarrollar algunos aspectos que son más propios de la Constitución, como la definición de sujeto jurídico-político, para que la misma pueda desplegar sus efectos con mayor eficacia. Y es que para que las mujeres se conviertan en sujeto político antes tienen que ser reconocidas como sujeto jurídico³¹.

Como diría Rubio Llorente (1993: 17) “la igualdad en la que la justicia consiste condiciona, en efecto, en primer lugar, la forma de constituir la ciudad, de distribuir el poder”. La reforma de la ley electoral que contiene la LOI apunta a esta frase definiendo la igualdad como una forma de justicia que interviene en la constitución de un Estado y en la forma de distribuir el poder. Es el fin último de la LOI no solo por la reforma de la ley electoral sino por todos los artículos que se refieren a la distribución del poder (arts.16, 37, 38, 52-54 y 75).

A estas premisas responde la disposición adicional primera cuando define el principio de paridad o composición equilibrada como expresión de calidad democrática. Como se dice en el Preámbulo: “Se asumen así los recientes textos internacionales en la materia y se avanza en el camino de garantizar una presencia equilibrada de mujeres y hombres en el ámbito de la representación política, con el objetivo fundamental de mejorar la calidad de esa representación y con ella de nuestra propia democracia”. El último fundamento de esta ley, sin desestimar todos los preceptos de la LOI que completan el texto constitucional para la mitad de la ciudadanía, es la disposición adicional segunda. De ahí su carácter de orgánica y también la proliferación de los recursos que pretendieron derogarla. Su contenido motivó el voto en contra de la LOI y la consiguiente interposición del recurso de inconstitucionalidad por el Partido Popular en el que utilizaron argumentos similares a los empleados en los recursos contra las leyes autonómicas:

- 1º) la unidad de la soberanía y representación del Estado: que se atribuye a la Nación con carácter único y excluyente y a partir del constitucionalismo democrático al pueblo.

31 Si precondicionamos la igualdad estableciendo unos requisitos determinados, como sería el reconocimiento de dos sujetos constitucionales, tendríamos que retrotraernos a un estado previo a la definición constitucional de igualdad en Pérez Royo (1999), Actas del coloquio “La ley electoral española y democracia paritaria”, Fundación Alternativas, Madrid.

Esta afirmación no impide que se reconozca y garantice el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones (art. 2 CE), y que el Estado se organice en provincias, municipios y CCAA (Biglino, 2000: 409-430)³².

2º) La vulneración de la igualdad de toda la ciudadanía al incluir un porcentaje de mujeres, al incluir el sexo como requisito de elegibilidad, lo que quiebra la igualdad jurídica de los elegibles ya que el legislador debe ser neutral respecto al sexo no pudiendo establecer diferencias en la categoría de ciudadano ex arts.14, 23.2 y 68.5 CE, por lo que procedería reformar la Constitución. No se podría utilizar el mandato promocional de la igualdad.

El TC ha despejado en diferentes sentencias los reparos jurídicos del recurso. Por todas la Sentencia 222/1992 "...Las diferencias normativas habrán de mostrar un fin discernible y legítimo, articularse en términos no inconsistentes con tal finalidad y deberán, por último, no incurrir en desproporciones manifiestas a la hora de atribuir funciones".

Además, parte de la doctrina³³ considera que el TC ha hecho una interpretación sistemática de las disposiciones en materia de igualdad (arts. 1.1, 14 y 9.2):

- a) sobre la posibilidad de que, en aras de la igualdad, se limite el derecho a la igualdad de trato, es decir, se introduzcan medidas de discriminación positiva y
- b) tampoco la rigurosa igualdad de trato sea constitucionalmente exigible cuando están en juego derechos fundamentales, como en este caso el de participación.

Al aplicar una diferencia normativa hemos de tener en cuenta su relación con la dignidad de la persona para determinar si la diferencia es o no discriminatoria en cuanto que el resultado afecte peyorativamente a las personas implicadas. El TC justifica, como medidas encaminadas a conseguir la igualdad real, las acciones positivas que el legislador pueda establecer. En su jurisprudencia la referencia al sexo en el artículo 14 supone la decisión constitucional de acabar con la histórica situación de inferioridad atribuida a la mujer.

3º) El derecho a la libertad de los partidos políticos para confeccionar las listas electorales unido al derecho a ser candidato³⁴. Nadie ha puesto en duda el de-

32 "Cualquier fórmula que garantice la presencia equilibrada supone la quiebra del principio de que el cuerpo electoral es nacional, aunque el sistema imponga la división en municipios y provincias. El cuerpo electoral no se divide por razón de sexos, no se impone a las personas votar solo a los candidatos de su mismo sexo y quienes resulten elegidas representan a la ciudadanía en su conjunto". Y añadido: todos los Diputados representan unas ideas, pero lo que legislan afecta a toda la ciudadanía.

33 Freixes, Biglino, Balaguer, López Guerra, Martínez Sospedra.

34 N. Campillo reflexiona acerca del diferente juicio que merece la misma cuestión según el sexo del sujeto, "mientras el reparto de cuotas se hizo por familias ideológicas nadie planteó problemas de legitimidad... cuando se convierte en una medida contra el sexismo de los partidos políticos es cuestionada como una medida contra los valores de igualdad, libertad y fraternidad..." (Campillo, 1997).

recho de los partidos políticos a regular internamente sistemas de cuota para cualquier elección interna o configuración de listas, pero la cuestión cambia si se regula por ley. Rey Martínez (1999) considera que esta medida podría lesionar la libertad de los partidos políticos para presentar candidatos que libremente seleccionen y afectar a las libertades de asociación, ideología y ejercicio de su actividad. Es cierto que la imposición de incluir mujeres en las listas limita la libertad de los partidos políticos, pero también lo es que los partidos no tienen una libertad absoluta ya que la LOREG impone también otras condiciones, como contraponen Ruiz Miguel (1999: 44-51).

Toda la actividad de los partidos políticos está reglada sin que por ello se considere son limitativas de su libertad, las expuestas son una pequeña muestra. Ante la proximidad de las elecciones autonómicas y locales la Junta Electoral Central aprobó una instrucción en la que se salía al paso de las dudas sobre su aplicación en cuanto a la composición de las listas, se afirmaba su contenido en relación con las CCAA, se impone que se incluya el don o doña precediendo al nombre para evitar dudas sobre el sexo de las personas incluidas en las listas y que las elecciones a las juntas generales de los territorios históricos vascos se regirán por su propia normativa. Tampoco se aplicará en las comunidades autónomas cuya ley electoral sea más favorable a la presencia de mujeres.

Estando de acuerdo en la relevancia de las argumentaciones jurídicas que defienden la constitucionalidad de la reforma de la LOREG proveniente de la ley orgánica de igualdad, sí me gustaría añadir que no coincido con la expresión y por lo tanto calificación de medidas de discriminación positiva que ha utilizado parte de la doctrina y el propio TC al referirse al contenido de este precepto ni tampoco con la denominación de cuotas para referirse al ejercicio por parte de las mujeres del derecho constitucional del art. 23 CE.

La cuestión fundamental para entender el debate es si estamos hablando de cuotas o de regular el legítimo derecho de las mujeres como ciudadanas a la representación. Si, como se ha comprobado, las mujeres no consiguen participar en los órganos a los que se accede con la simple condición de ser ciudadana siendo la mitad del cuerpo electoral y cumpliendo con los requisitos que marcan las leyes, no podemos achacarlo a la casualidad sino a la existencia de una voluntad no expresada pero compartida de marginación, que también podemos calificar de “ambición de poder” apoyada en la tradición. Y se trata de un derecho porque hablar de una cuota cuando estamos hablando del 50 % de la población de un Estado no es serio. Por eso estamos de acuerdo con los primeros análisis del profesor Rey Martínez en los que definía las cuotas como medidas paternalistas que pretenden “tomar en consideración explícita, como criterio de diferenciación jurídica de trato el sexo” (Rey Martínez, 1999: 56).

VI. CONCLUSIÓN

A lo largo de estas páginas he tratado de narrar el cambio que han experimentado los parlamentos en cuanto a la integración de las mujeres. Ha sido necesario su reconocimiento por ley. Por una parte, es lo pertinente: la ley es la que reconoce y garantiza los derechos. Pero en este caso han sido necesarias normas expresas que hablen de mujeres y hombres porque los actores políticos “no entendían” que una representación de la nación no podía parecerse tan poco a cualquier calle de cualquier ciudad. Pero el rostro del poder sigue siendo masculino: jefaturas de Estado, presidencias de CCAA, rectorados de las universidades, partidos políticos, cúpide empresarial y sindicatos...³⁵.

En este tiempo de pandemia se ha comparado cómo la gestionaban los países al frente de los cuales estaba una mujer con opiniones favorables sobre la actuación en esta crisis: “Según la presidenta de la Asamblea General de Naciones Unidas la participación de las mujeres en la política promueve la estabilidad económica y contribuye a fortalecer las instituciones” (Naciones Unidas, 2019)³⁶. A su vez, manifiesta que “también está demostrado que una mayor representación de mujeres en los parlamentos asegura el avance en las reformas de leyes discriminatorias y un aumento en la inversión en áreas claves como salud, educación y protección social”. Siendo ciertas estas apreciaciones y las que podríamos añadir sobre la influencia que su presencia en los espacios de poder produce, no pienso sea esta la justificación para defender su acceso a las cámaras. Estamos hablando de un derecho de ciudadanía del que los hombres eran titulares solo por su pertenencia al sexo masculino, no por pasar un examen sobre sus aptitudes y actitudes. La igualdad exige que las mujeres accedan de la misma manera, aunque fuesen ciertas estas afirmaciones en las que el factor clave son los programas electorales y la ideología de los partidos³⁷.

Como decía una querida compañera: se trata de compartir la vida y, por tanto, de compartir el poder político... Hay que acabar con el canon masculino y la consiguiente consideración de lo femenino como una “desviación” relativamente tolerada mientras se mantenga dentro de unos límites “específicos” que no ponen en cuestión dicho canon (Martínez Sampere, 2000)³⁸. ♦

35 ¿No es hora de que deje de ser noticia? En las últimas elecciones de Madrid tres candidatas han encabezado candidaturas...

36 ONU: Mujeres en el poder, un evento para reflexionar. (14 de marzo de 2019). AmecoPress [Web]. Recuperado de <https://amecopress.net/ONU-Mujeres-en-el-poder-un-evento-para-reflexionar>

37 Hay también sobrados ejemplos en la historia de gobiernos dirigidos por mujeres en los que este análisis no sería aplicable.

38 En igualdad las conquistas pueden no ser definitivas. Un ejemplo de ello: Penélope teja durante el día y desteja por la noche un manto para que la dejaran tranquila hasta que volviera Ulises. En este caso, basta la falta de acuerdo entre los grupos para que en sus propuestas aparezca la preferencia de un “diputado” para ocupar un puesto singular.

BIBLIOGRAFÍA

- Amorós, C. (1990). Mujer y participación política. En M. Judith Astelarra (Comp.). *Participación política de las mujeres* (pp. 107-115). Madrid: Siglo XXI de España - Centro de Investigaciones Sociológicas.
- Aragón Reyes, M. (2000). Democracia y representación. Dimensiones subjetiva y objetiva del derecho al sufragio. *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, 9, 37-60. Recuperado de https://www.cortsvalencianes.es/sites/default/files/media/file_author/37.pdf
- Astelarra, J. (1990). Las mujeres y la política. En M. Judith Astelarra (Comp.). *Participación política de las mujeres* (pp. 7-22). Madrid: Siglo XXI de España - Centro de Investigaciones Sociológicas.
- Astola Madariaga, J. (2008). El género en el lenguaje jurídico: utilización formal y material. *Feminismo/s* (Ejemplar dedicado a: Mujeres en Democracia: Perspectivas jurídico-políticas de la Igualdad), 12, 33-54. <https://doi.org/10.14198/fem.2008.12.02>
- Balaguer Callejón, M. L. (2000). Posibilidad constitucional de una ley de igualdad electoral. *Actas del coloquio Fundación Alternativas*.
- Bengoechea Bartolomé, M. (2005). Necesidad de poseer un cuerpo y nombre para acceder plenamente a la ciudadanía. En T. Freixes Sanjuán y J. Sevilla Merino (Coords.). *Género, Constitución y Estatutos de Autonomía* (pp. 37-44). Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública (INAP).
- Biglino Campos, P. (2000). Las mujeres en los partidos políticos: representación, igualdad y cuotas internas. En *Mujer y Constitución en España* (pp. 409-430). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Bustelo García del Real, C. (1990). Estrategias futuras en la intervención de la administración. En M. Judith Astelarra (Comp.). *Participación política de las mujeres* (pp. 275-280). Madrid: Siglo XXI de España - Centro de Investigaciones Sociológicas.
- Campillo Iborra, N. (1997). *El feminisme com a crítica*. Valencia: Tandem Edicions, S.L.
- Campos Rubio, A. (2010). La igualdad de mujeres y hombres: 30 años de Parlamento Vasco: la Ley 2/2005, de 18 de febrero, para la igualdad de mujeres y hombres. *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, 23, 19-45. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3409456.pdf>
- Campos Rubio, A. (2014). Participación y representación política de las mujeres: el MF y el 100% de la representación. *Revista Vasca de Administración Pública (RVAP)*, 99-100, 745-764. <https://doi.org/10.47623/ivap-ruap.99.100.2014.031>
- Campos Rubio, A. (2018). *Democracia paritaria en Euskadi 2001-2016. La participación sociopolítica de mujeres y hombres en los procesos electorales de la comunidad autónoma del País Vasco*. Vitoria-Gasteiz: Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco.
- Camps, V. (2021). *Tiempo de cuidados, otra forma de estar en el mundo*. Barcelona: Arpa Editores.
- Cano, J. et. al. (1999). *Derecho Constitucional*. Tomo II, 1ª ed. Madrid: Tecnos.
- Constituciones y otras leyes y proyectos políticos de España* (1969). Madrid: Editora Nacional. 2 vols.
- Escario, P., Alberdi, I. y Lopez-Accotto, A. I. (1996). *Lo personal es político: el movimiento feminista en la transición*. Madrid: Instituto de la Mujer.
- Esquembre Valdés, M. (2018). El reconocimiento de las mujeres como sujetos jurídico-políticos en la Ley de Igualdad. En A. Ventura Franch y S. García Campa (Dirs.). *El derecho a la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Una evaluación del primer*

decenio de la Ley Orgánica 3/2007 (pp. 91-117). Pamplona: Aranzadi.

García Ninet, J. I. (Dir.) (2007). *Comentarios a la Ley de Igualdad*. Madrid: CISS.

Lucas Verdú, P. (1981-82). El valor constitucional de la igualdad y la condición femenina. *Revista de Política Comparada*, 7, 27-49.

Martínez Sampere, E. (2000). La legitimidad de la democracia paritaria. *Revista de Estudios Políticos*, 107, 133-14.

Martínez Ten, C. (1990). La participación política de la mujer en España. En M. Judith Astelarra (Comp.). *Participación política de las mujeres* (pp. 39-65). Madrid: Siglo XXI de España - Centro de Investigaciones Sociológicas.

Miyares Fernández, A. (2021). *Distopías patriarcales: análisis feministas del "generismo queer"*. Madrid: Cátedra.

Molina Camacho, J. (2005). La paridad electoral en las Cortes de Castilla-La Mancha: crónica parlamentaria y constitucionalidad de la norma. *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, 16, 77-100. Recuperado de https://www.cortsvalencianes.es/sites/default/files/media/file_author/77laparidad.pdf

Nordstrom, B. (1990). Política y sistema social de género. En M. Judith Astelarra (Comp.). *Participación política de las mujeres* (pp. 23-38). Madrid: Siglo XXI de España - Centro de Investigaciones Sociológicas.

Perez Royo, J. (1999). *Actas del coloquio "La ley electoral española y democracia paritaria"*. Madrid: Fundación Alternativas.

Renau i Manén, D. (1990). Mujer y política. En M. Judith Astelarra (Comp.). *Participación política de las mujeres* (pp. 235-240). Madrid: Siglo XXI de España - Centro de Investigaciones Sociológicas.

Rey Martínez, F. (1999). Cuotas electorales reservadas a mujeres y Constitución. *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, 1, 52-59.

Rodrigues Canotilho, M. (2012). La igualdad de género en el Derecho Constitucional europeo. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 17, 103-118. Recuperado de https://www.ugr.es/~redce/RED-CE17/articulos/03_RODRIGUES.htm

Rubio Llorente, F. (1993). *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Ruiz Miguel, A. (1999). Paridad electoral y cuotas femeninas. *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, 1, 44-51.

Sevilla Merino, J. (1997). La presencia de las mujeres en los Parlamentos: las Cortes Valencianas. *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, 4, 369-411. Recuperado de https://www.cortsvalencianes.es/sites/default/files/media/file_author/369.pdf

Sevilla, J. (Dir.) (2006). *Las mujeres parlamentarias en la legislatura Constituyente*. Madrid: Congreso de los Diputados. Recuperado de https://www.congreso.es/webpublica/estudios/lasconstituyentes_Filmar.pdf

Subirats Martori, M. (1990). Problemas y reivindicaciones de las Mujeres: una cinta sin fin. En M. Judith Astelarra (Comp.). *Participación política de las mujeres* (pp. 117-131). Madrid: Siglo XXI de España - Centro de Investigaciones Sociológicas.

Vogel-Polsky, E. (1988). *Las acciones positivas y los obstáculos constitucionales y legislativos que dificultan su realización en los Estados miembros del Consejo de Europa*, CDEG. Estrasburgo, traducción al castellano realizada por el Instituto de la Mujer. Madrid. 1988.

ANEXO

En este anexo podemos ver, en primer lugar, un cuadro con los resultados en las primeras elecciones de todas las comunidades autónomas para conocer el punto de partida.

A continuación, encontraremos la evolución de la presencia de mujeres en todos los parlamentos autonómicos a lo largo de diferentes citas electorales hasta la situación actual, haciendo también una comparativa por grupos parlamentarios entre la primera cita electoral y la última³⁹.

Resultados en las primeras elecciones autonómicas

Comunidad Autónoma	Fecha elecciones	Mujeres	% Mujeres	Hombres	Total
País Vasco	09.03.1980	4	6,67	56	60
Catalunya	20.03.1980	10	7,41	125	135
Galicia	20.10.1981	3	4,23	68	71
Andalucía	23.05.1982	6	5,50	103	109
Principado de Asturias	08.05.1983	4	8,89	41	45
Cantabria	08.05.1983	2	5,71	33	35
La Rioja	08.05.1983	3	8,57	32	35
Murcia	08.05.1983	1	2,33	42	43
Comunitat Valenciana	08.03.1983	5	5,62	84	89
Aragón	08.05.1983	3	4,54	63	66
Castilla-La Mancha	08.05.1983	1	2,72	43	44
Canarias	08.05.1983	1	1,67	59	60
Nauarra	08.05.1983	1	2,00	49	50
Extremadura	08.05.1982	3	4,62	62	65
Illes Balears	08.05.1983	3	5,56	51	54
Madrid	08.05.1983	12	12,77	82	94
Castilla y León	08.05.1983	2	2,38	82	84

³⁹ Todas las tablas han sido elaboradas por Julia Sevilla y Jaume Molins.

PARLAMENTO VASCO

Fecha elecciones	Nº mujeres	% mujeres	Nº hombres	Total escaños
09.03.1980	4	6,67	56	60
25.10.1998	22	29,33	53	75
13.05.2001	26	34,67	49	75
<i>Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la igualdad de mujeres y hombres</i>				
17.04.2005	39	52,00	36	75
<i>Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres</i>				
01.03.2009	34	45,33	41	75
21.10.2012	37	49,33	38	75
25.09.2016	40	53,33	35	75
12.07.2020	38	50,67	37	75

Número de mujeres y hombres por GGPP tras las elecciones del **9 de marzo de 1980**:

Grupo Parlamentario	Nº de mujeres	Nº de hombres	Total Grupo
GP EA-NV	4	21	25
GP HB	0	11	11
GP ES-SV	0	9	9
GP EE	0	6	6
GP CV	0	6	6
GP Mixto-AP	0	2	2
GP Mixto-PC	0	1	1

Número de mujeres y hombres por GGPP tras las elecciones del **12 de julio de 2020**:

Grupo Parlamentario	Nº de mujeres	Nº de hombres	Total Grupo
GP EA-NV	16	15	31
GP EH Bildu	12	9	21
GP SV-ES	5	5	10
GP EP-IU	2	4	6
Grupo VP-C	2	4	6
GP Mixto (Vox)	1	0	1

PARLAMENTO DE CATALUÑA

Fecha elecciones	Nº mujeres	% mujeres	Nº hombres	Total escaños
20.03.1980	10	7,41	125	135
16.11.2003	32	23,70	103	135
01.11.2006	49	36,30	86	135
<i>Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres</i>				
28.11.2010	56	41,50	79	135
25.11.2012	54	40,00	81	135
27.09.2015	53	39,26	82	135
21.12.2017	57	42,54	77	134
14.02.2021	66	48,80	69	135

Número de mujeres y hombres por GGPP tras las elecciones del **20 de marzo de 1980**:

Grupo Parlamentario	Nº de mujeres	Nº de hombres	Total Grupo
GP Convergència i Unió	4	39	43
GP PSC-PSOE	2	31	33
GP PSUC	3	20	23
GP UCD	1	17	18
GP ERC	0	14	14
GP PS Andaluz	0	2	2
GP Mixto	0	2	2

Número de mujeres y hombres por GGPP tras las elecciones del **14 de febrero de 2021**:

Grupo Parlamentario	Nº de mujeres	Nº de hombres	Total Grupo
GP Socialista i Units per Avançar	17	16	33
GP Esquerra Republicana	17	16	33
GP Junts x Cat	17	15	32
GP Vox en Catalunya	3	8	11
GP Candidatura Unitat Popular	5	4	9
GP En Comú Podem	3	5	8
GP Ciutadans	2	4	6
Grup Mixt (PP)	2	1	3

PARLAMENTO DE GALICIA

Fecha elecciones	Nº mujeres	% mujeres	Nº hombres	Total escaños
20.10.1981	3	4,23	68	71
19.10.1997	13	16,67	65	78
21.10.2001	25	33,33	50	75
19.06.2005	25	33,33	50	75
<i>Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres</i>				
01.03.2009	30	40,00	45	75
21.10.2012	30	40,00	45	75
25.09.2016	34	45,33	41	75

Número de mujeres y hombres por GGPP tras las elecciones del **20 de octubre de 1981**:

Grupo Parlamentario	Nº de mujeres	Nº de hombres	Total Grupo
GP AP	1	25	26
GP UCD	2	22	24
GP PSG-PSOE	0	16	16
GP BNPG-PSG	0	3	3
GP EG	0	1	1
GP PCG	0	1	1

Número de mujeres y hombres por GGPP tras las elecciones del **25 de septiembre de 2016**:

Grupo Parlamentario	Nº de mujeres	Nº de hombres	Total Grupo
GP Popular de Galicia	16	23	41
GP dos Socialistas de Galicia	9	5	14
GP Alternativa Galega Esquerda	6	3	9
GP Bloque Nacionalista Galego	4	2	6
GP Mixto	2	3	5

PARLAMENTO DE ANDALUCÍA

Fecha elecciones	Nº mujeres	% mujeres	Nº hombres	Total escaños
23.05.1982	6	5,50	103	109
12.03.2000	38	34,86	71	109
14.03.2004	43	39,45	66	109
<i>Ley 5/2005, de 8 de abril, por la que se modifica la Ley 1/1986, de 2 de enero, Electoral de Andalucía</i>				
<i>Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres</i>				
09.03.2008	50	45,87	59	109
25.03.2012	52	47,71	57	109
22.03.2015	54	49,54	55	109
02.12.2018	54	49,54	55	109

Número de mujeres y hombres por GGPP tras las elecciones del **23 de mayo de 1982**:

Grupo Parlamentario	Nº de mujeres	Nº de hombres	Total Grupo
GP PSOE-A	4	62	66
GP AP	1	16	17
GP UCD	1	14	15
GP PCA-PCE	0	8	8
GP PSA	0	3	3

Número de mujeres y hombres por GGPP tras las elecciones del **2 de diciembre de 2018**:

Grupo Parlamentario	Nº de mujeres	Nº de hombres	Total Grupo
GP Socialista Andaluz	17	16	33
GP Popular Andaluz	15	11	26
GP Ciudadanos	10	11	21
GP Adelante Andalucía	9	8	17
GP Vox en Andalucía	4	8	12

JUNTA GENERAL DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS

Fecha elecciones	Nº mujeres	% mujeres	Nº hombres	Total escaños
08.05.1983	4	8,89	41	45
25.05.2003	14	31,11	31	45
<i>Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres</i>				
27.05.2007	15	33,33	30	45
<i>Ley del Principado de Asturias 2/2011, de 11 de marzo, para la igualdad de mujeres y hombres y la erradicación de la violencia de género</i>				
22.05.2011	19	42,22	26	45
24.05.2015	22	48,89	23	45
26.05.2019	22	47,83	24	46

Número de mujeres y hombres por GGPP tras las elecciones del **8 de mayo de 1983**:

Grupo Parlamentario	Nº de mujeres	Nº de hombres	Total Grupo
GP Socialista	2	24	26
GP AP-PDP-UL	1	13	14
GP PCA-PCE	1	4	5

Número de mujeres y hombres por GGPP tras las elecciones del **26 de mayo de 2019**:

Grupo Parlamentario	Nº de mujeres	Nº de hombres	Total Grupo
GP Socialista	10	10	20
GP Popular	5	5	10
GP Ciudadanos	2	3	5
GP Podemos	2	2	4
GP IU-IAS	1	1	2
GP FAC	0	2	2
GP Vox	1	1	2

PARLAMENTO DE CANTABRIA

Fecha elecciones	Nº mujeres	% mujeres	Nº hombres	Total escaños
08.05.1983	2	5,71	33	35
25.05.2003	16	41,03	23	39
<i>Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres</i>				
27.05.2007	17	40,48	25	42
22.05.2011	17	43,59	22	39
24.05.2015	14	38,89	22	36
<i>Ley de Cantabria 2/2019, de 7 de marzo, para la igualdad efectiva entre hombres y mujeres</i>				
26.05.2019	15	40,54	22	37

Número de mujeres y hombres por GGPP tras las elecciones del **8 de mayo de 1983**:

Grupo Parlamentario	Nº de mujeres	Nº de hombres	Total Grupo
GP AP-PDP-UL	1	17	18
GP PSOE	1	14	15
GP PRC	0	2	2

Número de mujeres y hombres por GGPP tras las elecciones del **26 de mayo de 2019**:

Grupo Parlamentario	Nº de mujeres	Nº de hombres	Total Grupo
GP Regionalista (PRC)	7	7	14
GP Popular	6	3	9
GP Socialista	3	4	7
GP Ciudadanos	2	1	3
GP Mixto (Vox)	0	2	2

PARLAMENTO DE LA RIOJA

Fecha elecciones	Nº mujeres	% mujeres	Nº hombres	Total escaños
08.05.1983	3	8,57	32	35
25.05.2003	13	39,39	20	33
<i>Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres</i>				
27.05.2007	13	39,39	20	33
<i>Ley 3/2011, de 1 de marzo, de prevención, protección y coordinación institucional en materia de violencia en La Rioja</i>				
22.05.2011	13	39,39	20	33
24.05.2015	15	45,45	18	33
26.05.2019	16	48,48	17	33

Número de mujeres y hombres por GGPP constituido tras las elecciones del **8 de mayo de 1983**:

Grupo Parlamentario	Nº de mujeres	Nº de hombres	Total Grupo
GP PSOE	1	17	18
GP AP-PDP-UL	2	13	15
GP PRP	0	2	2

Número de mujeres y hombres por GGPP constituido tras las elecciones del **26 de mayo de 2019**:

Grupo Parlamentario	Nº de mujeres	Nº de hombres	Total Grupo
GP Socialista	8	7	15
GP Popular	4	8	12
GP Ciudadanos	2	2	4
GP Mixto	2	0	2

ASAMBLEA REGIONAL DE MURCIA

Fecha elecciones	Nº mujeres	% mujeres	Nº hombres	Total escaños
08.05.1983	1	2,33	42	43
25.05.2003	14	31,11	31	45
<i>Ley 7/2007, de 4 de abril, para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, y de Protección contra la Violencia de Género en la Región de Murcia</i>				
<i>Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres</i>				
27.05.2007	17	37,78	28	45
22.05.2011	18	40,00	27	45
24.05.2015	16	35,56	29	45
26.05.2019	20	46,21	25	45

Número de mujeres y hombres por GGPPP tras las elecciones del **8 de mayo de 1983**:

Grupo Parlamentario	Nº de mujeres	Nº de hombres	Total Grupo
GP PSRM-PSOE	1	25	26
GP AP-PDP-UL	0	16	16
GP PCE	0	1	1

Número de mujeres y hombres por GGPP tras las elecciones del **26 de mayo de 2019**:

Grupo Parlamentario	Nº de mujeres	Nº de hombres	Total Grupo
GP Socialista	8	9	17
GP Popular	7	8	15
GP Vox	1	3	4
GP Ciudadanos	3	3	6
GP Podemos	1	1	2

CORTS VALENCIANES

Fecha elecciones	Nº mujeres	% mujeres	Nº hombres	Total escaños
08.03.1983	5	5,62	84	89
<i>Ley 9/2003, de 2 de abril, de la Generalitat, para la Igualdad entre Mujeres y Hombres</i>				
25.05.2003	38	42,70	51	89
<i>Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres</i>				
27.05.2007	44	44,44		99
22.05.2011	39	39,39	60	99
24.05.2015	45	45,45	54	99
28.04.2019	46	46,46	53	99

Número de mujeres y hombres por GGPP tras las elecciones del **8 de mayo de 1983**:

Grupo Parlamentario	Nº de mujeres	Nº de hombres	Total Grupo
GP Socialista	3	48	51
GP Popular	2	30	32
GP Comunista	0	6	6

Número de mujeres y hombres por GGPP tras las elecciones del **28 de abril de 2019**:

Grupo Parlamentario	Nº de mujeres	Nº de hombres	Total Grupo
GP Socialista	13	14	27
GP Popular	7	12	19
GP Ciudadanos	8	10	18
GP Compromís	8	9	17
GP Vox Comunidad Valenciana	4	6	10
GP Unides Podem	6	2	8

CORTES DE ARAGÓN

Fecha elecciones	Nº mujeres	% mujeres	Nº hombres	Total escaños
08.05.1983	3	4,54	63	66
25.05.2003	21	31,34	46	67
<i>Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres</i>				
27.05.2007	24	35,82	43	67
22.05.2011	22	32,84	45	67
24.05.2015	32	47,76	35	67
26.05.2019	32	47,76	35	67

Número de mujeres y hombres por GGPP tras las elecciones del **8 de mayo de 1983**:

Grupo Parlamentario	Nº de mujeres	Nº de hombres	Total Grupo
GP Socialista	3	30	33
GP Popular	0	12	12
GP PAR	0	12	12
GP Mixto	0	9	9

Número de mujeres y hombres por GGPP tras las elecciones del **26 de mayo de 2019**:

Grupo Parlamentario	Nº de mujeres	Nº de hombres	Total Grupo
GP Socialista	12	12	24
GP Popular	7	9	16
GP Ciudadanos	6	6	12
GP Podemos-Equo	3	2	5
GP Chunta Aragonesista	1	2	3
GP Vox en Aragón	1	2	3
GP Aragonés	1	2	3
GP Mixto (IU)	0	1	1

CORTES DE CASTILLA-LA MANCHA

Fecha elecciones	Nº mujeres	% mujeres	Nº hombres	Total escaños
08.05.1983	1	2,72	43	44
<i>Ley 11/2002, de 27 de junio, de modificación de la Ley 5/1986, de 23 de diciembre, Electoral de Castilla-La Mancha</i>				
25.05.2003	25	53,19	22	47
<i>Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres</i>				
27.05.2007	25	53,19	22	47
22.05.2011	23	46,94	26	49
24.05.2015	14	42,42	19	33
26.05.2019	15	45,45	18	33

Número de mujeres y hombres por GGPP tras las elecciones del **8 de mayo de 1983**:

Grupo Parlamentario	Nº de mujeres	Nº de hombres	Total Grupo
GP Socialista	0	23	23
GP Popular	1	20	21

Número de mujeres y hombres por GGPP tras las elecciones del **26 de mayo de 2019**:

Grupo Parlamentario	Nº de mujeres	Nº de hombres	Total Grupo
GP Socialista	8	11	19
GP Popular	5	5	10
GP Ciudadanos	2	2	4

PARLAMENTO DE CANARIAS

Fecha elecciones	Nº mujeres	% mujeres	Nº hombres	Total escaños
08.05.1983	1	1,67	59	60
25.05.2003	21	35,00	39	60
<i>Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres</i>				
27.05.2007	24	40,00	36	60
22.05.2011	22	36,67	38	60
24.05.2015	32	53,33	28	60
26.05.2019	31	44,29	39	70
<i>Ley 1/2010, de 26 de febrero, canaria de igualdad entre mujeres y hombres</i>				

Número de mujeres y hombres por GGPP tras las elecciones del **8 de mayo de 1983**:

Grupo Parlamentario	Nº de mujeres	Nº de hombres	Total Grupo
GP PSOE	1	26	27
GP AP-PDP-UL	0	17	17
GP CDS	0	6	6
GP AM	0	3	3
GP UPC-AC	0	2	2
GP AGI	0	2	2
GP CCNC	0	1	1
GP PCC-PCE	0	1	1
GP AHI	0	1	1

Número de mujeres y hombres por GGPP tras las elecciones del **26 de mayo de 2019**:

Grupo Parlamentario	Nº de mujeres	Nº de hombres	Total Grupo
GP Socialista Canario	12	13	25
GP Nacionalista Canario (CC-PNC-AHÍ)	8	12	20
GP Popular	7	4	11
GP Nueva Canarias (NC)	3	2	5
GP Sí Podemos Canarias	2	2	4
GP Agrupación Socialista Gomera (ASG)	1	2	3
GP Mixto	1	1	2

PARLAMENTO DE NAVARRA

Fecha elecciones	Nº mujeres	% mujeres	Nº hombres	Total escaños
08.05.1983	1	2,00	49	50
25.05.2003	16	32,00	34	50
<i>Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres</i>				
27.05.2007	19	38,00	31	50
22.05.2011	17	34,00	33	50
24.05.2015	24	48,00	26	50
<i>Ley Foral 17/2019, de 4 de abril, de Igualdad entre Mujeres y Hombres</i>				
26.05.2019	25	50,00	25	50

Número de mujeres y hombres por GGPP tras las elecciones del **8 de mayo de 1983**:

Grupo Parlamentario	Nº de mujeres	Nº de hombres	Total Grupo
GP PSN-PSOE	1	19	20
GP UPN	0	13	13
GP AP-PDP-UL	0	8	8
GP HB	0	6	6
GP PNV	0	3	3

Número de mujeres y hombres por GGPP tras las elecciones del **26 de mayo de 2019**:

Grupo Parlamentario	Nº de mujeres	Nº de hombres	Total Grupo
GP Navarra Suma	8	12	20
GP Socialista de Navarra	7	4	11
GP Geroa Bai	5	4	9
GP EH Bildu Nafarroa	4	3	7
GP Adal Dugu Navarra Podemos	1	1	2
GP Mixto-Izquierda-Ezkerra	1	0	1

ASAMBLEA DE EXTREMADURA

Fecha elecciones	Nº mujeres	% mujeres	Nº hombres	Total escaños
08.05.1982	3	4,62	62	65
25.05.2003	24	36,92	41	65
<i>Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres</i>				
27.05.2007	26	40,00	39	65
22.05.2011	26	40,00	39	65
24.05.2015	31	47,62	34	65
26.05.2019	29	44,62	36	65

Número de mujeres y hombres por GGPP tras las elecciones del **8 de mayo de 1983**:

Grupo Parlamentario	Nº de mujeres	Nº de hombres	Total Grupo
GP PSOE	2	33	35
GP AP-PDP-UL	0	20	20
GP Extremadura Unida	1	5	6
GP PCE	0	4	4

Número de mujeres y hombres por GGPP tras las elecciones del **26 de mayo de 2019**:

Grupo Parlamentario	Nº de mujeres	Nº de hombres	Total Grupo
GP Socialista	17	17	34
GP Popular	11	8	20
GP Ciudadanos	5	2	7
GP Unidas por Extremadura (Podemos-IU-Extremeños-Equo)	2	2	4

PARLAMENTO DE LAS ISLAS BALEARES

Fecha elecciones	Nº mujeres	% mujeres	Nº hombres	Total escaños
08.05.1983	3	5,56	51	54
<i>Ley 6/2002, de 21 de junio, de modificación de la Ley 8/1986, electoral de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears</i>				
05.05.2003	21	37,50	35	56
<i>Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres</i>				
27.05.2007	29	49,15	30	59
22.05.2011	27	45,76	32	59
24.05.2015	28	47,46	31	59
26.05.2019	28	47,46	31	59

Número de mujeres y hombres por GGPP tras las elecciones del **8 de mayo de 1983**:

Grupo Parlamentario	Nº de mujeres	Nº de hombres	Total Grupo
GP AP-PDP-UL	1	20	21
GP PSOE	1	20	21
GP UM	1	5	6
GP PS Mallorca	0	2	2
GP PS Menorca	0	2	2
GP PDL	0	1	1
GP CIM	0	1	1

Número de mujeres y hombres por GGPP tras las elecciones del **26 de mayo de 2019**:

Grupo Parlamentario	Nº de mujeres	Nº de hombres	Total Grupo
GP Socialista	10	9	19
GP Popular	7	9	16
GP Unidas Podemos	3	3	6
GP Ciudadanos	1	4	5
GP Más per Mallorca	2	2	4
GP Vox-Actúa Baleares	1	2	3
GP El Pi-Proposta per les Illes Balears	1	2	3
Grupo Mixto	2	1	3

ASAMBLEA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

Fecha elecciones	Nº mujeres	% mujeres	Nº hombres	Total escaños
08.05.1983	12	12,77	82	94
13.06.1999	33	32,35	69	102
25.05.2003	—	—	—	—
26.10.2003 (Repetición elecciones)	42	37,84	69	111
<i>Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres</i>				
27.05.2007	51	42,50	69	120
22.05.2011	57	44,19	72	129
24.05.2015	55	42,64	74	129
26.05.2019	61	46,21	71	132
04.05.2021	65	47,79	71	136

Número de mujeres y hombres por GGPP tras las elecciones del **8 de mayo de 1983**:

Grupo Parlamentario	Nº de mujeres	Nº de hombres	Total Grupo
GP PSOE	7	44	51
GP AP-PDP-UL	4	30	34
GP PCE	1	8	9

Número de mujeres y hombres por GGPP tras las elecciones del **4 de mayo de 2021**:

Grupo Parlamentario	Nº de mujeres	Nº de hombres	Total Grupo
GP Popular	29	36	65
GP Más Madrid	12	12	24
GP Socialista	14	10	24
GP Vox	4	9	13
GP Unidas Podemos	6	4	10

CORTES DE CASTILLA Y LEÓN

Fecha elecciones	Nº mujeres	% mujeres	Nº hombres	Total escaños
08.05.1983	2	2,38	82	84
25.05.2003	27	36,00	48	75
<i>Ley 1/2003, de 7 de marzo, de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres en Castilla y León</i>				
<i>Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres</i>				
27.05.2007	36	43,37	47	83
22.05.2011	56	66,67	28	84
24.05.2015	35	41,67	49	84
26.05.2019	35	43,21	46	81

Número de mujeres y hombres por GGPP tras las elecciones del **8 de mayo de 1983**:

Grupo Parlamentario	Nº de mujeres	Nº de hombres	Total Grupo
GP PSOE	2	40	42
GP AP-PDP-UL	0	39	39
GP CDS	0	2	2
GP PDL	0	1	1

Número de mujeres y hombres GGPP tras las elecciones del **26 de mayo de 2019**:

Grupo Parlamentario	Nº de mujeres	Nº de hombres	Total Grupo
GP Socialista	17	18	35
GP Popular	11	18	29
GP Ciudadanos	6	6	12
GP Mixto	1	4	5

ASAMBLEA DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE CEUTA

Fecha elecciones	Nº mujeres	% mujeres	Nº hombres	Total escaños
25.05.2003	8	33,33	16	24
<i>Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres</i>				
27.05.2007	10	40,00	15	25
22.05.2011	10	40,00	15	25
24.05.2015	10	40,00	15	25
26.05.2019	11	44,00	14	25

Número de mujeres y hombres por GGPP tras las elecciones del 26 de mayo de 2019:

Grupo Parlamentario	Nº de mujeres	Nº de hombres	Total Grupo
GP Popular	4	5	9
GP Socialista	3	4	7
GP VOX	2	4	6
GP Mouimiento por la Dignidad y la Ciudadanía	1	1	2
GP Coalición Caballas	0	1	1

ASAMBLEA DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE MELILLA

Fecha elecciones	Nº mujeres	% mujeres	Nº hombres	Total escaños
25.05.2003	8	32,00	17	25
<i>Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres</i>				
27.05.2007	10	40,00	15	25
22.05.2011	10	40,00	15	25
24.05.2015	10	40,00	15	25
26.05.2019	10	40,00	15	25

Número de mujeres y hombres por GGPP tras las elecciones del 26 de mayo de 2019:

Grupo Parlamentario	Nº de mujeres	Nº de hombres	Total Grupo
GP Popular	5	5	10
GP Coalición por Melilla (CPM)	3	5	8
GP Socialista	2	2	4
GP Mixto (VOX)	0	1	1
GP Mixto (Ciudadanos)	0	1	1

SOBRE ELECCIONES EN TIEMPO DE PANDEMIA: A PROPÓSITO DE LA SUSPENSIÓN DE LAS ELECCIONES EN EUSKADI Y GALICIA Y DE LA ANULACIÓN DE LA SUSPENSIÓN DE LAS ELECCIONES EN CATALUÑA

ELECTIONS IN TIMES OF PANDEMIC: REGARDING THE SUSPENSION OF THE
ELECTIONS IN EUSKADI AND GALICIA AND THE CANCELLATION OF THE
SUSPENSION OF THE ELECTIONS IN CATALONIA

Alberto López Basaguren¹

Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea

Cómo citar / Nola aipatu: López Basaguren, A. (2021). Sobre elecciones en tiempo de pandemia: a propósito de la suspensión de las elecciones en Euskadi y Galicia y de la anulación de la suspensión de las elecciones en Cataluña. *Legebiltzarreko Aldizkaria - LEGAL - Revista del Parlamento Vasco*, 2: 136-171
<https://doi.org/10.47984/legal.2021.007>



RESUMEN

La emergencia sanitaria provocada por la pandemia de la COVID-19 en marzo de 2020, que supuso la declaración del estado de alarma, tuvo lugar en un momento en que estaban convocadas elecciones parlamentarias en las CCAA del País Vasco y de Galicia. Las circunstancias del momento llevaron a los presidentes de ambas CCAA, quienes habían convocado las elecciones como

consecuencia de su decisión de disolver anticipadamente las respectivas Cámaras, a suspender las elecciones ante la imposibilidad de celebrarlas en aquellas condiciones. Una suspensión que carece de cobertura legal, pero que constituyó una medida de necesidad, lo que hace legítima aquella suspensión. En este trabajo se discute, sin embargo, el hecho de que se procediese

1 Universidad del País Vasco (UPV/EHU). Email: alberto.lopez@ehu.eus Grupo de Investigación del Sistema Vasco IT1380-19. Este trabajo ha sido realizado en el ámbito del Proyecto de Investigación DER 2017-86988-P, financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

a suspender las elecciones en lugar de derogar, en su integridad, el decreto de disolución anticipada de la Cámara y de convocatoria de elecciones. Se sostiene que se trata de dos elementos inescindibles, mutuamente dependientes, como se desprende de la regulación constitucional, de forma que, aun de forma más agudizada en un sistema parlamentario de gobierno, no es sostenible mantener un Gobierno en plenitud de funciones con un Parlamento con sus facultades limitadas, salvo en los estrictos términos del desarrollo del proceso electoral. El restablecimiento de la legislatura no es menos aceptable, en una situación de necesidad, que la suspensión de las elecciones; es más, es la consecuencia lógica de la suspensión del proceso electoral. El asunto de la anulación judicial de la *Prorogation of Parliament* en el Reino Unido es una muestra de la “naturalidad” de ese restablecimiento.

Un año más tarde, aproximadamente, se convocaron y posteriormente suspendieron las elecciones al Parlament; una decisión que fue anulada por el TSJ de Cataluña. El tiempo transcurrido y la consiguiente evolución de la situación –entre otras, la desaparición

de la urgencia que se produjo en el caso de las elecciones vascas y gallegas– suponía que ya no se estaba ante una situación de necesidad, de carácter sobrevenido e inesperado. En el texto se defiende la corrección jurídica de la decisión del tribunal, cuya argumentación en la motivación de la decisión encaja plenamente en el marco elaborado a partir del supuesto de aquellas primeras elecciones y su suspensión.

PALABRAS CLAVE

Disolución del Parlamento, elecciones parlamentarias, convocatoria de elecciones, suspensión de elecciones, Parlamento Vasco, Parlamento de Galicia, Parlamento de Cataluña, estado de alarma, situación de necesidad, fuerza mayor, anulación de la suspensión de las elecciones.

ABSTRACT

The health emergency caused by the COVID-19 pandemic in March 2020, which led to the declaration of a state of alarm, took place at a time when parliamen-

tary elections were being called in the Autonomous Communities of the Basque Country and Galicia. The circumstances of the moment led the presidents of both Communities, who had called the elections as a consequence of their decision to dissolve the respective Chambers in advance, to suspend the elections due to the impossibility of holding them under those conditions. A suspension that lacks legal coverage, but that was taken as a measure of necessity, which legitimated that suspension. However, this paper discusses the fact that the elections were suspended instead of repealing, in its entirety, the decree of early dissolution of the Chamber and the calling of elections. It is argued that these are two inseparable elements, mutually dependent, as can be seen from the constitutional regulation, so that, even more strictly in a parliamentary system of government, it is not possible to maintain a fully functioning government with a Parliament with limited powers, except in the strict terms of the development of the electoral process. The reestablishment of the legislature is no less acceptable, in a situation of necessity, than the suspension of the elections; indeed, it is the logical consequence of the suspension of the electoral process. The issue of the judicial annulment of the Prorogation of Parliament in the United Kingdom is a sign of the “naturalness” of this reestablishment.

A year later, approximately, the elections to the *Parliament* were called and later suspended; a decision that was annulled by the TSJ of Catalonia. The time that has elapsed and the consequent evolution of the situation –among others, the disappearance of the urgency that occurred in the case of the Basque and Galician elections– meant that there was no longer a situation of need, of a sudden and unexpected nature. The text defends the legal correctness of the court’s decision, whose argumentation in the motivation of the decision fully fits into the framework developed from the assumption of those first elections and their suspension.

KEYWORDS

Dissolution of Parliament, parliamentary elections, call for elections, suspension of elections, Basque Parliament, Parliament of Galicia, Parliament of Catalonia, state of alarm, situation of necessity, force majeure, cancellation of the suspension of elections.

LABURPENA

COVID-19ko pandemiak 2020ko martxoan eragindako osasun-larrialdia, alarma-egoeraren deklarazioa ekarri zuena, Euskal Autonomia Erkidegoan eta Galizian hauteskunde parlamentarioak deituta zeuden unean gertatu zen. Momentu hartako inguruabarren ondorioz, bi autonomia erkidegoetako lehendakariak –hauteskundeetarako deia egin zutenek, ganberak alde aurretik desegitea erabaki zutelako– hauteskundeak bertan behera utzi zituzten, baldintza haietan egitea ezinezkoa zelako. Etete horrek ez du lege-estaldurarik, baina premia-neurria izan zen, eta, horregatik, zilegi kontsideratzen da etete hori. Hala ere, lan honetan eztabaidatzen da hauteskundeak etetea, Ganbera alde aurretik desegiteko eta hauteskundeak deitzeko dekretua indargabetu beharrean. Bi elementu bereiztezinak direla planteatzen da, elkarrekiko mendekoak, erregulazio konstituzionaletik ondorioztatzen den bezala. Eta, are gehiago, gobernu-sistema parlamentario batean, ez da jasangarria gobernu bati eginkizun guztietan eustea, bere ahalmen mugatuak dituen parlamentu batekin, hauteskunde-prozesuan *stricto sensu* izan ezik. Legegintzaldia berrezartzea, premia-egoera batean, hauteskundeak etetea bezain onargarria da; izan ere, hauteskunde-prozesua etetearen ondorio logikoa da. Erresuma Batuan Prorogation of Parliament delakoa judizialki deuseztatzearen gaia berrezartze horren “naturaltasunaren” erakusgarri da.

Urtebete geroago, gutxi gorabehera, *Parlament*-erako hauteskundeak deitu eta, ondoren, bertan behera utzi ziren; Kataluniako Justizia Auzitegi Nagusiak erabaki

hori deuseztatu zuen. Igarotako denborak eta egoeraren ondoriozko bilakaerak –besteak beste, Euskadiko eta Galiziako hauteskunderen kasuan gertatu zen urgentzia desagertzeak– esan nahi zuten jada ez zegoela ezusteko premia-egoera bat. Testuan auzitegiaren erabakiaren zuzentasun juridikoa defendatzen da; izan ere, erabaki hori arrazoitzeko argudioak guztiz egokitzen zaizkio lehen hauteskunde haietatik eta haien etetetik abiatuta landutako esparruari.

GAKO-HITZAK

Legebiltzarra desagitea, legebiltzarrerako hauteskundeak, hauteskundeak deitzea, hauteskunderen etendura, Eusko Legebiltzarra, Galiziako Parlamentua, Kataluniako Parlamentua, alarma-egoera, premia-egoera, ezinbesteko egoera, hauteskunderen etendura bertan behera uztea.

SUMARIO

- I. PANDEMIA Y SUSPENSIÓN DE LAS ELECCIONES EN EUSKADI Y GALICIA: UNA SITUACIÓN DE NECESIDAD. 1. Una emergencia sobrevenida de dimensiones extraordinarias e inesperadas: la necesidad como justificación de la suspensión. 2. ¿Qué significa “dejar sin efecto” la convocatoria electoral? La suspensión como anulación de la convocatoria de elecciones. 3. Disolución de la Cámara y convocatoria electoral como actos inescindibles: ¿suspensión de las elecciones o derogación del decreto de disolución y convocatoria electoral?
- II. LA SUSPENSIÓN DE LAS ELECCIONES AL PARLAMENT Y SU ANULACIÓN JUDICIAL. 1. Las singulares circunstancias de una convocatoria electoral *ex lege*. 2. La ausencia de cobertura normativa para la suspensión de las elecciones entre legislación electoral y normativa reguladora de la situación de emergencia. 3. Ausencia de una situación de necesidad. 4. Anulación del decreto de suspensión de las elecciones al Parlament: ¿una decisión bien fundamentada?

BIBLIOGRAFÍA.

I. PANDEMIA Y SUSPENSIÓN DE LAS ELECCIONES EN EUSKADI Y GALICIA: UNA SITUACIÓN DE NECESIDAD

1. UNA EMERGENCIA SOBREVENIDA DE DIMENSIONES EXTRAORDINARIAS E INESPERADAS: LA NECESIDAD COMO JUSTIFICACIÓN DE LA SUSPENSIÓN

En febrero de 2020, los presidentes de las CCAA del País Vasco y de Galicia procedieron a disolver anticipadamente sus respectivos Parlamentos, convocando elecciones, de forma coincidente, para el 5 de abril (Decreto 2/2020, de 10 de febrero, del Lehendakari y Decreto 12/2020, de 10 de febrero, respectivamente). Un mes después de la convocatoria, el 11 de marzo, la OMS declaró la existencia de una pandemia mundial por la COVID-19. El 14 de marzo el Gobierno declaraba el estado de alarma (Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo) (Álvarez García, 2021: 39 y ss.). Faltaban tres semanas para la fecha de votación en las dos CCAA. Aunque el estado de alarma tenía, inicialmente, una duración de quince días, tal y como establece la Constitución, era evidente que iba a ser necesario prorrogarlo, como efectivamente ocurrió; el estado de alarma finalizó, en esta primera ocasión, el 21 de junio². Así, en la fecha en que debían realizarse las votaciones el estado de alarma estaba vigente, con la pandemia en plena expansión.

La realización de las elecciones en las dos CCAA resultaba profundamente afectada por una situación inédita y sorpresiva, con unas características inimaginables hasta ese momento, que sumió en el desconcierto a los poderes públicos como consecuencia de la gravedad de la pandemia y sus efectos en la salud, con un crecimiento exponencial de las muertes de personas, en España y en todo el mundo. En el ámbito científico existía desconocimiento sobre la forma más adecuada para controlar la expansión de los contagios y el imparable incremento de los fallecimientos de personas. Estas circunstancias llevaron al establecimiento de medidas muy severas de restricción de la libertad de circulación de las personas en el espacio público, que supusieron un confinamiento domiciliario considerablemente estricto del conjunto de la población, especialmente durante el “permiso obligatorio retribuido recuperable” entre el 20 de marzo y el 9 de abril (Real Decreto-Ley 10/2020, de 29 de marzo). En estas condiciones, los presidentes de las CCAA del País Vasco y de Galicia procedieron a “dejar sin efecto” la convocatoria de elecciones a sus respectivos Parlamentos (Decreto 7/2020, de 17 de marzo, del Lehendakari; Decreto 45/2020, de 18 de marzo) (Cebrián

² El estado de alarma fue prorrogado, de forma sucesiva, por nuevos periodos de quince días: el RD 476/2020, de 27 de marzo, lo prorrogó hasta el 12 de abril, el RD 487/2020, de 10 de abril, hasta el 26 de abril; el RD 492/2020, de 24 de abril, hasta el 10 de mayo; el RD 514/2020, de 8 de mayo, hasta el 24 de mayo. Aunque en este último decreto de prórroga se introdujo el procedimiento de desescalada, el estado de alarma conoció dos sucesivas prórrogas más (RD 537/2020, de 22 de mayo, que lo prorrogó hasta el 7 de junio, y el RD 555/2020, de 5 de junio, que lo prorrogó hasta el 21 de junio).

Zazurca, 2020: 3 y ss.; Sánchez Muñoz, 2021: 253 y ss.; Fernández Esquer, 2021: 4 y ss.; Cebrián Zazurca, 2021).

La situación descrita era, desde el punto de vista material, realmente excepcional: el proceso electoral estaba ya en marcha; el problema de salud pública era de extrema gravedad; la incertidumbre sobre la forma de enfrentarse a la expansión de los contagios, igualmente extrema; las medidas legales de emergencia imponían unas restricciones a la circulación de personas en el espacio público y a su concentración en cualquier lugar que impedian la realización de actividades esenciales del proceso electoral, muy destacadamente, el acto de votación presencial; no había tiempo disponible para analizar la viabilidad de medidas que permitiesen compaginar aquellas medidas de restricción y la realización, con suficientes garantías, de los actos del proceso electoral, sin poner en riesgo la salud de las personas y el control de la expansión de los contagios.

Desde el punto de vista jurídico, la situación era, igualmente, inédita. Tras más de un año de pandemia es evidente que las leyes fueron superadas por la realidad (Sáenz Royo, 2021; Ibarra Robles y López Basaguren, 2021). Es el caso, en lo que ahora nos ocupa, de la legislación electoral.

En estas condiciones, parecía lógico plantearse la posibilidad de la suspensión del proceso electoral. Lo que ocurre es que la legislación electoral no contiene ninguna previsión relativa a esa posibilidad una vez que las elecciones ya han sido convocadas.

En una regulación legal tan precisa como la relativa al régimen electoral, cuyo objetivo principal consiste en garantizar que las elecciones se realicen en el plazo más corto posible, dentro de la salvaguarda de los plazos necesarios para que cada acción del proceso se realice de forma adecuada, a los efectos de que el Parlamento vuelva a estar plenamente operativo³, no puede sorprender la ausencia de una previsión que permita suspender el proceso una vez realizada la convocatoria de las elecciones. El legislador impone plazos imperativos, perentorios, indisponibles⁴. La ausencia de previsión sobre la posibilidad de suspensión de un proceso electoral una vez convocado no es una laguna legal, no es un olvido del legislador, sino una exclusión consciente, por ser una hipótesis incompatible con la finalidad de la regulación del proceso elec-

3 En este sentido, en la STC 67/1987, FJ 2º –reiterada, entre otras, en la STC 73/1995 y en la STC 93/1999, de 27 de mayo– se afirma que “el proceso electoral es, por su propia naturaleza, un procedimiento extremadamente rápido, con plazos perentorios en todas sus fases y tanto en su vertiente administrativa como en los recursos jurisdiccionales que se establecen para el control de la regularidad de todo el proceso (...) requiere en todos los participantes una extremada diligencia” a los efectos de salvaguardar el derecho establecido en el art. 23 de la Constitución.

4 Esto es especialmente estricto, precisamente, en relación a la convocatoria de las elecciones parlamentarias, tanto respecto a las Cortes Generales como a los Parlamentos de las CCAA, y a los días que deben transcurrir entre la convocatoria y el día de las elecciones. En este sentido, el art. 42 de la LOREG –Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General– es nítido al establecer, en los distintos supuestos de convocatoria de elecciones parlamentarias –disolución anticipada o finalización de la legislatura– el plazo de 54 días entre la convocatoria y el día de las votaciones. Ciertamente, la convocatoria electoral regulada en este artículo “es un acto de singular relevancia”, porque constituye “el punto de referencia de todas las fases del proceso electoral” en un procedimiento integrado por una sucesión de actos con términos y plazos perentorios: cfr. Robles Miguel, C., 2014: 364-365.

toral. La conclusión es clara: de acuerdo con la legislación electoral no es posible la suspensión de un proceso de elecciones parlamentarias una vez que las elecciones han sido convocadas. Conclusión que refuerza el hecho de que sí haya previsión expresa en relación con la realización de un referéndum para el supuesto de que se declarase el estado de excepción o de sitio –pero no el de alarma–, en cuyo caso la convocatoria “quedaría suspendida”, debiendo ser objeto de “nueva convocatoria” (LO 2/1980, de 18 de enero, art. 4) (Cuenca Miranda, 2014: 1803 y ss.).

Tampoco la legislación de emergencia contiene previsión alguna sobre la forma en que la declaración del estado de alarma afecta al desarrollo de las elecciones ya convocadas y, en consecuencia, qué procede hacer en esas circunstancias. Por una parte, la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, reguladora del estado de alarma, no hace referencia alguna a las medidas que pueda adoptar el Gobierno para afrontar una situación como la señalada. Por su parte, el Decreto 463/2020, por el que el Gobierno declaró inicialmente el estado de alarma, tampoco contenía previsión alguna en relación a las elecciones parlamentarias que ya estaban convocadas.

En conclusión, la confluencia de las circunstancias que se han señalado⁵, situó al sistema jurídico ante una situación de necesidad (Sánchez Muñoz, 2021: 262-263), que obligaba a actuar más allá de lo expresamente regulado en las leyes.

La necesidad no es una simple calificación coloquial o informal, sino, también –y es lo que aquí importa– un concepto jurídico con efectos trascendentales. Como ha puesto de relieve el trabajo de referencia en nuestro país sobre el concepto de necesidad en el ámbito jurídico que afecta a la cuestión que se está tratando en estas páginas (Álvarez García, 1996)⁶, la necesidad es un concepto jurídico que legitima la actuación de los poderes públicos más allá de lo estricta y expresamente establecido en las leyes, incluso, con efecto derogatorio sobre lo previsto en ellas, cuando concurren los elementos que lo integran. Es un concepto jurídico indeterminado, ciertamente, que requiere la concurrencia de un elemento fáctico –la existencia de una situación de peligro– y de un elemento jurídico, de carácter teleológico –el fin cuya preservación es considerada como esencial por el sistema jurídico–, siempre que su salvaguarda exija una actuación urgente y exista una insuficiencia de medios jurídicos previstos por el ordenamiento (Álvarez García, 1996: 165 y ss.). El concepto de necesidad así configurado tiene tres importantes efectos jurídicos. En primer lugar, “juega como cláusula de habilitación o de justificación (expresamente positivizada en unos casos, no escrita en otros) de todas aquellas actuaciones de los Poderes Públicos que son im-

5 Es cierto que muy pronto se puso de manifiesto la necesidad de haber procedido a la adecuación de la legislación electoral y la viabilidad de hacer la reforma a tiempo, por el procedimiento de urgencia (ver, en este sentido, la temprana opinión de Presno Linera (2020). En un sentido coincidente, entre otros, Fernández Esquer 2021: 9; Cebrián Zazurca, 2021: 7 y ss.) Pero no es menos cierto el desconcierto que se produjo durante las primeras semanas de vigencia del estado de alarma, cuando la vida pública, incluida la parlamentaria, prácticamente se paralizó.

6 Una exposición sintética del derecho de necesidad, recientemente, en relación con la pandemia, en Álvarez García, V.; Arias Aparicio, F. y Hernández Díez, E., 2020: 25-40.

prescindibles para que puedan realizar efectivamente los fines esenciales que tienen encomendados en todo tipo de circunstancias, y ello con independencia de que la necesidad opere como complemento del principio de legalidad en sentido estricto (es decir, formal o al menos positivizado) o bien como elemento integrante del principio de juridicidad (o principio de legalidad entendido en sentido amplio)” (Álvarez García, 1996: 306). En segundo lugar, “permite remover todos los obstáculos jurídicos a la actuación de los Poderes Públicos que ofrece el ordenamiento positivo que podríamos calificar de ‘normal’ u ‘ordinario’ vigente en unas coordenadas temporales y espaciales dadas, obstáculos que de no superarse conducirían necesariamente a la imposibilidad absoluta de realizar aquellos fines esenciales o, al menos, a su serio menoscabo”. En tercer lugar, permite “adoptar las medidas imprescindibles, adecuadas y proporcionadas para conectar los concretos binomios fáctico-teleológicos que puedan presentarse en la realidad social en un contexto espacial y temporal determinado”; es decir, permite “la adopción del medio jurídico preciso para la realización de los fines esenciales para la vida ordenada de toda comunidad mínimamente organizada, cualquiera que sea la entidad y la mayor o menor inminencia del peligro que los aceche” (Álvarez García, 1996: 306-307).

En nuestro ordenamiento existen ya previsiones legislativas que pretenden hacer frente a las situaciones de necesidad; es lo que supone, por una parte, la legislación de emergencia, con la regulación de los tres estados establecidos en el art. 116 de la Constitución, así como, por otra, algunas disposiciones de la legislación de salud pública –muy destacadamente, la Ley Orgánica 3/1986, de medidas especiales de salud pública– y la legislación sanitaria. Pero esas regulaciones, como ha puesto en evidencia la actual pandemia, no agotan las posibilidades hipotéticas de situaciones de necesidad, por lo que es perfectamente posible que se produzcan situaciones de necesidad que no estén contempladas en la mencionada legislación.

En la realización de las elecciones a las Cámaras parlamentarias en el País Vasco y en Galicia concurría, ciertamente, una situación evidente de peligro de salud pública, cuya realización entraría en confrontación con las medidas de restricción establecidas para tratar de controlar la pandemia; existía un fin fundamental a salvaguardar –la salud pública y el derecho fundamental a la participación política en la elección de la institución representativa básica del sistema político de la CA–; concurría la urgencia en la actuación requerida –el proceso electoral ya estaba en marcha y faltaban pocos días para la jornada de votación–; y, finalmente, las leyes no tenían previstos los medios jurídicos necesarios para afrontar la situación ni había tiempo material suficiente, de forma razonable, para establecerlos⁷. La suspensión de las elecciones

7 Las medidas que se fueron adoptando pronto se manifestaron absolutamente insuficientes para garantizar esa compatibilidad. Como se indica en los dos decretos de suspensión de las elecciones, los poderes públicos de cada respectiva CA habían adoptado determinadas medidas de seguridad sanitaria en relación con los actos electorales, pero inmediatamente se puso de manifiesto que esas medidas eran claramente

estuvo, por tanto, amparada por la concurrencia de una situación de necesidad, en sentido jurídico, que avalaba la adopción urgente de la medida necesaria para salvaguardar el ejercicio en condiciones suficientemente adecuadas del derecho a la participación política respecto a la institución central del sistema político sin poner en peligro la salud pública (Presno Linera, 2021)⁸. Además, en el momento en que se adoptó, la suspensión de las elecciones fue proporcional a la situación y se adoptó con gran prudencia y respaldo⁹. Y fue adoptada por el órgano que debía asumir la responsabilidad de la suspensión; es decir, el presidente de la CA, quien las había convocado¹⁰.

Lo que, por el contrario, resulta sorprendente es que se dejase la apertura del nuevo proceso electoral a las circunstancias de desarrollo de la pandemia, exclusivamente, sin asumir una actitud activa respecto a la adecuación urgente de la normativa electoral, para articular formas de desarrollo del proceso electoral que, incluso en situación de pandemia, permitiese realizar las elecciones con garantías suficientes para la salud pública, en general, e individual de quienes participasen en el proceso, en particular. Una falta de iniciativa para adecuar la normativa electoral que, sorprendentemente, persiste en la actualidad.

2. ¿QUÉ SIGNIFICA “DEJAR SIN EFECTO” LA CONVOCATORIA ELECTORAL? LA SUSPENSIÓN COMO ANULACIÓN DE LA CONVOCATORIA DE ELECCIONES

Lo primero que llama la atención en los decretos del País Vasco y de Galicia es la terminología utilizada para calificar el significado de la decisión relativa a las elecciones

insuficientes para garantizar la realización de las elecciones sin poner en serio riesgo la expansión de la pandemia con el incremento de los contagios y, en consecuencia, la salud pública, de forma general, y la de las personas individuales, en particular.

- 8 Este autor afirma que “estas medidas (la suspensión de las elecciones vascas y gallegas) carecían de fundamento jurídico adecuado, pues no existía una habilitación legal y no es convincente sostener que siendo elecciones anticipadas convocadas ‘voluntariamente’ quien había convocado podía luego aplazar: una facultad no implica la otra y una vez convocadas unas elecciones no puede quedar, salvo causa legalmente justificada, a voluntad del convocante su celebración o no”; aunque su argumentación parecía llevarle a rechazar que la suspensión fuese ajustada a Derecho, concluye afirmando que “otra cosa es que, efectivamente, era impensable celebrar unas elecciones en dichas circunstancias”.
- 9 La suspensión de las elecciones se realizó recabando el acuerdo de todos los partidos políticos con representación parlamentaria. Además, se dio audiencia a la respectiva Junta Electoral; en uno y otro caso, respaldaron la propuesta de suspensión de las elecciones y la autoridad del presidente de la CA para decretarla. Vid., respectivamente, Junta Electoral del País Vasco, 2020, y Junta Electoral de Galicia, 2020.
- 10 Se ha sostenido que la suspensión debió ser asumida por la correspondiente Junta Electoral (Castellá Andreu, 2020). Considero que, dadas las circunstancias, fue prudente dar audiencia a las respectivas Juntas Electorales. Y los argumentos de este autor en defensa de su tesis no son irrelevantes. Pero las competencias de las Juntas se materializan *en el interior* del proceso electoral, una vez convocado, sin incidencia alguna en la decisión de iniciarlo, mediante la correspondiente convocatoria; se trata, por otra parte, de un órgano de *administración electoral*, mientras que la consideración sobre la concurrencia de una situación de necesidad y lo que se requiere para hacerla frente es una decisión de naturaleza política, que debe ser asumida por quien tiene esa responsabilidad. La propia Junta Electoral Central (2021) se consideró incompetente en relación con el decreto de suspensión de las elecciones al Parlamento de Cataluña. Por el contrario, la intervención de las Juntas Electorales respectivas de las CCAA era trascendental para adaptar la realización de determinados actos del proceso electoral de forma adecuada, teniendo en cuenta las condiciones que imponía la pandemia, como, muy destacadamente, la emisión del voto por correo, del voto de personas contagiadas o enfermas o del mismo voto presencial.

nes ya convocadas. En ambos, de forma coincidente, se utiliza la expresión “dejar sin efecto la celebración de las elecciones”. Una expresión sin duda sorprendente, en la medida en que no deja claro cuál es el contenido de la decisión: ¿una “suspensión” del proceso electoral –que se reanudaría, cuando se diesen las condiciones adecuadas, en el momento del *iter* en que se había paralizado– o una “anulación” del proceso electoral, en toda su integridad, debiendo procederse, en su momento, a una nueva convocatoria de las elecciones?

Ciertamente, enseguida se aclaró que “dejar sin efecto la celebración de las elecciones” significaba poner fin al procedimiento de forma íntegra, debiendo, en su momento, procederse a una nueva convocatoria, desde el inicio¹¹; pero llama la atención que esa cuestión no se precisase claramente en los propios decretos, utilizando una terminología clara y jurídicamente precisa, sin ambigüedades, que no diese lugar a las dudas que planteó¹².

Es cierto que el término “suspensión” plantea el problema de su significado, a la luz de lo que, con carácter general, significa ese término, especialmente en el ámbito procedimental, como una paralización temporal del procedimiento para su posterior reanudación desde el trámite en el que se paralizó¹³. Pero no es menos cierto que el propio legislador ha utilizado el término “suspensión” en el sentido de “anulación” del procedimiento precisamente en una cuestión muy cercana a la que nos ocupa en estas páginas. Es lo que expresa el art. 4 LOR, ya citado, en cuyo apartado 1 se establece expresamente que si en la fecha de la declaración de alguno de los estados de emergencia allí señalados (excepción y sitio) estuviere convocado un referéndum, “quedará *suspendida* su celebración, que deberá ser objeto de nueva convocatoria” (énfasis añadido) (Cuenca Miranda, 2014: 1806-1807). Con independencia de las dudas que pueda plantear el significado del término “suspensión”, no cabe ninguna duda sobre el significado de la regulación legal, cuando queda precisada en estos tér-

11 A ello se refiere con claridad la Junta Electoral del País Vasco, 2020, y, de forma implícita, la Junta Electoral de Galicia, 2020. La Junta Electoral del País Vasco mantiene esa postura haciendo referencia al *Informe jurídico a los partidos políticos sobre la gestión de la convocatoria electoral 2020 al Parlamento Vasco y el contexto actual de la crisis de salud pública*, de 17 de marzo de 2020, realizado por el Servicio Jurídico Central del Gobierno Vasco, suscrito por el viceconsejero de Régimen Jurídico; informe que, sorprendentemente, es de la misma fecha que el decreto que “deja sin efecto” las elecciones del País Vasco. Si los servicios jurídicos del Gobierno tenían claro de qué se trataba, ¿por qué no se dejó claro en el decreto?

12 En cualquier caso, en un procedimiento como el electoral, en el que el carácter estricto de la duración del proceso en su conjunto y, consiguientemente, el carácter perentorio de los plazos entre los diferentes actos que lo integran es tan sustancial, la única solución idónea es la de anular el proceso volviendo a iniciarlo desde el principio, en su integridad, porque puede producirse una alteración de las circunstancias que afecten a la limpieza o imparcialidad de todo el proceso.

13 Esto es lo que pone de relieve el *Informe* realizado por el Servicio Jurídico Central del Gobierno Vasco, *cit.*, que, en respuesta a la cuestión de si “dejar sin efecto” supone suspender el proceso ya iniciado, con posibilidad de reiniciarlo con posterioridad, o significa anular la convocatoria obligando a iniciar una nueva, responde que esa expresión “no supone suspender el proceso ya iniciado. Significa, efectivamente, anular la convocatoria con la obligación de convocar una nueva, en aplicación de las facultades que otorga el artículo 46 de la Ley de elecciones al Parlamento Vasco”. En el mismo sentido, sobre la problemática utilización del término “suspensión” en el art. 4 LOR, *vid.* Cuenca Miranda, A., 2014: 1807.

minos¹⁴. Los decretos que “dejan sin efecto” las respectivas convocatorias electorales podían, perfectamente, haber seguido este modelo, con lo que se hubiese disipado cualquier duda sobre el significado de la decisión.

3. DISOLUCIÓN DE LA CÁMARA Y CONVOCATORIA ELECTORAL COMO ACTOS INESCINDIBLES: ¿SUSPENSIÓN DE LAS ELECCIONES O DEROGACIÓN DEL DECRETO DE DISOLUCIÓN Y CONVOCATORIA ELECTORAL?

En relación con la suspensión de las elecciones en el País Vasco y en Galicia hay, en todo caso –en lo que se refiere estrictamente a las cuestiones que se pretenden analizar en estas páginas¹⁵–, una cuestión que plantea, a mi juicio, problemas de gran importancia. Se trata del hecho de que los dos decretos de suspensión de las elecciones convierten la potestad del presidente de la CA para convocar las elecciones al Parlamento de la misma en una facultad autónoma, desvinculada de su potestad para disolver anticipadamente la Cámara; una disociación que tiene, muy especialmente en un sistema parlamentario de gobierno, consecuencias de enorme trascendencia.

En los sistemas parlamentarios la facultad para convocar elecciones por parte de quien encabeza el Gobierno no es una facultad *per se*, de carácter autónomo o de carácter primario, sino una facultad derivada respecto a la finalización de la legislatura, ya sea de forma automática, por haber expirado el mandato de sus miembros, o se produzca como consecuencia de una disolución anticipada¹⁶. La finalización de la

14 El *Informe* del Servicio Jurídico Central del Gobierno Vasco, *cit.*, señala que “(t)anto ‘suspender’ como ‘aplazar’ las elecciones constituyen expresiones con un grado importante de vaguedad, pues conducen al problema de interpretar cuáles de los elementos propios de la convocatoria están fijados ya, y son inamovibles, y cuáles no. La incertidumbre e indefinición del término final del hipotético aplazamiento o suspensión afectaría tanto al propio cuerpo electoral llamado a las urnas, como a las candidaturas proclamadas”. Concluye afirmando que “(d)ada la imposibilidad de identificar y regular en detalle la afección que surge tras la consideración de unos y otros elementos, lo más garantista es no utilizar la mecánica que supondrían expresiones como aplazar o suspender cuando existe una nueva convocatoria, es decir, una nueva realidad que no puede reflejar un mero aplazamiento o suspensión de la convocatoria originalmente expedida sujeta a reanudación con conservación de los actos previos. En las circunstancias actuales y ante la incertidumbre de cuándo pudiera darse por terminada la crisis sanitaria, esta resulta la única forma de garantizar a la ciudadanía y a los partidos, coaliciones o agrupaciones de electores la participación y el ejercicio del derecho de sufragio en igualdad de condiciones y oportunidades”. Como se ha señalado en el texto, todas estas disquisiciones no hubiesen sido necesarias si se hubiese seguido el modelo de la LO de distintas modalidades de referéndum o, alternativamente, cualquier otra opción que expresase con nitidez el significado y consecuencias de la decisión adoptada por el presidente de la CA.

15 No se entrará en estas páginas a analizar otras cuestiones realmente importantes, como, muy destacadamente, la decisión de impedir el voto a las personas contagiadas por la COVID-19, cuestión realmente alarmante, que debe ser resuelta mediante la articulación de formas seguras de emisión del voto por las personas afectadas.

16 Sobre la disolución de las Cámaras parlamentarias, *uid.*, en nuestra literatura, Bar Cendón, A., 1989. No hay que olvidar que, aunque tradicionalmente se ha considerado que la facultad de disolución es consustancial al sistema parlamentario, especialmente por influjo del modelo británico, la Constitución alemana –*Grundgesetz*– no contempla la facultad de la disolución anticipada, salvo en los supuestos en que el presidente decida, por una parte, disolver el *Bundestag* en el supuesto de elección del canciller por mayoría simple –y no absoluta– (art. 63.4 *Grundgesetz*) o, por otra, en el caso de rechazo de la moción de confianza, en el que la Constitución deja capacidad de reacción del *Bundestag*, que puede hacer decaer la decisión del presidente de disolver la Cámara si antes de expirar el plazo de veintiún días nombra a otra persona como canciller (art. 68.1 *Grundgesetz*) (Fernández Segado, 1998: 165-166). Paradójicamente, es llamativo que en el sistema británico la *Fixed-term Parliaments Act 2011* excluyó la capacidad del primer ministro de disolver anticipadamente la Cámara de los Comunes en la medida en que, salvo la pérdida de confianza del Gobierno por parte de la Cámara, la disolución anticipada requiere la previa aprobación de la Cámara de los Comunes

legislatura es, por tanto, el presupuesto necesario de la facultad para convocar elecciones; una convocatoria que, por su parte, es consecuencia obligada de la disolución, dentro de estrictos términos temporales. La facultad para convocar elecciones es, así, la “consecuencia lógica” de la disolución de la Cámara parlamentaria, a la que está unida indisolublemente (Bar Cendón, 1989: 246; Santaolalla López, 2018: 625-626). Pero, además, se trata de una facultad de ejercicio obligado, sobre la que solo existe capacidad de decisión respecto al plazo establecido en el art. 68.6 de la Constitución –o en las correspondientes disposiciones de las CCAA¹⁷–: “la disolución conduce a un necesario pronunciamiento del cuerpo electoral, dentro de los plazos constitucionalmente previstos” (Fernández Segado, 1998: 193). El vínculo inescindible entre la finalización de la legislatura y la realización de las elecciones dentro de un plazo estricto está, así, impuesto expresamente por la Constitución, que “anuda” el ejercicio de una y otra facultad, de forma que ambas deben materializarse en el mismo decreto (Robles Miguel, 2014: 366-367). La realización de nuevas elecciones es “parte de la verdadera esencia de la disolución, que, para que cumplan verdaderamente su papel (...) deben ser inmediatas y libres y, desde luego, deben resultar en la también inmediata reunión de las nuevas Cámaras” (Bar Cendón, 1989)¹⁸.

Los estrictos límites en los que se mueve la facultad de convocatoria de elecciones y su carácter subordinado a la finalización de la legislatura es manifiesto en el supuesto de la disolución de la Cámara parlamentaria por finalización natural de la legislatura, cuando expira el mandato de sus miembros. Es lo que se pone de relieve en el art. 68.6 de la Constitución, en el que se establece que las elecciones tendrán lugar entre los treinta días y sesenta días desde la terminación del mandato. Pero la misma subordinación existe en el supuesto de la disolución anticipada de la Cámara parlamentaria, por decisión de quien encabeza el ejecutivo. El art. 115.1 de la Constitución, que reconoce su facultad para disolver anticipadamente el Congreso, poniendo fin a la legislatura en esa Cámara, establece la obligación de que el decreto de disolución de la Cámara parlamentaria fije la fecha de las elecciones (Santaolalla López, 2018: 625-626); disposición

por mayoría de 2/3 (incluidos los escaños vacantes) (sec. 2). En cualquier caso, en diciembre de 2020 el Gobierno presentó un proyecto (*Bill*) de derogación de esta ley –que se sumaba a otras iniciativas parlamentarias (*Private Bills*) en el mismo sentido–, para recuperar la plena capacidad de disolver la Cámara de los Comunes con la libertad que era tradicional. Un comité conjunto de las dos Cámaras elaboró un informe (UK Parliament Joint Committee on the Fixed-term Parliaments Act, 2021) por el que considera que, aun siendo asumible la pretensión del Gobierno, este debe clarificar distintos aspectos antes de procederse a su tramitación parlamentaria. Una primera aproximación a esta cuestión puede verse en Kelly, 2021; Elliot, 2020; Young, 2020.

17 En lo que se refiere a las dos CCAA que son objeto de atención en estas líneas, la regulación relativa al País Vasco se contiene, por una parte, en la Ley 5/1990, de 15 de junio, de Elecciones al Parlamento Vasco, art. 46.3, relativo al supuesto de finalización ordinaria de la legislatura, y, en el supuesto de disolución anticipada, en la Ley 7/1981, de 30 de junio, de Gobierno, art. 51; en ambas, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 42 LOREG, se establece el día de votación en el quincuagésimo cuarto día posterior a la publicación de la convocatoria. Por lo que se refiere a Galicia, la cuestión está regulada en la Ley 8 /1985, de 13 de agosto, de elecciones al Parlamento de Galicia, art. 12, en el que se establece que la votación se realizará “entre el quincuagésimo cuarto y el sexagésimo día posterior a la convocatoria”.

18 Precisamente, en el establecimiento de plazos perentorios en el desarrollo del proceso electoral, desde la convocatoria a la sesión constitutiva de la Cámara en su nueva composición, se ha visto una expresión de la continuidad de la institución parlamentaria: cfr. Santolaya Machetti, P., 2018: 57.

que debe integrarse con lo dispuesto en el art. 68.6 de la Constitución, citado en este mismo párrafo, tal y como se deduce de los debates parlamentarios (Fernández Segado, 1998: 187-188). Este es el supuesto ante el que nos encontramos en la suspensión de las elecciones en el País Vasco y en Galicia.

Como resalta Santaolalla López (2018: 625-626), el fin adelantado de la legislatura “va aparejado a la elección de un nuevo Parlamento, ya que en otro caso implicaría la abolición pura y simple de la institución y la propia existencia del Estado democrático” (Santaolalla López, 2018: 622; Santaolalla López, 2005: 101).

Si, con carácter general, la facultad de convocar elecciones aparece vinculada, de forma subordinada y dentro de estrictos límites, a la finalización de la legislatura, esta vinculación debe serlo con mayor razón en el supuesto de disolución anticipada de la Cámara pues, como es notorio, estamos ante un instrumento extraordinariamente poderoso en manos de la mayoría gubernamental en su relación dialéctica con la oposición parlamentaria (Santaolalla López, 2018: 623)¹⁹. Aunque no hay que excluir que, ocasionalmente, pueda cumplir las funciones que se le atribuían tradicionalmente –como forzar la colaboración con el ejecutivo de un Parlamento reticente, entre otras–, en la actualidad el instituto de la disolución parlamentaria anticipada se ha convertido, sobre todo, en la capacidad de quien preside el Gobierno de convocar las elecciones en el momento que considera políticamente más propicio para su partido (Fernández Segado, 1998: 180-181). Esta instrumentalización política de la disolución anticipada refuerza su obligada vinculación inescindible a la convocatoria electoral, sin solución de continuidad²⁰.

El sentido de esta configuración de la facultad de convocar elecciones parlamentarias por parte de quien preside el Gobierno tiene la finalidad de limitar de forma absolutamente estricta el periodo en el que la Cámara parlamentaria no puede desempeñar sus facultades de forma plena por haber sido disuelta, cualquiera que sea el motivo que haya llevado a ello. Es decir, se trata de garantizar que la ausencia en el sistema institucional de un Parlamento plenamente capaz se limite al tiempo indispensable para la renovación de sus miembros mediante la realización de las elecciones en condiciones idóneas. Ello es así porque, como se sabe, una vez disuelta la Cámara, la intervención

19 Como señala Robles Miguel, (2014: 365), una y otra facultad están “indisolublemente unidas” con el fin de “mantener el delicado equilibrio que deben guardar las relaciones entre los poderes ejecutivo y legislativo (...) Por eso, la disolución de las Cámaras lleva aparejada la de convocatoria inmediata de un proceso electoral para renovar las Cámaras disueltas”; autora que, citando literalmente a Cazorla Prieto, afirma que la convocatoria electoral afecta “al núcleo esencial de la organización, equilibrio y relación entre el legislativo y el ejecutivo como poderes del Estado”.

20 Esta utilización por parte del primer ministro de la facultad de disolución anticipada para fijar las elecciones en el momento más propicio para su partido es lo que llevó al Parlamento del Reino Unido a aprobar la *Fixed-term Parliaments Act 2011*, quitando al primer ministro esa facultad. Tiene interés, en este sentido, que una de las exigencias al gobierno que el comité conjunto del Parlamento británico expresa en su informe sobre la derogación de la *Fixed-term Parliaments Act 2011* –UK Parliament. Joint Committee on the Fixed-term Parliaments Act, 2021– es la de que se asegure que la convocatoria de las elecciones se realice al mismo tiempo o inmediatamente después de la disolución (para. 26 de las “Conclusions and Recommendations”); lo que es especialmente significativo, teniendo en cuenta el corto periodo que media en el Reino Unido entre la disolución y la celebración de las elecciones: veinticinco días laborables.

del Parlamento en el funcionamiento del sistema institucional queda sustancialmente limitada, tanto se haya optado por el instituto de la *prorogatio* del mandato de la Cámara, en su integridad, hasta la sesión constitutiva de la Cámara en su nueva composición, tras las elecciones (Pisaneschi, 1993: 39 y ss.; Manzella, 1977: 58 y ss.; Guillén López, 2002: 41 y ss.; Santaolalla López, 2005: 112 y ss.), como en la tradición española –trasladada miméticamente a las CCAA–, de la Diputación Permanente en cada Cámara, órgano que garantiza la continuidad de la institución parlamentaria (Santaolalla López, 2019: 215-216; Bar Cendón, 1989: 250 y ss.). En este sentido, en lo que interesa en relación al objeto de estas páginas, la Diputación Permanente queda investida de una facultad genérica de “velar por los poderes” de la Cámara, que ha sido entendida como la facultad para actuar en orden a la salvaguarda del equilibrio de poderes entre Parlamento y Gobierno, centrada, muy significativamente, en la defensa de su posición constitucional y en la garantía del equilibrio de poderes propio del sistema parlamentario de gobierno (Guillén López, 2002: 192 y ss.; Santaolalla López, 2019: 222 y ss.; Alonso de Antonio, 1992: 160 y ss.)²¹. Facultades, por tanto, limitadas, que impiden el ejercicio de las funciones parlamentarias típicas más trascendentales, como, muy significativamente, la función legislativa o la aprobación de los presupuestos, de forma que a ese órgano de continuidad le queda sustraído “lo que constituye el marco constitucional” del Parlamento (Santaolalla López, 2019: 218; Bar Cendón, 1989: 257-258).

Esta situación de una Cámara limitada en sus poderes solo es aceptable en los estrictos límites temporales en que, de acuerdo con la Constitución, se puede extender, como máximo, el desarrollo del proceso electoral. Es decir, un periodo corto, estrictamente limitado y aceptable únicamente por su carácter ineludible, dada la peculiar situación de una Cámara cuya renovación está ya sometida a la decisión de la ciudadanía y mientras las fuerzas políticas están ya en plena confrontación electoral para lograr el voto.

El carácter inescindible de la relación entre la facultad para disolver el Parlamento y la facultad para convocar elecciones y el obligado ejercicio de esta segunda facultad cuando se ejerce aquella es, por tanto, un principio general de los sistemas parlamentarios de gobierno que reconocen la facultad de disolución anticipada.

Hasta tal punto es inderogable la presencia de la institución parlamentaria con plenitud de facultades, con la única y estricta salvedad del periodo indicado, que las Constituciones que reconocen de forma general la facultad de disolver el Parlamento prevén limitaciones a esa capacidad cuando tienen lugar situaciones de anormalidad en las que existe peligro de que esa relación inescindible entre disolución y elección

21 Sobre la práctica seguida por las Cámaras parlamentarias se puede ver un panorama completo en el Tudela Aranda (2020a) y, dentro de él, Iturbe Mach (2020) en relación a la práctica seguida en el Parlamento Vasco, y Sarmiento Méndez (2020) en lo relativo a la práctica seguida en el Parlamento de Galicia, así como las críticas reflexiones generales en relación con las respuestas de las Cámaras parlamentarias realizadas por Tudela Aranda (2020b), de gran interés. Asimismo, vid. el número monográfico dedicado a esta cuestión en *Corts: Anuario de Derecho Parlamentario*, 34, 2021 y, dentro de él, Sarmiento Méndez (2021).

pueda verse alterada; incluso, se prevén excepciones a la finalización natural de la legislatura, para garantizar el mantenimiento del Parlamento de forma plenamente activa. Limitaciones y excepciones que ponen de relieve la importancia crucial del principio de la permanencia parlamentaria en los términos señalados.

Esto es lo que pone de manifiesto, precisamente, la Constitución española. Por una parte, el carácter estrictamente limitado temporalmente de un Parlamento capitidisminuido en sus facultades se pone de relieve en el establecimiento –art. 116.5– de la imposibilidad de disolver el Congreso mientras esté vigente alguno de los estados de emergencia regulados en el mismo artículo (alarma, excepción o sitio). Aunque la Constitución solo se refiere de forma expresa al Congreso al establecer esa prohibición de disolución de la Cámara, sin mención alguna al Senado, la doctrina jurídica entiende, de forma generalizada, que la imposibilidad de disolución afecta a las dos Cámaras de las Cortes Generales, en la medida en que, inmediatamente a continuación, se establece que “las Cámaras” quedarán automáticamente convocadas si no estuvieran en periodo de sesiones, lo que incluye al Senado. Una interpretación que se refuerza al disponer, en el mismo apartado que “su funcionamiento” –de ambas Cámaras– no podrá interrumpirse durante la vigencia de los estados de emergencia (Cruz Villalón, 1984: 132).

La prohibición de disolución anticipada no solo afecta a la disolución por voluntad del presidente del Gobierno sino que se extiende, igualmente, en la consideración casi unánime de la doctrina (en contra, Bar Cendón, 1989: 240-241), a la disolución anticipada automática establecida en el art. 99.5 de la Constitución, en el supuesto de que el Congreso no sea capaz de elegir presidente del Ejecutivo en el plazo de dos meses desde la primera votación de investidura del candidato propuesto por el Rey (Cruz Villalón, 1984: 132-133). Una aplicación que solo puede asentarse sobre la base de la configuración de la garantía de la pervivencia del Parlamento con plenitud de facultades como un principio general²².

La inderogabilidad de este principio general, con la salvedad señalada, se expresa, finalmente, en la disposición, ya señalada unas líneas más arriba, que impide la interrupción del funcionamiento de las Cámaras –“así como el de los demás poderes constitucionales del Estado”–, durante la vigencia de cualquiera de las situaciones de emergencia. Una disposición que se ha interpretado como establecimiento de una prórroga de la legislatura en el supuesto de que el mandato de sus integrantes expire durante la vigencia de un estado de emergencia, con el objetivo de garantizar la pervivencia del Parlamento con plenitud de funciones.

22 Desde el punto de vista lógico, la argumentación de Bar Cendón (1989) al sostener la postura negativa a esa extensión es impecable, al diferenciar la disolución voluntaria de la involuntaria y sus consecuencias. Pero la disolución del art. 99.5 de la Constitución daría lugar a un Gobierno en plenitud de facultades frente a un Parlamento limitado en sus facultades cuando el presupuesto de la disolución concurre con posterioridad a la entrada en vigor del estado de emergencia; es decir, cuando todavía no está en marcha el proceso electoral, frente a lo que ocurre cuando la declaración del estado de emergencia es posterior a la disolución.

Esta es, ciertamente, una interpretación controvertida. En su temprana incursión en el estudio de los estados excepcionales, Cruz Villalón (1984: 133) mantuvo una opinión contraria a la posibilidad de la prórroga de la legislatura en el supuesto de expiración del mandato mientras estuviese en vigor alguna de estas situaciones. Aun reconociendo que, en estos supuestos, en el Derecho comparado se suele optar por una prórroga de la legislatura, cuya razón básica es que las circunstancias no permiten unas elecciones libres²³, considera que esa hipótesis debe ser rechazada al no estar expresamente prevista en la Constitución. A su juicio, el constituyente español tuvo que optar entre dos riesgos, prefiriendo asumir el de realizar las elecciones en unas condiciones posiblemente inadecuadas, durante la vigencia de un estado de emergencia, antes que asumir el riesgo de dejar en manos de una mayoría parlamentaria la utilización de la prórroga de la legislatura para perpetuarse en el poder (Cruz Villalón, 1984: 133-134; Bar Cendón, 1989: 265)²⁴. Sin embargo, en la doctrina constitucionalista española se ha ido consolidando la interpretación de que el art. 116.5 de la Constitución significa una prórroga de la legislatura en el supuesto de que expire el mandato de las Cámaras mientras está vigente un estado de emergencia (Torres Muro, 2018: 635; Santaolalla López, 2019: 101; Guillén López, 2002: 169 y ss.; Cebrián Zazurca, 2021: 4). Esta interpretación toma como base la importancia trascendental de la plenitud de funciones del Parlamento, muy especialmente en una situación de emergencia, en la que el ejecutivo asume unos poderes extraordinarios de tal importancia que requieren un contrapeso políticamente sólido. Principio que se recogería, precisamente, en la prohibición de que se interrumpa el funcionamiento de las Cámaras.

Esta interpretación se reafirma, en mi opinión, con lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado 5 del artículo 116, en el que se contempla la hipótesis de que habiéndose disuelto el Congreso o expirado su mandato se produjere alguna de las situaciones que dan lugar a cualquiera de los estados de emergencia, supuesto en el que se establece que “las competencias del Congreso las asumirá la Diputación Permanente”. La Constitución, por tanto, solo prevé la existencia de un Parlamento limitado en sus funciones en el supuesto de que la disolución del Congreso o la expiración del man-

23 Es significativo que, por el contrario, Cruz Villalón (1984: 132) considera la falta de idoneidad para celebrar elecciones mientras está vigente un estado excepcional como una razón sólida para sostener la extensión al Senado de la prohibición de disolución anticipada, a pesar de que la Constitución solo se refiere expresamente al Congreso.

24 Esta interpretación pone de relieve algunos aspectos contradictorios en la opción constitucional, como el propio Cruz Villalón reconoce. Este autor, pp. 133-134, considera que la lógica para considerar adecuada o inadecuada la opción por la prórroga de la legislatura es diferente si el estado de emergencia o excepcional es decidido por el Ejecutivo, en cuyo caso ve aconsejable la prórroga de la legislatura, o si lo es por el legislativo –o por el Gobierno con el respaldo de una mayoría parlamentaria–, en cuyo caso considera que hay un riesgo serio de utilización de la declaración del estado de emergencia como instrumento de esa mayoría para perpetuarse en el poder. De su argumentación se desprende que está pensando en supuestos políticamente muy graves, con suspensión de importantes derechos fundamentales; y, probablemente, tiene en mente hechos históricos de tremenda gravedad, en España y en otros países, destacadamente, Alemania. La pandemia de la COVID-19 ha puesto de relieve la necesidad de regular de forma más adecuada los estados de emergencia y sus consecuencias, teniendo en cuenta, de forma singular, situaciones de riesgo para la salud pública como la que ha supuesto la pandemia.

dato de sus miembros sea *anterior* a la implantación del estado de emergencia, pero no en el supuesto de que sea *posterior* a esa implantación. Y ello, porque previamente ha establecido que en ese supuesto no se puede interrumpir el funcionamiento de las Cámaras. En caso contrario, la Constitución habría establecido, igualmente de forma expresa, la asunción de las competencias de la Cámara por la Diputación Permanente también en el caso de que el mandato de sus miembros expirase estando vigente alguno de los estados de emergencia.

¿Cuál es el ámbito de aplicación de estas reglas extraordinarias establecidas en la Constitución, que alteran el desarrollo de la legislatura, tanto en lo que se refiere a la limitación de la facultad de disolución de la Cámara como de la prórroga de legislatura en el supuesto de implantación de alguno de los estados de emergencia? Se trata de unas reglas extraordinarias que no son de aplicación general, sino que afectan, únicamente, a las Cámaras que integran las Cortes Generales. La Constitución en este artículo se refiere, expresamente, a los “poderes constitucionales del Estado”. Es lo lógico, en la medida en que se trata de reglas extraordinarias que se justifican, fundamentalmente, por referirse a unos estados de emergencia cuya declaración corresponde, con unas u otras características en cada uno de ellos, al eje Gobierno-Parlamento del Estado, razón por la que es indispensable garantizar la pervivencia de un Parlamento (del Estado) con plenas facultades²⁵.

Esta cuestión se ha traído a estas páginas en la medida en que pone de relieve hasta qué punto la aplicación del principio general de salvaguarda de un Parlamento con plenitud de facultades –salvo que esté garantizada la renovación de la Cámara dentro de los estrictos límites temporales establecidos en la Constitución y en la normativa electoral que la desarrolla, cuando el proceso ya está en marcha– puede alterar incluso las reglas relativas a la finalización de la legislatura, sea por expiración del mandato de sus miembros o por disolución anticipada.

Tras la exposición que se ha realizado en aras a precisar el carácter inescindible de las facultades de disolución anticipada de la Cámara y de convocatoria de las elecciones para su renovación, así como las consecuencias que se derivan de la existencia de un principio general de conservación de la Cámara parlamentaria con plenitud de facultades, no sorprenderá la conclusión a que aboca respecto al escrutinio de los decretos de suspensión de las elecciones del País Vasco y de Galicia. Ciertamente, como

25 Sobre esto, en todo caso, hay que hacer dos precisiones. En primer lugar, con carácter general, eso es así mientras los Estatutos de autonomía y la legislación de las respectivas CCAA no regulen expresamente estas situaciones; una regulación que los Estatutos podrían contemplar, adecuándola a sus circunstancias, manteniéndose dentro del marco de la Constitución, en la medida en que, frente a lo que en ocasiones se ha entendido, cuando la Constitución regula expresamente una cuestión en relación con una institución del Estado no significa, *per se*, que se trate de una regulación reservada al Estado, excluyendo su incorporación al sistema institucional de las CCAA: vid., en este sentido, López Basaguren (2011). En segundo lugar, considero que si, en una situación similar de necesidad, se hubiese producido la expiración del mandato de los miembros de la Cámara, siendo impracticable la realización de elecciones, esa situación de necesidad legitimaba –e imponía– la prórroga de la legislatura hasta el momento en que se pudiesen convocar las elecciones cuando la situación de salud pública permitiera realizar las elecciones de forma efectiva en los plazos perentorios establecidos en la legislación electoral.

se ha expuesto en estas páginas, no hay duda de que se dictaron en una situación de necesidad que justificaba la anulación de las elecciones, por las especiales circunstancias que concurrían. Pero no podían anular la convocatoria de las elecciones de forma autónoma respecto a la disolución de la Cámara. El decreto de disolución y convocatoria electoral constituye una unidad inescindible. Por ello, lo que correspondía era derogar, en su integridad, el correspondiente decreto, “dejando sin efecto” tanto la convocatoria de elecciones como la disolución de la Cámara, lo que tenía que haber tenido el efecto de restablecer la legislatura, que había sido objeto de finalización anticipada.

Ciertamente, puede parecer sorprendente la reapertura de una legislatura que ha sido ya cerrada, sobre lo que, obviamente, no existe previsión normativa. Pero tampoco existe previsión normativa sobre la anulación de un proceso electoral ya convocado, como sabemos sobradamente. Es, precisamente, una intervención extra legal, que se justifica únicamente por la situación de necesidad que concurre, cuando la salvaguarda de los principios básicos del sistema se convierte en la única guía de actuación capaz de aportar seguridad jurídica en el recorrido que hay que realizar en el territorio exterior a las leyes. Y, en ese sentido, el principio básico fundamental es el de la garantía de la pervivencia de un Parlamento con plenitud de facultades, con la única salvedad que se ha señalado de forma repetida en estas páginas. Hay que tener en cuenta que no se trata, solamente, de la necesidad de que en una situación excepcional el Parlamento realice de forma efectiva el control de la actividad del Gobierno; se trata, aún más, de la imprescindible necesidad de que el Parlamento adecúe las leyes a las exigencias que muestra la realidad cuando, como ha puesto de manifiesto la pandemia, las leyes no fueron capaces de prever las situaciones ante las que la realidad iba a poner a los poderes públicos y a la sociedad; la legislación electoral, que es la que tiene que ver con el objeto de estas páginas, es solo uno de los ejemplos de ese desbordamiento de lo previsto en las leyes y de la necesidad urgente de su adecuación. Es decir, era imprescindible el mantenimiento de un Parlamento plenamente capaz de ejercer la potestad legislativa.

La reapertura de la legislatura no es, frente a la sorpresa que pueda generar, una hipótesis rechazable ni inimaginable. Recientemente, en el Reino Unido se produjo una situación singular de esas características en torno a la decisión del primer ministro Boris Johnson de decretar la *Prorogation of Parliament*, que suponía la finalización de la sesión de las Cámaras²⁶, con el fin de impedir que pudiesen intervenir en el escrutinio

26 La *Prorogation of Parliament* supone la finalización de la sesión parlamentaria –por lo general, de duración anual, pero que puede ser más larga o más corta–, suspendiéndose la tramitación de todos los asuntos, que decaen salvo que expresamente se prevea lo contrario, aunque en la nueva sesión se puede decidir cuáles de ellos se retoman. Suele adoptarse cuando los trabajos de la *Session* están prácticamente concluidos, con el objeto de que el Gobierno prepare el *Queen's Speech* con el que se abre la siguiente *Session* y en el que el Gobierno expone su agenda legislativa para el nuevo periodo de trabajo parlamentario; suele durar unos pocos días. La *Prorogation* provoca un desequilibrio en la relación entre Parlamento y Gobierno, en la medida en que este puede seguir actuando, mediante *Orders in Council*, mientras que el Parlamento está

sobre la retirada del Reino Unido de la UE (*Brexit*)²⁷. En contra de la *Order in Council* por la que se aprobó la *Prorogation* (suspensión) del Parlamento se presentaron sendas demandas ante los tribunales de Escocia²⁸, por una parte, y de Inglaterra y Gales²⁹, por otra. Frente a las decisiones de uno y otro sistema judicial, que concluyeron en sentido diferente, se interpusieron demandas de apelación ante la *Supreme Court* del Reino Unido –UKSC–, que emitió sentencia declarando nula la *Prorogation*³⁰.

La sentencia de la UKSC tiene elementos de interés en relación con el tema que es objeto de análisis en estas páginas. La *Prorogation* del Parlamento es una manifestación de la *Royal Prerogative*, un poder discrecional en manos de la Corona –o sea, del Gobierno–³¹; es decir, una facultad asimilable a la que corresponde en nuestro sistema a la cabeza del ejecutivo para disolver el Parlamento. Frente a lo que sostenían los representantes legales del Gobierno, la *Supreme Court* afirmó el carácter plenamente justiciable del ejercicio de esa *prerogativa*, indicando que su ejercicio es legítimo siempre que, entre otros elementos, no contraríe los principios constitucionales, entre los que destaca,

impedido de actuar. No hay que confundirla con la *Dissolution of Parliament*; pero la *Session* tiene un significado más consistente que los periodos de sesiones de nuestras Cámaras parlamentarias, con los que tampoco se puede identificar. Una sucinta explicación del significado, efectos y práctica de la *Prorogation* puede verse en Cowie (2019). Por su parte, sobre la *Prorogation* de 2019, en torno a la cuestión del *Brexit*, vid. Cowie, & Cygan (2020). Un resumen muy claro de la *Prorogation* puede leerse en la Sentencia de la *Supreme Court* en el asunto *R (Miller) & Cherry* (conocida como *Miller II*), que se cita más abajo, para. 2 a 6; y una minuciosa exposición del desarrollo de la *Prorogation* de 2019, que es objeto de enjuiciamiento en el caso, en los para. 7 a 22.

27 La *Order in Council* fue aprobada el 28 de agosto de 2019 por el *Privy Council* estableciendo “that the Parliament be prorogued on a day no earlier than Monday the 9th day of September and no later than Thursday the 12th day of September 2019 to Monday the 14th day of October 2019 (...)”; lo que suponía la suspensión de las Cámaras durante cinco semanas [La aprobación de la *Order in Council* por el *Privy Council* puede verse en el sitio web de este órgano (<https://privycouncil.independent.gov.uk/orders/orders-in-council/>) Sobre el *Privy Council* puede verse, de forma sintética, Everett (2016)]. Con ello se impedía que las Cámaras se reuniesen tras el receso (*adjournment*) de verano, hasta muy pocos días antes de la fecha de retirada del Reino Unido de la UE, que de acuerdo con la *Regulation European Union (Withdrawal) Act 2018 (Exit Day) (Amendment) (No. 2)*, de 11 de abril (un *Statutory Instrument* o legislación secundaria que, en este caso es una especie de decreto-ley, tramitado de acuerdo con la *Negative Procedure*, que no exige expresa aprobación del Parlamento, salvo que este decida lo contrario dentro del plazo estipulado, generalmente, de cuarenta días), se fijó para el 31 de octubre, a las 11:00 p. m.; la *Prorogation* dejaría, así, quince días para el debate en el Parlamento, con lo que, en la práctica, se creía que no habría tiempo hábil para adoptar ninguna decisión sobre la retirada contraria a la pretensión del Gobierno. Hay que tener en cuenta que durante muchos meses se produjo una auténtica “rebelión” de la Cámara contra el Gobierno en relación con esta cuestión, alterando el protagonismo ordinario del Gobierno en la determinación de los asuntos a tratar en la Cámara, que tiene la iniciativa, tomando los miembros de la Cámara el control del *Order Paper of Business*, situación absolutamente excepcional en el sistema parlamentario británico.

28 Asunto *Cherry v. Advocate General*, planteado ante los tribunales de Escocia, primero ante la *Outer House* de la *Court of Session*, cuya sentencia rechazó la petición, por considerar que la cuestión no era justiciable –[2019] CSOH 70, de 4 de septiembre de 2019– y, posteriormente, en apelación, ante la *Inner House* de la misma *Court of Session*, que, por el contrario, consideró el asunto justiciable y revocó la sentencia de primera instancia –[2019] CSIH 49, de 19 de septiembre de 2019–, declarando que la aprobación de la *Prorogation* “was not a proper exercise of the prerogative power”, por lo que concluía que constituía una actuación *ultra vires*.

29 Asunto *R (Miller) v. Prime Minister* (conocido como *Miller II*), que fue planteado, inicialmente, ante la *Divisional Court (Queen’s Bench Division)* de la *High Court of England and Wales* [asunto: CO/3385/2019; Sentencia de 11 de septiembre de 2019], que rechazó la demanda, considerando que el consejo (*advice*) dado por el primer ministro a la Reina para que procediese a suspender la sesión del Parlamento no era justiciable.

30 Sentencia de la UKSC, asunto *R (Miller) & Cherry*, de 24 de septiembre de 2019 –[2019] UKSC 41, on appeals from [2019] EWHC 2381 (QB) and [2019] CSIH 49–, conocida como *Miller II*.

31 Una exposición sucinta de la *Royal Prerogative* puede verse en Bartlet, & Everett, (2017); ciertamente, entre los poderes de *prerogativa* se incluye tanto la conuocatoria (*Summoning*) como la suspensión (*Proroging*) del Parlamento.

a los efectos del asunto, la capacidad del Parlamento para desempeñar sus funciones constitucionales como legislatura y como órgano responsable del control del ejecutivo; por eso es ilegal una medida si frustra ese cometido sin justificación razonable (*UKSC Ruling in Miller & Cherry, cit.*, para. 50). En ese sentido, la SC afirma que la *Prorogation* es perfectamente compatible con la posición institucional del Parlamento si, como es costumbre, es por un periodo corto; pero “cuanto más se prolongue la situación de suspensión del Parlamento mayor es el riesgo de que un Gobierno responsable sea sustituido por uno incontrolable, lo que es la antítesis del modelo democrático” (*UKSC Ruling in Miller & Cherry, cit.*, para. 50). En lo que interesa en relación con el objeto de estas páginas, hay que destacar que, una vez que el tribunal llega a establecer el carácter ilegal de la *Prorogation* –en concreto, del *Advice* del primer ministro a la Reina para que procediese a la suspensión, que, por *Constitutional Convention* la Reina está obligada a seguir–, la conclusión es inevitable: el Parlamento no ha sido suspendido (*prorogued*), lo que debe ser declarado, a todos los efectos, por el tribunal. Es más, si el Parlamento no ha sido suspendido, corresponde al Parlamento mismo –no al Gobierno– decidir qué es lo que corresponde hacer, sin que proceda que por la Reina se convoque a las Cámaras (*Recall of Parliament*), de acuerdo con la *Meeting of Parliament Act 1797*, dado que el Parlamento no ha decidido el establecimiento de un receso (*adjournment*). Lo que significa que los *Speakers* (presidentes) de las respectivas Cámaras pueden adoptar directamente las medidas que consideren oportunas a los efectos de que cada una de ellas se reúna para decidir el desarrollo de los trabajos parlamentarios a partir de ese momento (*UKSC Ruling in Miller & Cherry, cit.*, para. 70).

Por tanto, la anulación de la decisión que afecta a la capacidad del Parlamento de cumplir sus funciones –es indiferente que sea la disolución o el peculiar instituto británico de la suspensión de la sesión parlamentaria (*Prorogation*)– retrotrae a la situación previa al acto anulado. La misma consecuencia se produce, necesariamente, en el supuesto de derogación de una medida como la disolución anticipada de la Cámara.

En consecuencia, no hay imposibilidad del restablecimiento de la legislatura si se deroga la disolución de la Cámara. Hemos visto que los presidentes del País Vasco y de Galicia no podían proceder a suspender, de forma autónoma, las elecciones cuya convocatoria realizaron como consecuencia de su decisión de disolver anticipadamente la Cámara, sin “suspender”, al mismo tiempo, la disolución anticipada de la Cámara, porque el ejercicio de una y otra facultad está indisolublemente unido. Hacerlo así tuvo como consecuencia que durante más de cinco meses el sistema institucional de una y otra CA funcionó con un Gobierno en plenitud de funciones y un Parlamento limitado, incapaz de ejercer su función como legislatura y con su capacidad de control sobre la actuación del ejecutivo limitada, a través de la Diputación Permanente de la respectiva Cámara. Es decir, se vivió una situación que, utilizando las palabras de la UKSC, se debe calificar como “la antítesis del modelo democrático”. Ello, en una situación que requería un Parlamento no solo plenamente capaz de controlar al ejecutivo sino con

plena capacidad para ejercer la potestad legislativa, con el objetivo urgente de adecuar las leyes en aquellos ámbitos en los que la pandemia puso de manifiesto su incapacidad para imaginar la realidad y sus exigencias; un ejemplo claro –aunque no el único– es, precisamente, el de la normativa electoral, que, tanto por parte del Estado como de las CCAA exigía una importante reforma para hacer posible la realización de elecciones en condiciones adecuadas en un contexto de pandemia.

II. LA SUSPENSIÓN DE LAS ELECCIONES AL PARLAMENT Y SU ANULACIÓN JUDICIAL

Tras la experiencia de la suspensión de las elecciones a los Parlamentos del País Vasco y de Galicia, que se acaba de analizar, casi un año más tarde, se procedió a convocar las elecciones al Parlamento de Cataluña, fijándose la fecha de votación el 14 de febrero (Decreto 147/2020, de 21 de diciembre, de disolución automática del Parlamento de Cataluña y de convocatoria de elecciones). En ese decreto, sin embargo, ya se hacía referencia a la posibilidad de que, si como consecuencia de la pandemia el desarrollo del proceso electoral no se pudiera llevar a cabo con las garantías de salud pública necesarias, se podría “dejar sin efectos esta convocatoria y posponer la votación para una fecha posterior que ofrezca dichas garantías”. Cual profecía autocumplida, pocas semanas después se procede a “dejar sin efecto” la celebración de las elecciones al Parlamento de Cataluña (Decreto 1/2021, de 15 de enero). Es notoria la reproducción del modelo de los decretos de suspensión de las elecciones en el País Vasco y en Galicia, como pone de relieve la terminología utilizada y la propia motivación del decreto, en el que se hace expresa referencia, a través del dictamen de la Comisión Jurídica Asesora –Dictamen 214/2020, de 17 de septiembre–. El decreto de suspensión de las elecciones al Parlamento de Cataluña establece que “se convocarán para que tengan lugar el día 30 de mayo de 2021, previo análisis de las circunstancias epidemiológicas y de salud pública y de la evolución de la pandemia en el territorio de Cataluña” (art. 2).

El decreto de suspensión de las elecciones no contó con el acuerdo de todas las fuerzas políticas con representación en el Parlamento de Cataluña. Varias organizaciones, de carácter político o ciudadano –entre las que no estaba ninguna de las fuerzas políticas representadas en el Parlament– presentaron recurso contencioso-administrativo ante el TSJ de Cataluña en protección del derecho fundamental a la participación política.

En lo que se refiere a las cuestiones que se analizan en estas páginas, los recurrentes consideraban que la suspensión de las elecciones vulneraba el derecho a la participación política (art. 23 de la Constitución). Alegaban la inexistencia de cobertura nor-

mativa para la suspensión de las elecciones y, aun menos, para dejar indeterminada la fecha de su celebración, en la medida en que el art. 2 del Decreto 1/2021 dejaba abierta la posibilidad de que, si la evolución de la pandemia lo requería, tampoco se celebrarían el 30 de mayo. El recurso consideraba que las razones de índole sanitario que se alegaban no solo no están previstas legalmente como causa de suspensión de unas elecciones ya convocadas sino que, en cualquier caso, no justificaban la suspensión, pues lo que correspondía es que la administración adoptase todas las medidas de prevención sanitaria que fuesen necesarias para garantizar que los comicios se pudiesen realizar con el menor riesgo posible para todas las personas que intervienen en el proceso electoral. Señalaban, en este sentido, que el decreto de suspensión de las elecciones no aportaba ningún indicador objetivo de carácter sanitario, a cuyo efecto señalan, como elemento comparativo, los criterios a que se refiere el Decreto-Ley 27/2020, de 13 de julio, de modificación de la Ley 27/2020, de salud pública. Consideran, finalmente, que la suspensión de las elecciones se debe a razones de conveniencia política y que no fue acordada con los partidos políticos.

El TSJ suspendió de forma cautelar la ejecutividad del decreto³² y, posteriormente, emitió sentencia por la que declaró la nulidad del decreto de suspensión de las elecciones (STS) de Cataluña 368/2021, de 1 de febrero; recurso protección jurisdiccional 17/2021), que, en consecuencia, se celebraron en la fecha prevista (14 de febrero).

El análisis de la suspensión de las elecciones a los Parlamentos del País Vasco y de Galicia que se ha realizado en las páginas precedentes aporta elementos para la configuración de un marco teórico sobre la suspensión de elecciones en tiempo de pandemia en un contexto jurídico como el que nos afecta, por lo que las consideraciones realizadas servirán de telón de fondo en el análisis de la sentencia del TSJ de Cataluña por la que se declaró nulo el decreto por el que se dejaba sin efecto la convocatoria de las elecciones al Parlament.

1. LAS SINGULARES CIRCUNSTANCIAS DE UNA CONVOCATORIA ELECTORAL *EX LEGE*

Al analizar la suspensión de las elecciones al Parlamento de Cataluña y su anulación por el TSJ hay que señalar, en primer lugar, las especiales circunstancias de la convocatoria electoral, en la medida en que sitúan el carácter excepcional de la misma, por tratarse de una convocatoria establecida *ex lege*, con carácter obligatorio o

32 Inicialmente, suspendió el decreto por Auto de 19 de enero de 2021 al amparo de lo regulado en el art. 135 LJCA, al concurrir las “circunstancias de especial urgencia” –“cautelarísimas”, sin audiencia de la parte recurrida– al entender que la suspensión de las elecciones se produce el vigésimo quinto día de un proceso electoral que se prolonga por cincuenta y cuatro días, de forma que si no adoptase la medida se imposibilitaría la celebración de las elecciones el 14 de febrero o, al menos, “se generaría grave inseguridad jurídica por el significativo acortamiento de los plazos previstos en la legislación orgánica [LOREG]”, lo que haría perder su finalidad al recurso. La suspensión cautelar se confirmó por Auto de 22 de enero de 2021, en el procedimiento ordinario de medidas cautelares, con audiencia de todas las partes. La decisión del tribunal de adecuar la tramitación del asunto a los plazos establecidos en la legislación electoral para el proceso contencioso-electoral permitía garantizar que las medidas cautelares tuviesen un sentido estricto en garantía de la finalidad del recurso, cualquiera que fuera la decisión sobre el fondo del asunto.

forzoso. Unas circunstancias que el tribunal sentenciador ha destacado de forma singular. En efecto, al confirmar el TS (STS 477/2020, de 28 de septiembre, Sala de lo Penal, Sección 1ª) la condena de inhabilitación impuesta al presidente de la Generalitat, Joaquim Torra, por el TSJ de Cataluña por delito de desobediencia y, en consecuencia, quedar inhabilitado para seguir desempeñando el cargo, entró en juego el art. 7 de la Ley (Cataluña) 13/2008, de 5 de noviembre, de la presidencia de la Generalitat y del Gobierno. Dispone que, en el supuesto de cese del presidente por condena penal firme que comporte la inhabilitación para el desempeño del cargo, “le sustituye el consejero primero o consejera primera o el vicepresidente o vicepresidenta” –quien, de acuerdo con el art. 67.8 del Estatuto, no podrá plantear la cuestión de confianza, designar y cesar consejeros ni disolver anticipadamente el Parlamento– “y la presidencia del Parlamento inicia el procedimiento (...) para elegir a un nuevo presidente o presidenta de la Generalidad” (art. 6.2).

El 21 de octubre el presidente del Parlament comunica a la Cámara la imposibilidad de proponer un candidato a la presidencia de la Generalitat³³, con lo que empezaba a correr el plazo –dos meses– establecido en el art. 4.7 de la Ley 13/2008, transcurrido el cual queda disuelta la legislatura y el presidente “convoca de forma inmediata elecciones, que deben tener lugar entre cuarenta y sesenta días después de la convocatoria”. Una obligación que se materializó en el Decreto 1/2021. Se trata de una serie de actos reglados y obligatorios, a los que el tribunal otorga una importancia significativa en la resolución del recurso, en comparación al hecho de que las elecciones vascas y gallegas, por el contrario, fueran consecuencia de una disolución anticipada (FJ 3º); una diferencia que, sin embargo, parece irrelevante a los efectos de la decisión (Presno Linera, 2021), en la medida en que lo que hizo legítima la suspensión electoral en aquellos casos fue la situación de necesidad que concurría, no la causa de la conclusión de la legislatura.

El tribunal destaca que, como se explicita en el propio decreto de suspensión, el presidente de la Generalitat procede a adoptar esa medida no como una medida de salud pública, sino para garantizar de forma idónea el ejercicio del derecho de voto por parte del electorado. Considera que esa precisión es importante a los efectos de fijar el objeto del recurso, que consiste, principalmente, en determinar, en el plano formal, si el ordenamiento jurídico permite aplazar unas elecciones autonómicas ya convocadas por parte de la misma autoridad que las convocó; de forma que, si no hay soporte normativo o, habiéndolo, el aplazamiento no se ajusta a él, no se podrá justificar de ninguna manera la conformidad a derecho de la resolución impugnada. En este sentido, concluye que debe dirimirse si se dan los presupuestos para la limitación del derecho fundamental al voto en la resolución impugnada, lo que debe afrontarse desde

33 Cfr. *Comunicació de la presidència del Parlament al Ple de la cambra sobre la impossibilitat de proposar un candidat per ser investit president o presidenta de la Generalitat*, de 21.10.2020 (Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya, XII Legislatura, n.º 709, de 21.10.2020).

dos perspectivas de análisis: en primer lugar, establecer si ha habido una variación de las circunstancias que justifique la suspensión de la fecha fijada unos días antes en la convocatoria y, en segundo lugar, si hay justificación suficiente para el aplazamiento a la nueva fecha señalada inicialmente (FJ 1º).

2. LA AUSENCIA DE COBERTURA NORMATIVA PARA LA SUSPENSIÓN DE LAS ELECCIONES ENTRE LEGISLACIÓN ELECTORAL Y NORMATIVA REGULADORA DE LA SITUACIÓN DE EMERGENCIA

En ese contexto, el tribunal analiza la afectación de la suspensión de las elecciones al derecho fundamental a la participación política, considerando que la realización periódica de elecciones parlamentarias forma parte del contenido esencial del derecho a la participación a través de representantes, por lo que la afectación de la suspensión de las elecciones a ese derecho es indudable. Considera, además, que, en las especiales circunstancias que concurren en el caso, supone la apertura de un “periodo adicional, prolongado e incierto, de gobierno en funciones sin parlamento constituido, quien solo puede actuar limitadamente por medio de su Diputación permanente” (FJ 4º). Una prolongación que se produce en un contexto de vacancia en la Presidencia, lo que incide de forma sustancial en el régimen de responsabilidad política del Gobierno, en la medida en que, como se ha señalado, entre otras limitaciones, quien ejerce la suplencia del presidente no puede nombrar ni cesar a los miembros del Gobierno, que devienen inamovibles, incluido quien ejerce la suplencia, en la medida en que tampoco se puede plantear ni la moción de censura, por su propia naturaleza, ni la cuestión de confianza ni la disolución anticipada de la Cámara (FJ 4º). A juicio del tribunal es relevante que ello tenga lugar en una situación de pandemia “que requiere de una pronta y plena acción política del gobierno” (FJ 4º). Conjunto de circunstancias que, a su juicio, tiene como resultado “una limitación muy intensa del ejercicio del derecho al voto para elegir los representantes de los ciudadanos en unas elecciones parlamentarias periódicas” (FJ 4º).

Todo ello, como ya se ha visto y constata el tribunal, se produce en un contexto normativo de ausencia de previsión de la propia posibilidad de suspensión de un proceso electoral ya convocado. En la línea expresada más arriba, el tribunal considera que la ausencia de previsión de la posibilidad de suspensión de unas elecciones que ya han sido convocadas no es un supuesto de vacío legal, como olvido del legislador, que se pueda completar a través de las técnicas jurídicas propias de lagunas en el ordenamiento. Se trata, por el contrario, de una decisión consciente del legislador en la medida en que en los sistemas parlamentarios “la acción de gobierno en funciones con una situación de parlamento disuelto tiene un periodo tasado, por el tiempo estrictamente necesario para la celebración de elecciones y constitución de la nueva Cámara”; de forma que “la falta de previsión de que puedan suspenderse las elecciones convocadas

no aparece tanto como un vacío legal, sino que más bien es expresión de la voluntad de que los procesos electorales se desarrollen necesariamente en el tiempo predeterminado legalmente, sin interrupciones ni dilaciones” (FJ 4^o)³⁴.

Eso no quiere decir, a juicio del tribunal, que no sea posible establecer la suspensión de elecciones en una situación de emergencia; pero debe preverse expresamente en la normativa reguladora, ya sea de forma general en la regulación de estas situaciones, o en la específica de la situación de emergencia de que se trate en cada caso³⁵. Pero, en el asunto que nos ocupa, se da la circunstancia de que, por una parte, la regulación legal del estado de alarma no contiene ninguna previsión en este sentido; y, por otra, la normativa que regula el estado de alarma como consecuencia de la pandemia en el periodo en que se desarrolla el proceso electoral en Cataluña y en el momento en que se aprueba la suspensión de las elecciones no solo no contiene ninguna disposición que ampare la suspensión de las elecciones sino que, por el contrario, contiene una disposición que expresamente establece que esa situación “no impedirá el desenvolvimiento ni la realización de las actuaciones electorales precisas para la celebración de elecciones convocadas a parlamentos de comunidades autónomas” (Disposición Adicional del RD 926/2020, de 25 de octubre, renumerada como Disposición Adicional primera por el RD 956/2020, de 3 de noviembre). Esta disposición se introdujo ya en el primer estado de alarma declarado con motivo de la pandemia (RD 514/2020, de 8 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el RD 463/2020, de 14 de marzo), introducida expresamente para hacer posible la realización de las elecciones en el País Vasco y en Galicia que habían sido suspendidas en marzo de 2020, y que siguió vigente durante toda la duración del estado de alarma establecido en octubre, hasta primeros de mayo de 2021. El tribunal considera que esta disposición debe ser interpretada en el sentido de que los poderes públicos competentes para regular la situación de emergencia consideraban plenamente factible la realización de elecciones en las CCAA, a pesar de las circunstancias³⁶.

34 A juicio de Presno Linera (2021), la sentencia debería haber terminado en esta constatación de ausencia de cobertura normativa, concluyendo, en consecuencia, en la declaración de nulidad del decreto de suspensión de las elecciones.

35 El TSJ de Cataluña afirma que el hecho de que los sistemas comparados no contemplen específicamente la posibilidad de aplazar las elecciones en situaciones de emergencia, “no significa que no puedan introducirse reglas por la vía del derecho de excepción, como está expresamente previsto en nuestra Constitución ex arts. 55 y 116 de la CE, y en este sentido la mayor parte de los ordenamientos comparados optan por prorrogar el mandato parlamentario durante los periodos de excepción o emergencia, como también se establece en el art. 116.5 de la CE” (FJ 5^o).

36 El tribunal sentenciador considera que esta disposición “afecta singularmente a las elecciones al Parlamento catalán”, porque cuando se aprueba el RD 926/2020, Cataluña era la única CA que “tenía en el horizonte la celebración de elecciones en los próximos meses” (FJ 5^o). En el voto particular emitido en esta sentencia, el magistrado Soler Bigas no considera que esta disposición excluya la no convocatoria de elecciones autonómicas “cuando razones prevalentes de urgencia y necesidad constatadas por la situación de la pandemia y el riesgo grave para la salud pública determinen la imposibilidad de tal convocatoria” o que excluya, igualmente, en las condiciones descritas, la suspensión de las ya convocadas. Pero tampoco el tribunal lo excluye, como se verá más adelante. Presno Linera (2021) considera que esa disposición “es irrelevante porque en ningún caso podría decir otra cosa dado que, como ya se ha dicho, la normativa sobre el estado de alarma en ningún lado contempla la suspensión de unas elecciones”. Es crítico con el significado que el tribunal atribuye a esta disposición Cebrián Zazurca (2021: 15). Por su parte, Bossacoma Busquets (2021) considera, en contra de lo sostenido en estas páginas, que esta disposición, frente a lo establecido en el art. 116.5

En conclusión, el tribunal considera que la legislación electoral no prevé la posibilidad de suspensión de un proceso electoral ya convocado; la normativa electoral está dirigida a garantizar la constitución de la Cámara parlamentaria tras las elecciones en los plazos estrictamente establecidos, excluyendo cualquier posibilidad de injerencia por parte de las autoridades; la legislación de emergencia tampoco prevé la posibilidad de suspensión de un proceso electoral ya convocado; la normativa reguladora del estado de alarma como consecuencia de la pandemia tampoco prevé esa posibilidad sino que, por el contrario, hace expresa referencia a la posibilidad de que se celebren las elecciones en las CCAA que correspondan. En el caso de autos, además, esto supondría intervenir en un proceso electoral puesto en marcha por expresa imposición legal, prolongando el periodo de vacancia parlamentaria y de un Gobierno en funciones con restricciones añadidas a las propias de esa situación, lo que obliga a examinar con cautela la interferencia en el proceso electoral de la misma autoridad que lo convocó (FJ 6º).

Esta ausencia de base normativa para proceder a la suspensión de las elecciones ya convocadas tiene, a juicio del tribunal, especial relevancia en el caso de autos, porque el decreto de suspensión de las elecciones fundamenta esa decisión, precisamente, en la garantía del derecho fundamental de participación política y, a esos efectos, en la garantía de un adecuado desarrollo del proceso electoral. Aunque en la exposición de motivos del decreto se hace referencia a la situación epidemiológica, ello no tiene reflejo en la parte dispositiva del decreto, en la que solo se hace referencia a la garantía del desarrollo de las elecciones³⁷. Y, en este sentido, el “aplazamiento electoral por un periodo mínimo de tres meses y medio, de duración incierta, es una restricción particularmente intensa”, porque, por una parte, afecta a un elemento esencial del derecho a la participación política –la periodicidad de las elecciones– y, por otra, porque lo hace de un modo general, para todos los ciudadanos de Cataluña (FJ 7º). De donde se deriva “una situación de precariedad institucional que exige una pronta normalización en un periodo de estado de alarma, donde se intensifican las potestades del poder público, con la adopción de decisiones de enorme trascendencia, con incidencia en los derechos fundamentales”. Es por lo que, a juicio del tribunal, “el ordenamiento afronta esta coyuntura imponiendo una pauta urgente de

de la Constitución, “sembla negar que els parlaments o assemblees autonòmiques siguin cambres legislatives o poders constitucionals a aquestes efectes. En moments excepcionals, es tracten les cambres legislatives autonòmiques com a poders legislatius de segon ordre”; y ello “sense oposició de la jurisprudència”.

37 Además, el tribunal considera que esas razones sanitarias se expresan de forma imprecisa “sin predeterminarse ningún criterio epidemiológico y sin siquiera apuntar qué autoridad u órgano sería el competente para llevar a cabo esa posible suspensión o aplazamiento”. En el mismo sentido, se resalta que el decreto de suspensión “no va acompañado de ningún tipo de garantía o salvaguarda, ni siquiera contiene un plan para adoptar las medidas de seguridad para hacer posible en breve que se pueda ejercer el derecho a la participación política de un modo seguro. Por otra parte, fija una fecha, la del 30 de mayo de 2021, de forma indeterminada en tanto que la misma queda sujeta al previo análisis de las circunstancias epidemiológicas y de salud pública y de la evolución de la pandemia en el territorio de Cataluña, que debe realizar la propia autoridad que suspende el proceso electoral” (FJ 8º).

renovación electoral, designando la fecha precisa e inamovible para la celebración de las elecciones” (FJ 7º).

3. AUSENCIA DE UNA SITUACIÓN DE NECESIDAD

La ausencia de previsión de la posibilidad de suspensión de unas elecciones que ya están convocadas tanto en la legislación electoral como en la normativa reguladora de la emergencia, tanto de forma general como específica, no significa para el tribunal, ni tan siquiera en las particulares circunstancias de la convocatoria de las elecciones al Parlament a que afecta el recurso que es objeto de enjuiciamiento, una exclusión absoluta de la posibilidad de que concurra una situación en la que la suspensión del proceso electoral resulte inevitable. El tribunal asume que puede producirse un supuesto de “fuerza mayor” que impida la realización de las elecciones, en cuyo caso considera que sería la propia autoridad convocante la competente para adoptar la decisión (FJ 6º). Un supuesto de “fuerza mayor” que, sin embargo, a juicio del tribunal sentenciador no concurre en el caso de las elecciones catalanas.

El tribunal afronta el análisis de esta falta de concurrencia de la “fuerza mayor” con detenimiento. En primer lugar, compara la situación en que se produjo la suspensión de las elecciones del País Vasco y de Galicia –en las que considera que sí concurría esa situación de fuerza mayor que justificaba la suspensión– con la de la suspensión de las elecciones de Cataluña, considerando que se dan diferencias sustanciales que llevan a conclusiones diferentes en aquellos casos y en este. El tribunal, por una parte, pone de relieve las diferencias del contexto normativo entre aquellas elecciones y las catalanas, a las que ya se ha hecho referencia (FJ 8º). Pero, más allá de esas diferencias del contexto normativo, el tribunal entra a analizar las diferencias en la situación fáctica, que considero que es la determinante a los efectos de la concurrencia de lo que el tribunal califica de “fuerza mayor” y que en estas páginas se ha identificado como situación de necesidad. También en este aspecto, el tribunal considera que los presupuestos de hecho son sustancialmente distintos en el caso de la suspensión de las elecciones catalanas frente a la de las elecciones vascas y gallegas, por lo que, a su juicio “no se puede trasladar acríticamente la situación que se produjo en marzo de 2020 al caso aquí examinado (en enero de 2021)” (FJ 6º). Considera que las condiciones para garantizar la seguridad sanitaria eran muy distintas en uno y otro momento del desarrollo de la pandemia: en el momento de suspenderse las elecciones catalanas había, a juicio del tribunal, “un conocimiento más cierto de la pandemia y de las medidas de prevención”; en marzo de 2020 “había una situación de desabastecimiento de medios de protección personal, como es notorio, incluso para las personas que prestaban servicios esenciales”, una situación que no se da en el caso de autos, momento en el que “existe disponibilidad de medios de protección del contagio, además de otras medidas preventivas que puedan adoptarse”; en marzo de 2020 “la velocidad de propagación de

la enfermedad (Rt en la terminología de los informes sanitarios aportados a los autos) estaba en ese momento disparada, lo que hacía necesario una restricción de movilidad especialmente intensa mediante el confinamiento domiciliario”, lo que no ocurre en enero de 2021 (FJ 6º)³⁸. Finalmente, el tribunal considera que también hay que tener en cuenta las garantías de seguridad sanitaria que se han venido adoptando en los tiempos que preceden a la suspensión de las elecciones catalanas (FJ 8º)³⁹, así como el hecho notorio de que en el momento de suspensión de las elecciones catalanas no existen las restricciones a la movilidad que, comparativamente, existían en el momento de la suspensión de las elecciones vascas y gallegas⁴⁰.

En conclusión, el tribunal considera que en marzo de 2020 “existía una causa de fuerza mayor, en el sentido de que se trataba de una causa que irrumpió de forma sobrevenida e imprevisible (...) que creó una situación de imposibilidad material y jurídica para la celebración de elecciones” que no se aprecia en Cataluña en enero de 2021 (FJ 6º).

4. ANULACIÓN DEL DECRETO DE SUSPENSIÓN DE LAS ELECCIONES AL PARLAMENT: ¿UNA DECISIÓN BIEN FUNDAMENTADA?

La conclusión de todos estos razonamientos es, en consecuencia, la declaración de nulidad del decreto de suspensión de las elecciones al Parlamento de Cataluña; anulación que se produce por vulneración del art. 23 de la Constitución “al limitarse el derecho fundamental de sufragio sin cumplirse los requisitos de necesidad, idoneidad y proporcionalidad exigibles, lo cual se proyecta asimismo en la falta de competencia de la autoridad para desconvocar las elecciones, quien carece de habilitación legal expresa para ello y al no darse una situación de fuerza mayor impeditiva de la celebración de las elecciones que pudiera justificar dicha decisión” (FJ 9º).

38 El tribunal incide en esta dirección (FJ 8º), al analizar las condiciones epidemiológicas en las que se desarrollaría el proceso electoral en el supuesto de que la sentencia acogiese las pretensiones del recurrente, señalando que los informes de la Agència Catalana de Salut ponen de relieve el carácter altamente variable de la evolución de la pandemia, por lo que presenta dificultades de previsibilidad respecto a su evolución. En cualquier caso, observa que entre el 16 y el 26 de enero la situación sanitaria ha mejorado, disminuyendo los indicadores de riesgo de transmisión. Considera que el incremento de contagios entre el 21 de diciembre, día en que se convocaron las elecciones, y el 15 de enero, en que se suspendieron, era previsible, “ya fuera por el llamado efecto Navidad o incluso por un examen retrospectivo historiográfico general de los registros”.

39 A ello añade, más adelante, en el mismo FJ 8º, que también hay que tener en cuenta las garantías de seguridad sanitaria que se han venido adoptando en los tiempos que preceden a la suspensión de las elecciones catalanas, refiriéndose al *Protocolo específico para la adecuación de los colegios electorales y para el procedimiento de voto en la mesa electoral y el escrutinio*, el *Protocolo específico para la creación del Dispositivo elecciones COVID: oficina, responsables y materiales de seguridad sanitaria*, el *Protocolo específico para los actos de campaña* y el *Protocolo específico para la comunicación institucional y sobre las diferentes modalidades de voto*.

40 En este sentido, el tribunal resalta que el régimen de estado de alarma vigente en el momento “permite ejercer libremente actividades no esenciales”, siendo posible “circular en los términos que serían necesarios para acudir a un colegio electoral, (...) efectuar colas y (...) permanecer en espacios cerrados, en algunos casos sin límite de aforo como sucede en los transportes. En este contexto, y desde esta perspectiva de proporcionalidad relativa, no parece justificada la suspensión de una cita electoral cuando los riesgos que supone no son obstáculo para otras actividades, actividades eventualmente menos trascendentes que el ejercicio del derecho de sufragio” (FJ 10º).

Como se ha visto, la anulación se asienta en la conjunción de distintos argumentos, aunque, en sustancia, lo fundamental es la interrelación entre la ausencia de base normativa para la suspensión de unas elecciones ya convocadas y la inexistencia de una situación de necesidad –o de fuerza mayor–, única situación en la que, aun en ausencia de base normativa, sería aceptable la hipótesis de suspensión de las elecciones.

Es importante resaltar este último aspecto, porque sobre ella se ha fundado una de las críticas a la sentencia –manifestada, en primer lugar, en el seno del propio tribunal, en el voto particular emitido en la misma–. El tribunal –la mayoría– se refiere a él de forma reiterada, manifestando una y otra vez la posibilidad de una hipótesis de hecho que impidiese la realización de las elecciones, en cuyo caso se justificaría la suspensión; pero rechaza que en el caso de autos concurren las circunstancias requeridas para ello. Hasta tal punto es así que en las conclusiones de la motivación vuelve a insistir con una reflexión en ese sentido. Afirma expresamente que la anulación de la suspensión de la convocatoria de las elecciones supone, ciertamente, mantener la fecha del 14 de febrero para la realización de las elecciones. Pero añade, inmediatamente, que ello no implica que su celebración no pueda verse afectada si la situación de salud pública se viese alterada sustancialmente de forma negativa, de forma que no se pudiese votar con las debidas garantías de seguridad sanitaria, siempre y cuando se produzca un cambio en el marco normativo del estado de alarma o se decreten las medidas sanitarias necesarias (FJ 9º). El tribunal es plenamente consciente de la incertidumbre que ello provoca, pero considera que se trata de una incertidumbre inevitable, que afecta al conjunto de la vida ciudadana y de la que la convocatoria electoral no puede sustraerse (FJ 9º)⁴¹.

Esta sentencia ha provocado opiniones radicalmente contrapuestas. Vamos a referirnos a dos opiniones significativas, totalmente opuestas. Por una parte, Presno Linera (2021) considera que la sentencia está “bien fundamentada, muy bien escrita y acogiendo un fallo que (...) es el correcto”. Por el contrario, Bossacoma Busquets (2021) ha realizado una crítica rotundamente negativa de la actuación del TSJ de Cataluña en este asunto. Considera que las decisiones del tribunal tanto sobre las medidas cautelares como sobre el fondo, al emitir la sentencia, son “imprudentes”⁴². A su juicio, la adopción de las medidas cautelares puso en evidencia, cuando menos, la existencia

41 En este sentido, el tribunal afirma: “Es cierto que esta salvedad sobre la efectiva celebración de las elecciones en la fecha 14 de febrero de 2021 puede generar cierta inseguridad o incerteza. Pero se trata de una inseguridad material que tiene su origen en la misma situación de epidemia que estamos viviendo. En efecto, del mismo modo que no sabemos si en los próximos días o semanas habrá una situación de limitación horaria o de confinamiento, si se podrán reabrir los negocios o habrá que cerrar otros nuevos, si podremos reunirnos o desplazarnos, tampoco puede este tribunal decidir irreversiblemente que las elecciones se celebrarán el día de 14 de febrero de 2021. Más precisamente, la decisión es mantener la fecha si se mantienen las garantías de seguridad sanitaria”.

42 Este autor considera que la actitud imprudente del tribunal se pone de manifiesto en “[e]l fet que anunciés la decisió de mantenir la suspensió poques hores després de rebre les al·legacions de la Generalitat [lo que] ja fou indicatiu d’una falta de prudència (a més de la coincidència temporal amb la inhabilitació del conseller encarregat dels processos electorals)”.

de un juicio apresurado por parte del tribunal, que condicionó su decisión final⁴³. El tribunal, en su opinión, no tuvo en cuenta, debidamente, los informes técnicos y realizó una interpretación excesivamente legalista de la legitimidad de la acción pública y política. Una concepción de la legitimidad política –que considera establecida por el TC– excesivamente reduccionista, a su juicio, porque se asienta exclusivamente sobre la legalidad sin tener en cuenta los criterios que integran lo que identifica como “legitimidad democrática”⁴⁴. Una legitimidad que, en última instancia, consiste en la voluntad de una mayoría parlamentaria cualificada, coincidente –se supone que en este tema, por tratarse de una cuestión electoral– con la requerida estatutariamente –art. 56.2– para la aprobación de la ley electoral catalana⁴⁵. Una legitimidad democrática que, en opinión de este autor, en circunstancias extraordinarias como las de la pandemia, “debería prevalecer frente a una legalidad que no es rotundamente contraria al aplazamiento electoral, sino carente de reglas expresas que la prevean y la regulen”. A su juicio, nos encontramos ante un caso de judicialización excesiva de la política en el que un tribunal decide reconducir lo que considera un desorden institucional insostenible; una tarea que, a su juicio, no le correspondía al tribunal y que, en cualquier caso, no era el momento de ponerla en práctica. En conclusión, considera que el TSJ de Cataluña no ha guardado en este asunto la prudencia exigible a los tribunales ni la deferencia debida a los demás poderes, por lo que tendría que haberse abstenido de pronunciarse⁴⁶.

En su descalificación –no creo que sea un exceso utilizar este término– de la sentencia por la que se anula la suspensión de las elecciones al Parlament, P. Bossacoma Busquets utiliza dos referencias, como apertura y cierre de su reflexión, que son significativas y que requieren atención. En primer lugar, hace referencia a la consideración de Alexander Hamilton (1788: 504) sobre el poder judicial como el menos

43 En este sentido, afirma: “De fet, l’agressivitat de la mesura cautelar dictada i ratificada ha obligat, a la pràctica, el mateix tribunal a dictar (amb urgència) una sentència d’anul·lació. D’altra banda, el raonament que trobem a la interlocutòria posa de manifest el judici *prima facie* (per no dir el perjudici) del TSJC, el qual em sembla prou revelador”; porque entiende que “[e]n general, unes mesures cautelars agressives solen condicionar fortament (per no dir predeterminar) la resolució del fons de l’assumpte”.

44 Criterios, a juicio del autor, como “la democràcia, la justícia, la ciència i l’efectivitat” criterios que “en aquest cas convé tenir ben presents i harmonitzar amb la legalitat”. A su juicio, la motivación del tribunal “en un cas com aquest (i encara més en seu de mesures cautelars), hauria d’haver tingut (més) en compte criteris científics, informes d’experts, consens polític i, fins i tot, consideracions psicològiques com ara la por que genera a moltes persones la interacció social en temps de pandèmia (en la línia del vot particular)”.

45 Una ley electoral de la que Cataluña carece cuarenta y un años después de la instauración del *Parlament*. En efecto, según Bossacoma Busquets (2021), esta legitimidad democrática “és assimilable a la requerida per regular el règim electoral català –o sia, dues terceres parts del Parlament, segons l’article 56.2 de l’Estatut d’autonomia de Catalunya. És una legitimitat anàloga a la requerida estatutàriament perquè (1) els partits amb representació parlamentària acceptaren l’ajornament, (2) la cambra catalana es regeix, a la pràctica, per una forta disciplina de partit, (3) les circumstàncies excepcionals de pandèmia i la dissolució del Parlament no ofereixen gaire més alternatives. Una interpretació d’aquesta mena tindria la virtut de valorar el consens entre partits. En efecte, el tribunal hauria de promoure doctrines que incentiuessin el diàleg i el consens (sobretot entre partits intensament oposats) o, com a mínim, procurar no prendre decisions que desvalorin o desanimin aquest binomi”.

46 En este sentido, afirma: “No és, doncs, que el raonament del tribunal sigui deficient, sinó més aviat que la seva intervenció és excessiva. Possiblement, el TSJC s’hauria d’haver mantingut silent, quiet, expectant. Tal inacció era legítima, conforme al sentit comú i responia a una concepció raonable de la separació de poders”.

peligroso de los tres poderes⁴⁷, insinuando, a través de una pregunta que parece retórica, que esa consideración del poder judicial no se podría mantener en la España actual a la luz –quizás, entre otros ejemplos– de la sentencia del TSJ de Cataluña en este asunto. Y concluye su reflexión citando a Carl Schmitt (1922: 23) –“soberano es quien decide sobre la excepción”–⁴⁸, para concluir que, a la luz de esta sentencia, “según el TSJC el soberano es quien ha de decidir sobre la celebración o el aplazamiento de las elecciones”.

No es este el lugar para un debate en profundidad sobre las cuestiones –de gran hondura teórica– que plantean las dos referencias utilizadas por este autor. Pero no puedo ocultar la sensación de exceso retórico que he tenido al leer su utilización en el texto y las conclusiones que el autor extrae, a la luz de ellas, del significado de la sentencia sobre la anulación de la suspensión de las elecciones catalanas. Ambas referencias parecen traídas al texto a vuelapluma, sin aportar ningún argumento que fundamente la valoración que, sobre su base, hace del significado de la sentencia. No alcanzo a ver, por una parte, en qué sentido la sentencia ha supuesto una perturbación cualitativa de los derechos constitucionales –de la libertad–, que es a lo que se refería A. Hamilton en su reflexión. El debate sobre la división de poderes –los *checks and balances*–, que tan decisiva importancia adquiere en la construcción del sistema político norteamericano –ámbito en el que se sitúan las reflexiones de A. Hamilton–, se enfrenta al riesgo de la tiranía de cualquiera de los poderes y de sus efectos sobre el sistema político general, llegando a la conclusión de que, comparativamente, el control judicial es el que, con todos sus riesgos, reúne las características que lo hacen el menos peligroso y le permiten garantizar en mejores condiciones el equilibrio –y los límites– entre poderes. Son las características del poder de la judicatura, frente a las de los poderes ejecutivo y legislativo, las que configuran aquél como el menos peligroso de los tres⁴⁹, como recoge con agudeza Tocqueville (1835: 117 y ss.) en su observación del sistema norteamericano⁵⁰. La historia de los sistemas democráticos es la constatación más evidente de lo certero de ese análisis. La sentencia del TSJ de Cataluña por la que se anula la suspensión de las elecciones, de la misma forma que la sentencia de la UKSC sobre la *Prorogation of Parliament* que se ha comentado en estas páginas, no es sino un ejemplo de control judicial sobre una actuación concreta del poder ejecutivo.

47 “...the judiciary is beyond comparison the weakest of the three departments of power”.

48 La expresión original de C. Schmitt es “Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet”; es decir, se refiere a una “situación” o “estado” (*Zustand*) de excepción o emergencia (*Ausnahme*), sentido en el que ha sido habitualmente traducido al castellano.

49 Por una parte, señala Hamilton (1788: 504), esas características hacen que “(the judiciary) can never attack with success either of the other two (powers)”, así como que “though individual oppression may now and then proceed from the courts of justice, the general liberty of the people can never be endangered from that quarter”, siempre y cuando la judicatura se mantenga separada del legislativo y del ejecutivo (énfasis añadido).

50 Contexto en el que Tocqueville (1835: 121) sitúa la importancia trascendental de la *judicial review of legislation* como “une des plus puissantes barrières qu’on ait jamais élevées contre la tyrannie des assemblées politiques”.

Aún más, en mi opinión, es –son– uno de esos ejemplos de control judicial que, por su significado en el control de los límites del poder, suponen un punto de referencia (*landmark case*) en el fortalecimiento de los sistemas democráticos⁵¹. Si en España hay espacio para debatir la insinuación de P. Bossacoma Busquets sobre la dirección tomada por los tribunales –destacadamente, por el TC– no me parece que esta sentencia sea base sólida para sostenerla.

Y, por otra parte, me parece absolutamente desproporcionado vincular el significado del fallo de esa sentencia con las ideas de C. Schmitt relativas a la decisión sobre el estado de excepción, el soberano y el guardián del orden político. No hay correspondencia entre lo que se debate en torno a la suspensión de las elecciones catalanas y el estado de emergencia o excepción en los términos en que lo articula C. Schmitt; en la suspensión de las elecciones catalanas no estaba en juego la supervivencia de la comunidad política, que es lo que abre la puerta al estado de excepción y a la decisión del soberano como decisión al margen del ordenamiento jurídico, de la legalidad, en el pensamiento de C. Schmitt⁵². Atribuir a la sentencia que se está comentando una trascendencia de ese calibre me parece, en este sentido, tanto un exceso como una trivialización de las ideas del autor alemán.

Tras las reflexiones realizadas a lo largo de este trabajo tiene que ser evidente la discrepancia con las opiniones manifestadas por P. Bossacoma Busquets en relación a la sentencia del TSJ de Cataluña por la que se declara nulo el decreto por el que se “deja sin efecto” la convocatoria de las elecciones al Parlamento de Cataluña. No tiene sentido repetir los argumentos ya expresados más arriba. La argumentación expresada en la sentencia para fundamentar la decisión es plenamente coincidente con el marco teórico que se ha tratado de construir en estas páginas sobre la base del análisis de la suspensión de las elecciones a los Parlamentos del País Vasco y de Galicia. En mi opinión, por tanto, sustancialmente, las decisiones del tribunal, tanto en la adopción de las medidas cautelares como en la decisión final sobre el fondo del asunto, son plenamente acertadas desde una perspectiva jurídica.

Ciertamente, el asunto de la suspensión de las elecciones es un acto justiciable pues, como se ha visto al analizar el ejemplo del control judicial de la *Prorogation of Parliament* del Reino Unido en 2019, es función de los tribunales controlar la actuación de los poderes públicos, incluso en el supuesto del ejercicio de unas facultades tan singu-

51 Así se ha interpretado, en efecto, de forma aplastantemente mayoritaria, a pesar de la pretensión del gobierno de configurarlo como un ámbito no justiciable, el control judicial ejercido en los asuntos *Miller I* y *Miller II* en el Reino Unido, aunque fuese duramente –groseramente– descalificado en los tabloides. El ejemplo extremo fue la reacción del *Daily Mail* (4.11.2016) a la sentencia –de instancia– de la High Court of England and Wales en el asunto *Miller I*, titulando en su portada, a toda página, bajo las fotos de los tres jueces que enjuiciaron el caso: “ENEMIES OF THE PEOPLE”, acusándolos, en el antetítulo, de desafiar a 17,4 millones de votantes.

52 Como pone de relieve Silvestri (1996: 30), “L’attribuzione della sovranità a chi decide nello stato di eccezione, se da una parte tende a rompere il circolo vizioso sovranità-ordinamento-sovranità, dall’altra parte pone fuori dai confini della legalità sia la decisione necessaria all’autoconservazione dell’ordinamento, sia-ancor di più, la decisione primigenia dell’ordinamento. Il che vale quanto dire che esiste una irriducibile diversità tra il diritto del sovranità e il diritto dei soggetti dell’ordinamento” (énfasis añadido).

lares como las que en el sistema jurídico británico forman parte de la *Royal Prerogative*. Un control que es aun más necesario cuando se ejercen poderes extraordinarios, que es cuando el ejercicio del poder sin control es más peligroso⁵³. Por esa razón, sí era función del tribunal corregir ese “desorden institucional insostenible”, dentro, obviamente, de los límites de la legalidad y de los términos planteados en el proceso. La alternativa que defiende P. Bossacoma Busquets, asentada sobre esa concepción de la legitimidad democrática que, en caso de conflicto, se impone a la legalidad –que tan entusiasta acogida ha tenido durante el desarrollo del *procés* independentista en un amplio sector académico catalán–, supone, pura y simplemente, la instauración de un poder político sin control, especialmente significativo en un contexto institucional como aquel en el que se produjo la suspensión de las elecciones catalanas. Se trata de una opción a favor del *decisionismo* en el ámbito jurídico-político que conecta, precisamente, ahora sí, con las teorías de C. Schmitt. ♦

53 Ciertamente, el riesgo de abusos en la adopción de medidas con la cobertura de la necesidad es especialmente importante, por lo que los instrumentos de control del ejercicio de facultades amparadas en ella adquieren una importancia trascendental: cfr. Álvarez García, V. (1996, p. 441 y ss.) sobre los riesgos y los límites jurídicos del concepto de necesidad, sobre los controles en la utilización de la necesidad como título habilitante (p. 518 y ss.), entre los que se incluye el control jurisdiccional, como elemento de cierre del sistema de controles (p. 540 y ss.).

BIBLIOGRAFÍA

Alonso de Antonio, Á. L. (1992). *La Diputación Permanente en la Constitución española de 1978*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid.

Álvarez García, V. (1996). *El concepto de necesidad en el Derecho Público*. Madrid: Civitas.

Álvarez García, V. (2021). *2020, el año de la pandemia de la COVID-19 (Estudios jurídicos)*. Madrid: Iustel.

Álvarez García, V., Arias Aparicio, F. y Hernández Díez, E. (2020). *Lecciones jurídicas para la lucha contra una epidemia*. Madrid: Iustel.

Bar Cendón, A. (1989). *La disolución de las Cámaras legislativas en el ordenamiento constitucional español*. Madrid: Congreso de los Diputados.

Bartlet, G. & Everett, M. (17 de agosto de 2017). The Royal Prorogative. *House of Commons Library, Briefing paper*, n. 3861. Recuperado de <https://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/SN03861/SN03861.pdf>

Bossacoma Busquets, P. (10 de febrero de 2021). Un poder perillós? Reflexions sobre l'activisme judicial contra l'ajornament electoral. *Revista Catalana de Dret Public* [Blog]. Recuperado de <https://bit.ly/3pey3l6>

Castellá Andreu, J. M. (15 de abril de 2020). Incidencia de la Covid-19 sobre la democracia constitucional: reflexiones desde España. *Letras Libres*. Recuperado de <https://bit.ly/2Z46hmH>

Cebrián Zazurca, E. (2020). Covid-19 y anulación de procesos electorales autonómicos en Euskadi y Galicia. *Revista General de Derecho Constitucional (Iustel)*, 33.

Cebrián Zazurca, E. (2021). Pandemia y elecciones. El derecho de sufragio en España bajo las circunstancias excepcionales ocasionadas por la

Covid-19. En C. Garrido López (Coord.). *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*. Zaragoza: Fundación Manuel Giménez Abad. Recuperado de <https://bit.ly/3jimCeA>

Cowie, G. (11 de junio de 2019). Prorogation of Parliament. *House of Commons, Briefing Paper*, n. 8589. Recuperado de <https://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/CBP-8589/CBP-8589.pdf>

Cowie, G. y Cygan, A. (24 de septiembre de 2020). The Prorogation Dispute of 2019: one year on. *House of Commons, Briefing Paper*, n. 9006. Recuperado de <https://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/CBP-9006/CBP-9006.pdf>

Cruz Villalón, P. (1984). *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Madrid: Tecnos.

Cuenca Miranda, A. (2014). Artículo 4 LOR. En M. Delgado-Iribarren García-Campero (Coord.). *Comentarios a la Ley Orgánica del Régimen Electoral General y a la Ley Orgánica de Referéndum*. Madrid: La Ley.

Elliot, M. (2 de diciembre de 2020). Repealing the Fixed-term Parliaments Act. *Public Law for Everyone* [Blog]. Recuperado de <https://publiclawforeveryone.com/2020/12/02/repealing-the-fixed-term-parliaments-act/>

Everett, M. (8 de febrero de 2016). The Privy Council. *House of Commons Library, Briefing Paper*, n. CBP6470. Recuperado de <https://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/CBP-7460/CBP-7460.pdf>

Fernández Esquer, C. (2021). El impacto de la pandemia del covid-19 en las elecciones: especial referencia al caso autonómico español. En F. Palacios Romeo y E. Cebrián Zazurca (Coords.). *Elección y representación: una conjunción compleja. Pers-*

pectivas y problemas de los regímenes electorales en España. Zaragoza: Fundación Manuel Giménez Abad. Recuperado de <https://bit.ly/2XuBe2K>

Fernández Segado, F. (1998). Artículo 115. La disolución de las Cámaras. En O. Alzaga Villaamil, (Dir.). *Comentarios a la Constitución española de 1978. Tomo IX. Artículos 113 a 127*. Madrid: Cortes Generales/Edersa.

El funcionamiento del Parlamento ante la crisis sanitaria (2021). *Corts: Anuario de Derecho Parlamentario*, 34, número extraordinario. Recuperado de <https://www.cortsvalencianes.es/anuario/antiores/anuari-num-34-2021-extraordinari>

Guillén López, E. (2002). *La continuidad parlamentaria: las Diputaciones Permanentes*. Madrid: Civitas.

Hamilton, A. (1788). The Federalist n. 78. En *The Federalist Papers*. Ed. New York: Cosimo Classics, 2006.

Ibarra Robles, J. L. y López Basaguren, A. (8 de abril de 2021). Leyes para lo inesperado. *El Correo y El Diario Vasco*.

Iturbe Mach, A. (2020). El Parlamento Vasco en tiempos virulentos: una crónica desapasionada y un colofón. En J. Tudela Aranda (Ed.). *El Parlamento ante la Covid-19*. Cuadernos Manuel Giménez Abad, monografía 8 (pp. 94-103). Zaragoza: Fundación Manuel Giménez Abad.

Junta Electoral Central (2021). *Acuerdo n.º 62/2021, de 22 de enero*. Recuperado de www.juntaelectoralcentral.es/cs/jec/doctrina

Junta Electoral de Galicia (2020): Acuerdo de 18 de marzo de 2020. En Poder Judicial. *Acuerdo de la Junta electoral de Galicia sobre la suspensión de las elecciones al Parlamento* (Nota de prensa). Recuperado de <https://bit.ly/3mPJwLn>

Junta Electoral del País Vasco (2020). *Acuerdo de 17 de marzo de 2020*. Recuperado de www.legebiltzarra.eus/portal/documents/16182/1328761/20200317_erabaki_garrantzitsuenak_06_ec.pdf

Kelly, R. (29 de marzo de 2021). Fixed-term Parliaments Act 2011. *House of Commons Library, Briefing Paper*, n. 6111. Recuperado de <https://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/SN06111/SN06111.pdf>

López Basaguren, A. (2011). *El Estatuto de autonomía en una perspectiva federal*. Zaragoza: Fundación M. Giménez Abad.

Manzella, A. (1977). *Il Parlamento*. Bologna: Il Mulino.

Pisaneschi, A. (1993). *Prorogatio delle Camere ed equilibrio dei poteri*. Torino: Giappichelli.

Presno Linera, M. (3 de abril de 2020). Coronavirus SARS-CoV-2 y derechos fundamentales (5): el derecho de voto (suspensión de elecciones vascas y gallegas). *El derecho y el revés* [Blog]. Recuperado de <https://bit.ly/2Z83dG9>

Presno Linera, M. (11 de febrero de 2021). Sobre si cabía, o no, dejar sin efecto la convocatorias de las elecciones catalanas. *El derecho y el revés* [Blog]. Recuperado de <https://bit.ly/3plqi2T>

Robles Miguel, C. (2014). Artículo 42 LOREG. En M. Delgado-Iribarren García-Campero (Coord.). *Comentarios a la Ley Orgánica del Régimen Electoral General y a la Ley Orgánica de Referéndum*, (pp. 364-365). Madrid: La Ley.

Sáenz Royo, E. (1 de febrero de 2021). La incapacidad del Congreso en la pandemia. *Agenda Pública*. Recuperado de <https://agendapublica.es/la-incapacidad-del-congreso-en-la-pandemia/>

Sánchez Muñoz, Ó. (2021). El derecho de sufragio en tiempos de pandemia. En P. Biglino Campos y J. F. Durán Alba (Dirs.). *Los efectos horizontales de la Covid-19 sobre el sistema constitucional: estudios sobre la primera oleada* (pp. 253-277). Zaragoza: Fundación Manuel Giménez Abad.

Santaolalla López, F. (2005). Interregno parlamentario y elecciones: excesos y defectos. *Revisita de Derecho Político*, 63, 97-146. <https://doi.org/10.5944/rdp.63.2005.8960>

Santaolalla López, F. (2018). Artículo 115. En M. Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer y M. E. Casas Baamonde (Dirs.). *Comentarios a la Constitución Española: Conmemoración del XL Aniversario de la Constitución*, vol. II (pp. 625-626). Madrid: Fundación Wolters Kluwer: Boletín Oficial del Estado: Tribunal Constitucional: Ministerio de Justicia.

Santaolalla López, F. (2019). *Derecho Parlamentario español*, 2.ª ed. revisada. Madrid: Dykinson.

Santolaya Machetti, P. y Arnaldo Alcubilla, E. (2018). Art. 68. Sistema electoral del Congreso de los Diputados. En M. Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer y M. E. Casas Baamonde (Dirs.): *Comentarios a la Constitución Española. Conmemoración del XL Aniversario de la Constitución*, vol. II (pp. 47-58). Madrid: Fundación Wolters Kluwer: Boletín Oficial del Estado: Tribunal Constitucional: Ministerio de Justicia.

Sarmiento Méndez, X. A. (2020). La reacción del Parlamento de Galicia ante la crisis sanitaria. ¿Puede la Diputación Permanente ejercer "otras funciones" en una Cámara disuelta? En J. Tudela Aranda (Ed.). *El Parlamento ante la Covid-19*. Cuadernos Manuel Giménez Abad, monografía 8 (pp. 104-113). Zaragoza: Fundación Manuel Giménez Abad.

Sarmiento Méndez, X. A. (2021). Covid-19. Una visión desde el Parlamento de Galicia y su administración electoral. *Corts: Anuario de Derecho Par-*

lamentario, 34, número extraordinario, 139-174. Recuperado de <https://bit.ly/3pfUeh3>

Schmitt, C. (1922). Teología política. En *Carl Schmitt, teólogo de la política*. Héctor Orestes Aguilar (Trad.). México: FCE, 2001.

Silvestri, G. (1996). La parabola della sourantià. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto. *Rivista di Diritto Costituzionale*, 1, 3-74.

Tocqueville, A. de (1835-1840). *De la démocratie en Amérique*. Paris: Robert Laffont, 1986.

Torres Muro, I. (2018). Art. 116. Los estados excepcionales. En M. Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer y M. E. Casas Baamonde (Dirs.). *Comentarios a la Constitución Española. Conmemoración del XL Aniversario de la Constitución*, vol. II (pp. 625-626). Madrid: Fundación Wolters Kluwer: Boletín Oficial del Estado: Tribunal Constitucional: Ministerio de Justicia.

Tudela Aranda, J. (Ed.) (2020a): *El Parlamento ante la Covid-19*. Cuadernos Manuel Giménez Abad, monografía 8. Zaragoza: Fundación Manuel Giménez Abad. Recuperado de <https://bit.ly/3picwy2>

Tudela Aranda, J. (2020b). Parlamento y crisis sanitaria: reflexiones preliminares. En J. Tudela Aranda (Ed.). *El Parlamento ante la Covid-19*. Cuadernos Manuel Giménez Abad, monografía 8 (pp. 6-16). Zaragoza: Fundación Manuel Giménez Abad.

UK Parliament. Joint Committee on the Fixed-term Parliaments Act (2021): *Report, Session 2019-2021*, HC 1046 / HL 253, de 24 de marzo.

Young, A. (4 de diciembre de 2020). The Draft Fixed-term Parliaments Act 2011 (Repeal) Bill: Turning Back the Clock? *UK Constitutional Law Association* [Blog]. Recuperado de <https://bit.ly/3aRWlzl>

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL AVALA LA LEY ORGÁNICA DE PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD CIUDADANA (“LEY MORDAZA”): COMENTARIO DE LA STC 172/2020, DE 19 DE NOVIEMBRE

THE CONSTITUTIONAL COURT APPROVES THE ORGANIC LAW ON THE PROTECTION OF CITIZEN SECURITY (“GAG LAW”): COMMENT ON STC 172/2020, OF NOVEMBER 19TH

Ana Aba Catoira

Universidade da Coruña

Cómo citar / Nola aipatu: Aba Catoira, A. (2021). El Tribunal Constitucional avala la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana (“ley mordaza”): comentario de la STC 172/2020, de 19 de noviembre. *Legebiltzarreko Aldizkaria - LEGAL - Revista del Parlamento Vasco*, 2: 172-189

<https://doi.org/10.47984/legal.2021.005>



RESUMEN

En su Sentencia 172/2020, de 19 de noviembre (Recurso de Inconstitucionalidad 2896-2015 presentado por 97 diputados del PSOE; 11 de Izquierda Plural y Chunta Aragonesista; 4 de Unión Progreso y Democracia y 2 del Grupo Mixto del Congreso de los Diputados, impugnando los arts. 19.2º, 20.2º, 36.2º y 23º, 37.1º en relación con los arts. 30.3º, 37.3º y 7º, así como la disposición final primera de la Ley Orgánica), el Pleno del Tribunal Constitucional ha avalado la constitucionalidad de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana (LOPSC), aprobada por el PP en 2015 y conocida por sus críticos como “ley mordaza”. La sentencia del máximo intérprete de la Constitución,

de la que ha sido ponente el presidente del Tribunal, Juan José González Rivas, desestima la mayoría de las impugnaciones confirmando su adecuación constitucional, salvo la previsión de la necesidad de autorización para el uso de imágenes o datos de autoridades o miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, prevista en el art. 36.23º de la Ley.

Como a nadie se le oculta, esta resolución tiene especial relevancia porque la LOPSC ha estado, desde su aprobación, en el punto de mira social y político, con el anunciado recurso de inconstitucionalidad que ahora se resuelve. Y, este pronunciamiento del Alto Tribunal,

que confirma la constitucionalidad de los preceptos impugnados con la excepción de la “autorización”, no ha puesto fin a la confrontación de posiciones, pues tampoco ha tenido una acogida pacífica, tal como era de esperar.

PALABRAS CLAVE

Libertad, seguridad ciudadana, administración, sanción.

ABSTRACT

In its Sentence 172/2020, of November 19 (Constitutional Challenge 2896-2015 presented by 97 deputies of PSOE; 11 from “Izquierda Plural” and “Chunta Aragonesista”; 4 from “Unión Progreso y Democracia” and 2 from the Mixed Group of the Congress of Deputies, challenging articles 19.2º, 20.2º, 36.2º and 23º, 37.1º in relation to articles 30.3º, 37.3º and 7º, as well as the first final provision of the Organic Law), the Plenary of the Constitutional Court has endorsed the constitutionality of Organic Law 4/2015, of March 30, on the Protection of Citizen Security (LOPSC,) approved by the PP in 2015 and known to its critics as “gag law”. The Judgment of the highest interpreter of the Constitution, of which the President of the Court, Juan José González Rivas, has been the speaker, dismisses most of the challenges confirming their constitutional adequacy except

for the provision of the need for authorization to use images or data of authorities or members of the State Security Forces and Bodies, provided for in art. 36.23º of the Law. Since it is hidden from anyone, this resolution has special relevance because the LOPSC has been, since its approval, in the social and political spotlight, with the announced appeal of unconstitutionality that is now being resolved. And, this pronouncement of the High Court, which confirms the constitutionality of the contested precepts with the exception of the “authorization”, has not put an end to the confrontation of positions, since it has not had a peaceful reception, as expected.

KEYWORDS

Freedom, citizen security, administration, sanction.

LABURPENEA

Azaroaren 19ko 172/2020 Epaian (2896-2015 konstituzio-kontrakotasuneko errekurtoa, PSOEko 97 diputatuk aurkeztua; Izquierda Pluraleko eta Chunta Aragonesistako 11 diputatuk; Unión Progreso y Democraciako 4 diputatuk eta Diputatuen Kongresuko Talde Mistoko 2 diputatuk aurkeztua, 19.2.a, 20.2.a, 36.2.a eta 23.a, 37.1.a artikuluen kontra, 30.3.a, 37.3.a eta 7.a artikuluekin lotuta, baita Lege Organikoaren

azken xedapenetako lehenarekin ere), Konstituzio Auzitegiaren Osoko Bilkurak bermatu egin du Herritarren Segurtasuna Babesteko martxoaren 30eko 4/2015 Lege Organikoaren konstituzionaltasuna, hain zuzen ere, Alderdi Popularrak 2015ean onartutako eta haren kritikariek “mozal-legea” deitzen duten lege organikoarena. Konstituzioaren interprete gorenaren epaiak –Auzitegi lehendakari Juan José Rivas González txostengile izanik– aurkaratze gehienak ezetsi ditu, legearen egokitasun konstituzionala berretsiz, betiere Estatuko segurtasun-indar eta -kidegoetako kideen edo agintarien irudiak edo datuak erabiltzeko baimenaren beharrari buruzko aurreikuspena izan ezik, Legearen 36.23 artikuluan jasota dagoena.

Ez zaio inori ezkututzen ebazpen horrek garrantzi berezia duela, izan ere, Herritarren Segurtasuna Babesteko Lege Organikoa gizartearen eta politikaren jomugan egon da onartu zenetik, orain ebazten den konstituzio-kontrakotasuneko errekurtsio iragarriarekin. Eta goi-auzitegiaren erabakiak, aurkaratutako manuen konstituzionaltasuna berresten duenak –“baimena” salbuetsita–, ez dio amaiera eman jarreraren konfrontazioari, ez baitu harrera baketsua izan, espero zen bezala.

GAKO-HITZAK

Askatasuna, herritarren segurtasuna, administrazioa, zehapena.

SUMARIO

- I. CONSIDERACIONES GENERALES.
- II. LA SEGURIDAD COMO JUSTIFICACIÓN DE POSIBLES RESTRICCIONES DE DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES.
- III. EL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: CUESTIONES CANDENTES. 1. Los registros corporales externos: art. 20.2º LOPSC. 2. El régimen sancionador previsto en la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana. 3. Impugnación del régimen especial para Ceuta y Melilla de rechazo en la frontera de los extranjeros que intenten entrar ilegalmente.
- IV. CONCLUSIÓN.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

El análisis que nos ocupa no puede descontextualizarse de la realidad social que se ha conformado en las últimas décadas, donde se han transformado las formas de participación social y política a través del ejercicio de los derechos fundamentales que se dice integran o conforman “el derecho de protesta”: el derecho de asociación (art. 22 CE), el derecho de reunión y manifestación (art. 21 CE) y las libertades de expresión (art. 20 CE). Unas nuevas formas de participación social y política que son expresión del ejercicio de derechos fundamentales de especial relevancia que, para un sector de la doctrina y organizaciones de defensa de derechos humanos, se intentan restringir de forma injustificada y desproporcionada a través del régimen sancionador establecido en la LOPSC.

Por otra parte, resulta indicador de la relevancia de la regulación Libertad/Seguridad, recordar que el pasado marzo de 2021, la Comisión de Venecia adoptó, en su 126ª sesión plenaria, un dictamen sobre España, donde resalta la conveniencia de reformar la Ley de Seguridad Ciudadana que “debe ir acompañada de una evaluación en profundidad del funcionamiento práctico de la ley y su impacto en los derechos humanos dado su potencial represivo”. Las conclusiones a las que llega este órgano consultivo se basan en que la Ley “contiene una serie de disposiciones abiertas que confían a la policía amplios poderes, pero no indican en qué situaciones se pueden utilizar estos poderes, o qué tipo de medidas se pueden tomar. Algunos delitos también están formulados en la ley de manera excesivamente amplia”. En relación con las devoluciones de migrantes en la frontera, Ceuta y Melilla, reconoce que “España se encuentra en una difícil situación de tener que defender sus fronteras y al mismo tiempo cumplir con sus obligaciones en virtud del derecho internacional”. Pero, “la ley debe especificar que los agentes de policía no deben proceder con el rechazo en la frontera si, dadas las circunstancias, ven que un extranjero tiene razones convincentes para no utilizar los procedimientos ordinarios de solicitud de asilo”.

Pues bien, la Ley recurrida y analizada por el Tribunal Constitucional, establece una serie de medidas de intervención y un régimen sancionador con la finalidad de armonizar la relación entre Libertad/Seguridad. Estos conceptos jurídicos, bienes protegidos en la Constitución, son interpretados por el Pleno del Tribunal Constitucional en la sentencia de referencia, si bien, en el voto particular formulado por la magistrada María Luisa Balaguer Callejón¹, se sostiene una concepción distinta que difiere totalmente de la mantenida por el Pleno y que califica como “no propia de los estados constitucionales, en los que la reivindicación ante los poderes del Estado, mediante la presión en la calle, se reconoce como forma legítima de expresión

1 Los dos magistrados que votaron en contra de la sentencia fueron María Luisa Balaguer Callejón y Cándido Conde-Pumpido Tourón.

de la participación política, para la concienciación ciudadana y en el uso del valor constitucional del pluralismo político recogido en el art. 1 CE. Ley de control de la ciudadanía a través de la limitación desproporcionada de derechos para mantener la seguridad”.

La problemática jurídica que subyace en esta confrontación entre libertad y seguridad se explica desde la teoría de los límites de los derechos fundamentales para tratar de delimitar hasta dónde alcanzan los poderes limitadores o restrictivos de los derechos y libertades que garantiza nuestra Constitución. Como es sabido, existe una variada tipología de límites: internos o intrínsecos y externos o límites en sentido estricto en tanto que responden a una creación del poder público para proteger los derechos de los demás, el interés general y el orden público. En este orden de cosas, entrarían aquí aquellos límites derivados de la garantía de la seguridad, pues, siguiendo la letra del art. 29 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos “en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática”.

Por tanto, la garantía de la seguridad puede justificar la creación de límites de los derechos que, en ningún caso, son categorías absolutas o ilimitadas en una sociedad de convivencia democrática. Ahora bien, ello lo anterior, sin perder de vista que los límites requieren una interpretación y aplicación restrictiva de modo que no se invierta la relación entre la norma –la libertad– y la excepción –la limitación–. Así lo anterior, cuando se ha producido una intromisión en un derecho habrá que analizar su legitimidad, paso a paso, de manera que si la intervención deviene legítima tendrá justificación constitucional. Este análisis descansa en el principio de reserva de ley, reserva jurisdiccional, principio de proporcionalidad (adecuación o idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto) y garantía del contenido esencial del derecho afectado. Este análisis se ha incorporado en la jurisprudencia constitucional, que viene reiterando que:

para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto) (entre muchas, Sentencia 37/1998, de 17 de marzo, FJ 8º).

II. LA SEGURIDAD COMO JUSTIFICACIÓN DE POSIBLES RESTRICCIONES DE DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES

La seguridad ciudadana es una preocupación social y pública de primer nivel y ello llevó a la reforma de la regulación contenida en la Ley Orgánica 1/1992, de 27 de febrero, mediante la aprobación de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana². A mayores, es conveniente recordar que esta ley se acompaña de otras varias que se aprobaron ese mismo año, las dos leyes orgánicas de reforma del Código Penal, que responden a lo que se denomina como expansión del ordenamiento punitivo o sancionador, tanto del Derecho penal como del Derecho administrativo. La reforma legal se justifica, siguiendo la exposición de motivos, por diversos factores: el transcurso del tiempo; los cambios sociales operados en nuestro país; las nuevas formas de poner en riesgo la seguridad y tranquilidad ciudadana; los nuevos contenidos que las demandas sociales incluyen en este concepto; la imperiosa necesidad de actualizar el régimen sancionador; y la conveniencia de incorporar la jurisprudencia constitucional.

Y es en su art. 1 donde establece como objeto legislativo la seguridad ciudadana definida como condición esencial para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales y como un bien colectivo. Esta definición imprecisa de la seguridad ciudadana debe interpretarse en sintonía con la doctrina del Tribunal Constitucional que señalaba en la STC 153/2005 que:

la seguridad pública es la actividad dirigida a la protección de personas y bienes y al mantenimiento de la tranquilidad y el orden ciudadano, que incluye un conjunto plural y diversificado de actuaciones, distintas por su naturaleza y contenido, aunque orientadas a una misma finalidad tuitiva del bien jurídico así definido sobre aquello que se considera seguridad ciudadana. Una concepción en plena sintonía con el art. 104 CE que la configura como misión de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado que aseguran el estado en el cual los ciudadanos gozan de una situación de tranquilidad y estabilidad que les permite ejercer de forma libre y responsable los derechos y las libertades reconocidos constitucionalmente.

Obviamente, la seguridad es un bien jurídico protegido que podrá justificar que determinados derechos puedan verse restringidos en aplicación de medidas de intervención. Ahora bien, deberá hacerse siempre desde la premisa de que la garantía de los derechos fundamentales, en cuanto que elementos estructurales esenciales y fun-

² Esta ley ha sido reformada puntualmente a través del Real Decreto-ley 14/2019, de 31 de octubre, por el que se adoptan medidas urgentes por razones de seguridad pública en materia de administración digital, contratación del sector público y telecomunicaciones; por el que se da una nueva redacción al apartado 1 del art. 8, relativo al documento nacional de identidad.

damento del orden político y paz social, integra la seguridad, y de que toda limitación fundamentada en la garantía de la seguridad pública tendrá que superar el juicio de proporcionalidad demostrándose su adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Y en este sentido debe interpretarse el párrafo 2º del citado art. 1, donde se dice que “Esta Ley tiene por objeto la regulación de un conjunto plural y diversificado de actuaciones de distinta naturaleza orientadas a la tutela de la seguridad ciudadana, mediante la protección de personas y bienes y el mantenimiento de la tranquilidad de los ciudadanos”. Para dicho fin se regulan acciones preventivas y represivas justificadas por el legislador por “la existencia de una amenaza concreta o de un comportamiento objetivamente peligroso que, razonablemente, sea susceptible de provocar un perjuicio real para la seguridad ciudadana y, en concreto, atentar contra los derechos y libertades individuales y colectivos o alterar el normal funcionamiento de las instituciones públicas” (art. 4.3º LOPSC); intervención previa en aras de lograr la seguridad ciudadana, que es distinta de la posterior actividad sancionadora.

En la adopción de las medidas de intervención, el concepto de seguridad ciudadana ha de interpretarse atendiendo a los fines que persigue la Ley (art. 3) y los principios rectores de la acción de los poderes públicos (art. 4), pues la incidencia en el ejercicio de los derechos y libertades ciudadanas ha de reducirse al mínimo posible, en cumplimiento del principio constitucional del *favor libertatis* o plena efectividad de los derechos fundamentales y libertades públicas, singularmente de los derechos de reunión y manifestación, las libertades de expresión e información, la libertad sindical y el derecho de huelga (art. 4.1º, párrafo segundo, LOPSC). Sin embargo, la ampliación de poderes prevista y la amplitud e concreción legislativa nos lleva a afirmar que el listado de los fines contenidos en el art. 3³, así como de los principios del art. 4, favorecen una interpretación amplia de las intervenciones administrativas

3 El artículo 3 establece los siguientes fines:

- a) La protección del libre ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas y los demás derechos reconocidos y amparados por el ordenamiento jurídico;
- b) La garantía del normal funcionamiento de las instituciones;
- c) La preservación de la seguridad y la convivencia ciudadanas;
- d) El respeto a las leyes, a la paz y a la seguridad ciudadana en el ejercicio de los derechos y libertades;
- e) La protección de las personas y bienes, con especial atención a los menores y a las personas con discapacidad necesitadas de especial protección;
- f) La pacífica utilización de vías y demás bienes demaniales y, en general, espacios destinados al uso y disfrute público;
- g) La garantía de las condiciones de normalidad en la prestación de los servicios básicos para la comunidad;
- h) La prevención de la comisión de delitos e infracciones administrativas directamente relacionadas con los fines indicados en los párrafos anteriores y la sanción de las de esta naturaleza tipificadas en esta Ley;
- i) La transparencia en la actuación de los poderes públicos en materia de seguridad ciudadana”.

en los derechos fundamentales basada en una orientación preventivista de la Ley que, a la postre, fundamentaron el recurso de inconstitucionalidad que esta sentencia resuelve.

III. EL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: CUESTIONES CANDENTES

1. LOS REGISTROS CORPORALES EXTERNOS: ART. 20.2º LOPSC

La necesidad de regular los registros corporales resulta evidente a fin de garantizar una mayor protección de los derechos fundamentales que pudieran verse limitados a través de la realización de dichas intervenciones. Una práctica legal necesaria para garantizar la seguridad, pero que ha de estar fundamentada y respetar las garantías básicas guardando el máximo respeto de los derechos fundamentales afectados.

El artículo 20.2º reza así:

Salvo que exista una situación de urgencia por riesgo grave e inminente para los agentes: a) El registro se realizará por un agente del mismo sexo que la persona sobre la que se practique esta diligencia. b) Y si exigiera dejar a la vista partes del cuerpo normalmente cubiertas por ropa, se efectuará en un lugar reservado y fuera de la vista de terceros. Se dejará constancia.

Este artículo permite la práctica de un registro corporal externo y superficial a la persona, que puede consistir, incluso, en su desnudo, parcial o integral, y no exige que el resultado de la diligencia en cuestión se ponga en conocimiento del Ministerio Fiscal ni del juez, bastando para su validez con dejar constancia escrita de la misma, de sus causas y de la identidad del agente que la adoptó.

En el recurso se alega la vulneración del artículo 10.1 CE (derecho a la dignidad de la persona), el artículo 15 CE (derecho a la integridad física y moral) y el artículo 18 CE (derecho a la intimidad personal) al permitir el registro corporal externo y superficial que, incluso, puede consistir en un desnudo total o parcial, sin que el legislador exija la concurrencia de razones de urgencia y necesidad y sin establecer los requisitos y garantías, exigidos por la Constitución y plasmados en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional.

El Tribunal Constitucional fundamenta su resolución sobre la conformidad constitucional de la regulación legal apoyándose en la vasta jurisprudencia recaída sobre esta materia a raíz de analizar determinadas medidas de seguridad que impactan en los derechos fundamentales. Así, recuerda que las inspecciones y registros corporales (objeto de la norma recurrida) “consisten en cualquier género de recono-

cimiento del cuerpo humano, bien sea para la determinación del imputado (diligencias de reconocimiento en rueda, exámenes dactiloscópicos o antropomórficos, etc.) o de circunstancias relativas a la comisión del hecho punible (electrocardiogramas, exámenes ginecológicos, etc.) o para el descubrimiento del objeto del delito (inspecciones anales o vaginales, etc.)”, pudiendo “verse afectado el derecho fundamental a la intimidad corporal (art. 18.1º CE) si recaen sobre partes íntimas del cuerpo, como fue el caso examinado en la STC 37/1989 (examen ginecológico), o inciden en la privacidad” (STC 207/1996, FJ 2º a). Son diferentes a las denominadas “intervenciones corporales” “consistentes en la extracción del cuerpo de determinados elementos externos o internos para ser sometidos a informe pericial (análisis de sangre, orina, pelos, uñas, biopsias, etc.) o en su exposición a radiaciones (rayos X, TAC, resonancias magnéticas, etc.), con objeto también de averiguar determinadas circunstancias relativas a la comisión del hecho punible”, pues en estos casos “el derecho que se verá por regla general afectado es el derecho a la integridad física (art. 15 CE), en tanto implican una lesión o menoscabo del cuerpo, siquiera sea de su apariencia externa” (STC 207/1996, FJ 2º b).

Así lo anterior, los registros o inspecciones corporales suponen una intervención en el derecho a la intimidad, ya como intimidad corporal o como intimidad personal. En la jurisprudencia constitucional se ha abordado el elemento del pudor o recato personal, entendiendo que no son intromisiones forzadas en la intimidad aquellas actuaciones que, por las partes del cuerpo sobre las que se operan o por los instrumentos mediante los que se realizan, “no constituyen, según un sano criterio, violación del pudor o del recato de la persona” (STC 57/1994, de 28 de febrero, FJ 5º b). Siguiendo esta interpretación se considera que “resulta indudable que el desnudo integral de la persona incide en el ámbito de su intimidad corporal constitucionalmente protegido, según el criterio social dominante en nuestra cultura” (STC 196/2006, de 3 de julio, FJ 5º) incluso en una relación de sujeción especial desarrollada en el ámbito penitenciario (STC 57/1994, FJ 7º).

El carácter limitado del derecho supone que pueda ser intervenido cumpliendo los requisitos que proporcionan una justificación constitucional objetiva y razonable a dicha injerencia:

- a) la existencia de un fin constitucionalmente legítimo;
- b) que exista una previsión legal específica de la medida limitativa del derecho, no pudiendo ser autorizada la misma solo por la vía reglamentaria (principio de legalidad);
- c) que, como regla general, se acuerde mediante resolución judicial motivada sin que, en determinados casos, por acreditadas razones de urgencia y necesidad, y con la conveniente habilitación legislativa, tales actuaciones pudieran ser dispuestas por la policía judicial; y

d) que sea idónea, necesaria y proporcionada para la consecución del fin perseguido (STC 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 6º; con cita de las SSTC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4º; 234/1997, de 18 de diciembre, FJ 9º; 70/2002, de 3 de abril, FJ 10º, y 25/2005, de 14 de febrero, FJ 6º).

Para el Tribunal Constitucional, siguiendo las previsiones legales, estas intervenciones responden a “la preservación de la seguridad y la convivencia ciudadanas” (art. 3 c); garantizando el buen desarrollo y eficacia de la acción policial, en conexión con la “prevención de la comisión de delitos o infracciones administrativas” (art. 3 h), en línea con el art. 282 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que establece que la policía judicial tiene la obligación de investigar los delitos y practicar “las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delincuentes, y recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la autoridad judicial”.

En este orden de cosas, el precepto impugnado se pone en relación con el art. 18.1º de la LOPSC, relacionado con los efectos y objetos relevantes para el cumplimiento de las funciones policiales de indagación e investigación porque prevé que los agentes de la autoridad podrán practicar en las personas, y también en bienes y vehículos, las comprobaciones necesarias para impedir que en las vías, lugares y establecimientos públicos “se porten o utilicen ilegalmente armas, explosivos, sustancias peligrosas u otros objetos, instrumentos o medios que generen un riesgo potencialmente grave para las personas, susceptibles de ser utilizados para la comisión de un delito o alterar la seguridad ciudadana”. Además de que el art. 16.1º precisa los hechos o circunstancias que conducen a la intervención policial como aquellos necesarios para la indagación y prevención del delito o sanción de las infracciones; que, en todo caso, se justificará “en la existencia de una amenaza concreta o de un comportamiento objetivamente peligroso que, razonablemente, sea susceptible de provocar un perjuicio real para la seguridad ciudadana y, en concreto, atentar contra los derechos y libertades individuales y colectivos o alterar el normal funcionamiento de las instituciones públicas” (art. 4.3º).

Así lo anterior, el Tribunal Constitucional realiza una interpretación sistemática que le lleva a confirmar la constitucionalidad de la práctica de registros corporales externos y superficiales, que incluso puedan conllevar el desnudo parcial, cuando se cumplen los requisitos exigidos que determinan la idoneidad y necesidad de la medida para la consecución de la finalidad legalmente prevista. Además, para mayor garantía del derecho afectado, salvo en situaciones de urgencia o existencia de un grave e inminente riesgo para los agentes, el registro o cacheo será practicado por agente del mismo sexo y en lugar reservado y fuera de la vista de terceros. Y, a mayor abundamiento, el registro corporal será realizado, en todo caso, con respeto a los principios de injerencia mínima, de menor perjuicio a la intimidad y dignidad de la persona afectada, y de

idoneidad, necesidad y proporcionalidad, igualdad de trato y no discriminación (arts. 20.3º y 4º y 16.1º LOPSC).

2. EL RÉGIMEN SANCIONADOR PREVISTO EN LA LEY ORGÁNICA DE PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD CIUDADANA

Uno de los puntos calientes de la Ley y objeto del recurso es su régimen sancionador en cuanto que se incrementan las infracciones y se aumentan las sanciones, afectando especialmente al derecho de reunión y manifestación en lugares públicos. En este orden de cosas, se recurren por inconstitucionales los arts. 36.2º y 37.1º en relación con el 30.3º, 37.3º y 37.7º, por vulneración del art. 21 CE.

La regulación constitucional del ejercicio de este derecho de participación (art. 21.2º CE) establece como elemento de delimitación de su contenido constitucionalmente protegido la comunicación previa a la autoridad competente cuando la reunión se celebre en un lugar público. No se trata, pues, de una restricción del derecho ni de un obstáculo para su realización sino de un elemento que viene a delimitar su correcto ejercicio para armonizar los derechos y bienes con los que podría colisionar. Dicho en otras palabras, ante el incumplimiento estamos ante una actuación carente de protección constitucional para la que no cabe solicitar amparo (STC 36/1982, de 16 de junio, FJ 6º; STC 42/2000, de 14 de febrero, FJ 2º). En la misma línea el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Así, resulta evidente la diferencia entre comunicación previa y la posibilidad de prohibir la celebración de reuniones y manifestaciones en lugares de tránsito público, pues en el segundo supuesto la prohibición restringe el derecho, pero siendo una excepción que solo cabe cuando existan “razones fundadas” de alteración del orden público con peligro para personas y bienes. Es reiterada la jurisprudencia que concreta las razones fundadas, quedando descartada toda mera sospecha o posibilidad de que la concentración produzca dicha alteración (STC 66/1995, de 8 de mayo, FJ 3º), o que interpreta el desorden material como aquel “que impide el normal desarrollo de la convivencia ciudadana en aspectos que afectan a la integridad física o moral de personas o a la integridad de bienes públicos o privados” (STC 66/1995, de 8 de mayo, FJ 3º).

A mayor abundamiento se establecen garantías del derecho relacionadas con la decisión que adopte la autoridad competente tras la preceptiva ponderación: la motivación de la resolución, fundamentación y justificación de la medida como necesaria (SSTC 66/1995, de 8 de mayo, FJ 3º, y 42/2000, de 14 de febrero, FJ 2º). Si bien, en todo caso, antes de prohibir el ejercicio del derecho fundamental, deberá proponer alternativas en aplicación del principio de proporcionalidad, optando, si fuera posible, por medidas menos gravosas como modificaciones de fecha, lugar o duración (STC 42/2000, de 14 de febrero, FJ 2º), pues la interpretación sistemática de los preceptos

constitucionales conduce a la aplicación del principio *favor libertatis* (STC 66/1995, de 8 de mayo, FJ 3º).

No obstante lo anterior, podría prohibirse una reunión o manifestación si durante su celebración se vulneran los límites establecidos o se produce el incumplimiento del deber de comunicación previa. En todo caso, dicha posibilidad, por resultar tan gravosa para el ejercicio del derecho, será resultado de las circunstancias concurrentes y tras su análisis por la autoridad competente (STC 42/2000, FJ 2º). Obviamente, teniendo presente la diferencia entre manifestaciones no comunicadas (manifestaciones ilegales) frente a manifestaciones prohibidas (STEDH *Kudrevičius y otros c. Lituania*, § 149), pues las consecuencias jurídicas difieren, y sin perder de vista que desde el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se pide a las autoridades nacionales cierto grado de tolerancia atendiendo a las circunstancias específicas que concurren en cada caso (STEDH *Yılmaz Yildiz y otros c. Turquía*, de 14 de octubre de 2014).

Dicho lo anterior, no parece que la equiparación que se hace en el art. 35.1º, “son infracciones muy graves las reuniones o manifestaciones no comunicadas o prohibidas en infraestructuras o instalaciones en las que se prestan servicios básicos para la comunidad o en sus inmediaciones”, resulte respetuosa con el principio de proporcionalidad que debe presidir el régimen sancionador.

La Ley Orgánica 5/1983, de desarrollo del derecho de reunión, establece claramente los efectos de la falta de comunicación o incumplimiento del deber constitucionalmente establecido y los efectos de la comprobación por la autoridad gubernativa de la concurrencia de razones fundadas de que pudieran producirse alteraciones del orden público, con peligro para personas o bienes. Solo será en este supuesto cuando se podría prohibir la reunión o manifestación si no fuera posible proponer la modificación de la fecha, lugar, duración o itinerario de la reunión o manifestación. Por tanto, a quien suscribe estas páginas, le parece desproporcionado imponer la misma sanción para dos conductas que son diferentes y que, evidentemente, producen efectos distintos para la seguridad ciudadana.

Se impugna la sanción de las reuniones y manifestaciones en lugares concretos como las sedes del Congreso de los Diputados, Senado o asambleas legislativas autonómicas por lesionar la seguridad ciudadana (art. 36.2º), bien por incumplimiento de los requisitos legales o de las decisiones adoptadas por la autoridad competente (art. 37.1º, 3º y 7º), y también el art. 30.3º que amplía el ámbito de responsabilidad de los sujetos, definiendo quiénes se consideran organizadores o promotores de reuniones en lugares de tránsito público o manifestaciones.

Los recurrentes argumentan que se produce una afectación del contenido esencial (art. 53.1º CE) del derecho del art. 21 CE, lo que, como es sabido, convierte en inconstitucional la cláusula de intervención toda vez que dicha exigencia de responsabilidad produce un efecto disuasorio o desalentador en la participación ciudadana, es decir, disuade del ejercicio del derecho por temor a incurrir en dicha responsabilidad.

En la impugnación del art. 36.2º se alega que dicha restricción resulta injustificada, puesto que la finalidad de garantizar la independencia e inviolabilidad de la actividad parlamentaria, según el art. 77 CE, solo tiene sentido cuando las cámaras legislativas estén reunidas; y porque su aplicación no exige el cumplimiento de los límites previstos específicamente en el art. 21.2º CE, ya que la simple ausencia de la previa comunicación no supone la prohibición.

Sin embargo, para el Tribunal Constitucional en la sentencia objeto de análisis, las sedes parlamentarias revisten una doble trascendencia que merece protección jurídica. Por un lado, albergan el desarrollo efectivo de las funciones representativas por medio del funcionamiento del órgano legislativo en sus distintas formas y composiciones; y, por otro, son las depositarias de la soberanía popular, de modo que, aun estando inactivas, representan institucionalmente la voluntad popular, convirtiéndose en un símbolo constitucional.

Así, en atención a esa doble significación, el Tribunal Constitucional declara que el precepto impugnado sanciona la perturbación grave de la seguridad ciudadana ocasionada por la celebración de reuniones o manifestaciones ante las instituciones parlamentarias que impidan el normal funcionamiento del órgano parlamentario, o produzcan una desconsideración del símbolo que encarnan. Por consiguiente, para el Tribunal Constitucional se trata de una medida idónea a los fines establecidos, esto es, la protección de la significación institucional de los órganos parlamentarios y su valor simbólico plenamente vigente aun cuando no estén reunidos.

La infracción tipificada en el art. 37.1º como leve solamente podrá ser cometida, no por quienes simplemente participen en esas reuniones o manifestaciones no comunicadas, sino por los que tengan la consideración de promotores y organizadores. Pero, además, no es suficiente con tener objetivamente esta condición o que la misma se pueda deducir razonablemente de alguno de los hechos que recoge la norma u otros de similar naturaleza, ya que además se han de cumplir las exigencias derivadas del principio de culpabilidad.

Ciertamente, nos parece asumible la posición del Tribunal Constitucional en orden a garantizar la significación institucional y representativa de las cámaras legislativas, pero, sin embargo, la norma debería ser más clara y más precisa.

Por lo que respecta al art. 37.3º LOPSC, confirma su constitucionalidad siempre que este precepto se interprete del siguiente modo: “El incumplimiento de las restricciones de circulación peatonal o itinerario con ocasión de un acto público, reunión o manifestación, cuando provoquen alteraciones menores en el normal desarrollo de los mismos”, lo mismo que el art. 37.7º que tipifica como infracción leve “La ocupación de cualquier inmueble, vivienda o edificio ajenos, o la permanencia en ellos, en ambos casos contra la voluntad de su propietario, arrendatario o titular de otro derecho sobre el mismo, cuando no sean constitutivas de infracción penal”.

El régimen sancionador se ve aumentado con la tipificación de infracciones vinculadas al uso no autorizado de imágenes o datos personales o profesionales de las autoridades o miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (art. 36.23º). Este precepto considera como infracción grave “el uso no autorizado de imágenes o datos personales o profesionales de autoridades o miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que pueda poner en peligro la seguridad personal o familiar de los agentes, de las instalaciones protegidas o en riesgo el éxito de una operación, con respeto al derecho fundamental a la información”, sin olvidar que, de conformidad con el artículo 19, se prevé que:

... la aprehensión durante las diligencias de identificación, registro y comprobación de armas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otros efectos procedentes de un delito o infracción administrativa se hará constar en el acta correspondiente, que habrá de ser firmada por el interesado; si éste se negara a firmarla, se dejará constancia expresa de su negativa. El acta que se extienda gozará de presunción de veracidad de los hechos en ella consignados, salvo prueba en contrario.

A nuestro juicio, la regulación de estas conductas presenta dificultades evidentes. Por una parte, la necesidad de proteger en el ejercicio de sus funciones constitucionales a quienes ejercen autoridad. De hecho, el precepto se justifica en la protección de la seguridad personal o familiar de los agentes, así como la integridad de las instalaciones protegidas o el éxito de una operación policial, siendo fines protegidos en la ley en el citado art. 3, letras a, d, g y h⁴. Y, por otra, la garantía del ejercicio de los derechos de la ciudadanía y el cumplimiento del principio básico de control del ejercicio de poder y rendición de cuentas. Así pues, la captación de imágenes de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad debe ser analizada desde esta perspectiva, la regla en democracia es el control del ejercicio de las funciones públicas que debe ponderarse en cada caso concreto atendiendo a las circunstancias concurrentes.

La Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, dispone que:

... en particular, el derecho a la propia imagen no impedirá: a) Su captación, reproducción o publicación por cualquier medio, cuando se trate de personas que

4 El libre ejercicio de derechos y libertades garantizados en el ordenamiento; el respeto a la paz y seguridad ciudadana en el ejercicio de los derechos; seguridad personal y familiar de los agentes; normalidad en la prestación de servicios públicos esenciales; prevención de delitos e infracciones.

ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público (art. 8.2º).

Asimismo, el propio Tribunal Constitucional en la STC 72/2007, de 16 de abril, a propósito de la publicación de una foto en la que se identificó a una agente de la policía local que participó en un desahucio, estimó que se encuadraba en el supuesto regulado en el art. 8.2º a) de la Ley antes citada. El Alto Tribunal estima que “el examen de la fotografía y del texto que la acompaña pone de manifiesto que estamos ante un documento que reproduce la imagen de una persona en el ejercicio de un cargo público” y “que la fotografía en cuestión fue captada con motivo de un acto”, “en un lugar público” además de que “la información que se transmite por el periódico es veraz y tiene evidente trascendencia pública”.

Por otra parte, resulta fundamental analizar esta conducta desde el régimen jurídico de las libertades de información que resultan afectadas, a juicio de los recurrentes, por una restricción previa y desproporcionada. Por tanto, debe relacionarse con la modalidad de censura previa (prohibida sin excepción en el art. 20.2º CE) y con el art. 20.5º CE, que contempla el secuestro de publicaciones en virtud de resolución judicial. En su argumentación el Tribunal Constitucional trae a colación la STC 34/2010, de 19 de julio, FJ 5º, en la que se declaró la constitucionalidad de la adopción por órganos judiciales de medidas cautelares que, constituyan o no secuestro judicial en sentido estricto, impliquen restricciones previas a la difusión de mensajes con el objeto de atajar el riesgo de lesión de otros bienes o derechos constitucionales.

No obstante, no compartimos la posición del Pleno del Tribunal Constitucional porque el art. 19.2º de la LOPSC, en relación con el 36.23º, vulnera la reserva a los órganos judiciales de la autorización “del secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información” (art. 20.5º CE), al atribuir esta potestad a la Administración. Y así se ha interpretado en su jurisprudencia, cuando recordaba que “la propia Constitución legitima el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información, aunque sólo podrá acordarse en virtud de una resolución judicial (art. 20.5º CE), prohibiendo por tanto implícitamente la existencia del llamado secuestro administrativo” (STC 187/1999, de 25 de octubre, FJ 6º).

Se trata, pues, de realizar una correcta ponderación cuando se realiza una difusión no autorizada, que pueda o haya podido causar una situación de peligro para la seguridad de un agente, entre derecho de información y la garantía de la seguridad y otros derechos fundamentales de los agentes grabados. Las libertades de expresión e información tienen un alcance delimitado y encuentran limitaciones en su ejercicio dadas por la necesidad de garantizar los derechos de los demás, especialmente los derechos de la personalidad, la privacidad y protección de datos personales, así como otros intereses públicos como es la seguridad ciudadana.

Y la sentencia declarará que el art. 36.23º no es inconstitucional siempre que se interprete del siguiente modo el término “uso”: debe interpretarse en el sentido de que para que pueda apreciarse infracción grave es necesaria la publicación o difusión ilícita, no bastando la mera captación no seguida de publicación o difusión; y el término “imágenes o datos personales o profesionales” comprende también las relativas a la vida privada, elemento este que deberá tomarse en cuenta para determinar si prevalece o no el derecho a la información.

Se declara la inconstitucionalidad del inciso “no autorizado” de dicho precepto por resultar contraria a la interdicción de censura previa contenida en el art. 20.2º CE.

3. IMPUGNACIÓN DEL RÉGIMEN ESPECIAL PARA CEUTA Y MELILLA DE RECHAZO EN LA FRONTERA DE LOS EXTRANJEROS QUE INTENTEN ENTRAR ILEGALMENTE

Como a nadie se le oculta, otro de los contenidos polémicos son las conocidas como “devoluciones en caliente” o “devoluciones inmediatas” que se aplica en los territorios de Ceuta y Melilla. La disposición final primera de la Ley Orgánica 4/2015, añade una nueva disposición adicional décima a la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, con la siguiente redacción:

1. Los extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta o Melilla mientras intentan superar los elementos de contención fronterizos para cruzar irregularmente la frontera podrán ser rechazados a fin de impedir su entrada ilegal en España. 2. En todo caso, el rechazo se realizará respetando la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte. 3. Las solicitudes de protección internacional se formalizarán en los lugares habilitados al efecto en los pasos fronterizos y se tramitarán conforme a lo establecido en la normativa en materia de protección internacional.

Sin embargo, entendemos que la norma que se introduce en la Ley de Extranjería, sí crea un nuevo procedimiento de devolución de los extranjeros que entran ilegalmente en España que no cuenta con las garantías judiciales previstas en el artículo 24.1º CE, en el art. 58.3º de la Ley de Extranjería y en el art. 23 de su Reglamento. De acuerdo con estos preceptos, toda persona que pretenda entrar irregularmente en el país, incluidos aquellos que sean interceptados en la frontera o en sus inmediaciones, debería ser objeto de un procedimiento de devolución, con las garantías jurídicas previstas de forma específica para los procedimientos de extranjería fijados en el art. 20.2º de la Ley de Extranjería.

El Alto Tribunal concluye que resulta conforme a la Constitución la disposición final primera de la LOPSC siempre que se aplique a entradas individualizadas, sometidas a control judicial y se cumplan las obligaciones internacionales; teniendo especial consideración a las personas especialmente vulnerables (menores de edad, embarazadas o personas de edad avanzada). El Tribunal Constitucional confirma la disposición por no ser contraria a la doctrina internacional sobre derechos humanos, en cuanto que el Tribunal de Estrasburgo avaló dichas actuaciones:

[el] rechazo en frontera es una actuación material de carácter coactivo, que tiene por finalidad restablecer inmediatamente la legalidad transgredida por el intento por parte de las personas extranjeras de cruzar irregularmente esa concreta frontera terrestre. La actuación material (será constitucional), sin perjuicio del control judicial que proceda realizarse en virtud de las acciones y recursos que interponga, en cada caso concreto, la persona extranjera⁵.

Por otra parte, entiende que la disposición adicional décima de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España en nada excepciona el régimen jurídico previsto en la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria de asilo, al limitarse a indicar dónde se han de formalizar las solicitudes –puestos fronterizos de Ceuta y Melilla–, y que deben existir los medios que permitan acceder a un procedimiento de entrada legal al territorio español.

Como se ha dicho la sentencia tuvo dos votos en contra y se formuló un voto particular discrepante. El magistrado Cándido Conde-Pumpido incidió en la necesidad del cumplimiento del punto 3 de la disposición final, que prevé que “las solicitudes de protección internacional se formalizarán en los lugares habilitados al efecto en los pasos fronterizos y se tramitarán conforme a lo establecido en la normativa en materia de protección internacional”.

IV. CONCLUSIÓN

Garantizar la seguridad puede justificar la creación de límites de los derechos que, en ningún caso, son categorías absolutas o ilimitadas en una sociedad de convivencia democrática. Ahora bien, toda medida que suponga una restricción de derechos y libertades requiere una interpretación y aplicación restrictiva, de modo que no se invierta la relación entre la norma –la libertad– y la excepción –la limitación–. Este

5 Así, se concluye que esta decisión resulta conforme a la doctrina de la sentencia en la que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dio la razón al Estado español en relación con la expulsión inmediata de dos inmigrantes, de Mali y Costa de Marfil, que saltaron la valla fronteriza de Melilla en agosto de 2014.

principio parece debilitarse en el régimen sancionador contemplado en la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana, si bien el Tribunal Constitucional prácticamente ha confirmado en su totalidad la adecuación constitucional de los preceptos impugnados.

Bien es cierto que puede tener cabida en la Constitución una intervención pública en los derechos, más o menos intensa, si supera el test o juicio de proporcionalidad y, obviamente, no afecta al contenido esencial de estas categorías jurídicas. Pero no es menos cierto que, desde una perspectiva más proactiva hacia los derechos y libertades y menos apegada a la seguridad o al papel sancionador del Estado, la solución legislativa podría haber sido otra, en la línea demandada por los organismos internacionales, organizaciones defensoras de los derechos humanos, movimientos sociales o determinadas fuerzas políticas. ♦

LA RESPONSABILIDAD DE LOS PODERES PÚBLICOS: COMENTARIO SOBRE LA SENTENCIA 426/2020 DE 27 DE JULIO DE 2020 (SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL SUPREMO)

THE RESPONSIBILITY OF PUBLIC AUTHORITIES: COMMENT ON THE JUDGMENT 426/2020 OF JULY 27, 2020 (SECOND ROOM OF THE SUPREME COURT)

Xosé Antón Sarmiento Méndez

Universidade de Santiago de Compostela

Cómo citar / Nola aipatu: Sarmiento Méndez, X. A. (2021). La responsabilidad de los poderes públicos: comentario sobre la Sentencia 426/2020 de 27 de julio de 2020 (Sala Segunda del Tribunal Supremo). *Legebiltzarreko Aldizkaria - LEGAL - Revista del Parlamento Vasco*, 2: 190-199

<https://doi.org/10.47984/legal.2021.006>



RESUMEN

El alcance del principio de la interdicción de los poderes públicos es una de las cuestiones esenciales para la comprensión del Estado de derecho. En el caso del ejercicio de la potestad jurisdiccional, la imparcialidad de los tribunales deviene esencial, y la reflexión acerca de su práctica actual resulta de interés para la valoración de la calidad democrática de un sistema político.

PALABRAS CLAVE

Proceso, imparcialidad, tribunal, derechos fundamentales, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Bateragune*.

ABSTRACT

The scope of the principle of the interdiction of public powers is one of the essential issues for understanding the rule of law. In the case of the exercise of jurisdictional power, the impartiality of the courts becomes essential and reflection on their current practice is of interest to assess the democratic quality of a political system.

KEYWORDS

Process, impartiality, court, fundamental rights, European Court of Human Rights, *Bateragune* case.

LABURPENA

Botere publikoen interdikzioaren printzipioaren norainokoa da zuzenbide-estatua ulertzeko gako garrantzitsuenetako bat. Jurisdikzio-aharari dagokionez, epaimahaian inpartzialtasuna funtsezko bihurtzen da, eta interesgarria da oso haren gaineko egungo praktika-ri buruz gogoeta egitea sistema politiko baten kalitate demokratikoa balioesteko.

GAKO-HITZAK

Prozesua, inpartzialtasuna, epaimahaia, funtsezko eskubideak, Giza Eskubideen Europako Auzitegia, *Bateragune* auzia.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. EL ALCANCE DE LA IMPARCIALIDAD SUBJETIVA DEL JUZGADOR.
- III. LA IMPARCIALIDAD JUDICIAL OBJETIVA COMO CRITERIO PREFERENTE.
- IV. LA SATISFACCIÓN EQUITATIVA PARA LA PARTE PERJUDICADA.

BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El asunto objeto del presente comentario, como es conocido, tiene su origen en las demandas nº 4184/15, 4317/15, 4323/15, 5028/15 y 5053/15, interpuestas ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos contra el Reino de España con arreglo al artículo 34 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales por parte de cinco ciudadanos: Sr. Otegi Mondragón, Sra. Jacinto García, Sr. Díez Usabiaga, Sra. Zabaleta Tellería y Sr. Rodríguez Torres.

El 3 de noviembre de 2015 se notificó al Gobierno la queja respecto al derecho a un proceso equitativo ante un tribunal imparcial, garantizado por el artículo 6 § 1 del convenio, y el resto de demandas (4184/15, 4317/15, 4323/15, 5028/15 y 5053/15) fueron inadmitidas en aplicación del artículo 54 § 1 del Reglamento del Tribunal. En esa misma fecha, el tribunal decidió acumular las demandas¹.

No se analizarán los distintos pronunciamientos judiciales que se han dictado por diferentes órganos jurisdiccionales de modo individualizado, sino que se tratará de dar una visión de los principales problemas abordados a nivel judicial español y europeo de la cuestión. Además, debe tenerse en cuenta el contenido constitucional del enfoque adoptado y que, por tanto, no se tratarán aspectos procesales de técnica adjetiva-penal, que exceden el cometido de estas páginas y sobre los que existen excelentes trabajos que se citan en la bibliografía.

¹ Para realizar este comentario se ha usado la traducción realizada por el equipo de traducción de la Subdirección General de Constitucional y Derechos Humanos de la Abogacía General del Servicio Jurídico del Estado. Ministerio de Justicia.

Por otro lado, resulta de gran actualidad, desde otra perspectiva, el problema de la imparcialidad judicial en el ámbito de la Unión Europea. Así, el 7 de abril de 2021, el comisario europeo de Justicia, Didier Reynders, ha manifestado en rueda de prensa que la Ley del Poder Judicial polaca es incompatible con una serie de disposiciones fundamentales de los tratados de la UE. La Comisión Europea considera, además, que la legislación impugnada socava la independencia judicial en Polonia y es incompatible con el Estado de derecho de la Unión. La situación analizada y de máxima actualidad es que la ley recurrida impide que los tribunales polacos apliquen directamente la legislación de la UE para proteger la independencia judicial, incluso mediante procedimientos disciplinarios. También impide que los tribunales polacos soliciten decisiones preliminares sobre tales disposiciones al TJUE. Se manifiesta, y ello está particularmente vinculado con la garantía de la imparcialidad judicial, que los jueces polacos corren el riesgo de ser suspendidos de su cargo y de que se les levante la inmunidad para permitir que se inicien procesos penales contra ellos o para detenerlos.

Como puede observarse, a pesar de ser un fundamento básico de la independencia del poder judicial que está en la esencia del Estado de derecho de las democracias liberales –se ha entendido que el artículo 6 del CEDH es un “sustrato común” de la llamada “Europa de los Derechos”–, el problema de la imparcialidad de los juzgadores dista mucho de ser un problema resuelto en las democracias occidentales, y es una cuestión que también preocupa en ámbitos geográficos distantes, como el americano (así en la Corte IDH, *caso Palamara Iribarne v. Chile*. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005).

II. EL ALCANCE DE LA IMPARCIALIDAD SUBJETIVA DEL JUZGADOR

Desde mi punto de vista, hemos de preguntarnos si la garantía de imparcialidad de los tribunales es una cuestión estrictamente procesal o si por el contrario tiene un alcance mayor. La respuesta debe ser terminante: la obligación constitucional de sometimiento a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico contenida en el artículo 9.1 del texto constitucional no admite excepciones y, en este sentido, desde tempranas sentencias el Tribunal Constitucional español se ha pronunciado exigiendo la no transgresión de las normas y, más concretamente, la necesaria actuación conforme a derecho, lo que demanda una actuación conforme a los valores y contenidos básicos del sistema jurídico (STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 4).

La doctrina más reputada ha distinguido los conceptos interconectados por la jurisprudencia europea en relación con el par independencia-imparcialidad judicial. De este modo, parece adecuado pensar en la idea constitucional de la independencia ju-

dicial como un prerrequisito del ejercicio de la potestad jurisdiccional, mientras que la imparcialidad es un carácter básico de la jurisdicción como función propia del titular del órgano judicial.

El TEDH ha afirmado que la imparcialidad, normalmente, supone la ausencia de prejuicio o predeterminación –no debe deducirse un criterio formado con anterioridad sobre el asunto a conocer– y que su existencia o inexistencia se puede analizar desde varias perspectivas. Según el criterio subjetivo, a un tribunal se le debe presumir carente de prejuicios personales o de parcialidad. De este modo, el parámetro del convenio europeo se interpretará en el sentido de que la imparcialidad personal de un juez debe presumirse mientras no se pruebe lo contrario, lo que, a mi juicio, supone una presunción *iuris tantum* –y así parece entenderse en sentencias como la del *caso De Cubber v. Bélgica*, de 26 de octubre de 1984, párrafo 25–, que, como se verá, el tribunal no encuentra mucha dificultad para desbaratar en los casos en los que ha existido una muestra de hostilidad o mala voluntad respecto al acusado o incluso razones de orden personal. La prueba que se exige por la jurisprudencia europea se vincula a demostrar que el juez haya mostrado hostilidad –concepto de amplio espectro en la tradición jurídica occidental– o animadversión –lo cual difumina aún más la idea– por razones de carácter personal. En el fondo de esta argumentación está el brocardo de honda tradición británica que dice que “la justicia no solo debe hacerse, sino que debe parecer que se ha hecho”, algo que el *caso Kress c. Francia*, de 7 de junio de 2001, denomina como “teoría de las apariencias” y que se plasma en la posibilidad de dudar legítimamente de la independencia del juzgador.

Por el contrario, nuestro Tribunal Constitucional, en su sentencia de 22 de julio de 2014, atiende a un criterio de imparcialidad judicial en el que valora la presunta incommunicabilidad de la parcialidad entre diferentes procesos atendiendo a una distinción de las causas suscitadas al respecto –bien es cierto que tal acuerdo se adoptó por un ajustado resultado de votación de siete votos a favor y cinco en contra–.

Lo cierto es que el reconocimiento de la ausencia de una nítida división entre la imparcialidad subjetiva y la objetiva ha llevado a que el tribunal de Estrasburgo se haya centrado en el criterio objetivo.

III. LA IMPARCIALIDAD JUDICIAL OBJETIVA COMO CRITERIO PREFERENTE

La conducta del juzgador es posible que cree dudas objetivas acerca de su carácter imparcial por parte de terceros, pero, además, el criterio objetivo de análisis puede demandar el estudio de convicciones personales. Esta idea nos retrotrae a ciertos procesos de selección de órganos de gobierno y presidencias de colegios judiciales que

exigen comparencias previas, al modo de los *hearings* del derecho anglosajón, donde se testea también el *programa judicial* de los aspirantes, de modo que los responsables de su designación pueden conocer de primera mano el alcance de las ideas y creencias de los que desempeñarán altas responsabilidades en la creación jurisprudencial del derecho. Por ello, es definitorio tener en cuenta que a la hora de decidir sobre si, a la vista de un enjuiciamiento en particular, hay una razón justificada para temer que un órgano jurisdiccional carece de imparcialidad, el punto de vista de la persona que es objeto del proceso es importante, pero no cabe atribuirle un criterio determinante. El Tribunal Supremo español, en su sentencia de 23 de abril de 1992, afirmó que “un Tribunal deja de ser imparcial cuando realiza acciones que pueden implicar, desde un punto de vista objetivo, una toma de posición respecto de las cuestiones que le son sometidas a su decisión. Por ello la pérdida de imparcialidad depende de las propias acciones de los Jueces”.

Lo que a mi modo de ver resulta decisivo es concretizar si el temor a la imparcialidad judicial ha de valorarse como objetivamente justificado, y, para ello, tendremos que analizar los vínculos jerárquicos o de otra naturaleza que existen entre el juez y los otros protagonistas de un procedimiento. Creo que esos vínculos solo tendrán relevancia si son de tal carácter que generan falta de imparcialidad del tribunal y, por lo tanto, no deberán considerarse aquellos de carácter accidental, como la participación ocasional en jornadas de formación para funcionarios o la participación colegiada en órganos de selección en la función pública, y ello tanto para ponderar los vínculos positivos como negativos entre los sujetos a valorar a efectos de apreciar la imparcialidad del juzgador y la confianza que los tribunales deben inspirar en los ciudadanos en una sociedad democrática. Por lo tanto, cualquier juez respecto del cual pueda existir un motivo legítimo para temer su falta de imparcialidad debe abstenerse y, en este sentido, alcanza razonabilidad la afirmación del CGPJ en un reciente comunicado de 5 de marzo de 2021: “La Comisión de Ética Judicial considera poco aconsejable la participación de jueces y magistrados en programas o medios que, por su formato, puedan incitar al debate acalorado, al sensacionalismo o sean identificables por el público en general como alineados ideológicamente con una opción política sesgada y no plural”².

Se trata, en definitiva, de ciertos hechos verificables que autorizan a sospechar de la imparcialidad del juez (*caso Micallef Joseph v. Malta*, sentencia de 15 de octubre de 2009) y que, en el caso del Estado español, llevaron a una condena cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos valoró que los integrantes del tribunal eran profesores asociados de una universidad demandada, lo que se interpretó como clara prueba de los vínculos estrechos, pues habían recibido salarios por tales prestaciones docentes.

2 Nota informativa de la Comisión de Ética Judicial de 5 de marzo de 2021, en relación con el Dictamen (Consulta 06/20) de 24 de febrero de 2021: Principios de independencia, imparcialidad, integridad y corrección: ejercicio de la libertad de expresión por los jueces y las juezas. Recuperado de <https://bit.ly/3G9QEuQ>

En el caso que nos ocupa, el temor de falta de imparcialidad se fundaba en el hecho de que la presidenta del tribunal juzgador había sido con anterioridad considerada parcial con relación a uno de los demandantes en el procedimiento penal previo, que no solo se encontraba relacionado con actividades terroristas, sino también con el presunto apoyo a cierta organización ilegal. Obviamente, *prima facie* no se presenta problema que afecte a una falta de imparcialidad subjetiva por animadversión personal, sino que en la situación creada en el curso de los recursos judiciales presentados hay que analizar la presencia o no de causa de falta de imparcialidad objetiva. Lo cierto es que la pregunta que hizo la presidenta del tribunal y su reacción a la negativa a contestar por parte del afectado aportan datos para valorar, desde una perspectiva objetiva, la existencia de una opinión preformada sobre su culpa. Hay que recordar que la doctrina jurisprudencial española permite al presidente de un tribunal hacer preguntas meramente aclaratorias, pero no sustituir el papel del ministerio fiscal o de la acusación, y menos aún descalificar al acusado con insinuaciones acerca de su defensa que podrían hacernos pensar en una infracción flagrante de la imparcialidad demandada constitucionalmente.

En este orden de cosas, hay que afirmar sin ambages que la libertad de expresión de los miembros de los órganos jurisdiccionales cede en presencia de otros bienes jurídicos, como son los que se relacionan con la efectividad de la tutela judicial efectiva prevista en el artículo 24 de nuestra Constitución. Resulta de interés que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya puesto de manifiesto con particular matiz el hecho de que el cambio de sentido de la sentencia de los órganos judiciales es indicio de la existencia de falta de imparcialidad del órgano jurisdiccional que condenó al encausado. Coincido en la idea de que una declaración pública de un juez, sea cual sea el foro público en el que se produzca, y con más razón en el curso del ejercicio de su potestad jurisdiccional, lleva a comprometer su imparcialidad cuando de algún modo comunica una valoración previa, tal y como se hizo constar en el *caso McGonnell c. Reino Unido*, de 8 de febrero de 2000.

En todo caso, la argumentación del TEDH se sitúa, como él mismo admite, en un contexto muy concreto que, a su juicio, no puede ser obviado, y es la vinculación que ambos procedimientos judiciales tenían en relación con “los actos, valores y/u objetivos de la organización terrorista”. Este criterio de vinculación referido a la organización resulta de utilidad para ese órgano jurisdiccional para justificar los temores relativos a la imparcialidad del tribunal. Opino que se trata de un razonamiento *ad hoc*, puesto que podrán aparecer supuestos de itinerarios judiciales en los que las causas afecten a sujetos comunes en los que atar una causa de falta de imparcialidad será mucho más difícil y, por tanto, la línea jurisprudencial de interpretación tendrá que romperse.

Un aspecto nuclear de la valoración de la imparcialidad judicial en el caso que nos ocupa es el de que no puede descartarse completamente que la opinión desfavorable de la presidenta del tribunal referida a la culpabilidad del primer demandante pudiera

haber tenido también un impacto negativo en el resto de los demandantes. Esta idea pone de manifiesto la eficacia expansiva de las garantías de la imparcialidad en la concepción del tribunal europeo puesto que se formula su planteamiento en términos de posible duda razonable. Se trata de un supuesto a diferenciar del conocido en la Sentencia del Tribunal Constitucional 138/1994, de 9 de mayo, en la que se declaró que no existe pérdida de la imparcialidad objetiva cuando el órgano jurisdiccional debe decidir sobre un asunto muy similar a otro ya tratado con anterioridad por él mismo.

A mi modo de ver, la cuestión de la imparcialidad del juzgador debe abordarse también desde una perspectiva del modelo de *juez constitucional* que requiere el siglo XXI. Se precisa, sin duda, un perfil judicial discreto, que no interviene en asuntos públicos mediante el debate mediático o de redes sociales, pues, de lo contrario, se siembra el campo para posteriores problemas de abstención y recusación en los procedimientos a dilucidar. En este orden de cosas, el tribunal de Estrasburgo ha entendido que no tiene por qué afectar a la imparcialidad del juzgador la existencia de campañas de “ruido mediático”, pues es esencial a una sociedad democrática que existan debates públicos sobre cuestiones judicializadas, especialmente cuando estos temas afectan a los titulares de cargos públicos y a aspectos tan destacables como las conexiones entre gobernantes y empresarios (*caso Rywin c. Polonia*).

Desde la perspectiva del justiciable, un problema de trascendencia es el de determinar su posible deber de denunciar la parcialidad del tribunal o, lo que es más delicado, el de delimitar hasta qué punto existe un deber de conocer las eventuales causas de cuestionamiento de la necesaria imparcialidad. Respecto de esta cuestión, la Sentencia del Tribunal Constitucional 306/2005 desechó el argumento de la notoriedad pública de la condición de magistrado de un tribunal superior de justicia de comunidad autónoma como argumento de reproche al recurrente afectado por la sentencia, al entender que se trata de una presunción de conocimiento que no se apoya en prueba concreta alguna (FJ 2).

Estas ideas resumen el convencimiento de que, en esta materia de la apreciación de parcialidad en el ejercicio de la función jurisdiccional, partiendo –como no puede ser de otra manera– de la redacción legislativa vigente por imperativo claro del mandato constitucional de seguridad jurídica, debe procederse siempre al amparo del criterio de interpretación más favorable a la efectividad de los derechos fundamentales –en este caso, destacadamente, el de tutela judicial efectiva–, pues solo la valoración caso por caso será efectiva para el logro de los objetivos buscados.

IV. LA SATISFACCIÓN EQUITATIVA PARA LA PARTE PERJUDICADA

Con carácter previo, conviene afirmar que la naturaleza subsidiaria del recurso de amparo en el derecho español puede constituirse en casos de valoración de la impar-

cialidad judicial en una auténtica rémora al contenido esencial de la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución, y esa constatación merece una reflexión *lege ferenda* respecto a las medidas que son adecuadas para asegurar la vigencia del derecho a un juicio imparcial en el ámbito penal.

Ante una infracción de las garantías de imparcialidad que afectan al contenido del artículo 6 del convenio, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se decanta por la solución de reparación consistente en celebrar nuevo juicio o reabrir el caso a solicitud de la persona interesada –existen también casos, como el *Piersack* 8692/79, en los que se reserva su posición sobre ese punto y postula un hipotético acuerdo entre el estado demandado y el demandante–.

En este sentido, en el derecho español la Ley de Enjuiciamiento Criminal suscita la posibilidad, en su artículo 954.3, de revisar la sentencia aunque sea firme: “Se podrá solicitar la revisión de una resolución judicial firme cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución fue dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión”.

Por este motivo, resulta particularmente criticable que se acuda en estos supuestos al expediente del abono de indemnizaciones, que seguramente el tratado ha pensado para solventar solo los daños que no pueden repararse por otros medios. En este sentido, resulta razonable que el tribunal europeo haya entendido que la constatación de la vulneración es una satisfacción válida en el caso que nos ocupa, y por ello declaró la improcedencia de la reclamación de 40.000 euros por daños morales de uno de los demandantes. Como señala la doctrina “la falta de precisión técnica del concepto ‘satisfacción equitativa’ ha permitido al Tribunal Europeo de Derechos Humanos no equipararla directamente a una indemnización pecuniaria, pues de hecho no son expresiones sinónimas, a diferencia de lo que sucede con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que sí se refiere expresamente a la concesión de una indemnización económica a favor del perjudicado” (Niño Estébanez, 2019: 43).

Este es un problema relevante, que se suma a la ausencia de un criterio uniforme en la fijación de la satisfacción equitativa ante casos sustancialmente iguales.

El Tribunal Supremo, en su Sentencia 692/2020 –en una línea que, como puede verse, es consolidada en la STS 3612/2020–, aprecia que, desde el punto de vista formal, la anulación de la sentencia de casación exige el dictado de una nueva que resuelva adecuadamente el recurso, de conformidad con la doctrina del TEDH aplicada al caso. Entiende, pues, procedente que, estimado el motivo en el que se alegaba vulneración del derecho a un juez imparcial, procede la nulidad de la sentencia de instancia. De forma coherente a ese principio, el tribunal valora que la anulación de la sentencia supone que las acusaciones, que, en principio, subsisten, no han obtenido una res-

puesta válida a sus pretensiones. Es un razonamiento admitido por la doctrina, pues debe considerarse que el hecho de que un país asuma el ordenamiento del Consejo de Europa no le obliga a que sus instrumentos internos conlleven una reparación perfecta de los incumplimientos de aquel.

Desde una perspectiva de tutela de los derechos de los justiciables, el Supremo entiende que:

- a. “Los acusados han sido privados de libertad en ejecución de una pena impuesta en una sentencia que ha sido declarada nula, y –por ello– tienen derecho a una respuesta en Derecho acerca de la vigencia de su presunción de inocencia respecto de los hechos que les fueron imputados, así como respecto al carácter no delictivo de los mismos”.
- b. Por otro lado, “... las acusaciones, asistidas del derecho a la tutela judicial efectiva, tienen igualmente derecho a que sus pretensiones, debida y oportunamente formuladas, sean resueltas por una resolución motivada”.

En este caso mantuvieron los recurrentes que, de conformidad con la doctrina del TEDH, la reapertura del proceso solo puede acordarse a instancia de los propios acusados. Sin embargo, el Supremo dice que no puede aceptarse su tesis. La estimación de la vulneración de su derecho a juez imparcial, a juicio del Supremo, no puede extender sus efectos a conceder al acusado una disponibilidad sobre el proceso que el derecho interno no le reconoce, dados los bienes jurídicos afectados por el delito del que se le acusaba.

Así, el primer motivo del recurso de casación interpuesto por los recurrentes Casiano y Cecilio se estima, declarando la vulneración de su derecho a un tribunal imparcial, lo que determina la anulación del juicio celebrado en la instancia y la anulación de la sentencia recurrida, acordando la retroacción de las actuaciones al momento anterior al juicio oral, debiendo celebrarse un nuevo juicio contra los acusados que resultaron entonces condenados por un tribunal compuesto por magistrados diferentes de los que dictaron la sentencia que se anula, lo que se presenta como un requisito perfectamente razonable de acuerdo con la consolidada doctrina del TEDH. El principio aplicado en las solicitudes de satisfacción equitativa por el TEDH es el de la restitución *in integrum*, en la que el demandante debe ser compensado para volver a estar en la situación en la que estaría de no haberse producido tal daño, pero no se precisa en muchas ocasiones qué medida debe adoptarse para proceder a ese fin, lo que ha dado lugar a que la doctrina hable de sentencias “meramente declarativas”. Algo semejante en cuanto al daño moral, pues el tribunal realizará una evaluación sobre una base equitativa, lo que me lleva a concluir que será una determinación caso por caso la que se lleve a cabo, sin que quepa apriorísticamente determinar el mandato a adoptar por el órgano constitucional del artículo 123 de la Constitución.

Se trata de un ámbito que, sin duda, puede generar debates futuros, *lege ferenda*, en relación con la posible aplicación de algoritmos para su resolución en la línea apuntada

por David Martínez (2019): “El uso de algoritmos, en términos generales, siempre conlleva mejoras de eficiencia, rapidez, previsibilidad y seguridad, dado que se elimina la posibilidad de interferencia de prejuicios o creencias que puedan alterar la aplicación mecánica de las normas”. A mi modo de ver, al tratarse de una cuestión que afecta a derechos fundamentales, la utilización de este tipo de técnicas de inteligencia artificial en estos procesos debe introducirse con sumas cautelas de garantías máximas para el justiciable.

En definitiva, hay que afirmar la necesidad de que la garantía de la imparcialidad del juzgador, entendida por nuestro Tribunal Constitucional como un derecho de configuración legal, implica la necesidad de que el legislador de la ley procesal penal respete en su desarrollo el contenido esencial del derecho con el alcance del artículo 53.1 de la Constitución y, para ello, la aplicación de las previsiones legales ha de ser flexible y así lograr una interpretación más adecuada de su esencia. ♦

BIBLIOGRAFÍA

Martínez Zorrilla, D. (2019). El juez artificial: ¿próxima parada? *Oikonomics*, 12, 1-12. <https://doi.org/10.7238/o.n12.1914>

Niño Estébanez, R. (2019). *Fuerza obligatoria y ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de*

Derechos Humanos en España: el procedimiento de revisión. Valencia: Tirant lo Blanch. Recuperado de <http://albergueweb1.uva.es/constitutiva/wp-content/uploads/2021/02/L09-.pdf>

INFORME EN RELACIÓN CON EL AUTO DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE MAYO DE 2003 EXTENDIENDO LA DISOLUCIÓN DE UN PARTIDO ILEGALIZADO AL CORRESPONDIENTE GRUPO PARLAMENTARIO (PARLAMENTO VASCO. 4.6.2003)

REPORT IN RELATION TO THE ORDER OF THE SUPREME COURT OF MAY 20, 2003 EXTENDING THE DISSOLUTION OF AN OUTLAWED PARTY TO THE CORRESPONDING PARLIAMENTARY GROUP (BASQUE PARLIAMENT. 2003.06.04)

Eduardo Mancisidor Artaraz
Eusko Legebiltzarra / Parlamento Vasco

Cómo citar / Nola aipatu: Mancisidor Artaraz, E. (2021). Informe en relación con el auto del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2003 extendiendo la disolución de un partido ilegalizado al correspondiente grupo parlamentario (Parlamento Vasco. 4.6.2003). *Legebiltzarreko Aldizkaria - LEGAL - Revista del Parlamento Vasco*, 2: 200-227
<https://doi.org/10.47984/legal.2021.008>



I. PARTIDO POLÍTICO Y GRUPO PARLAMENTARIO

1. El objeto del informe de los Servicios Jurídicos del Parlamento Vasco que se publica en el segundo número de esta revista es el análisis de las relaciones, de identidad o diferencia, entre partido político y grupo parlamentario. Su origen se encuentra en la ilegalización y disolución del partido político Herri Batasuna y sus avatares, Euskal Herritarrok y Batasuna, declarada por la Sala del artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) del Tribunal Supremo (TS), en su sentencia de 27 de marzo de 2003. Por Auto de 24 de abril, la Sala Especial del TS acordó “que su ejecución se extienda a la disolución de los Grupos parlamentarios constituidos por Batasuna, cuya ilegalidad y disolución ha sido declarada, en los Parlamentos Vasco y Navarro”. Sin una reflexión específica al respecto, como si fuera una consecuencia natural y autoevidente

de la disolución del partido político que no necesitara argumentarse, y mediante una expresión constitucionalmente tan arriesgada, “grupos parlamentarios constituidos por Batasuna”, el órgano judicial se dirigió al presidente del Parlamento Vasco para que procediera a la disolución. De esta manera, el Parlamento Vasco, al igual que otras instituciones representativas, se vio implicado en un proceso judicial ajeno hasta aquel momento, en el que no había tenido ninguna participación, y los miembros de la Mesa de la Cámara fueron conminados y acuciados a tomar una medida, no prevista en el Reglamento y tan grave en la vida parlamentaria, como la disolución de un grupo.

2. La relación entre partido político y grupo parlamentario es un tema clásico de reflexión en el derecho parlamentario. Han sido muchos los casos en los que las vicisitudes por las que pasa un partido político obligan a plantearse la cuestión de su repercusión o influencia en el ámbito parlamentario. Sin ningún ánimo exhaustivo se pueden recordar supuestos de transfuguismo, expulsiones y otras medidas disciplinarias, escisiones del partido, *desdoblamientos* de grupos parlamentarios, reclamaciones económicas de las subvenciones a los grupos, coincidencia de denominaciones... La dualidad partido político-grupo parlamentario es estructural y subyacente al derecho parlamentario, y periódicamente aflora como consecuencia de alguna situación o acaecimiento de la vida política extramuros del Parlamento, tal como en esta ocasión por la disolución judicial de un partido político.

3. El caso tuvo un prolegómeno al que se hace referencia en el informe. El Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional, por Autos de 26 de agosto y 6 de septiembre de 2002, acordó extender la suspensión provisional de los partidos políticos Herri Batasuna-Euskal Herritarrok-Batasuna al correspondiente grupo parlamentario. A petición de la Mesa del Parlamento Vasco, los Servicios Jurídicos elaboraron un informe el 16 de septiembre que sirvió de base para el acuerdo de 3 de octubre, adoptado por mayoría, en el que el órgano de gobierno de la Cámara exponía las razones por las que, a su juicio, no procedía la suspensión ordenada. Este acuerdo, a su vez, sirvió de base a la nueva resolución de 7 de mayo de 2003, acordada por mayoría nuevamente, en la que se trasladaban a la Sala Especial del TS las razones constitucionales por las que se consideraba que no procedía la comunicación de la disolución al grupo parlamentario. Lo más destacable en este antecedente es que dio lugar a un dictamen de la Fiscalía General del Estado, de 28 de noviembre de 2002, que se alineaba plenamente con la posición expuesta por el Parlamento y sus argumentos. Se trata de un dictamen citado en varias ocasiones en el informe que ahora se publica.

4. La Sala Especial del TS, en el mencionado Auto de 24 de abril de 2003, clausuró de antemano el problema sin llegar siquiera a formularlo, al considerar que iba de suyo la disolución del grupo parlamentario –“constituido por Batasuna”, recordémoslo– como consecuencia de la del partido político, así como que del cese de las actividades de este derivaba naturalmente, y como corolario indefectible, el cese de las actividades del grupo parlamentario. En resoluciones posteriores, Autos 5161 y 5162 de 20 de mayo,

el TS insistirá en una misma y casi única idea, la de la intensa vinculación entre partido político y grupo parlamentario. El TS sugiere, en el fundamento 2 del Auto 5161, que cuenta con el aval del Tribunal Constitucional al indicar que la intensa vinculación entre partido político y grupo parlamentario llega hasta el punto “de que el Auto del Tribunal Constitucional de 15 de enero de 1986 haya declarado que los Grupos son ‘emanación de los Partidos Políticos’”. Como argumento adicional solo se apuntaba la falta de personalidad jurídica diferenciada del grupo parlamentario, que la descartaría como obstáculo impeditivo de la comunicación de la disolución al grupo, supuesto que incurriría en fraude de ley por abuso de personalidad, circunstancia que estaría contemplada en el artículo 12 de la Ley Orgánica de Partidos Políticos (LOPP). Ahora bien, el argumento de la supuesta personalidad jurídica del grupo parlamentario nunca fue esgrimido por el Parlamento Vasco.

5. Los múltiples y estrechos vínculos entre partidos políticos y grupos parlamentarios son tan evidentes y aceptados por todos que no hay controversia posible. Desde una perspectiva politológica, sociológica o “realista”, como se dice en el informe, no hay discusión. La controversia se trababa en dilucidar si esta vinculación tan íntima e intensa en lo político determinaba, desde una perspectiva jurídica, que la disolución y cese de actividades del partido debía conllevar la disolución y cese de las actividades del grupo. No parece dudoso que la consideración jurídica debía ser prioritaria sobre la politológica o “realista”, tratándose de una decisión judicial que afectaba a derechos fundamentales, como el derecho a la participación política, y a principios constitucionales como la separación de poderes y la autonomía parlamentaria, primordiales en democracia.

El informe señala que la primacía del prisma jurídico no responde a ningún prurito formalista, sino que tenía consecuencias prácticas bien patentes. En este punto, no estará de más referir algo que sucedió coetáneamente a los acontecimientos que se están recordando. El 25 de mayo de 2003 se celebraron elecciones municipales –también forales en nuestro caso–, y entre las candidaturas que se presentaron al Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz concurrieron, entre otros, el Partido Popular y Unidad Alavesa. Como cabeza de lista y candidata a la alcaldía de esta última formación política figuraba María Enriqueta de Benito Bengoa (Boletín Oficial del Territorio Histórico de Álava, nº 48, de 29 de abril de 2003), que a la sazón era parlamentaria y estaba encuadrada en el grupo parlamentario Popular Vasco desde su incorporación hasta el 27 de abril de 2004, que pasó al Grupo Mixto. Así pues, una parlamentaria del Grupo Popular compitió electoralmente contra el Partido Popular sin que ello supusiera ninguna dificultad ni contratiempo para el derecho parlamentario.

6. En el informe se exponen los argumentos, no ya legales sino fundamentalmente constitucionales, que avalarían la disociación entre partido político y grupo parlamentario. Razones relativas, por una parte, al mandato representativo de los parlamentarios y a su derecho a la participación política –y a su través del de los

ciudadanos-, y por otra parte, a la consideración del grupo como una articulación interna de la Cámara que pertenece al ámbito de la organización y funcionamiento del poder legislativo en el que desarrolla y agota sus funciones y atribuciones. En definitiva, mientras que el partido político es jurídicamente un tercero ajeno al Parlamento, los grupos son entidades endógenas e inmanentes a la Cámara, y ello determinaba que la disolución judicial del grupo se extravasara en el ámbito de la autonomía parlamentaria.

Examinado desde una perspectiva “realista”, si lo que justificaba la disolución del grupo parlamentario era la necesidad de asegurar el cese de la actividad institucional del partido disuelto, la medida era inútil al mantener su condición los parlamentarios miembros de los partidos ilegalizados.

7. Dieciocho años después sigo considerando que la disociación jurídica entre partido político y grupo parlamentario es la posición que cuenta con un más sólido basamento constitucional, de modo que todo acontecimiento en la esfera del partido no sería directa e inmediatamente trasladable al grupo, sino que requeriría siempre una detenida consideración específica de cada caso cuya conclusión podría muy bien ser que tal comunicación no procede.

En esa misma línea iba, en mi opinión, la jurisprudencia constitucional. Por eso resulta tan llamativo el intento de la Sala Especial del TS, en su Auto 5161 de 20 de mayo, de traer en su apoyo esta jurisprudencia. Para ello cita el ATC de 15 de enero de 1986, recordando que el Tribunal Constitucional ya había declarado que los grupos son “emanación de los partidos políticos”. Lo cierto es que a la altura de 2003, además de otras resoluciones relevantes al caso que se utilizan y citan en el informe, estrictamente sobre la relación partido-grupo solo había dos pronunciamientos del Tribunal Constitucional, el citado ATC 12/1986, de 15 de enero, y la STC 36/1990, de 22 de marzo. En esta última el TC va a negar legitimación procesal al partido político para recurrir en amparo actos parlamentarios, considerándolo un tercero ajeno a la Cámara, mientras que por el contrario, la legitimación de los grupos parlamentarios para este tipo de recursos parlamentarios es una constante de la jurisprudencia constitucional. En la STC 36/1990 se declaraba que aunque los grupos parlamentarios “sean frecuentemente una lógica emanación de los primeros”, lo cierto es que “resulta indudable la relativa disociación conceptual y de la personalidad jurídica e independencia de las voluntades presentes entre ambos” (FJ 1). Desde entonces ha sido constante en la jurisprudencia constitucional el rechazo de la capacidad procesal de los partidos para inmiscuirse en la vida interna de los parlamentos, mientras que ha sido también doctrina constante que los grupos parlamentarios ostentan una representación institucional de los miembros que los integran que les otorga capacidad procesal ante el Tribunal Constitucional para defenderles ante eventuales vulneraciones de los derechos fundamentales por parte de órganos parlamentarios (valga por todas la STC 361/2006, de 18 de diciembre, FJ 5).

II. UNA CONTROVERSIA JURÍDICA SIN VÍA DE ENCAUZAMIENTO

1. Lo que, por mayoría, la Mesa del Parlamento Vasco estaba planteando a la Sala Especial del TS era una genuina controversia jurídica en relación con los términos en los que el órgano judicial ejecutaba su sentencia de ilegalización y disolución de un partido político. El Parlamento Vasco se ve involucrado en un proceso judicial del todo ajeno al ser conminado su presidente a que disuelva un grupo parlamentario, sin que tal medida estuviera contemplada en su Reglamento. Tal y como lo acababa de hacer tan solo unos meses antes, la Mesa adoptó un acuerdo en el que exponía las razones que, a su juicio, determinaban la improcedencia de la disolución del grupo parlamentario. Si en noviembre de 2002 sus argumentos fueron asumidos por la Fiscalía General del Estado, en esta ocasión la suerte que correría la resolución parlamentaria sería bien diferente. Esa misma Fiscalía General del Estado acabaría por interponer una querrela contra los tres miembros de la Mesa del Parlamento Vasco cuya posición había avalado unos meses antes, protagonizando un giro copernicano nunca explicado.

2. Lo natural es que las controversias jurídicas sean reconocidas como tales y que el ordenamiento jurídico disponga al efecto las vías pertinentes para su resolución. Así se espera también en los casos, siempre tan especiales y delicados, en los que las controversias se traban entre los distintos poderes del Estado, o entre sus órganos constitucionales o estatutarios. Controversias que genuinamente recaen sobre el alcance y la delimitación en detalle de las respectivas potestades, competencias y atribuciones de los órganos concernidos.

3. La Mesa del Parlamento Vasco defendía la autonomía parlamentaria frente a lo que consideraba una actuación judicial que se inmiscuía en el ámbito de la organización y funcionamiento interno de la Cámara constitucionalmente garantizada. Expuestos sus argumentos y no habiendo sido atendidos, hubiera procedido formalizar el conflicto, pero, como señala el informe, tal vía no existía. No era ya solo que el Parlamento no hubiera sido parte del proceso y que este hubiera concluido, sino sobre todo que los cauces previstos para este tipo de controversias, los conflictos entre órganos constitucionales del Estado y los conflictos jurisdiccionales, no contemplaban a los parlamentos autonómicos.

4. La Sala Especial del TS en ningún momento llegó a plantearse ni, menos aún, a reconocer que se estaba ante una genuina y propia controversia jurídica, sobrevenida en la fase de ejecución de la sentencia por el alcance con que se estaba interpretando. Para el órgano judicial se trataba, pura y simplemente, de dar cumplimiento a las resoluciones judiciales, algo a lo que todos los operadores jurídicos de un Estado de derecho están obligados. El dilema era simple y meridiano, o cumplir o arrostrar las consiguientes responsabilidades por la desobediencia. La autenticidad de la controversia nunca fue reconocida, se la consideró un simple ardid o artificio con el que justificar

el incumplimiento y, de esta manera, la discrepancia fue abordada inexorablemente en clave penal.

5. Por desgracia, dieciocho años después el informe mantiene su actualidad en este particular. Sigue sin disponerse de un cauce jurídico específico al que los parlamentos autonómicos puedan acudir para defender su autonomía frente a eventuales intromisiones o interferencias de otros poderes y, más en concreto, de los órganos judiciales. Hubo un anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial de 2014, siendo Alberto Ruiz Gallardón ministro de Justicia, que sí contempló la cuestión al incluir a las Asambleas parlamentarias de las comunidades autónomas entre los sujetos de los conflictos a dirimir por el Tribunal de Conflictos Jurisdiccionales, artículo 86.3.a, y lo hacía, además, aludiendo en su exposición de motivos al presente caso, indicando que pese a ser poco frecuentes este tipo de conflictos, “en los últimos años no han faltado algunos ejemplos de colisiones entre Tribunales y Asambleas autonómicas”. Es conocido que el anteproyecto abortó y en la actualidad la posibilidad misma de este tipo de conflictos entre parlamentos autonómicos y órganos judiciales sigue sin reconocimiento.

6. A pesar de esta oclusión de los cauces procesales, el Parlamento en todo momento trató de encauzar jurídicamente el problema utilizando para ello todas las acciones procesales a su alcance aunque fuera forzando su naturaleza y alcance. A tal efecto se interpusieron varios incidentes de nulidad ante la propia Sala Especial del TS, así como recursos de amparo constitucional, tanto como Mesa como a título individual, por los tres miembros que integraban la mayoría durante los acontecimientos. Como no era de extrañar, los esfuerzos resultaron infructuosos porque ninguno de los cauces ensayados estaba previsto para dirimir cuestiones como las que aquí se planteaban.

III. APLICACIÓN DEL AUTO

1. El tercer y último apartado del informe trata de las vías a disposición del Parlamento Vasco para dar cumplimiento a la disolución judicial del grupo parlamentario. Aunque se ponen de manifiesto las debilidades y objeciones que se le podrían hacer, dado lo acuciante del caso y la existencia de un precedente en el Parlamento de Navarra, acaba apuntando al recurso a una resolución general de la presidencia.

2. Esa fue la fórmula efectivamente aplicada por la Mesa, que con una mayoría más amplia que la que venía dándose en este caso, aprobó una propuesta de resolución general de la presidencia por la que se consideraba la ilegalización y disolución del partido político como una causa de disolución del grupo parlamentario correspondiente. La propuesta no obtuvo el preceptivo parecer favorable de la Junta de Portavoces, con lo que esta vía se truncó. Para la mayoría de la Mesa el camino emprendido resultaba irreversible porque para el órgano de representación de la Cámara, elegido por la misma, devenía imposible tratar de ir en contra de la clara y taxativa voluntad de la mayoría.

IV. EL DESENLACE

1. Como es sobradamente conocido el caso derivó en un larguísimo y accidentado proceso criminal contra el presidente, el vicepresidente primero y la secretaria segunda de la Mesa del Parlamento Vasco. Con lo de *accidentado* se quiere hacer referencia a los varios casos de recusaciones y abstenciones que se produjeron, la retirada de la fiscalía como parte acusadora una vez desechada su tesis del supuesto contubernio entre los tres miembros de la Mesa y los portavoces de sus grupos en la Junta, quedando únicamente el sedicente sindicato Manos Limpias como acusación popular, los abundantes recursos que se interpusieron y por los que se anularon resoluciones judiciales anteriores, la abundancia de votos particulares... Finalmente, los tres miembros de la Mesa fueron condenados por un delito de desobediencia a la pena de multa e inhabilitación especial para empleo o cargo público en virtud de la sentencia del Pleno de la Sala 2ª del TS de 8 de abril de 2008.

2. El Tribunal Constitucional desestimó los recursos de amparo interpuestos por los tres condenados por la Sentencia 205/2013, de 5 de diciembre. Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la Sentencia de 13 de junio de 2017, condenó al Reino de España por estimar que los demandantes habían sido privados de su derecho a defenderse en el marco de un debate contradictorio, con violación del derecho a un proceso equitativo (artículo 6.1 CEDH). Para entonces, la pena de inhabilitación había sido cumplida hacía mucho tiempo, y en cuanto a las multas hubo que esperar hasta mayo de 2020 para que les fueran reintegradas. Habían transcurrido diecisiete años desde el inicio de la controversia.

Eduardo Mancisidor Artaraz
21.5.2021

INFORME EN RELACIÓN CON EL AUTO DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE MAYO DE 2003 EXTENDIENDO LA DISOLUCIÓN DE UN PARTIDO ILEGALIZADO AL CORRESPONDIENTE GRUPO PARLAMENTARIO

En su reunión de 27 de mayo de 2003, la Mesa del Parlamento Vasco encomendó a los Servicios Jurídicos de la Cámara la elaboración de un Informe en relación con el Auto de la Sala Especial del artículo 61 LOPJ del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2003. Dicho Informe debería analizar la supuesta invasión por parte de la Resolución judicial del ámbito de autonomía organizativa de la Cámara, así como la posible necesidad y en su caso a través de qué vía, de una modificación reglamentaria para dar cumplimiento al Auto.

La traslación de las medidas tomadas contra un partido político al correspondiente Grupo Parlamentario ordenada por una resolución judicial no es una cuestión nueva en esta Cámara. En efecto, el Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional, mediante sendos Autos de 26 de agosto y 6 de septiembre de 2002, acordó la suspensión provisional de un partido político con una eficacia que hizo igualmente extensiva al Grupo Parlamentario. En relación con aquel asunto y por acuerdo de la Mesa, los Servicios Jurídicos elaboraron un informe el 16 de septiembre, adoptando finalmente el órgano de gobierno de la Cámara una resolución en la sesión celebrada el 3 de octubre. Ahora es un Auto de la Sala especial del art. 61 LOPJ del Tribunal Supremo, dictado en ejecución de su sentencia de 27 de marzo de 2003, el que acuerda la disolución del Grupo Parlamentario ABGSA y el paso de sus parlamentarios al Grupo Mixto, como consecuencia de la declaración de ilegalidad de los partidos políticos HB-EH-BATASUNA y su consiguiente disolución.

Ciertamente son varias las diferencias entre uno y otro supuesto tanto en cuanto al órgano judicial actuante como a la índole de la medida adoptada. Una medida cautelar en el curso de la instrucción de un sumario abierto en el primer caso, y una medida de ejecución de una sentencia firme, en el segundo; la suspensión provisional de los partidos

políticos en aquél y su disolución definitiva en el presente supuesto. A pesar de las diferencias, sin embargo, en ambos casos subyace la misma problemática de la relación que media entre partido político y grupo parlamentario y, a su través, el de las respectivas atribuciones que en este punto corresponden a los parlamentos y a los órganos judiciales respectivamente.

Los argumentos que integran el presente escrito han de considerarse así como complementarios de los contenidos en el citado informe de 16 de septiembre de 2002, en el sentido de que continúan aquellas reflexiones adaptándolas a las circunstancias del presente caso. También resulta obligado para estos Servicios Jurídicos tomar en consideración el acuerdo de la Mesa del Parlamento Vasco de 3 de octubre de 2002 en aquel precedente, así como el más reciente de 7 de mayo de 2003.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. LA DISOLUCIÓN DE LOS GRUPOS PARLAMENTARIOS Y LA AUTONOMÍA DEL PARLAMENTO

1. LA L.O. 6/2002, DE PARTIDOS POLÍTICOS NO ESTABLECE LA MEDIDA DE LA DISOLUCIÓN DE LOS GRUPOS PARLAMENTARIOS

1.1. La Ley Orgánica de Partidos Políticos (en adelante LOPP) no se olvidó de los Grupos Parlamentarios ni de sus miembros al regular la organización, funcionamiento y actividades de los partidos políticos. Así, en el apartado 4 del artículo 9 se establece que se tendrán en cuenta las actividades tanto de los Grupos Parlamentarios como de sus miembros para apreciar si un partido político incurre en alguno de los supuestos de ilegalización. A pesar de ello, el artículo 12 referido a los efectos de la disolución judicial de un partido político no menciona en absoluto a los Grupos Parlama-

rios ni a los parlamentarios. Por ende, la disolución del Grupo Parlamentario como consecuencia de la disolución del partido político no constituye una determinación expresa de la LOPP sino que deriva de la interpretación que de ella ha hecho la Sala del art. 61 LOPJ del Tribunal Supremo. Cuando el órgano judicial toma la decisión de extender la disolución del partido al Grupo Parlamentario no actúa cumpliendo un designio expreso de la ley en tal sentido, sino que está haciendo una interpretación extensiva de la norma.

1.2. De acuerdo con un cierto entendimiento podría, en efecto, considerarse que la omisión del artículo 12 LOPP es de todo punto irrelevante o, a lo sumo, es un mero defecto de técnica legislativa. Si el órgano judicial entiende que materialmente el Grupo Parlamentario forma parte integrante del partido político, es una mera unidad de su estructura, la disolución del partido y el cese de sus actividades conduciría de forma natural e ineluctable a la disolución de aquél. Según esta interpretación la referencia a los Grupos Parlamentarios para establecer el alcance de la disolución judicial de los partidos políticos sería superflua y no constituiría propiamente una verdadera omisión legislativa. El legislador no necesitaría pronunciarse sobre este extremo por venir determinado por un dato de la realidad que es sobradamente conocido.

1.3. Contra esa comunicación automática y, por así decir, “espontánea” de la disolución del partido político al Grupo Parlamentario se erigen serias razones de índole constitucional. La transición del partido al grupo parlamentario presenta desde el punto de vista jurídico una solución de continuidad en la que están implicadas determinaciones constitucionales de envergadura, como la opción por la democracia representativa, la prohibición del mandato imperativo, la división de poderes, el derecho de autoorganización de las Cámaras parlamentarias y el derecho fundamental a la participación política. Buena parte de las razones constitucionales que justifican el mantenimiento del mandato parlamentario por los miembros de un partido político ilegalizado y disuelto sirven igualmente para descartar que pueda darse por supuesta la disolución del Grupo Parlamentario.

Esta concepción politológica, sociológica o en clave “realista” de la relación partido político-grupo parlamentario conduce a una interpretación del alcance de la LOPP problemática en tanto en cuanto no encuentra apoyo en la propia literalidad de la norma. No ha sido la ley quien ha determinado que la disolución del partido político se comunique al Grupo Parlamentario y parece que en una cuestión como ésta, de tanta gravedad y trascendencia para el sistema democrático y en la que, además, están en juego derechos fundamentales, hay que suponer que el legislador ha de extremar el rigor y la claridad para garantizar la seguridad jurídica. En este punto son difícilmente justificables las interpretaciones extensivas.

1.4. Cabe otra interpretación de esta omisión de la disolución de los Grupos Parlamentarios por la LOPP. Según la misma, esta falta de referencia cobraría toda su cabal dimensión si se la toma como la manifestación y el reconocimiento de la diferencia jurídica existente entre partido político y grupo parlamentario, por una parte, y de la falta de idoneidad del marco normativo de una ley de partidos para regular una cuestión que pertenece al ámbito de la reserva del reglamento parlamentario.

De acuerdo con el sistema de democracia representativa establecido por la Constitución tal y como ha sido interpretado por una reiterada jurisprudencia constitucional, la LOPP no ha extendido los efectos de la disolución del partido político ni al mandato de los parlamentarios individuales ni al propio Grupo Parlamentario y éste sería, así, el verdadero significado de que la norma obvie cualquier referencia a estos dos extremos. Pero, además, si de *lege ferenda* se planteara la conveniencia de que la disolución del partido conllevara la del Grupo Parlamentario, el marco jurídico idóneo para tal regulación no sería la LOPP sino el reglamento de la Cámara.

Los datos del ordenamiento jurídico no avalan la idea de que la suerte que corran los Grupos Parlamentarios quede subsumida en la trayectoria de sus respectivos partidos políticos. Jurídicamente se trataría de dos cuestiones diferentes que requerirían también dos decisiones autónomas adoptadas cada una de ellas de acuerdo con sus respectivos marcos reguladores. En este sentido, la LOPP no contiene una regulación que justifique la suposición de que la diso-

lución del partido político se transmite al Grupo Parlamentario, antes al contrario, la ausencia de cualquier referencia a la disolución de éste cobra el significado cabal de un doble reconocimiento. En primer lugar, de que las vicisitudes del partido político no se comunican necesariamente al Grupo Parlamentario, siendo esta última una cuestión que aún quedaría por dirimir. Y, en segundo lugar, que la eventual regulación de esta cuestión les corresponde a las propias Cámaras en sus respectivos reglamentos.

1.5. En el informe de estos Servicios Jurídicos de 16 de septiembre ya se sostenía esta misma interpretación. Concretamente, en el apartado II.4 se decía:

“Resulta significativo a este respecto que la propia Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos, nada diga, en efecto, respecto a una posible traslación de los efectos de la disolución judicial de un partido político al correspondiente Grupo Parlamentario (art. 12). Ello, jurídicamente, supone tanto como reconocer que se trata de realidades diferentes aunque sin que ello implique desconocer las estrechas relaciones políticas entre ambos. La disolución judicial de un partido político deja al margen a los parlamentarios de su militancia en cuanto éstos han sido elegidos representantes por el cuerpo electoral al que representan y son, por ende, titulares del cargo que en modo alguno pertenece al partido. De aquí se sigue con naturalidad que el eventual Grupo Parlamentario que los parlamentarios hubieran podido constituir subsistiría a la disolución del partido político”.

1.6. Por cierto, esta misma interpretación era comparada por la Fiscalía General del Estado en su dictamen de 28 de noviembre de 2002:

“Por otra parte, la reciente Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos, al regular en su art. 10 la medida de suspensión judicial de

los partidos políticos no la hace extensible a los Grupos Parlamentarios, sin duda por cuanto que el propio legislador reconoce que estamos en presencia de dos realidades jurídicas diferentes”.

2. PARTIDO POLÍTICO Y GRUPO PARLAMENTARIO SON DOS REALIDADES POLÍTICAMENTE VINCULADAS PERO JURÍDICAMENTE DIFERENTES

2.1. Partidos políticos y grupos parlamentarios mantienen entre sí estrechísimas relaciones políticas, ideológicas, programáticas y aun personales. En el actual “Estado de los partidos” nadie discute seriamente el anterior diagnóstico, de manera que es ya un tópico afirmar que los grupos parlamentarios son el trasunto o la proyección de los partidos en el ámbito parlamentario. Desde una perspectiva politológica, sociológica o “realista” los grupos parlamentarios llegan prácticamente a perder su naturaleza diferenciada para diluirse y quedar subsumidos dentro de la organización de los partidos, del que aquellos no serían sino un mero epifenómeno, su reflejo parlamentario. En este sentido, la propia jurisprudencia constitucional se ha referido a los Grupos Parlamentarios como “emanación de los partidos políticos” (ATC 12/1986, f.3º; STC 36/1990, f.1º).

De acuerdo con esta idea es comprensible que la disolución del Grupo Parlamentario llegue a considerarse como la consecuencia natural y obligada de la disolución acordada para el partido político en cuanto realidad “fuerte”, sustancial, que sirve de presupuesto fáctico de aquél.

Claramente éste es el prisma desde el que la Sala del Tribunal Supremo ha tomado la decisión en ejecución de su sentencia de 27 de marzo de 2003 por la que se ilegalizaron los partidos políticos HB/EH/BATASUNA. Es ilustrativo sobre este particular el que el Auto de 24 de abril de 2003 no dedique ninguna reflexión al binomio partido político-grupo parlamentario, así como que se atribuya directamente al partido la creación de los grupos parlamentarios, obviando cualquier otra mediación. Así, en el Fundamento de Derecho Tercero se habla “de los Grupos Parlamentarios constituidos por Batasuna”.

El análisis politológico o “realista” no es, sin embargo, la única manera posible de abordar la relación partido político-grupo parlamentario. La perspectiva jurídica, además de posible, es, también, insoslayable, y la más idónea y pertinente al presente caso. Según esto, partidos políticos y grupos parlamentarios mantienen vínculos estrechos y evidentes pero, a pesar de ello, son entidades jurídicamente distintas y dispares.

2.2. Destacar esta dualidad de perspectivas no obedece a un prurito academicista, de la misma manera que reivindicar la primacía del análisis jurídico no es una deformación juricista con un alcance puramente dogmático o especulativo. Por el contrario, esta perspectiva jurídico-formal despliega una evidente virtualidad y eficacia en la realidad, hasta el punto de que justamente en ella hay que encontrar la explicación última de algunas de las limitaciones y contradicciones o paradojas a las que aboca el análisis politológico o “realista”.

Aplicada coherentemente la perspectiva “realista”, no es sólo que el Grupo Parlamentario “represente”, esto es, haga presente, al partido político en la Cámara, sino que, al final, en último análisis, tanto uno como otro actúan por medio de sus parlamentarios. Cualquier entidad colectiva, tanto si se trata de un partido político como de un grupo parlamentario, está indefectiblemente abocada a actuar a través de personas físicas. En este sentido, cuando un parlamentario interviene en la Cámara actúa al mismo tiempo tanto en su condición de portavoz de su Grupo en el asunto concreto de que se trate como en cuanto “representante” del partido político correspondiente. En consecuencia, cuando se afirma que el partido político actúa en la Cámara por medio del Grupo Parlamentario no puede olvidarse que el Grupo Parlamentario como tal no existe al margen de los parlamentarios, que es una entequeia que precisa de las personas físicas de los parlamentarios para intervenir en los debates y expresar su voluntad, por lo que un análisis “realista” conduce directamente a la conclusión de que son los propios parlamentarios, en último término, los que actuando como portavoces del Grupo hacen presente al partido político en la Cámara.

Por eso, sostener que la disolución del Grupo Parlamentario es consecuencia obligada de la disolución del partido político, bien sea porque aquél se considera como parte integrante de la organización de este último, bien sea como derivación del cese de toda actividad partidaria, resulta contradictorio con que no se extraigan las mismas consecuencias respecto de los parlamentarios individuales, a quienes a pesar de su militancia en el partido político ilegalizado, se les preserva en la titularidad de su cargo público.

La propia Sentencia por la que se ilegalizan, disuelven y se ordena el cese inmediato de todas las actividades de los partidos políticos HB/EH/BATASUNA, en su Fundamento de Derecho Séptimo hace esta salvedad: “Todo ello con plena independencia de que el estatuto singular de los miembros de dichos partidos siga la suerte prevista para ellos en las normas jurídicas que resulten de aplicación”. La persistencia del mandato representativo de los parlamentarios que en la actualidad integran el G.P. ABGSA no está en cuestión por esta Sentencia y nadie la discute.

Si el mandato representativo de los parlamentarios afiliados al partido político disuelto se mantiene ello no se debe, por cierto, a que los mismos no actúen haciendo presentes las posiciones, el programa y la línea política de su partido en la Cámara, sino a que, finalmente, esta concepción política y “realista” tiene que limitarse y ceder ante consideraciones jurídico-constitucionales y parlamentarias. La perspectiva politológica, legítima, válida y útil para según qué tipo de análisis, se topa en este punto con un escollo insuperable en la irreductible dimensión jurídico-constitucional del problema. Esta misma faceta jurídica, en buena media, explica igualmente la disociación entre partido político y grupo parlamentario

Antes de desarrollar este análisis jurídico es conveniente señalar el carácter paradójico y en buena parte inútil de postular la disolución de un Grupo Parlamentario cuando los parlamentarios que lo integran conservan el mandato representativo, porque ello contribuye a fijar de una manera más precisa el verdadero alcance de lo que en esta cuestión se dirime.

2.3. La eventual disolución de un Grupo Parlamentario y el trasvase de sus miembros al Grupo Mixto es una medida que puede tener un innegable efecto político, simbólico o testimonial, pero en términos operativos su eficacia es mucho más modesta. No se puede olvidar que, conforme al artículo 19 párrafo 1º del Reglamento del Parlamento Vasco, la participación del Grupo Mixto “en las actividades del Parlamento será idéntica a la de los restantes Grupos”, de manera que esta medida afectaría a la capacidad de obrar de los parlamentarios implicados en términos cuantitativos más que cualitativos, al tener que convivir en el seno del mismo Grupo Mixto con aquellos otros parlamentarios que con anterioridad ya estuvieran integrados en él, así como, eventualmente, con aquellos otros que en el futuro pudieran incorporarse.

Si la disolución del Grupo Parlamentario como consecuencia de la disolución del partido político se sustenta en la necesidad de que cesen todas sus actividades, hay que decir que la medida es, en primer lugar, paradójica y, en segundo lugar, inútil en gran medida. Si como se ha llegado a escribir el grupo parlamentario no es otra cosa que el partido político en la vida parlamentaria, se puede también añadir que un grupo parlamentario no es otra cosa que los parlamentarios que lo integran y, por ello, resulta paradójico que para acabar con la actividad parlamentaria del partido se disuelva el grupo y se mantenga el mandato representativo de quienes, al fin y a la postre, desarrollan la actividad parlamentaria del partido, los parlamentarios individuales. Pero, además, la medida resulta en gran medida esterilizada por cuanto en el Grupo Mixto los parlamentarios no quedan relegados a la inanidad, sino que conservan una parte sustancial de sus facultades y capacidad de iniciativa e intervención.

La contradicción que subyace reside en que, sea desde su propio Grupo Parlamentario o desde el Grupo Mixto, pocas dudas cabe albergar respecto a que las iniciativas, intervenciones y votos que emitan los parlamentarios pertenecientes a los partidos políticos disueltos constituirán materialmente, en términos de un análisis político o realista, otras tantas manifestaciones de la actividad de las

formaciones ilegalizadas en el ámbito de la Cámara. Si del cese de la actividad parlamentaria del partido ilegalizado es de lo que se trata, ello exigiría no tanto la disolución del Grupo Parlamentario cuanto la del mandato representativo de los parlamentarios, por pérdida, suspensión o algún otro tipo de “neutralización” de las facultades del cargo, y si hay sólidas razones jurídico-constitucionales que vedan esta opción, entonces no hay razón para no atenerse a estos mismos criterios jurídicos a la hora de examinar una medida que, como la de la disolución del Grupo Parlamentario, está tan vinculada al propio estatuto del parlamentario y que, en buena medida, es inapropiada para alcanzar aquella finalidad que supuestamente la justificaría: el cese de la actividad parlamentaria del partido ilegalizado.

Funcionalmente, la disolución de un Grupo Parlamentario tiene una trascendencia evidente pero limitada. Sin negar que la medida afecta negativamente a los parlamentarios implicados, tampoco se deben dramatizar sus consecuencias, por cuanto una parte sustancial de las facultades de intervención en la vida de la Cámara permanecen incólumes y operativas aun estando integrados en el Grupo Mixto. En cambio, la cuestión planteada tiene una evidente y relevante incidencia en el juego de las relaciones institucionales entre los distintos poderes del Estado.

2.4. Para fundamentar la distinta y dispar realidad jurídica de partidos políticos y grupos parlamentarios nos retrotraeremos al apartado 2.2 en el que se ponían de relieve las limitaciones de una consideración politológica o “realista” de este binomio puesta de manifiesto en la circunstancia, pacíficamente admitida, de que la disolución del partido político dejaba a salvo el mandato representativo de aquellos militantes o afiliados que fuesen parlamentarios.

La razón última de esta situación se encuentra en la propia Constitución y en las determinaciones que contiene en relación con la opción fundamental por el sistema de democracia representativa, tal y como ha sido interpretada por una jurisprudencia constitucional constante en este punto. Bastará ahora con recordar que de acuerdo con el artículo 66.1 CE: “Las Cortes Generales representan al pueblo español...” y que el 67.2 dispone que “Los miembros de las

Cortes Generales no estarán ligados por mandato imperativo”. Por último, el art. 23 consagra el derecho fundamental a la participación política en los siguientes términos: “1. 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. 2. Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes”.

La jurisprudencia constitucional ha tenido ocasión de ir perfilando el concepto de representación política en numerosas sentencias que arrancan en lo que aquí importa con las SSTC 5/1983, 10/1983, 16/1983, 20/1983,... Sucintamente expuesta esta jurisprudencia viene a decir que son representantes quienes resultan designados directamente por elección popular, y que estos representantes hacen efectivo el derecho que corresponde a los ciudadanos a la participación política. Por otra parte, aun reconociendo la trascendencia pública de las funciones de los partidos políticos, se señala que la elección sólo puede recaer sobre personas determinadas y no sobre los partidos o asociaciones que proponen las candidaturas al electorado. El elemento crucial de esta doctrina se centra en la rotunda afirmación de que “los representantes elegidos, lo son de los ciudadanos y no de los partidos, y que la permanencia en el cargo no puede depender de la voluntad de los partidos sino de la expresada por los electores a través del sufragio expresado en elecciones periódicas” (STC 5/1983, f.4).

Los parlamentarios pueden ser considerados legítimamente y con fundamento como “representantes” (en términos de un análisis politológico o “realista”) de sus respectivos partidos políticos, sin duda alguna, pero de acuerdo con las determinaciones constitucionales, los parlamentarios son representantes, no del partido, sino de los ciudadanos. Más precisamente, los parlamentarios ni siquiera son los representantes de sus votantes, sino de todo el cuerpo electoral o, por matizarlo aún más, los parlamentarios son elegidos por los votantes con lo que se integran en un órgano, el Parlamento, que en cuanto tal institución es la que representa al conjunto de la ciudadanía.

“... según resulta evidente del texto constitucional y de cuanto, de acuerdo con una doctrina prácticamente unánime, acabamos de exponer, las listas de candidatos son simples propuestas y la representación, en el sentido jurídico-político del término, surge sólo con la elección y es siempre representación del cuerpo electoral y nunca del autor de la propuesta. El uso del verbo <representar>, aunque sin duda explicable por la amplitud de su contenido semántico, que incluye otras muchas acepciones, resulta perturbador en un contexto que gira en torno a una de ellas, con lo que dicho uso no se corresponde”. (STC 10/1983, f.4).

“Al otorgar al partido la facultad de privar al representante de su condición cuando lo expulsa de su propio seno, como en el presente caso ocurre, el precepto infringe, sin embargo de manera absolutamente frontal el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos a través de sus representantes. Una vez elegidos, los representantes no lo son de quienes los votaron, sino de todo el cuerpo electoral, y titulares, por tanto, de una función pública a la que no pueden poner término decisiones de entidades que no son órganos del Estado, en el sentido más amplio del término”. (STC 10/1983, f.4).

Aunque el propio Tribunal Constitucional ha asumido la necesidad de tomar en consideración el compromiso político adquirido entre el representante político y quienes le votaron en razón de su programa e ideología (STC 119/1990, f.7), lo cierto es que la jurisprudencia constitucional es clara y constante en este punto. Los representantes, vale decir en el presente caso, los parlamentarios no son representantes de los partidos políticos que los presentaron y a los que pertenecen, como no lo son ni siquiera de quienes les votaron, sino de todo el cuerpo electoral en cuanto miembros de la Cámara que representa la voluntad popular.

Ésta es la razón por la que en ningún caso la disolución acordada de los partidos ilegalizados alcanza a los parlamentarios que salieron elegidos en sus listas.

2.5. Los Grupos Parlamentarios son agrupaciones constituidas e integradas por parlamentarios, de acuerdo con los requisitos y condiciones fijadas en los reglamentos de las Cámaras, que se erigen como los verdaderos protagonistas en torno a los que gira la organización y funcionamiento de los actuales Parlamentos. Aunque no en el caso del Parlamento Vasco, en otros son la propia Constitución y los Estatutos de Autonomía correspondientes los que han hecho la opción por el sistema de los Grupos Parlamentarios. Así, por ejemplo, el artículo 78.1 CE, al disponer que en cada Cámara de las Cortes Generales “habrá una Diputación Permanente compuesta por un mínimo de veintidós miembros, que representarán a los grupos parlamentarios...”. Si bien la historia constitucional y el análisis comparado muestran que son posibles otras formas de organizar la vida parlamentaria, lo cierto es que el sistema de los Grupos Parlamentarios es el más congruente con el papel central de los partidos en la democracia, consagrado en el artículo 6 CE, y está tan asumido en nuestra cultura política que cuesta imaginar otro alternativo.

A la hora de organizar su funcionamiento, el Parlamento Vasco ha renunciado a hacerlo a partir de sus 75 parlamentarios integrantes como si de 75 mónadas o individualidades irreductibles se tratara. A partir de esta opción por los Grupos, la vida parlamentaria se ordena y simplifica de manera que éstos cuentan con órganos específicos (Junta de Portavoces) y son determinantes en la composición de otros (Comisiones), tienen reconocida la facultad de presentar iniciativas parlamentarias, son los protagonistas del debate parlamentario e incluso son el fundamento que soporta una regla de decisión que, como el voto ponderado, se reconoce para ciertos supuestos. Basta considerar que en cualquier debate parlamentario la lista de los posibles oradores sería de 75 mientras que con este expediente quedaría drásticamente reducida a un máximo de 6 en la presente Legislatura. queda así patente esa función de organización y ordenación de la vida parlamentaria que desempeñan los Grupos.

Los reglamentos parlamentarios, de manera coherente al regular los requisitos y condiciones para formar los Grupos Parlamentarios, tienen en cuenta la pertenencia partidaria de los parlamentarios o, por expresarlo mejor, toman en consideración las listas electorales en las que fueron presentados y en las que el protagonismo de los partidos políticos y, en su caso, coaliciones y agrupaciones de electores es decisiva. Pero una cosa es que las prescripciones reglamentarias relativas a los Grupos Parlamentarios reconozcan directa o indirectamente la realidad de los partidos políticos y otra distinta es que por ello se confundan. Además de que son frecuentes y múltiples los casos en los que se constatan disonancias entre grupos parlamentarios y partidos políticos, incluso cuando no se producen y la homología entre partido y grupo se mantiene no por ello desaparecen las diferencias jurídicas.

2.6. Dejando ahora al margen la debatida y no resuelta cuestión de la naturaleza jurídica del Grupo Parlamentario, lo cierto es que se trata de una articulación interna de la Cámara que ésta adopta para su mejor y más ordenado funcionamiento. Por ello, los Grupos Parlamentarios se crean y regulan en los Reglamentos de las Cámaras.

El partido político, por el contrario, es un tercero ajeno a la Cámara cuya existencia y pervivencia como tal organización es consecuencia del ejercicio del derecho de asociación política de los ciudadanos y, por tanto, que no guarda ninguna relación con decisiones parlamentarias. Por lo mismo, los partidos políticos tienen su propia regulación específica que en ningún caso se encuentra en los reglamentos parlamentarios. Los partidos políticos tienen una existencia en principio indefinida, en tanto que los Grupos Parlamentarios, que tienen un plazo preclusivo para constituirse, se crean cada legislatura. Como se decía en el anterior informe de 16 de septiembre de 2002:

“En definitiva, al igual que un partido político subsiste a pesar de que puede que no cuente con Grupo Parlamentario propio o pierda el que tenía, a la inversa, un Grupo Parlamentario subsiste incólume a pesar de que el partido de pertenencia

desaparezca. En efecto, es plausible concebir la hipótesis de que un partido sea disuelto o decida su disolución y que, sin embargo, el Grupo Parlamentario homónimo permanezca, por cuanto su subsistencia descansa sobre la base de la libre voluntad de unirse manifestada por los parlamentarios”.

La jurisprudencia constitucional es coincidente con cuanto aquí se está exponiendo. Así, los Grupos Parlamentarios son considerados como “entes imprescindibles y principales en la organización y funcionamiento de la Cámara” (STC 64/2002, f.3), actualizando así lo que ya anteriormente se había expuesto por el mismo Tribunal en referencia a los grupos políticos de las Corporaciones Locales: “... habiendo optado el legislador como criterio de organización del trabajo de la Corporación, generalizado, por lo demás, en todos los órganos asamblearios, por el encuadramiento en grupos de los Concejales que lo integran” (STC 30/1993, f.6).

Frente a este carácter de recurso organizativo endógeno del Grupo Parlamentario el partido político se considera un tercero ajeno a la Cámara:

“Mas no sólo no es el partido político recurrente el titular del derecho invocado en amparo, sino que tampoco es quien viene directamente afectado por una decisión de los órganos de la Cámara, Mesa y Junta de Portavoces, que tiene un alcance estrictamente interno, por su propia naturaleza relativa a la organización del funcionamiento de un Parlamento autonómico. De este modo, sin necesidad de ahondar ahora –pues no es imprescindible para nuestros fines- en la difícil naturaleza política, tanto de los partidos políticos como de los Grupos Parlamentarios, resulta indudable la relativa disociación conceptual y de la personalidad jurídica e independencia de voluntades presentes entre ambos, de forma que no tienen por qué coincidir sus voluntades

(como sucedería en los supuestos en que los grupos parlamentarios estén integrados por parlamentarios procedentes de distintas formaciones políticas, integrados en coaliciones electorales y que hayan concurrido conjuntamente a las elecciones), aunque los segundos sean frecuentemente una lógica emanación de los primeros. En resumen, el posible perjuicio o repercusión que al partido político recurrente pueda causar el Acuerdo impugnado, será siempre derivado del menoscabo directamente causado a los parlamentarios y a los Grupos Parlamentarios que aquéllos constituyen.

A la luz de las razones expuestas, no puede admitirse que quien aparece como demandante (en nuestro caso el partido ‘Unión del Pueblo Navarro’) se halle en una específica relación con el objeto de la pretensión de amparo deducida frente a *interna corporis* de una Cámara legislativa que permita siquiera inferir la existencia de un ‘interés legítimo’ suficiente para estimar cumplido el requisito de la legitimación activa prevista en el art. 162.1,b) de la Constitución en relación al art. 46.1,a) de la LOTC”. (STC 36/1990, f.j.1).

En esta misma línea y aunque referida al ámbito municipal resulta pertinente traer a colación de nuevo la STC 30/1993 en un asunto en el que el núcleo de la queja versaba sobre la pretensión del recurrente en que la proporcionalidad que debía respetarse a la hora de integrar las Comisiones del Ayuntamiento debía ser la de los “grupos políticos” entendidos como formaciones políticas o partidos, y no como “grupos municipales”: “Finalmente, es que, además, aunque dichos grupos políticos sean frecuentemente una lógica emanación de las formaciones políticas y de las coaliciones y agrupaciones electorales en cuya lista han sido elegidos los Concejales, la interpretación que postula el recurrente (...), difícil cabida tiene en el sistema de representación política que diseña la Constitución y a la que este

Tribunal ya ha tenido ocasión de referirse en diversas resoluciones (...) son los representantes, en este caso los Concejales y no las formaciones políticas o electorales en cuyas listas son elegidos, quienes ostentan la exclusiva titularidad del cargo público (...). Sentado esto, la titularidad del derecho a participar en un órgano interno de funcionamiento del Ayuntamiento corresponderá a los Concejales o, en su caso, a los grupos políticos que éstos integran y que ellos mismos constituyen, pero no como sostiene el recurrente en amparo, a las formaciones políticas en cuyas listas aquellos han sido elegidos” (f.6).

En coherencia con lo anterior el Tribunal Constitucional ha rechazado la legitimación de los partidos políticos para plantear recursos contra acuerdos internos de los órganos parlamentarios (STC 36/1990, f.1), y, en cambio, la ha aceptado abiertamente en el caso de los Grupos Parlamentarios, tanto en nombre propio como en defensa de los derechos de sus miembros: “...los grupos parlamentarios ostentan una representación institucional de los miembros que los integran que les otorga capacidad procesal ante este Tribunal para defender las eventuales vulneraciones de los derechos fundamentales de dichos miembros que tengan relación con el ejercicio de su cargo representativo”; “... la legitimación para interponer el recurso de amparo por parte de un grupo parlamentario no depende tanto de que el mismo pueda ser titular de cualquiera de los derechos reconocidos en el mencionado precepto, como, sobre todo, de la referida representatividad respecto a sus miembros, cuyos derechos serían los que, por lo general, habrían sido conculcados” (STC 81/1991, f.1).

En este sentido son varios los casos en que el Tribunal Constitucional ha admitido a trámite recursos de amparo en los que el recurrente era directamente el Grupo Parlamentario, tal y como recuerda la STC 177/2002 (f.1).

La jurisprudencia constitucional confirma pues que el Grupo Parlamentario es una realidad inmanente a la propia Cámara en tanto que el partido político es una realidad ajena a la misma. De aquí que el Grupo pueda ser titular de concretas facultades parlamentarias que, en cuanto recogidas en el Reglamento, se integran en su derecho a la

participación política del art. 23.2 (“ostentan la titularidad del derecho fundamental comprendido en el art. 23.2 de la Constitución los propios ciudadanos, primero como candidatos a un cargo representativo y luego como parlamentarios, y, en su caso, incluso los Grupos Parlamentarios en que éstos se integran y que ellos mismos constituyen en la medida en que resulten menoscabados sus derechos” STC 36/1990, f.1), y que en todo caso tenga legitimación para interponer recursos de amparo en defensa de los derechos de sus parlamentarios individuales.

Resalta también esa explícita “representación institucional” que media entre el Grupo Parlamentario y sus miembros integrantes. Pero la representación es biunívoca, por cuanto la inmensa mayoría de las iniciativas e intervenciones de los parlamentarios individuales se producen a título de “portavoces” de sus respectivos Grupos, esto es, en su representación. De aquí también deriva el expediente del voto ponderado como regla de decisión en ciertos casos, o la sustitución entre los miembros de un mismo Grupo en una comisión. El propio art. 78.1 CE ya citado, habla de que los miembros de la Diputación Permanente “representarán a los grupos parlamentarios”. Así pues, entre los Grupos Parlamentarios y sus miembros integrantes se puede hablar de una relación de representación que contrasta con la anterior afirmación de que los representantes lo son del cuerpo electoral y no del partido que les ha presentado como candidatos.

No son los partidos políticos los que crean los Grupos Parlamentarios sino los parlamentarios. Ciertamente, el artículo 19 del Reglamento toma en cuenta el dato de la formación, grupo, coalición o partido por el que se presentaron a las elecciones los parlamentarios a fin de proscribir que un mismo partido o formación pueda desdoblarse en dos o más Grupos Parlamentarios, pero esta prescripción reglamentaria no es sino la evidencia de que a la hora de regular la constitución de los Grupos Parlamentarios el Reglamento no da la espalda a la realidad del “Estado de partidos”, sin que por ello la constitución de los Grupos deje de ser un derecho de los parlamentarios. Como lo ha señalado la STC 64/2002: “Siendo cierto el presupuesto en el que se

sustenta dicha afirmación, esto es, que los Diputados son los titulares de la facultad de constituir Grupo Parlamentario, en la forma y con los requisitos reglamentariamente previstos, así como la conclusión que del mismo los recurrentes en amparo infieren, es decir, que son los Diputados que pretenden constituir Grupo Parlamentario quienes han de cumplir aquellos requisitos reglamentarios que se establezcan, ello en modo alguno es óbice para que tales requisitos puedan venir referidos en la norma reglamentaria, no al Diputado, sino a la formación, coalición o agrupación electoral que presenta la candidatura en la que aquél figura o a ésta misma” (f.5).

La referencia reglamentaria a los partidos o formaciones políticas no puede difuminar ni, menos aún, desbaratar la verdadera genealogía de los Grupos Parlamentarios. De acuerdo con la Constitución, los representantes políticos no representan al partido político, sino al cuerpo electoral, y estos representantes son los que tienen “el derecho-deber” (STC 30/1993, f.j.5) de constituir e integrarse en Grupos Parlamentarios. En este extremo la voluntad de los parlamentarios es determinante e insustituible. Si los parlamentarios no manifiestan, en los términos y condiciones exigidos por el Reglamento, que quieren constituir un Grupo Parlamentario, éste no llegará a existir y ninguna instancia partidaria puede sustituir o suplantar esa manifestación de voluntad.

Esta facultad de los parlamentarios de constituir Grupos ha sido claramente confirmada por la jurisprudencia constitucional más reciente:

“A tenor de las previsiones reglamentarias de las que se ha dejado constancia, no cabe duda alguna de que la facultad de constituir Grupo Parlamentario, en la forma y con los requisitos que el mismo Reglamento establece, corresponde a los Diputados, y que dicha facultad, de conformidad con la doctrina constitucional antes expuesta, pertenece al núcleo de su función representativa parlamentaria, pues, dada la configuración de los Grupos Parlamentarios en los actuales Parlamentos, y, en concreto,

en el Congreso de los Diputados, como entes imprescindibles y principales en la organización y funcionamiento de la Cámara, así como en el desempeño de las funciones parlamentarias y los beneficios que conlleva la adquisición de tal *status*, aquella facultad constituye una manifestación constitucionalmente relevante del *ius in officium* del representante (...). Lo cierto es que las facultades que a la Mesa de la Cámara le corresponden en orden a la constitución de los Grupos Parlamentarios son de carácter reglado, debiendo circunscribirse a constatar si la constitución del Grupo Parlamentario reúne los requisitos reglamentariamente establecidos, debiendo rechazar, en caso de incumplimiento de aquellos requisitos, salvo que resulten subsanables, la pretensión de constituir Grupo Parlamentario” (STC 64/2002, f.3).

2.7. Los datos de derecho positivo, tanto constitucionales como parlamentarios, así como la jurisprudencia constitucional avalan plenamente que partido político y grupo parlamentario son dos realidades políticamente vinculadas, sí, pero jurídicamente diferentes. El propio Auto de la Sala Especial del art. 61 LOPJ del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2003 así lo reconoce también, aunque ninguna consecuencia extraiga de este reconocimiento. La lectura del citado Auto evidencia que una vez abierta la cuestión de la disociación jurídica entre partido político y grupo parlamentario la Sala la plantea, en primer lugar, en los términos específicos y reductores, referentes a que los Grupos carecen de personalidad jurídica diferenciada, para a continuación, en segundo lugar, clausurar inmediatamente aquel hiato jurídico entre partido y grupo con el argumento de su intensa vinculación política.

De otra parte, la negación de personalidad jurídica diferenciada al Grupo Parlamentario resulta contradictoria con la conclusión a la que llega el Auto de que en la continuación del Grupo concurriría el supuesto de “abuso de personalidad” previsto en el art. 12.1.b LOPP.

Que partidos políticos y grupos parlamentarios sean realidades jurídicamente diferentes no equivale a postular para los grupos su personalidad jurídica. Ningún acuerdo de la Mesa sobre esta problemática ha sostenido tal afirmación y tampoco es ésta una tesis que se haya mantenido por estos Servicios Jurídicos. Por el contrario, ésta es una idea que está ausente en la vida parlamentaria, en la que la constitución de los Grupos se hace mediante un escrito de los parlamentarios interesados manifestando su voluntad en tal sentido y en el que la Mesa tiene una función reglada circunscrita a comprobar que se cumplen los requisitos reglamentarios (STC 64/2002, f.3). A partir de ese momento el Grupo existe y despliega su actividad plenamente teniendo en cuenta que la existencia y funcionamiento del mismo se circunscribe siempre al ámbito parlamentario, por lo que su posible personalidad jurídica es una cuestión de dogmática jurídica irrelevante para la buena marcha de la vida parlamentaria.

En realidad, cuando se afirma que partido político y grupo parlamentario son realidades jurídicamente distintas se está afirmando no sólo que no cabe en derecho su identificación o confusión, sino también que son categorías jurídicas dispares, no parangonables. El partido político es una manifestación, egregia si se quiere, del derecho de asociación de los ciudadanos propio de una sociedad democrática y pluralista. Los Grupos Parlamentarios, por el contrario, remiten al derecho a la participación política de los representantes políticos y, a su través, de los propios ciudadanos, y su ámbito se circunscribe al Parlamento, siendo entes imprescindibles y principales en la organización y funcionamiento de la Cámara. Esto es, mientras que el partido es una asociación política con una regulación específica por la trascendencia pública de sus funciones imprescindibles para la democracia, los Grupos Parlamentarios remiten al art. 23 de la Constitución y al ámbito interno de autoorganización de la Cámara. En definitiva, partidos políticos y grupos parlamentarios son dos realidades jurídicamente no equiparables, lo que en modo alguno implica desconocer sus evidentes y estrechas vinculaciones políticas.

2.8. Por cierto, las opiniones aquí expuestas eran sustancialmente las mismas que mantenía la Fiscalía General del Estado en su ya citado Informe de 28 de noviembre de 2002:

“A este respecto conviene traer a colación la falta de identidad jurídica entre partido político y Grupo Parlamentario (al que habría que asimilar Grupo Juntero), pues, sin perjuicio de reconocer la estrecha relación que media entre ambos, lo cierto es que se trata de dos entidades jurídicamente diferentes. En este sentido se pronuncia la STC 36/1990, de 1 de marzo.

Por otra parte, debe tenerse presente que el derecho a la constitución de un Grupo Parlamentario es un derecho que pertenece, no a los partidos políticos, sino exclusivamente a quienes ostentan el correspondiente escaño formando parte del conjunto de derechos contenidos en el art. 23 CE, tal y como se desprende de la STC 64/2002, de 11 de marzo.

No hay que olvidar que, en el presente caso, la suspensión decretada en los autos judiciales no afecta, como se ha expuesto, a la actuación de quienes han obtenido representación popular, por lo que quienes ostentan la condición de parlamentarios o apoderados pueden ejercitar sus derechos como tales, y, entre ellos, el de constituir o integrarse en un Grupo Parlamentario o en un Grupo Juntero, en los términos previstos en los Reglamentos de las respectivas Cámaras”.

En relación con este pasaje del Informe del Fiscal General del Estado y, en concreto, con el último de los párrafos citados, únicamente habría que precisar que al igual que en aquel caso la suspensión acordada de los partidos políticos no afectaba a la actuación de los parlamentarios, en el presente caso la disolución de las formaciones ilegales

lizadas tampoco les afecta (como vuelve a ratificar el Auto de 20 de mayo: “... ello sin perjuicio –como ya se apuntaba en la Sentencia- del mantenimiento de la condición de parlamentarios de sus miembros”), por lo que las conclusiones entonces expuestas deberían ser las mismas en la presente ocasión.

3. EL DERECHO DE LOS PARLAMENTARIOS A CONSTITUIR GRUPOS PARLAMENTARIOS (VERTIENTE INDIVIDUAL)

3.1. Como ya ha sido expuesto, los Grupos Parlamentarios los constituyen e integran parlamentarios a través de una manifestación de voluntad en tal sentido, si bien, de acuerdo con el Reglamento del Parlamento Vasco, aquellos que no puedan o no quieran conformar un Grupo Parlamentario propio acaban integrados *ex reglamento* en el Grupo Mixto. Evidentemente, toda la regulación del Reglamento de la Cámara impele a que los parlamentarios se agrupen, por cuanto la gran mayoría de iniciativas e intervenciones parlamentarias se atribuyen a los Grupos Parlamentarios. De hecho, las preguntas son prácticamente las únicas iniciativas parlamentarias de carácter estrictamente individual.

Los parlamentarios tienen pues un derecho y al mismo tiempo una obligación (“derecho-deber” según la STC 30/1993, f.5), de integrarse en Grupos Parlamentarios, esto es, tienen una facultad evidentemente no omnimoda, sino de acuerdo con los requisitos y condiciones que establece el Reglamento de la Cámara, de crear Grupos Parlamentarios. Como ha señalado una jurisprudencia constitucional que por reiterada no merece cita, el derecho a la participación política del art. 23 CE es un derecho de configuración legal, desempeñando los Reglamentos de las Cámaras un papel de primer orden en dicha configuración. Lo que ahora importa destacar, sin embargo, es que en cuanto facultad reconocida por el Reglamento y ejercida en los términos que el mismo establece, la facultad de constituir un Grupo Parlamentario forma parte del *ius in officium* de los parlamentarios, y en cuanto tal se integra en su “derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y car-

gos públicos” del art. 23.2 CE. Ello determina que los actos que obstaculicen o impidan irregularmente el ejercicio de esa facultad son susceptibles de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Tal es justamente el supuesto de hecho que se resuelve –negativamente para las pretensiones de la parte recurrente- en la tantas veces citada STC 64/2002, de 11 de marzo.

En esta sentencia, tal y como se recoge en el apartado 2.6 del presente dictamen, se afirma que “la facultad de constituir Grupo Parlamentario (...) corresponde a los Diputados, (...) pertenece al núcleo de su función representativa parlamentaria (...) y constituye una manifestación constitucionalmente relevante del *ius in officium* del representante”.

3.2. Al igual que ya se apuntó en el anterior Informe de estos Servicios Jurídicos de 16 de septiembre de 2002 (apartado III.1), también en el presente caso se produce una contradicción entre la afirmación que se hace en la Sentencia de que se deja a salvo y se preserva la condición de parlamentario de los miembros del partido ilegalizado (“con plena independencia de que el estatuto singular de los miembros de dicho partido siga la suerte prevista para ellos en las normas jurídicas que resulten de aplicación”), y la decisión del Auto de disolver el Grupo Parlamentario. Además de las repercusiones negativas genéricas, es evidente, por de pronto, que se habrá producido la ablación de la facultad de los parlamentarios de constituir un Grupo Parlamentario y de mantenerse en él en los términos previstos en el Reglamento.

4. EL DERECHO DE AUTOORGANIZACIÓN DEL PARLAMENTO VASCO (VERTIENTE INSTITUCIONAL)

4.1. Rememorando lo expuesto en el anterior Informe de 16 de septiembre, se decía en aquella ocasión que la regulación del Grupo Parlamentario es un asunto reservado a los reglamentos parlamentarios en cuanto éstos constituyen un concreto sistema de organización y funcionamiento de la Cámara. Mediante este expediente del Grupo Parlamentario creado y regulado de manera exhaustiva en el Reglamento parlamentario se encauza la participación de los

parlamentarios en la vida de la Cámara y ésta, en cuanto órgano colegiado, integra sus diversos órganos e instancias, así como articula sus diferentes procedimientos. En último análisis la forma Grupo Parlamentario regulada en el Reglamento de la Cámara no es sino un exponente de su radical autonomía organizativa.

4.2. La reciente jurisprudencia constitucional confirma estas ideas. Así, si los Grupos Parlamentarios han sido caracterizados como “entes imprescindibles y principales en la organización y funcionamiento de la Cámara”, también se ha dicho lo siguiente:

“El marco normativo configurador de la constitución de los Grupos Parlamentarios en el Congreso de los Diputados aparece recogido en el propio Reglamento de la Cámara. Se trata, pues, de una materia en la que la Cámara, a falta de una regulación constitucional, salvedad hecha de la referencia a los Grupos Parlamentarios en la composición de la Diputación Permanente (art. 78.1 CE), de los límites que cabría inferir del respeto al principio representativo y al pluralismo político de los que los Parlamentos son expresión y reflejo (STC 44/1995, de 13 de febrero, f.j.3), tiene en ejercicio de su potestad de autonormación y organización una amplia disponibilidad para regularla como normación originaria”. (STC 64/2002, f.3).

Ya anteriormente el mismo Tribunal Constitucional en su STC 101/1983, había declarado: “... hemos de partir de que los Reglamentos de las Cámaras se encuentran directamente incardinados a la Constitución (artículos 72, 79 y 80 entre otros), siendo el contenido propio de tales normas el de regular, con sujeción a la Constitución, su propia organización y funcionamiento...” (f.3).

Aunque referidas ambas sentencias a las Cortes Generales es evidente que su doctrina es también de aplicación a los Parlamentos autonómicos con sólo matizar que los reglamentos parlamentarios de estos últimos están directa-

mente incardinados al respectivo Estatuto de Autonomía, al menos en el caso del País Vasco (art. 27.1 y 4 EAPV).

4.3. En resumidas cuentas, el Grupo Parlamentario es una articulación interna que adopta el Parlamento, congruente con el actual Estado de partidos, para organizarse y ordenar su funcionamiento interno. La regulación prácticamente exhaustiva del Grupo Parlamentario se encuentra en el Reglamento parlamentario. Es en esta norma donde se especifica quién puede constituir los Grupos Parlamentarios, con qué requisitos y formalidades, en qué condiciones, cuáles son sus facultades y atribuciones, en qué circunstancias se disuelven, con qué medios cuentan, qué obligaciones tienen, en suma, el Reglamento de la Cámara es la norma que nos dice lo que es el Grupo Parlamentario para el Derecho.

Al propio tiempo, el Grupo Parlamentario en sentido estricto es un ente cuya actividad se circunscribe a la vida parlamentaria, en la que agota toda su existencia. Por ello mismo, las actividades que pueda desarrollar extramuros de la Cámara y sin conexión con el ejercicio de iniciativas parlamentarias, sólo de manera descriptiva e impropia se podrán considerar como actividades del Grupo. Desconectado de la vida parlamentaria ya no hay propiamente Grupo Parlamentario y sí, en cambio, actuación de un grupo político.

Los Grupos Parlamentarios pertenecen, pues, irremisiblemente al ámbito interno de la Cámara, a su derecho a autoorganizarse de manera que una decisión, y a mayor abundamiento, una de carácter tan radical como la de la disolución, sobre un Grupo Parlamentario es una decisión que se sitúa en el centro mismo de ese ámbito de autoorganización que constitucional y estatutariamente tienen reconocidos los Parlamentos.

4.4. Una decisión judicial que por sí disuelva un Grupo Parlamentario se inmiscuye en el núcleo mismo de lo que es el ámbito de la autonomía organizativa y de funcionamiento de la Cámara. Baste recordar una vez más, en este sentido, que los Grupos Parlamentarios son considerados por el Tribunal Constitucional como “entes imprescindibles y principales en la organización y funcionamiento de la Cámara”.

En consecuencia, la decisión que, eventualmente, hubiera de adoptarse en relación a un Grupo Parlamentario

como consecuencia de la disolución judicial de un partido político correspondería, en todo caso, al Parlamento. Dicho en otros términos, como partido político y grupo parlamentario son realidades jurídicas diferentes y dispares, y como este último –el grupo parlamentario– pertenece al ámbito interno de organización y funcionamiento de la Cámara, correspondería a ésta la competencia y la responsabilidad de tomar las decisiones que resulten pertinentes conforme al ordenamiento jurídico.

Otra cosa es que el único supuesto de disolución que contemple el Reglamento de la Cámara, la norma primordial de todo el ordenamiento jurídico a estos efectos, es el de aquel Grupo que por separación de alguno de sus integrantes deje de reunir el mínimo de cinco parlamentarios y, además, tampoco conserve la mayoría de sus componentes originarios (art. 20.2 RPV).

4.5. Por cierto, el Informe de la Fiscalía General del Estado de 28 de noviembre de 2002 coincide sustancialmente con estas ideas:

“En definitiva, la suspensión judicialmente decretada de los partidos políticos HB-EH-Batasuna, no implica automáticamente la de los Grupos Parlamentarios o Junteros relacionados con tales partidos, pues esta última exige una decisión propia de cada Cámara, tal y como se reconoce, además, en los autos del Juzgado Central de Instrucción nº 5.

Pero tal decisión debe ser adoptada en el marco de la normativa parlamentaria que es la que regula la vida interna de cada institución. En el caso que nos ocupa, no se contiene en los respectivos Reglamentos norma alguna que permita la suspensión de un Grupo Parlamentario o Juntero, más allá de la desaparición o disolución de los mismos si como consecuencia de la desaparición de alguno de sus componentes el grupo no conserva la mayoría de sus miembros originarios (art. 20.2 de cada Reglamento)”.

Una vez más con la matización de que en el presente caso se trata de la disolución de los partidos y no de su suspensión el razonamiento conserva toda su lógica.

5. EL AUTO DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE MAYO DE 2003

5.1. Mediante Auto de 24 de abril de 2003, no remitido a esta Cámara, el Tribunal Supremo decidió la disolución de los grupos parlamentarios que figurasen bajo la denominación de Batasuna, sin que tal medida fuese objeto de una argumentación específica. En efecto, en el Fundamento de Derecho Tercero de aquella resolución se recordaba la obligación de todos de cumplir las sentencias y prestar la colaboración requerida en la ejecución de lo resuelto, pero esta argumentación no guarda una relación lógica con la decisión del órgano judicial de entender que la disolución del partido político debe alcanzar también a los grupos parlamentarios “constituidos por Batasuna”. La misma falta de concatenación lógica se puede predicar de buena parte del Fundamento de Derecho Primero del Auto de 20 de mayo de 2003, dedicado a recordar una serie de principios inherentes al Estado de derecho en sí mismos indiscutibles pero que no guardan relación ni permiten razonar por qué la disolución del partido político se extiende al Grupo Parlamentario ABGSA. En cualquier caso, es en este Auto de 20 de mayo donde por primera vez se hacen explícitos los razonamientos sobre los que el Tribunal Supremo sustenta su decisión de disolver el grupo parlamentario.

5.2. Como se acaba de afirmar, buena parte del Fundamento de Derecho Primero del Auto de 20 de mayo resume principios básicos e inherentes al Estado de derecho que no sólo no se discuten sino que se comparten sin reservas, como que todos los poderes son poderes jurídicos, “constituidos” y sometidos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. Obviando las consideraciones de matiz que se podrían hacer a una exposición planteada por un sesgo parcial, es preciso hacer dos comentarios.

El Auto dice que no resulta “admisibles que un pronunciamiento jurisdiccional, que no es sino manifestación de lo previsto por el mismo legislador, quede sin contenido

por una apreciación política ajena a previsiones legales”. En primer lugar, según ya ha sido expuesto, la disolución del grupo parlamentario no es una previsión del legislador en cuanto la LOPP no la contempla. En segundo lugar, no son apreciaciones políticas sino argumentos jurídicos de carácter constitucional los que se están esgrimiendo para reivindicar que al propio Parlamento compete la adopción de las medidas que en derecho procedan en relación con los grupos parlamentarios. Con ello, por otra parte, no se vacía de contenido el fallo de la sentencia de ilegalización de los partidos políticos, como ha quedado de manifiesto en las recientes elecciones. Finalmente, es la resolución judicial disolviendo el grupo parlamentario como consecuencia de la disolución del partido político la que se muestra ajena a previsiones legales.

Dice igualmente el Auto que el Tribunal no puede compartir “que la indiscutible autonomía organizativa de la Cámara pueda suponer vallador de clase alguna al ordenamiento jurídico, es decir, al Estado de derecho, como parece sugerir el punto tercero, apartado b) del referido oficio de 8 de mayo de 2003 procedente del Excmo. Sr. Presidente del Parlamento Vasco”. Pero no se trata en absoluto de que la autonomía organizativa de la Cámara sea un vallador al ordenamiento jurídico, sino de que dicha autonomía, justamente, forma parte del ordenamiento jurídico y, en consecuencia, los órganos judiciales no pueden (no deben) tomar sus decisiones obviando, ignorando o dando la espalda a ese dato del ordenamiento jurídico. A la hora de tomar sus decisiones los órganos judiciales debe tener en cuenta y respetar la autonomía de la Cámara por cuanto éste es un principio del propio ordenamiento jurídico que deben aplicar y está constitucional y estatutariamente consagrado.

5.3. La decisión que lleva al Tribunal Supremo a disolver el Grupo Parlamentario ABGSA se sustenta sobre una concepción politológica, sociológica o “realista” del Grupo Parlamentario según la cual el grupo no es sino la mera proyección del partido en la Cámara al que representa políticamente. Es esta idea de que el grupo es simple trasunto o extensión del partido la que está en la base de todos sus argumentos.

En este sentido es ya significativa la referencia que se hace a la doctrina jurisprudencial de la “garantía de la interpretación finalista del fallo”. Sobre esta base el Tribunal estaría legitimado –y aun obligado– a inferir que la disolución del partido político conlleva, como consecuencia natural, o como cuestión con la que éste guarda una directa e inmediata relación de causalidad, la disolución del Grupo Parlamentario. En definitiva, partido político y grupo parlamentario tienen una tan estrecha vinculación que pasa a concebirse como una relación necesaria y de dependencia, de tal manera que la disolución de la realidad principal (el partido) aboca fatalmente, de modo “natural”, a la disolución de su “hijuela”, el grupo parlamentario. Expresado en otros términos, también empleados en el Auto en cuestión “... La conclusión que se impone es que la declaración de ilegalidad de éste, su consiguiente disolución y el acuerdo de cese de sus actividades conlleva también la disolución del grupo parlamentario y el cese de sus actividades como tal;...”.

Ahora bien, la perspectiva politológica o “realista” no es la empleada con exclusividad en este Auto. Junto a ella es una perspectiva jurídico-constitucional la que justifica que se respete y mantenga en su condición de parlamentarios a los miembros del grupo cuya disolución se decide. Por tanto, en el Auto del Tribunal Supremo se yuxtaponen dos métodos de razonamiento diferentes, ninguno de los cuales se emplea con coherencia pues ambos son abandonados por el contrario en un momento dado del discurso. La perspectiva constitucional de la democracia representativa, la prohibición del mandato imperativo, el derecho a la participación del artículo 23 CE, justifican el mantenimiento del mandato representativo de los parlamentarios, para abandonarse inmediatamente a la hora de analizar el grupo parlamentario. En este caso, es la perspectiva realista la que se emplea para ver en el grupo una mera correa de transmisión del partido pero sin que este prisma de análisis se lleve a su consecuencia lógica, considerar a los parlamentarios como representantes políticos del partido, lo que entraría en contradicción con el primero de los criterios manejados. Si ya resulta sorprendente que al analizar el grupo parla-

mentario un órgano judicial no dé prevalencia al análisis jurídico, esta mezcla de criterios produce confusión.

5.4. En el Auto de 24 de abril se hablaba “de los grupos parlamentarios constituidos por Batasuna”, y la resolución de 20 de mayo se refiere a los efectos “sobre los grupos parlamentarios o políticos que los representantes de tales partidos puedan haber conformado en diversas instituciones”. Ninguna de estas dos afirmaciones es conforme a la Constitución. No son los partidos políticos quienes constituyen los grupos parlamentarios y, del mismo modo, los parlamentarios no son los representantes políticos de los partidos en términos jurídico-constitucionales y de democracia representativa. Curiosamente y contradictoriamente el mismo Auto de 20 de mayo viene a reconocer esto cuando afirma “que el acta de diputado corresponde a cada representante político y no a los partidos dentro de los cuales concurrían aquéllos a los procesos electorales”.

Como ya ha quedado expuesto en el apartado 2 de este informe, la perspectiva politológica y “realista” conduce derecha e indefectiblemente a afirmar que son los propios parlamentarios los que en último análisis representan al partido. Por eso cuando en el Auto se refiere a que los grupos parlamentarios “normalmente materializan las directrices de los primeros” (los partidos políticos), habría que precisar que son, en realidad, los parlamentarios quienes materializan estas directrices. Así, si de lo que se trata es de que cese la actividad del partido disuelto en la Cámara, ello no se consigue, en términos reales, disolviendo el grupo, sino impidiendo que los parlamentarios intervengan en la vida parlamentaria.

Desde esta perspectiva, si la actividad política del grupo parlamentario está vinculada al partido político, hay que decir que no es sino la actividad política de los propios parlamentarios –incluso aunque estuvieran encuadrados en el Grupo Mixto– la que está vinculada a la del partido político.

5.5. En el propio Auto de 20 de mayo se refleja, también, una concepción jurídicamente acertada de lo que es un grupo parlamentario en la cita de la Sentencia de la Sala 4ª del T.S. de 27 de diciembre de 1985, cuando se afirma: “... de ninguna manera se deduce que los Grupos Parlama-

rios estén dotados de una personalidad jurídica independiente de la de las personas que los componen, siendo únicamente uniones de Parlamentarios a los efectos del mejor funcionamiento de las actividades propias de las Cámaras”.

A destacar, en primer lugar, que si los grupos parlamentarios carecen de una personalidad jurídica independiente de la de sus miembros se entienden mal esos efectos taumatúrgicos que se atribuyen a la disolución del grupo parlamentario, siendo así que sus miembros, en todo caso, seguirían actuando en el Grupo Mixto de manera cohesionada por su afinidad ideológica.

En segundo lugar, los grupos parlamentarios son efectivamente uniones de parlamentarios y, por ende, no los crean ni constituyen los partidos ni sus representantes políticos en la Cámara. En el Parlamento de una democracia representativa, en términos constitucionales, no hay representantes de partidos políticos, sino representantes de los ciudadanos, y por ende, la unión de dichos representantes difícilmente puede transmutarse en una instancia partidaria en la Cámara, por más que el propio Reglamento en su regulación sea sensible a la realidad del Estado de Partidos.

Por último, resulta significativo en grado sumo que en la citada Sentencia del Tribunal Supremo se explicita cuál es el objeto del grupo parlamentario: “a los efectos del mejor funcionamiento de las actividades propias de las Cámaras”. Confirma así el Tribunal Supremo el carácter endógeno a la Cámara del grupo parlamentario y su incardinación bajo la férula del poder de autoorganización del Parlamento.

5.6. Hace referencia el Auto de 20 de mayo de 2003 a la Ley Orgánica 3/1987, de 2 de julio, de Financiación de Partidos Políticos, que considera las subvenciones que reciben los grupos parlamentarios entre los recursos de los partidos políticos. Esta normativa de carácter específico cuenta, lógicamente, con que las subvenciones de los grupos constituyen un recurso procedente de la financiación pública del que pueden disponer los partidos políticos. De la misma manera, en muchas formaciones políticas una parte de las retribuciones de los parlamentarios y otros cargos públicos conforman otro recurso a disposición del partido en concepto de aportación de los afiliados. Circunscri-

ta a esta perspectiva particular de regular la financiación de los partidos políticos esta Ley Orgánica nada determinante aporta a la problemática que aquí se viene examinando, como tampoco resuelve la variada casuística que se puede dar en la realidad, por ejemplo, en supuestos en los que en un mismo grupo parlamentario convivan miembros de distintos partidos que se presentaron en coalición, el caso del Grupo Mixto, etcétera...

Por otra parte, el propio art. 2.1.b) de la L.O. 3/1987 remite a la normativa propia de cada Parlamento. En concreto, con arreglo al Reglamento del Parlamento Vasco, es claro que no es nunca el partido y sí el grupo parlamentario el titular del derecho a la subvención que, además, conlleva la obligación de llevar una contabilidad específica de la misma que pondrán a disposición de la Comisión de Urgencia Legislativa, Reglamento y Gobierno siempre que ésta lo solicite, y que dicha subvención puede perderse, ser suspendida (o recortada según dispone el art. 87.2 RPV) por los órganos parlamentarios competentes a los grupos no constituidos regularmente o que “de forma continuada, incumplieren sus obligaciones” (art. 21 RPV).

Es preciso recalcar, por tanto, que al igual que sucede con los propios grupos parlamentarios, las subvenciones económicas que reciben, así como los locales y medios materiales que se les facilitan, son recursos vinculados a la organización y funcionamiento de la Cámara. Así lo ha visto también el Tribunal Constitucional:

“En efecto, resulta evidente que la finalidad de las diversas clases de subvenciones, establecidas en beneficio de los grupos parlamentarios, no es otra que la de facilitar la participación de sus miembros en el ejercicio de las funciones institucionales de la Cámara a la que pertenecen, para lo cual se dota a los Grupos en que los Diputados, por imperativo reglamentario, han de integrarse, de los recursos económicos necesarios”. (STC 214/1990, f.7).

En consecuencia, aunque la Ley Orgánica de Financiación de Partidos Políticos compute, razonablemente, las

subvenciones a los grupos parlamentarios dentro del elenco de recursos procedentes de la financiación pública de los partidos, ello no desvirtúa en absoluto la regulación parlamentaria de estas subvenciones a la que, por cierto, remite la propia ley. Un grupo parlamentario que surgiera de una agrupación de electores tendría derecho a la subvención en los mismos términos que otro que se correspondiera con un partido político. Del mismo modo, un grupo parlamentario que por cualquier circunstancia (expulsión de los parlamentarios, escisión en la organización, disolución de la formación política...) se quedara sin el respaldo del partido, no por ello perdería el derecho a la subvención.

Por su carácter específico la Ley Orgánica de Financiación de Partidos Políticos no resulta decisiva para la cuestión que aquí se analiza y, desde luego, no determina ni avala en absoluto que la disolución acordada del partido político deba necesariamente conducir a la disolución del grupo parlamentario.

6. CONCLUSIÓN

De cuanto se lleva expuesto se deriva que, en opinión de estos Servicios Jurídicos, el Auto de 20 de mayo de la Sala Especial del art. 61 LOPJ del Tribunal Supremo en cuanto disuelve un grupo parlamentario invade y menoscaba la autonomía de organización y funcionamiento de esta Cámara, con lo que no se respeta ni la inviolabilidad del Parlamento Vasco, constitucional y estatutariamente consagradas, ni el principio de separación de poderes al que dicha inviolabilidad sirve de instrumento.

II. POSIBLES VÍAS DE RESPUESTA JURÍDICA CONTRA EL AUTO DEL TRIBUNAL SUPREMO

1. Lo propio en el mundo del Derecho es que frente a las resoluciones judiciales que no se estiman ajustadas al ordenamiento jurídico se utilicen los recursos que éste ofrece. Esta vía, sin embargo, está excluida tanto porque la Cámara no ha sido parte en el proceso como porque contra el Auto de 20 de mayo de 2003 no cabe recurso alguno, como expresamente se indica en su parte dispositiva.

2. Al igual que se expuso en el Informe de 16 de septiembre, la vía de los conflictos constitucionales y, en concreto, la de los conflictos entre órganos constitucionales del Estado (arts. 73 y ss. LOTC) también está descartada por no incluir a los parlamentos autonómicos ni a los órganos jurisdiccionales.

3. La vía objetivamente más apropiada sería la del conflicto de jurisdicción regulado en la Ley Orgánica 2/1987, de 18 de mayo, pues en definitiva, lo que se cuestiona es que la disolución judicial de un grupo parlamentario desborda los límites propios de la potestad jurisdiccional al inmiscuirse en el ámbito del derecho a la autoorganización de la Cámara, preservado por el principio de la autonomía parlamentaria. Tal conflicto habría surgido con motivo de la ejecución de una sentencia firme que afectaría a las facultades de la Cámara tal y como prevé el artículo 7 de la L.O. 2/1987.

Esta vía, sin embargo, se encuentra con una serie de obstáculos. En primer lugar, que los conflictos jurisdiccionales sólo están previstos cuando se plantean entre los Juzgados o Tribunales y la Administración. Incluso si forzando la interpretación se entendiera que el Parlamento en este punto actúa en cuanto Administración carecería de legitimación para plantear el conflicto de jurisdicción. Según esto, el Parlamento Vasco, en cuanto “órgano de la Administración Pública”, podría solicitar al Gobierno Vasco la presentación del conflicto (art. 4 L.O. 2/1987). Ahora bien, no dejaría de resultar irónico que el Parlamento tuviera que defender su autonomía a través del Gobierno. Finalmente, hay que tener en cuenta que según el artículo 1 de esta Ley Orgánica 2/1987, el Tribunal de Conflictos Jurisdiccionales es el órgano colegiado a que se refiere el artículo 38 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Este Tribunal está integrado por el Presidente del Tribunal Supremo que lo presidirá y cinco vocales, de los que dos serán magistrados de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo y los otros tres serán Consejeros Permanentes del Consejo de Estado. Se da así la circunstancia de que el Presidente del Tribunal Supremo, que en cuanto tal ha presidido la Sala Especial del artículo 61 LOPJ y ha actuado como ponente en este proceso, es también quien preside el Tribunal de

Conflictos de Jurisdicción y dispone en él, además, de voto de calidad en caso de empate. Sobre este particular, es ilustrativo que la exposición de motivos de la Ley 2/1987, de Conflictos de Jurisdicción, indique que la Sala del artículo 38 de la LOPG estará “siempre bajo la Presidencia de la más alta autoridad judicial de la nación” y que, en tal sentido, ni siquiera disponga de un suplente como los restantes 5 miembros integrantes de la Sala (Acuerdo de 10 de diciembre de 2002 del Pleno del Consejo General del Poder Judicial por el que se determina para el año 2003 la composición del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción).

Todas estas circunstancias hacen problemática la utilización de esta vía.

En definitiva, el Parlamento Vasco se encuentra en una situación de indefensión al verse afectado en su autonomía por una resolución judicial firme frente a la que el ordenamiento jurídico no ha dispuesto ninguna vía procesal clara de respuesta.

III. APLICACIÓN DEL AUTO

1. En el acuerdo de la Mesa del Parlamento Vasco de 7 de mayo de 2003 se trasladaron a la Sala Especial del art. 61 LOPJ del Tribunal Supremo las consideraciones que la disolución judicial de un grupo parlamentario merecían al órgano de gobierno de la Cámara en cuanto que tal medida supondría una invasión de la autonomía parlamentaria y una conculcación del principio de división de poderes. Incluso para mejor ilustrar su posición se adjuntó igualmente el acuerdo de la Mesa de 3 de octubre de 2002, adoptado en relación con los Autos del Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional. El Tribunal Supremo, en su Auto de 20 de mayo, no ha atendido a estas consideraciones y aunque los argumentos que utilizan no se comparten tampoco se encuentra vía procesal que permita el recurso.

2. Es evidente que de acuerdo con el artículo 118 CE y demás normas concordantes del ordenamiento, las sentencias y demás resoluciones judiciales firmes son de obligado cumplimiento para todos. Es de advertir que en ningún caso se niega o discute una regla tan básica y consustan-

cial al Estado de derecho. Cosa distinta es que se prevenga contra una interpretación unilateral, simplificada y aislada de ese artículo 118 CE y se recuerde que hay también otros preceptos y valores igualmente constitucionales con los que aquél debe armonizarse en aras de una interpretación sistemática y coherente del ordenamiento.

Lo cierto es que el Reglamento del Parlamento Vasco no contempla la disolución judicial de los grupos parlamentarios y tampoco considera que la disolución judicial o voluntaria de un partido político sea causa de disolución del grupo parlamentario correspondiente (sin necesidad de entrar, ahora, en el análisis de los problemas y dificultades que pudiera acarrear la fijación de esta “correspondencia”). Por esta razón, no cabe una respuesta clara y tajante en términos reglamentarios sobre cuál sería la vía adecuada para plantear la ejecución del Auto del Tribunal Supremo.

Sin embargo, la Mesa del Parlamento Vasco, en su acuerdo de 3 de octubre de 2002, ya descartó “la aplicación pura, simple y directa de los Autos como una medida singular, excepcional y al margen del reglamento”. Consideraba, así, la Mesa que no debía adoptar una medida que afectaba negativamente al derecho a la participación política del art. 23.2 CE sin contar con un soporte reglamentario específico para ello. Por el contrario, la Mesa de aquel acuerdo de 3 de octubre entendía que su actuación debía acomodarse en todo momento a lo dispuesto en el Reglamento. En este contexto la Mesa del Parlamento Vasco indicó también en aquella ocasión que no cabía hacer una interpretación unilateral y aislada del artículo 118 CE que llevara a concebirlo como “una habilitación omnímoda y absoluta para actuar” al margen o incluso en contra del propio Reglamento de la Cámara.

3. Las resoluciones generales de la presidencia previstas en el artículo 24.2 RPV y la reforma del Reglamento no constituyen dos vías jurídicamente equiparables y que, por tanto, puedan ser indistintamente utilizadas de cara a afrontar eventuales adaptaciones de las normas reguladoras de la organización y funcionamiento de la Cámara. Por de pronto, la pertinencia de las resoluciones generales de la presidencia está circunscrita a la existencia de una laguna

reglamentaria en tanto que, obviamente, una reforma del reglamento no conoce esa limitación.

Pero es que además los productos normativos de una y otra vía son también jurídicamente diferentes. En este punto ha habido una clara evolución de la jurisprudencia constitucional. En un principio la STC 118/1998 –siguiendo la línea interpretativa apuntada por los AATC 183/1984 y 244/1986– vino a equiparar las resoluciones generales con el Reglamento al exponer que aquellas disposiciones normativas “han podido entenderse incorporadas al Reglamento de la Cámara, por lo que sólo como parte del mismo podrían considerarse constitucionalmente lesivas, habiendo de someterse, en consecuencia, al control constitucionalmente establecido para los Reglamentos parlamentarios” (f.3).

Con posterioridad a esta STC 118/1988, sin embargo, el Tribunal Constitucional modificó su criterio rebajando la categoría jurídica de las resoluciones generales de la presidencia. A partir de la STC 119/1990 se admite que contra las resoluciones generales de la presidencia cabe recurso de amparo y se rectifica expresamente lo afirmado en la anterior STC 118/1988: “... es evidente que esta equiparación entre normas reglamentarias y resoluciones presidenciales desde el punto de vista de su impugnabilidad, que es el único que en la mencionada sentencia [se refiere a la 118/1988] se tomaba en consideración, no equivale a una equiparación de unas y otras desde todos los puntos de vista y a todos los efectos”. A partir de ese momento la jurisprudencia constitucional ha confirmado esta línea jurisprudencial inaugurada con la STC 119/1990: SSTC 214/1990, 44/1995 ... La STC 44/1995 reconoce paladinamente la rectificación del rumbo: “..., no cabe desconocer que la doctrina de la STC 118/1988 podía dar pie a una indiferenciada calificación del Reglamento como normas con «valor de ley», y por eso más adelante se afirma: “Por tanto, tras la STC 119/1990, debe concluirse que las resoluciones intraparlamentarias de desarrollo reglamentario son susceptibles de impugnación a través del recurso de amparo constitucional, por lo que, cabe añadir, que el recurso de inconstitucionalidad queda reservado para el eventual control de cons-

titucionalidad de los Reglamentos de las Asambleas (...). De este modo, mejor se salvaguarda la autonomía constitucionalmente garantizada de las Cámaras parlamentarias, pues sólo cuando las normas internas dictadas para suplir o interpretar el Reglamento sean contrarias a sus contenidos, vulnerando los derechos fundamentales de los parlamentarios recurrentes, será posible la fiscalización constitucional de las mismas por parte de este Tribunal” (f.2).

Como consecuencia de esta inflexión en la jurisprudencia se recalcarán ahora los límites propios de las resoluciones generales de la presidencia que “no se extiende a la posibilidad de desarrollar el Reglamento o especificarlo” (STC 119/1990, f.5); dichas normas supletorias no se incorporan al Reglamento de la Cámara, considerando que el requisito de la mayoría absoluta exigido para la reforma del Reglamento es una garantía de las minorías por lo que no sería jurídicamente lícito proceder a su través a una modificación reglamentaria “sustrayendo esa decisión al Pleno de la Cámara y obviando, además, el requisito de la mayoría absoluta” (STC 44/1995, f.3).

La relevancia de esta jurisprudencia constitucional radica en que vincula el derecho a la participación política, en su modalidad de igual acceso y mantenimiento en los cargos públicos del art. 23.2, que es un derecho de configuración legal, a la reserva de reglamento.

“Por ello mismo, cuando el artículo 23.2 de la Constitución reconoce a los representantes políticos el derecho de acceder y permanecer en su cargo en condiciones de igualdad «con arreglo a lo dispuesto en las leyes», ese derecho a un ejercicio igual de sus funciones dentro de la legalidad parlamentaria no puede desvincularse de la reserva constitucional o estatutaria del Reglamento, pues como se declaró en la STC 119/1990 «aún aceptando la hipótesis de un uso normativo preexistente, es evidente que tal uso no genera normas con rango de ley que es el exigido por el artículo 23.2 de la Constitución para establecer condiciones o requisitos en el

acceso a los cargos públicos y más generalmente, por el artículo 53.1 de la misma, para regular el ejercicio de los derechos fundamentales» (fundamento jurídico 4º). De este modo, aquellas disposiciones parlamentarias que, dictadas *ultra vires*, lejos de suplir o interpretar el Reglamento, manifiestamente innoven o contradigan sus contenidos, implican no sólo una quiebra de la apuntada reserva reglamentaria, sino también una vulneración del citado derecho fundamental” (STC 44/1995, f.3).

La constitución de los grupos parlamentarios es una facultad de los parlamentarios que como ha reconocido expresamente la STC 64/2002 “pertenece al núcleo de su función representativa parlamentaria” y “constituye una manifestación constitucionalmente relevante del *ius in officium* del representante”. En consecuencia, la eventual disposición o acto que verse sobre la disolución de un grupo parlamentario afecta directamente a esta facultad y, por ende, incide sobre el artículo 23.2 CE. Por otra parte, en la medida en que los grupos parlamentarios encauzan buena parte de las facultades de iniciativa y actuación de los parlamentarios implica también, de esta forma mediata e indirecta, una afección general sobre los derechos y facultades que reconocidos en el Reglamento integran su *ius in officium* de representantes públicos. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional citada esta directa incidencia sobre el art. 23.2 CE implicaría que cualquier medida sobre este particular quedara sometida a la reserva reglamentaria.

4. La vía de la resolución general de la presidencia, no obstante, cuenta con un precedente en el Parlamento de Navarra (B.O. del Parlamento de Navarra V Legislatura, núms. 88-89 de 18 y 19 de septiembre de 2002). El eventual recurso a esta vía quedaría, por una parte, supeditado a la existencia de una laguna reglamentaria y dilucidar si existe o no propiamente una laguna reglamentaria no resulta sencillo. La doctrina distingue entre distintos tipos de lagunas (técnicas, ideológicas o impropias, objetivas, procedimentales, axiológicas...) y esta cuestión en el presente caso que-

da condicionada por las posiciones que se mantengan en relación con la cuestión de fondo.

En efecto, quien estime ajustado a Derecho el Auto del Tribunal Supremo o, incluso, quienes consideren que hay elementos en el ordenamiento jurídico para considerar que la disolución de un partido político debe acarrear la del grupo parlamentario, podrían concluir que estamos en presencia de una laguna reglamentaria. Por el contrario, si se considera que la disolución de un partido no determina la del grupo y que, en todo caso, esta es una decisión que –más allá de su coherencia con los principios constitucionales de la democracia representativa– corresponde tomar en todo caso al Parlamento, se impone la conclusión de que no hay tal laguna reglamentaria en sentido propio.

Hay, por otra parte, una serie de principios generales que gozan de un amplio predicamento entre los autores a la hora de precisar el uso razonable de las resoluciones generales de la presidencia. Así, parece una vía recomendable para colmar lagunas técnicas y procedimentales mientras que cuanto más importancia y trascendencia tenga la cuestión tanto menos apropiada será la vía de la resolución. Lo cierto es, sin embargo, que en la práctica parlamentaria se han dado casos en los que no se han seguido estos principios.

Por último, la indicada afectación a las facultades de los parlamentarios amparadas en el art. 23.2 CE hace que una regulación como la de la disolución de los grupos parlamentarios (nuevamente sin entrar ahora sobre la problemática de su adecuación o no a los principios constitucionales de la democracia representativa) encuentre en la reforma del reglamento una vía jurídicamente más asentada.

Cabe recordar lo que en el tantas veces citado Informe de la Fiscalía General del Estado se decía sobre este particular: “Además, tampoco parece, en principio, posible acudir al instrumento que proporcionan las resoluciones de ca-

rácter general de la presidencia de las respectivas cámaras, pues éste es un mecanismo previsto para interpretar el Reglamento existente, no para modificarlo”.

No obstante estas consideraciones jurídicas, lo cierto es que, como ya se ha expuesto, en una circunstancia paralela el Parlamento de Navarra ha recurrido a la figura de la resolución de la presidencia.

5. Una de las ventajas con que cuenta la resolución general de la presidencia es su rapidez. En este sentido, la reforma del reglamento es un sistema más lento y, para agilizarlo, habría que apurar al máximo los mecanismos reglamentarios. Tratándose de una reforma con un contenido muy concreto y delimitado, aunque trascendente, resultaría factible abreviar sustancialmente la tramitación si así se estimase oportuno.

En la resolución general de la presidencia no hay dudas sobre el papel de los diferentes órganos parlamentarios intervinientes. La reforma del Reglamento, por su parte, se sustancia de acuerdo con el procedimiento de las proposiciones de ley, por lo que en principio la iniciativa corresponde a los sujetos previstos en el artículo 105.1 1º y 2º. En el caso del Reglamento, sin embargo, por la naturaleza y funciones de esta norma, en todas las Cámaras se suelen dar iniciativas de carácter institucional en las que la presidencia y la Mesa suelen adoptar una función de iniciativa e impulso en la tarea de reformar el Reglamento. Teniendo en cuenta esta pauta y considerando el papel que en este asunto le ha tocado desempeñar a la Mesa, no resultaría improcedente, si así se decidiera, que la propia Mesa pudiera tomar la iniciativa sin menoscabo, por supuesto, de la facultad de iniciativa que en todo momento tienen también los grupos parlamentarios.

Es cuanto tienen el honor de elevar a esa Mesa su consideración en el presente Informe que gustosamente se somete a cualquier otra opinión mejor fundada en Derecho. ♦

COMPARECENCIA DE FRANCISCO RUBIO LLORENTE ANTE LA PONENCIA DE AUTOGOBIERNO DEL PARLAMENTO VASCO (1.10.2014)

HEARING OF FRANCISCO RUBIO LLORENTE AT THE WORKGROUP OF SELF-GOVERNMENT OF THE BASQUE PARLIAMENT (2014.10.01)

Francisco Rubio Llorente

Francisco Caamaño Domínguez

Universidade da Coruña

Cómo citar / Nola aipatu: Rubio Llorente, F. y Caamaño Domínguez, F. (2021).

Comparecencia de Francisco Rubio Llorente ante la Ponencia de Autogobierno del Parlamento Vasco (1.10.2014).

Legebiltzarreko Aldizkaria - LEGAL - Revista del Parlamento Vasco, 2: 228-261

<https://doi.org/10.47984/legal.2021.009>



LOS DEMÁS, SON LA DEMOCRACIA: NOTA INTRODUCTORIA

Agradezco al Parlamento Vasco la publicación de la comparecencia llevada a cabo por mi admirado maestro Francisco Rubio Llorente el día 1 de octubre de 2014, ante la Ponencia de Autogobierno, así como la invitación para escribir este breve apunte introductorio.

Al leer la transcripción he vuelto a escucharlo. Su voz, debilitada por los años, contrasta con la juventud, la fuerza y la valentía de sus palabras. Allí, adonde le llevó su inteligencia, callarse nunca fue una alternativa. La honestidad de la razón era parte inherente de su compromiso con los demás, con lo público, aunque a veces fuese por ello incomprendido.

Me gusta la forma de pensar del último Rubio. No solo porque me siento reflejado en muchas de sus ideas, singularmente las relacionadas con una visión de España que algunos consideraron poco afortunadas, en razón del momento político en que las defendió. También, sobre todo, por la claridad de fondo de un jurista, capaz de ser

el primer crítico de sí mismo y de mantener ese punto iconoclasta tan necesario para provocar el debate y apuntar, en situaciones difíciles, soluciones que puedan mejorar las cosas. Volcado en construir una España verdaderamente constitucional y democrática, no podía ocultar su preocupación por los problemas persistentes y no resueltos, ni dejar de preguntarse cómo corregir una genética del pasado que condicionaba en exceso el presente y amenazaba con oscurecer el futuro.

Como otros muchos constitucionalistas hemos defendido la necesidad de acometer una reforma de la Constitución, aun conscientes de su imposibilidad. De tener que romper el bucle y habilitar un cauce imaginativo mediante el que lograr modificar el procedimiento de reforma. Sería la modificación de la primera Constitución española que ha tenido la fortaleza de escribir su propia historia. La primera lo suficientemente vivida como para conocer sus debilidades y sus fortalezas. Leer el informe sobre la reforma constitucional¹ que elaboró el Consejo de Estado de la mano de Francisco Rubio, es recuperar la confianza en una España serena y demasiado ausente.

Más solos nos quedamos los dos a la hora de cuestionar, en una democracia asentada, la utilidad del recurso de inconstitucionalidad o de mantener el carácter constructivo de la moción de censura. Lo mismo podría decir al argumentar la conveniencia de permitir, con condiciones, referendos autonómicos; expresar nuestra disconformidad con la atribución de competencias al Tribunal Constitucional para obligar a cumplir sus pronunciamientos o repensar algunos aspectos del estado autonómico, sin desconocer su pluralidad nacional.

Reconozco que nuestra mirada, aunque apuntase hacia un mismo horizonte, no siempre coincidía, ni resultaba fácil de encajar. Rubio me perdonaba y, a veces, hasta se divertía con las distorsiones de mi hipermetropía.

En la comparecencia que a continuación podrán leer, a pesar de ciertas lagunas insubsanables debidas a problemas técnicos surgidos durante la grabación, aparecen la mayoría de esas cuestiones. No puedo pararme en todas, ni hacerles comprender lo mucho de Rubio que hay detrás de cada una de ellas. Desde el recurso a su condición de

1 Consejo de Estado. Informe sobre modificaciones de la Constitución Española (febrero, 2006).

<https://www.consejo-estado.es/wp-content/uploads/2021/02/MODIFICACIONES-CONSTITUCION-ESP-1.pdf>

extremeño para explicar la complejidad sentimental de las identidades que configuran España, hasta la habilidad intelectual para toma una frase de Jean Jaurès (“la nación es un espacio de solidaridad”) y convertirla, mediante una suerte de “inocente” complemento, en una herramienta útil para el constitucionalismo: “un espacio de solidaridad colectiva” –dice Rubio– “no solo en el sentido figurado de la palabra, sino también en el sentido real... en un territorio determinado. El territorio es, a mi juicio, un componente necesario del concepto de nación”.

Ese proceso de construcción y territorialización de solidaridades colectivas es, en mi opinión, lo que a Rubio más le atraía de la caracterización de España como “nación de naciones”, aún siendo plenamente consciente de la inestabilidad y de la alta dosis de edulcorante que hay en esa fórmula compuesta. Cuando Julián Marías la oyó, por primera vez, a raíz de una intervención parlamentaria del entonces diputado Gregorio Peces-Barba, dijo de ella que era un “ponderativo hebraico”, como “el cantar de los cantares”.

Permítanme detenerme brevemente en esa parte de su intervención, cuya finalidad comparto, aunque de otra manera.

La inestabilidad de una “nación de naciones” no nace de la nación, ni del territorio, sino de un ingrediente exógeno que los sazona: la soberanía. La existencia de una nación de naciones no plantea problemas hasta el momento en que alguien levanta la mano y pregunta cuál, de todas ellas, es la soberana.

Fiel a su origen monárquico, la soberanía es un concepto que comporta verticalidad, jerarquía, y que tiene en la diferenciación su marca de dominio. Sin embargo, la democracia produce horizontalidad e inclusión. El poder reside en cada individuo por igual y se manifiesta colectivamente a través del derecho de sufragio. Se comprende así por qué allí donde el constitucionalismo fue guiado por la idea del gobierno del pueblo, y no por la consolidación del parlamento en su lucha contra el rey, la soberanía se convirtió en un componente menor, hasta el punto de facilitar la creación de una nueva forma de articular el Estado o, si se prefiere, de vertebrar jurídicamente una diversidad de espacios de solidaridad con proyecciones simultáneas sobre una unidad de territorios diferenciados: el federalismo.

Si en una persona pueden convivir una solidaridad local y otra federal, sin necesidad de exclusiones ni renunciaciones, ello se debe a que la soberanía se diluye en el interior

de cada individuo. Ni del Estado, ni de la nación; en democracia solo hay personas soberanas que deciden sus preferencias ejerciendo su voto.

La imagen de la nación de naciones conduce a lo que mi otro maestro, Ramón Máiz, ha denominado “un concepto no nacionalista de nación”, es decir “la nación entendida como una comunidad plural, integrada por mayorías y minorías culturales, como un ámbito de diversidad específica, pero asimismo de convivencia y deliberación, donde los derechos de las mayorías no conculquen los derechos de las minorías, donde las protecciones externas de la propia diferencia no “normalicen” el interior en busca de una homogeneidad étnico-cultural. Y en este sentido no nacionalista –de comunidad político-cultural pluralista–, la nación aporta una dimensión identitaria no solo compatible sino estrictamente indispensable para el diseño de una democracia compleja, de una democracia federal”.

Un poco cansado de la interminable contienda sobre la nación y la soberanía, desde hace un tiempo he preferido desinflamar las palabras y trasladar mis preocupaciones constitucionales de la vieja teoría del Estado a la teoría de la democracia, en busca de otros argumentos y, acaso, de otras soluciones. Por eso, he arrinconado las anteriores expresiones y prefiero hablar de un “federalismo de las identidades”, que pueda ser útil para España y para Europa.

En todo caso, sus problemas no son muy distintos a los que Francisco Rubio ya planteaba en esta comparecencia. ¿Referendos autonómicos?, ¿cómo conseguir que las CCAA puedan participar en la reforma constitucional?, ¿qué hacer con la asimetría estructural de nuestra constitución y el reconocimiento de los hechos diferenciales?

La reflexión que sigue a cada uno de esos interrogantes es una invitación intelectual a la aventura de pensar sobre nosotros mismos, sobre qué esperamos y qué queremos ser. Tenemos la ruta, con todas sus incertezas. Contamos con las anotaciones de un excelente guía. Nos falta discutir menos y escucharnos más.

Francisco Caamaño Domínguez
9.6.2021

TRANSCRIPCIÓN LITERAL DE LA COMPARECENCIA DE D. FRANCISCO RUBIO LLORENTE

FRANCISCO RUBIO LLORENTE JAUNAK IZANDAKO AGERRALDIAREN HITZETZ HITZEKO TRANSKRIPZIOA²

LANTALDEAREN KOORDINATZAILEAK (Berriozabal Bóueda andreak):

Egun on guztioi. Hasiera emango diogu gaurko batzordeari. Dakizuenez, beste baterako utzi da gaurko aurreikusita zegoen lehenengo agerraldia, Kataluniako Parlamentuan ohiko bilkura deitu delako. Horregatik, zuzenean bigarren agerraldiari ekingo diogu.

Tenemos con nosotros a Francisco Rubio Llorente, doctor en Derecho, que también fue letrado mayor de Las Cortes Generales y magistrado en el Tribunal Constitucional. Sin más, le damos la palabra al señor Rubio Llorente.

RUBIO LLORENTE jaunak:

Yo tengo que, en primer lugar, expresar mi agradecimiento por el honor que el Parlamento Vasco me hace invitándome. Me he sentido por ello obligado a hacer el esfuerzo, porque a los 84 años desplazarse, me ha planteado algunos problemas. Ese sentimiento de agradecimiento va acompañado de un sentimiento de cierta preocupación porque tengo la sospecha bien fundada de que la utilidad de mi comparecencia no compensará ni con mucho los gastos que el Parlamento ha hecho para traerme hasta aquí. Pero, en fin, eso ustedes deciden. Bien.

En cuanto a esta intervención inicial, los servicios del Parlamento me indicaron su duración aconsejable o máxima, pero no el tema. Entonces, yo lo que voy a intentar es tratar de darle, en términos muy resumidos, mi opinión sobre la situación actual del estado de las autonomías, las razones que, a mi juicio, aconsejan la reforma constitucional, y las dificultades que esta reforma entraña.

² Nota del editor: Como se advertirá, la transcripción de la comparecencia del profesor Rubio Llorente presenta algunas lagunas. El motivo de ello es la calidad de la grabación, que en algunos instantes es deficiente y a la hora de transcribir no se puede escuchar con claridad. Sin embargo, el valor del documento, que refleja el pensamiento de este insigne jurista, nos ha hecho considerar que pese a todas las deficiencias técnicas, merece la pena que se ponga a disposición de los lectores y lectoras de nuestra revista.

La necesidad de corregir los defectos del estado de las autonomías no es la única razón que aconseja la reforma constitucional, hay también otros defectos que corregir, pero yo me referiré exclusivamente a este problema concreto que, supongo que, es el que a ustedes les interesa.

Haré eso y, después, al final, y dentro de ese marco general, intentaré hacer alguna referencia concreta a problemas específicamente vascos, especialmente en el que, a mi juicio, y voy a dar una opinión que seguramente no será compartida, toca al Cupo, al problema del Cupo vasco o de la aportación navarra. Bien.

En todo caso, como mi opinión sobre el presente del estado de las autonomías se fundamenta sobre la concepción general que yo tengo de España, y mi juicio sobre la solución que se adoptó en 1978, para resolver el problema de la diversidad de la unidad, tendré que comenzar por exponer esta condición.

Yo creo en la nación de naciones. No es una idea fácil y todavía ayer, en un artículo muy brillante de *El País*, de un distinguido historiador mejicano, se decía que “eso de la nación de naciones era como el misterio de la Santísima Trinidad”. Bueno, yo creo que no es así. Creo que tengo algunas razones para pensar que es un concepto que refleja bien la realidad, y a ello voy.

Si se entiende la nación, como Jean Jaurès, como espacio de solidaridad, entonces, la nación es uno más, de un género muy amplio, de espacios de solidaridad. Todas las identidades colectivas son espacios de solidaridad. Las mujeres se sienten más solidarias de las mujeres que de los hombres. Los homosexuales se sienten más solidarios de otros homosexuales entre sí, y los viejos nos sentimos más solidarios de otros viejos. Ahora, cuando me paseo por mi barrio, pues, con todos los viejos que nos encontramos con bastón, que antes no nos saludábamos, ahora nos saludamos y nos sentimos profundamente solidarios. Bien.

Estos espacios de solidaridad de todas las identidades colectivas son espacios de identidad, de solidaridad. Y uno de estos espacios es, a mi juicio, la nación. La nación es un espacio de solidaridad colectiva, producto de la acción a lo largo de la historia de factores diversos: unidad cultural, convivencia en un mismo territorio, muy señaladamente la sujeción a un mismo poder político, etcétera. La sujeción a un mismo poder que la nación, primero era el poder del monarca, por supuesto, y que es un poder que la nación misma termina asumiendo ella directamente a través del principio de solidaridad nacional.

Y la nación es un espacio de solidaridad colectiva, no solo en el sentido figurado de la palabra espacio, sino también en el sentido real. Es un espacio de solidaridad colectiva en un territorio determinado. La nación, el territorio es, a mi juicio, un componente necesario del concepto de nación.

Ahora, dentro de un mismo territorio, caben diversos espacios de solidaridad colectiva, específicamente política. No de género, no de condición social, etcétera, sino específicamente política. Espacio superpuesto de solidaridad política dentro de un

mismo territorio, diferenciados por el grado de esa solidaridad, por la intensidad de esa solidaridad. Este es un hecho del que todos tenemos experiencias cotidianas: hay una solidaridad de barrio, una solidaridad de vecinos (...). Y en el País Vasco, qué les voy a decir a ustedes, si es el modelo vivo de la solidaridad superpuesta de los territorios históricos y del País Vasco en su conjunto.

Naturalmente, esta superposición de solidaridades se hace imposible si el criterio de la soberanía, de la nación, se pone no en la solidaridad sino en la soberanía. Y esa es una idea que se afirma a partir de la idea jacobina de soberanía como un poder jurídicamente ilimitado, políticamente ilimitado. No un poder ilimitado en la práctica, pues, por supuesto, ningún poder hay ilimitado en la práctica; unos Estados son más soberanos que otros, etcétera. Pero todos los Estados son igualmente soberanos, desde el punto de vista político y jurídico. Es un principio básico de la Organización de las Naciones Unidas, etcétera, etcétera.

Esta concepción jacobina de la soberanía, que se extendió a muchos otros países por influencia francesa y entre otros al nuestro es, a mi juicio, la que llevó al presidente Wilson a rechazar la oferta que al final de la guerra del 14 le hicieron las potencias centrales, de interpretar el punto décimo de los célebres puntos, 14 puntos de Wilson, en el sentido de que la nación podría realizarse también mediante la autonomía dentro de un estado ajeno. Él lo rechazó, y así fueron las cosas. Nos hubiéramos ahorrado muchos dolores en Europa si las cosas hubieran ido de manera distinta.

Pero en fin, se hace de la soberanía criterio de la nación. Pero no solo se hace de la soberanía criterio de la nación, sino se hace de la nación la soberanía entendida, como digo, como un poder política y jurídicamente ilimitado: puede estar limitado en la práctica, pero no jurídica y políticamente. Y esta no es la concepción única de la soberanía, ni siquiera la concepción original, ni siquiera la concepción razonable. Como saben ustedes bien, la idea de soberanía exteriorizada por primera vez por Bodino, Jean Bodin. Y para Bodino, el rey está sujeto a las leyes *reigni*; es decir, el rey es soberano, pero no puede ir contra la estructura misma del rey ni contra el fundamento mismo de su poder. Por ejemplo, el rey no puede dividir el reino entre sus hijos, etcétera, etcétera.

Bueno, pues yo entiendo que la soberanía, la soberanía nacional, no puede ir contra la estructura misma de la nación. No puede contrariar, a través del ejercicio de la soberanía, la nación no puede violentar su propia naturaleza. Y que, cuando hay, dentro de una nación, hay comunidades nacionales o nacionalidades, o como quieran ustedes llamar, que han mantenido a lo largo de la historia junto con su pertenencia a la nación también una conciencia de nacionalidad propia, de nación propia, la nación soberana –digamos– es el conjunto. Y la nación soberana al determinarse, al autodeterminarse a través del procedimiento constituyente, etcétera, tiene que asentar o realizarse de manera que se preserve o se asegure esta autonomía

propia de sus componentes. Hasta aquí, una teoría muy general y muy necesaria de matizaciones, pero en fin.

Lo que sucede es que en este tipo de naciones, de los cuales son buen ejemplo –a mi juicio– el Reino Unido y España, hay siempre una nación que es mucho mayor que las demás: en extensión, en población, de poderío económico –que es solvente, no en riqueza pero sí en poderío económico–. Y esta nación, que podemos llamar a estos efectos “dominante”, tiende a identificarse con la nación total. Y esto plantea un problema político y jurídico difícil.

En esta estructura, en una estructura de este género, como esta que digo del Reino Unido, la autonomía de los diversos componentes de esa nación de naciones puede buscarse por dos vías: limitando la autonomía a las naciones menores, nacionalidades, no excluyendo de ellas a la nación dominante, o, por el contrario, generalizando la autonomía a todos los componentes de la nación total; *Die große Nation*, que dirían los alemanes.

En el Reino Unido, cuando se inicia la política de evolución, con lo de *evolution acts*, que llega a poner en práctica por primera vez –me parece– Tony Blair, se intenta seguir la vía de las autonomías singularizadas: reconocer la autonomía solo de las nacionalidades componentes de la nación. En cambio, en España, de manera muy dubitativa en 1931, y de manera más resuelta en 1978, se opta por la segunda vía, la de la generalización de las autonomías. Una vía que parece, después de los resultados del referéndum escocés, es la que también se propone seguir el señor Cameron.

Como les decía, en España este sistema de generalización de las autonomías se inicia muy dubitativamente en 1931. Como bien saben ustedes, mejor que yo, el único estatuto en vigor a la entrada de la Guerra Civil era el catalán. Y después, entró en vigor el vasco. Y yo dudo mucho de que de haber seguido la república y de haber tenido una vida más larga y más pacífica, se hubieran generalizado mucho las autonomías, aunque constitucionalmente era posible.

En España, en el 78, se intenta una generalización, para lo cual caben dos soluciones: aceptar que la nación, lo que he llamado “nación dominante”, es una nación como las demás y que se puede configurar como un ente dotado de autonomía como los demás, o bien fraccionar esa nación dominante en otras entidades menores, que se llaman regiones, etcétera, etcétera. Aquí se siguió esta segunda vía, se inventaron las regiones. Que no es verdad que nacieran de la iniciativa de las provincias. Esta idea de que las regiones autónomas tienen que (...) o las repúblicas federadas tienen que crearse a partir de la iniciativa de las provincias, viene de una enmienda que hicieron los llamados “federales intransigentes” en las Cortes Constituyentes de 1873, las que hubieran debido llevar a la (...) las que estaban haciendo la Constitución federal de la I República. Después, la recoge la Constitución del 31, y en teoría la del 78, pero no en la práctica porque en la práctica, al tiempo que se hacía la Constitución mediante decretos leyes, se fue haciendo el mapa político de España con la creación de las preau-

tonomías. Y después, en la práctica, son las preautonomías las que se transforman en comunidades autónomas. Bien.

Este sistema de generalización de las autonomías iba acompañada, inicialmente, de una diferenciación entre las comunidades que habían plebiscitado en el pasado el Estatuto de Autonomía, a las que se sumó como es bien sabido Andalucía, y las demás. Pero esa era una diferenciación temporal. Y, a partir del 92, de 1992, se inicia un proceso de homogeneización –digamos– de las autonomías. Y ese proceso, que ha avanzado sobre todo a partir del 96, tiene como efecto inevitable que las autonomías –digamos– de las nacionalidades intenten recuperar su singularidad: el Estatuto, el famoso Plan Ibarretxe aquí en el País Vasco, el Estatuto catalán, el que terminó con la sentencia (...) vamos, terminó; sigue en vigor, etcétera. Y esto ha llevado, lo que a mí me parece, a una situación de crisis del estado de las autonomías. Es esta su situación de crisis la que me parece que exige una reforma constitucional porque, honestamente, creo que será muy difícil salir de esta situación por la vía de las reformas estatutarias, y el ejemplo del Estatuto catalán me parece que no debe ser desaprovechado.

Ahora bien, una reforma constitucional ha de superar un grave obstáculo político, y tropieza con grandes dificultades jurídicas. El obstáculo político es que una reforma constitucional con éxito solo puede apoyarse en una concepción de España que rechazan, hoy por hoy, todos los nacionalismos radicales, tanto el nacionalismo unitarista español como los nacionalismos independentistas, especialmente catalán y vasco. Y, naturalmente, este nacionalismo radical va a seguir existiendo siempre. Pero, lo que sí cabe, y a mi juicio es perfectamente posible, es reducir el apoyo social de esos nacionalismos radicales, de manera que la opinión mayoritaria se aparte de ellos.

Esta es una empresa, esta de reducir el apoyo social a los nacionalismos radicales, que requeriría una acción muy enérgica de todos los partidos españoles, salvo naturalmente los que profesan un nacionalismo radical, tanto de los partidos cuya base electoral es el país entero como de aquellos otros cuya base electoral está limitada a una comunidad autónoma determinada, especialmente Cataluña, el País Vasco, Navarra, y en menor medida Galicia. Esto creo que es una idea muy generalizada, nada original, y hasta el presente yo no tengo indicios, no veo indicios de que los partidos estén intentando seguir esta vía, que sería la de una reconstrucción del sentimiento nacional español en este sentido amplio, y que yo lo siento. Lo creo y lo siento. Bien.

Pero, sobre este tema –como comprenderán ustedes–, ustedes son políticos, y yo nada puedo enseñarles. Alguna mayor autoridad tengo en lo que se refiere a las dificultades jurídicas de la reforma. Estas dificultades son muchas, variadas. Hay dificultades procedimentales y dificultades que diríamos sustanciales. Y estas sustanciales, muy diversas.

Dificultad procedimental. En el procedimiento previsto en la Constitución, el Título X, las comunidades autónomas no tienen intervención alguna en el proceso de reforma constitucional; esto es obvio. Pero, a no ser que la reforma parta de una proposición de reforma iniciada por una comunidad autónoma, salvo en esto en todo el proceso, la reforma, intervienen solo las Cortes Generales, y, eventualmente, el pueblo español en su conjunto.

Hombre, una reforma constitucional, hecha cuando todo el país lleva 30 años dividido en comunidades autónomas, y cuya finalidad específica es reformar el sistema de organización territorial del poder en el que no participen las comunidades autónomas, resulta –digamos, por lo menos– chocante. Y es un problema con el que hay que enfrentarse.

En el proyecto de reforma preparado en Cataluña por la Fundación Campalans, se sugiere una vía que quizá valdría la pena explorar, que es que la proposición –una proposición de reforma y, desde luego, la reforma constitucional a mi juicio debe partir de una proposición, nunca de un proyecto–, la proposición de reforma debería ser debatida previamente por algún género de asamblea, de órgano, de reunión, en la que estuvieran presentes todas las comunidades autónomas. Podrían ser, no sé si una conferencia del presidente o cualquier otro formato informal, porque, naturalmente informalmente –como digo– las comunidades autónomas no tienen presencia en el procedimiento de reforma, pero que satisfaría materialmente esa necesidad.

Y después vienen las dificultades sustanciales. Primera. Mantener el mapa político de España o cambiarlo. La razón de ser del actual no es fácilmente comprensible. Es decir, no solo hay una serie de comunidades uniprovinciales, o la razón de ser no parece evidente, sino que tampoco parece evidente que no fuera posible reducir el número de comunidades autónomas en aquella parte de España cuya lengua propia es solo el castellano. Creo que eso sería posible y, a mi juicio, sería bueno.

En esa parte de España, de la que yo vengo, una pregunta que para ustedes tiene sentido para nosotros carece –absolutamente– de sentido. Es decir, yo soy extremeño; por cierto, la única nación que le ganó una guerra a la nación vascongada. Hay un célebre episodio que se llama “La guerra de vascongados y viciñas”, que tuvo lugar en Potosí entre 1600 y 1623. Que, un curioso episodio del que no voy a hablar ahora, pero que vale la pena (...). Bueno, les decía, yo, como extremeño, la pregunta de “¿se siente usted más extremeño que español o más español que extremeño?”, no puedo contestar porque para mí la pregunta carece absolutamente de sentido. Yo soy español y extremeño. Soy español porque soy extremeño, y soy extremeño porque soy español, ¿no? Carece de sentido. En cambio, hay otras partes de España donde esa pregunta sí tiene sentido.

Por eso, la división en comunidades autónomas de las regiones de lengua castellana, quizás, podría simplificarse algo. Pero, en fin, yo no voy a dar soluciones, sino

señalar cuestiones que una reforma debe afrontar. Creo improbable que se logre transformar el mapa político de España, porque las entidades territoriales, una vez creadas, tienen una resistencia enorme a cambiar. Fíjense ustedes que la división provincial actual fue una solución casi de emergencia de Javier de Burgos, en 1833. Y, desde 1833, las provincias se han convertido en una especie de mónadas euclidianas de unidades que no se pueden cambiar, de manera que la creación de regiones autónomas o de repúblicas federales ha de hacerse siempre con bloques provinciales enteros, aunque esos bloques provinciales, a veces, en mi caso, en mi provincia de origen, Badajoz, los límites provinciales de Badajoz se establecieron teniendo en cuenta los límites de la lugartenencia de la Orden de Santiago. Y, manifiestamente, la provincia de Badajoz tiene un norte y un sur bastante diferenciados, que se podrían haber dividido de otra manera, pero bueno.

En segundo lugar, dificultades, de segunda, de las dificultades sustanciales que tengo aquí anotadas. El modelo de organización de la división territorial del poder. Mantener el modelo del estado de las autonomías o ir hacia una federalización. De federalización se está hablando mucho, y no sé qué se entiende por federalización. Yo entiendo en este caso, por federalización, una cosa muy simple, que es llevar el sistema de organización territorial *in toto* a la Constitución, de manera que los estatutos de autonomía, que si quieren pueden llamarse constituciones, pues regulen como las constituciones de los estados federados en una federación exclusivamente el modo interno de organización del poder, eventualmente algunos derechos de los ciudadanos, pero, en modo alguno, las competencias. Las competencias están en la Constitución, todas.

Es decir, abandonar de una vez, y por todas, el principio dispositivo. Creo que ahora debería ser posible hacerlo. En el 31, ya Ortega creía que hubiera sido mejor no acudir al principio dispositivo, pero bueno. Y en el 78, quizás en los momentos iniciales, no había otra manera de echar para adelante. Ahora creo que sería bueno acabar con el principio dispositivo, y llevar la división territorial del poder exclusivamente a la Constitución.

Pero eso, a su vez, implica llevar a la Constitución el famoso o la famosa –y para nosotros la crucial cuestión de la– homogeneidad o heterogeneidad de las comunidades autónomas; se siguen llevando así, pero ese problema alguna vez hay que afrontarlo.

Yo creo que lo que refleja la estructura real de España es un sistema de autonomías asimétricas; creo que las necesidades de las diversas partes de España no son iguales y que eso implica una cierta asimetría. Ahora bien, esa asimetría puede tomarse en consideración en diversos planos: en primer lugar, en el plano constituyente. Yo, no creo, ni la creo posible, ni la creo razonable, ni la creo éticamente defendible, la transformación de España en un estado confederal; simplemente así lo creo. Es decir, creo que la idea de unidad de la nación de naciones implica un principio de unidad, y que la

Constitución debe responder a ese principio de unidad y ser una constitución y no un pacto entre naciones diversas.

Pero, también creo –con la misma sinceridad se lo digo– que la presencia de esas naciones diversas –de esas nacionalidades si ustedes quieren, o comunidades nacionales, como lo quieran llamar–, deben tener presencia también en el momento constituyente. Y que, esa presencia, no puede basarse atribuyendo a las nacionalidades, y perdónenme ustedes el término que utiliza la Constitución, una fuerza que se corresponda simplemente con el número de habitantes de la misma, porque entonces esas comunidades quedarían diluidas en el conjunto. Hay que ponderar, de alguna manera, su condición de nacionalidades, de manera que su presencia, su peso real en el proceso constituyente esté, también, no determinado solo por su población sino también por su condición nacional específica. Esto no es fácil. Políticamente, es difícil. Jurídicamente, no es fácil, pero no es imposible de resolver, tanto si el proceso constituyente se realiza solo en el seno de las Cortes Generales como si el proceso constituyente culmina también con una decisión en referéndum.

En cuarto lugar, la asimetría competencial. La asimetría competencial es el tema del que más se habla, y yo solo puedo referirme a él en términos muy primarios. La distribución de competencias entre las comunidades, sobre todo la distribución asimétrica en cualquier caso, ha de tomar en cuenta intentar salvar dos principios básicos: primero, que esas competencias asumidas –como se dice en el País Vasco–, o funciones asumidas, sean suficientes para asegurar la voluntad de autonomía de la comunidad respectiva. Y el segundo, y gran problema, es cómo se compone esa diferencia competencial con la igualdad de voto de todos los diputados en el seno de las Cortes Generales. Esto es lo que se llama en los británicos la famosa *West Lothian Question*. Es una cuestión que planteó ya en los años 70 un diputado por Glasgow; un diputado escocés, no independentista. Y dice: “Bueno, si Escocia recibe mayores poderes, ¿por qué un diputado de Essex podrá, yo como diputado de West Lothian podré opinar y votar en el Parlamento Británico sobre los derechos y los deberes y las leyes que se van a aplicar en Essex y, en cambio, un diputado de Essex no podrá votar sobre las leyes que se aplican en Escocia en determinada manera?”. Bueno, ese es el otro problema real, y otro problema con el que una reforma constitucional ha de enfrentarse.

Y por último, el gran problema de la asimetría fiscal. Esta asimetría es la única que tiene en el presente base constitucional –qué les voy a decir a ustedes que ustedes no sepan–, pero referida solo al País Vasco y Navarra. Hay dos cuestiones aquí: la primera, la de si este sistema fiscal podría generalizarse al resto del país. Ahí toco de oído, porque yo no soy experto en la materia, ni muchísimo menos, pero según las opiniones que he leído de expertos reconocidos, por ejemplo un catedrático de aquí, de la Universidad del País Vasco, Ignacio Zubiri, y otros muchos, la generalización es prácticamente imposible. Ángel de la Fuente, un experto del CSIC, la cree posible pero modificando algo los parámetros actuales.

En segundo lugar, ¿puede mantenerse en sus términos actuales a un referido solo a dos comunidades determinadas? Yo sé que es una opinión que seguramente ustedes no van a seguir, pero les tengo que decir lo que pienso y no lo que el auditorio quiere oír. Y, a mi juicio, en sus términos actuales, es muy difícil mantener, no la Ley de Concierto, pero sí la Ley del Cupo y el cálculo del Cupo. Es decir, es, como saben ustedes, el llamado ajuste del IVA y el cálculo de las competencias no asumidas, del coste de las competencias no asumidas, etcétera, está dando lugar a resultados sorprendentes de que sea mayor el flujo fiscal del Estado en la Comunidad del País Vasco o de Navarra, que viceversa.

Pero es que hay más, entre las competencias no asumidas no se toma en cuenta que, al menos, no en la medida que a mí me parece necesaria, una competencia que no es asumida y que, además, no es asumible, que es la competencia para asegurar la redistribución de la renta nacional.

En el paso del estado liberal decimonónico al paso al estado social, se produce cuando, a partir de 1894, aproximadamente, en Alemania, y en esa misma fecha, aunque de manera fracasada, en el Reino Unido –porque en el Reino Unido el impuesto sobre la renta no logró establecerse hasta que se reformó la Constitución para atribuir al congreso esas competencias–, cambia absolutamente la concepción del impuesto. Y la concepción del impuesto deja de ser, simplemente, un modo de retribuir los servicios prestados por el estado, para ser concebido también, incluso muy principalmente, como un instrumento de redistribución.

Esto es lo que hizo posible el estado social y un equilibrio entre democracia y capitalismo, que se ha podido mantener con éxito hasta la llegada de la señora Thatcher y el señor Reagan, que desde entonces ha entrado en declive, y que, a juicio de algunos, se ha roto por entero en nuestros días. Y, como algunos preconizan, hay que abandonar la idea de estado social para atenerse a la de estado caritativo. Sustituir la idea de política social por la de beneficencia, etcétera.

Yo soy un dinosaurio de 84 años, como le he dicho, y no quiero renunciar a la idea del estado social y de política social. Y creo que se debe seguir utilizando el impuesto como un instrumento de redistribución de la riqueza, un instrumento para reducir las desigualdades económicas o compensar sus efectos.

Ya sé que esto es muy difícil. En el estado deudor, cuando el estado depende más de los créditos que obtiene en los mercados que de los tributos de recauda, y que, en consecuencia, está obligado a servir a las vez a dos señores: el pueblo del estado, que es el de la soberanía, y el pueblo del mercado, que es un pueblo internacional, de contornos más definidos, incluso, poder que se expresa, no a través del voto, sino a través de los tipos de interés, es un poder muy fuerte.

Pese a eso, yo no renuncio a la idea de estado social. Creo que el estado social requiere una tarea de redistribución de rentas. Una tarea de redistribución de rentas que no puede solo entre individuos, cuando la comunidad política está dividida en comu-

nidades distintas, las comunidades de autonomía, sino, también, de alguna manera, entre comunidades autónomas.

Y desde ese punto de vista, yo creo que el cálculo actual del Cupo no toma en cuenta en manera suficiente las necesidades de redistribución interterritorial, digamos, de las rentas. Hay una aportación para el Fondo de Compensación Interterritorial, un fondo muy pequeño. Por ejemplo, tendría que incluirse, me parece, en el Cupo una aportación importante correspondiente a la riqueza relativa del País Vasco, al fondo de suficiencia de servicios fundamentales y cosas por el estilo. Pero, en fin.

Con esto yo les he hecho una exposición a grandes líneas de mi visión del problema. Y supongo que para ustedes tiene más interés las preguntas, las respuestas que yo pueda dar a sus preguntas. Aunque yo me temo mucho, que como le he dicho, ese interés tiene poco fundamento, porque poco tendré yo que contestarles.

Muchas gracias.

LANTALDEAREN ANTOLATZAILEAK:

Muy bien, muchas gracias.

Vamos a abrir el turno de los grupos. En nombre de UPyD, tiene la palabra Gorka Maneiro.

MANEIRO LABAYEN jaunak:

Sí. Muchas gracias, señor Rubio. Muy interesante su intervención. Y por supuesto que nos viene muy bien a todos los grupos que formamos parte de esta ponencia para tener una opinión más en relación a esta cuestión que tanto nos preocupa.

Vaya por delante que a nosotros, a mí en concreto, pues también me parece que el artículo publicado en *El País* hace un par de días, *Un proyecto para España* de Tomás Pérez Vijo, pues, es, ciertamente, un artículo muy interesante donde se recogen reflexiones a tener en cuenta al menos, ¿no?

Entrando en la cuestión, lo cierto es que aunque esta es una ponencia para hablar del autogobierno vasco y explorar, supuestamente, las posibilidades de llevar a cabo una reforma del Estatuto de Gernika, lo cierto es que ya son, prácticamente, mayoría los comparecientes que vienen a señalar la necesidad de reformar la Constitución española. Creo que han sido, no sé si todos, pero, casi todos, los comparecientes que han señalado la necesidad de, antes que nada, plantear la necesidad de reformar la Constitución española.

Y lo cierto es que de los ocho comparecientes anteriores que ya han comparecido, yo diría que al menos cuatro de ellos, o en concreto cuatro de ellos, de un modo u otro, han defendido la necesidad de reformar la Constitución española en clave federal. Y me refiero expresamente al señor Montero, al señor López Basaguren, al señor Javier

Tajadura, y al señor Joseba Arregi. Ahí está todo lo que ellos han dicho en relación a esta cuestión.

Por ejemplo, el señor Manuel Montero decía expresamente que hay que ir hacia un estado federal que no sea asimétrico. El señor López Basaguren defendía básicamente lo mismo e incluía críticas al sistema de Concierto Económico. No tanto, que también, en su comparecencia en esta ponencia, como en los diferentes escritos publicados en los medios de comunicación en los diferentes periódicos en los últimos años.

Por su parte, el señor Javier Tajadura decía expresamente que el federalismo no tiene nada que ver con posiciones singulares, derechos históricos o realidades nacionales. Y, a su vez, defendía la necesidad de reformar la Constitución española para ir hacia un estado federal simétrico.

Y, por último, el señor Joseba Arregi decía expresamente que las federaciones tienden a la simetría, ¿no? Y defendía, por lo tanto, la necesidad de configurar un estado federal simétrico más allá de las dificultades políticas que puedan existir en los momentos actuales.

Yo le quiero preguntar expresamente, aunque usted ya ha respondido algo, ya ha dicho algo, si usted considera viable una reforma de la Constitución española en clave federal. Usted ha hablado y ha señalado que quizás fuera posible o deseable una cierta asimetría, y yo le quería preguntar cómo se conjuga esto con los principios de solidaridad e igualdad que supuestamente son principios que van unidos al principio del federalismo.

En todo caso, ¿cuál sería la reforma constitucional que usted plantearía? ¿Con qué objetivos y bajo qué principios?

Y también quería preguntarle si considera usted que los nacionalismos disgregadores, moderados o radicales –yo creo que todos son en el corto plazo o en el largo plazo nacionalismos disgregadores–, si usted considera que aceptarían una reforma de la Constitución como la que usted estaría dispuesto a plantear; más allá de las dificultades procedimentales que puedan existir, ¿no?

Es decir, que hay partidos políticos o hay cierta opinión pública que viene a señalar la necesidad de reformar la Constitución española para acomodar a los nacionalismos. Yo creo que esto es materialmente imposible. Hace unos minutos, incluso, el propio portavoz del Gobierno Vasco reclamaba en una entrevista radiofónica que se abra un debate para la reforma de la Constitución española. Pero me da la sensación de que lo que los nacionalismos quieren en última instancia no es tanto reformar la Constitución española, sino romper el país para configurar un estado propio.

En todo caso, en fin, estas son las preguntas que yo tengo.

Y, para terminar, pues también quería decirle que no es usted el primero que viene a esta ponencia a criticar el sistema de Concierto Económico, más concretamente el

cálculo del Cupo. Y a nosotros nos parece muy correcto todo lo que usted dice, porque creo que es un hecho evidente, ¿no? Que existe esa imposibilidad de trasladar un sistema como el Concierto Económico o la imposibilidad manifiesta y clara de trasladar el sistema de Concierto Económico al resto de comunidades autónomas, tal y como han expresado y han explicado por activa y por pasiva todos los técnicos y todos los especialistas en la cuestión.

Usted hablaba de resultados sorprendentes. Efectivamente, cuando hablamos de resultados sorprendentes, de lo que estamos hablando expresamente es que Euskadi y Navarra pues no aportan a la solidaridad interterritorial, y, evidentemente, nosotros estamos de acuerdo con usted en que esto hay que cambiarlo para garantizar la máxima igualdad de la ciudadanía.

Ya digo que esto mismo han venido a plantearlo los comparecientes que han defendido la necesidad de reformar la Constitución española para ir hacia un estado federal simétrico; es decir, que usted no es el primero, sino que incluso se puede decir que ya son mayoría, son 5 de 9 comparecientes los que señalan en esta ponencia que, efectivamente, el cálculo del Cupo implica un privilegio.

Nosotros lo compartimos en este Parlamento. Pues, bueno, solo hay un parlamentario de 75 que defiende esto, pero creo que se abre paso esta opinión. Y que, en todo caso, pues lo importante de esto es, en definitiva, poner sobre la mesa la necesidad de reformar la Constitución española para acabar con todos los privilegios, reformar el Estado de las autonomías, garantizar la máxima solidaridad y garantizar la máxima solidaridad.

En fin, y por último y para terminar, el señor Javier Tajadura hace apenas dos semanas, además de defender ese estado federal simétrico, criticaba la politización actual del Tribunal Constitucional. Dada su experiencia, también quería preguntarle sobre la cuestión. Qué le parece, si usted comparte, si piensa que habría que impulsar también reformas en ese sentido para despolitizar y, por lo tanto, profesionalizar el Tribunal Constitucional español.

Y creo que de momento nada más. Han sido muy interesantes todas sus reflexiones.

Gracias.

RUBIO LLORENTE jaunak:

Yo preferiría, porque así se hace más (...)

LANTALDEAREN KOORDINATZAILEAK:

Vale.

RUBIO LLORENTE jaunak:

Vamos a ver. Si yo entiendo bien su cuestión, aparte de las coincidencias sobre la necesidad de reformar el sistema del cálculo del Cupo, se puede reducir simplificándola a tres cuestiones: primero, la última, la politización del Tribunal Constitucional; segundo, lo de si cabe acabar con los nacionalismos; y, tercero, lo de la asimetría e igualdad y solidaridad. Creo que esas son las tres cuestiones.

Empezando por la última, la politización del Tribunal Constitucional. Mire usted, el Tribunal Constitucional, desgraciadamente, visto actualmente, en general, por los españoles como una especie de tercera cámara donde se dirimen las cuestiones que se han dirimido antes en las Cortes y en donde las minorías buscan un remedio frente a la derrota que obtuvieron en sede parlamentaria. Entonces, esto es un mal que debe ser enfrentado, pero cuya raíz no está tanto –en contra de lo que cree el señor Tajadura– en el modo de elección de los miembros del tribunal, que es bastante común, como en las competencias del tribunal, y, sobre todo, en la legitimación para acudir al Tribunal Constitucional.

De lo que ha pasado tengo yo bastante culpa, no como magistrado del Tribunal Constitucional, sino como asesor jurídico de la ponencia que hizo la Constitución. En la ponencia que hizo la Constitución, sin duda, era yo el que más derecho constitucional sabía, sabía más que Fraga, desde luego, y más que el resto de los miembros, que no es que fueran ignorantes, pero, en todo caso, el derecho constitucional que yo sabía era solo un derecho aprendido en los libros; no aprendido en la práctica y que no había tenido ocasión de vivir. Y yo, por desgracia, leo alemán y mi formación de constitucionalista se había hecho sobre todo a través del derecho constitucional alemán, que era el de más prestigio en la Europa de la época y sigue siéndolo. Y cuando hubo que hacer el proyecto de ley del Tribunal Constitucional, que se nos encomendó a una (...) vamos, en la Constitución, yo metí el principio de legitimación de las minorías parlamentarias para el recurso de constitucionalidad; porque eso existía en Alemania, existía en Alemania, en Austria y creo que en ningún otro sitio.

Y, ahora, 30 años después, me parece que cometí un gravísimo error, porque si las minorías parlamentarias están legitimadas para acudir al Tribunal Constitucional, inevitablemente lo harán cada vez que sean derrotadas en el Parlamento, las Cortes Generales, donde sea. Entonces, a mi juicio, una de las cosas que habría que hacer en la reforma constitucional era eliminar la legitimación de las minorías parlamentarias para acudir ante el Tribunal Constitucional. Que puedan acudir los gobiernos, que puedan acudir tanto el Gobierno nacional como los gobiernos de las comunidades, y el Defensor del Pueblo, pero no las minorías parlamentarias.

Un recurso directo de inconstitucionalidad es siempre un instrumento muy peligroso, y se convierte en un instrumento explosivo cuando se pone en manos de las minorías parlamentarias. Esa legitimación no existe en Inglaterra, no existe en Italia, no existe, por supuesto, en los Estados Unidos, donde no hay recurso directo ningu-

no, etcétera, etcétera. Entonces, yo creo que habría que hacer eso. Se puede modificar el sistema de elección de los magistrados, pero, sobre todo, hay que evitar que los magistrados, que el Tribunal Constitucional, pueda ser utilizado por las minorías parlamentarias para llevar allí las disputas políticas, la condonación de las disputas parlamentarias.

Y se ha dicho, yo tuve ocasión de expresar esta opinión. Es un matiz, pero es un matiz que es interesante porque en eso disenta de Javier Tajadura. Cuando una proposición de ley que suscribieron o hicieron en paralelo el Partido Popular y el PSOE para reintroducir el recurso previo de inconstitucionalidad, yo tuve ocasión de decir a quien quiso oírme que eso era un error gravísimo, porque esa fórmula, ese control previo de inconstitucionalidad podría, debería hacerse no a través de la vía de recurso, sino de dictamen preceptivo.

No es lo mismo llevar el control previo de constitucionalidad al Tribunal Constitucional, como a través de un recurso que hace un partido frente a otro partido, que llevarlo como un dictamen preceptivo que, en todo caso, obligue al Tribunal Constitucional, no a dirimir la contienda política entre un partido y otro, sino a dar su opinión en abstracto y objetivo. Y ahí, por ejemplo, Javier Tajadura estaba en desacuerdo por razones que, a mi parecer, de lo que llamaría Pascal (...).

Bien, en segundo lugar, la posibilidad que a través de la reforma constitucional desaparezcan los nacionalismos. No, en absoluto, en absoluto. Ninguna reforma constitucional va a acabar con los nacionalismos radicales. Los nacionalismos templados no son rechazables, sino, a mi juicio, son indispensables. El sentimiento nacional es la base de la convivencia política, y sin el sentimiento nacional es difícil concebirle la convivencia política.

Otra cosa son los nacionalismos radicales, tanto en una sociedad con la estructura como la nuestra, una estructura compuesta, tanto los nacionalismos radicales que niegan la existencia de esas diferenciaciones, como los nacionalismos radicales que insiste en que esas diferencias son tales que solo se puede vivir separados. Eso no se va a acabar nunca. Pero yo creo que a la (...) no se puede acabar nunca, o, por lo menos, no en el corto o en el medio plazo. Pero creo que quizás en el medio plazo, y quizás con más (...) en el largo plazo, se les puede restar apoyo social, de manera que se conviertan en posturas políticas más bien testimoniales. Eso lo creo firmemente. Lo he creído, en el caso de Cataluña creo que ahí fue una de las razones por las que me parece que la política del Gobierno español ha sido equivocada en ese tema, porque creo que hay muchas razones para restarle apoyos, no al nacionalismo, sino al nacionalismo independentista o radical; y también, por supuesto, al nacionalismo unitarista español, que piensa en términos que no se corresponden en absoluto con la realidad.

Y, por último, la cuestión más difícil, a la que usted ha aludido y que es difícil, no porque haya aludido usted a ella, sino porque sustancialmente es muy difícil, es la opción entre simetría o asimetría.

Es verdad, es verdad que en una concepción clásica del federalismo, se considera que el federalismo implica una igualdad jurídica –no fáctica, no económica, no social–, una igualdad jurídica de todas las entidades federadas. Incluso se ha llegado a decir, por ejemplo en la obra de Carl Smith si no recuerdo mal, en fin, del nacionalismo alemán que ha sido siempre muy rotundo, que por eso el federalismo solo era posible en estados con una fuerte conciencia nacional. Yo creo que no es así, creo que no es así, yo creo que cabe el federalismo en estados diferenciados, políticamente diferenciados. Y creo que el federalismo en estados políticamente diferenciados exige algún grado de asimetría.

No imagino en el Reino Unido, los distintos condados de Inglaterra tengan la misma necesidad de voluntad de autonomía que Escocia o que Gales o que Irlanda del Norte. Y tengo la evidencia de que esa es también la situación en España.

Ahora bien, dicho eso, esa diferenciación, debe ser compatible con los principios de igualdad y solidaridad. Evidente, evidente. Pero eso es lo que he intentado explicar en mi introducción inicial, la solidaridad es susceptible de grados distintos de intensidad. Todos nos sentimos mucho más solidarios de la familia que de los vecinos, todos, o por lo menos la mayor parte de los humanos, de los españoles, nos sentimos más solidarios de la familia que de los vecinos. Probablemente, más solidarios de nuestro pueblo que de los del pueblo de al lado. Me atrevo a pensar que los guipuzcoanos se sienten más solidarios de los guipuzcoanos que de los vizcaínos, etcétera, etcétera. Y esos grados, esos distintos grados de solidaridad, justifican también que las aportaciones de solidaridad al común sean diferenciadas de acuerdo con la existencia de eso, lo que he llamado espacios de solidaridad distinta.

Y después está el problema de la igualdad. Vamos a ver, en la *Ética a Nicómaco* –perdonen ustedes que me ponga un poco profesoral–, en la *Ética a Nicómaco* se dice, si no recuerdo mal, que la igualdad exige tratar de modo igual a lo que es igual y de modo diferente a lo que es diferente. Entonces, si partimos del supuesto de que algunas diferencias estructurales hay en el seno de España, la igualdad no se rompe porque unas partes de España reciban algún tratamiento diferente al de otras.

Como les he dicho también, ese grado de asimetría es muy difícil de poner en práctica, porque debe respetar dos principios: de la suficiencia, de ese mayor poder, digamos, para satisfacer las necesidades de la comunidad que las reclama, y la del mantenimiento de una igualdad sustancial con el resto. Es decir, que debe de ser un grado de solidaridad o de desigualdad que sea compatible con el mantenimiento de alguna igualdad sustancial.

Eso, perdónenme ustedes, pero eso es posible y eso lo vivimos todos los días. En materia de derechos, por ejemplo, no negamos los europeos que los africanos tengan derecho a la vida y tengan derecho a no ser torturados, a no ser sometidos a tratos inhumanos o vejatorios, etcétera, etcétera. Pero, en cambio, no tenemos ningún reparo a aceptar que no tienen el mismo derecho que nosotros a comer bien o a tener buenos servicios sanitarios. Y no tenemos mala conciencia, o por lo menos parece que

no tenemos mala conciencia, al poner vallas en Melilla o al impedir el desembarco de centenares o miles de emigrantes que vienen impulsados por el hambre y el miedo en Lampedusa, en donde sea.

Entonces, el ejemplo no es bueno, quizás, pero sí sirve para ilustrar lo que quiero decir. Yo, como extremeño, no solo es que yo no tenga necesidad como extremeño de que se le den a mi comunidad unas competencias especiales en materia lingüística, que, por supuesto, no las tengo. Lo que yo quiero aprender, lo que quiero que se le enseñe bien a los extremeños es el castellano, que no lo hablen mal como lo hablamos, u otras competencias lo mismo que en el (...), sino que tampoco tengo, por ejemplo, un tema tan evidente, la policía. ¿Qué necesidad tenemos los extremeños de policía si la mayor parte de los guardias civiles y de los policías son extremeños o andaluces o murcianos? ¿Qué necesidad tengo de eso? Eso es una proyección de la realidad, y como en eso en otras cosas. Y no me puedo sentir en modo alguno tratado de manera desigual porque no se me da lo que yo no quiero.

Lo que es falso es creer que para ser igual yo tengo que querer lo que quieren los demás. El famoso principio de emulación de Ortega.

Bueno, no puedo razonar más, hasta ahí he llegado.

LANTALDEAREN KOORDINATZAILEAK:

Muchas gracias.

En nombre del grupo Popular tiene la palabra el señor Barrio.

BARRIO BAROJA jaunak:

Sí, muchas gracias.

Pues, simplemente, al no haber estado en la totalidad de la intervención del señor Rubio Llorente, lamentablemente, pues agradecer su presencia, agradecer sus explicaciones. Agradecer también el esfuerzo y la respuesta también a mi compañero que, desde luego, habrán completado sin duda la exposición inicial que nosotros trataremos y releeremos con interés.

Muchas gracias.

RUBIO LLORENTE jaunak:

Muchísimas gracias, muy cortés. Cortesía vasca.

LANTALDEAREN KOORDINATZAILEAK:

Ahora, tiene la palabra el señor Prieto del grupo Socialista.

PRIETO SAN VICENTE jaunak:

Gracias, señor Rubio Llorente por sus explicaciones. La verdad es que es un placer escucharle y también es un placer ver cómo combina la ironía con la reflexión a fondo sobre los temas que usted bien conoce.

Y abusando un poco de usted, yo quisiera que profundizara en algunas cosas más a partir de algunas consideraciones que le voy a hacer.

La primera es en relación con el Concierto. Es cierto que el Concierto nos da una singularidad, nos da una diferenciación a vascos y navarros en relación con el conjunto del Estado, pero también es cierto que el Concierto está íntimamente relacionado con nuestro nivel competencial. Es decir, el País Vasco asume responsabilidades políticas y responsabilidades de atención económica y social a su ciudadanía, que por razones de no tener Concierto Económico no lo hacen otras comunidades autónomas.

Muchas veces, cuando se habla del Concierto Económico, así en plan generalista, puede dar la impresión de que nosotros recibimos gracias a ese Concierto una capacidad fiscal y una capacidad de recaudación y una capacidad de gasto, y junto con el Cupo, mayor que los demás para hacer las mismas cosas que los demás. Y, obviamente, no es así. Entonces, yo creo que esto también tendría que inspirar un cierto mensaje de moderación, de tranquilidad, de sosiego.

Cualquiera que plantee en una comunidad autónoma, que no sea Navarra o el País Vasco, que hay una diferencia en esta capacidad económica y fiscal, tiene razón, y que hay una diferenciación, tiene razón. Ahora, de ahí a que eso termine asimilándose popularmente a que pueda ser un agravio comparativo, que pueda ser una ventaja sin justificación, sin razón, sin contrapartida para los ciudadanos, yo creo que es donde hay que poner un poquito el acento.

Por eso yo quisiera que, un poco, usted pudiera profundizar en si desde esa perspectiva esa singularidad es una singularidad que a su juicio es asumible o debe ser asumible por el conjunto del país, por el conjunto de España, por el conjunto de las comunidades autónomas. O, por el contrario, como sostienen algunos, también en esta Cámara, como ya le han reflejado, hay que acabar con el Concierto Económico, hay que acabar con el Cupo.

Pasaría algo parecido en relación con el Cupo, yo le quiero decir que el Cupo es una cantidad que se paga al Estado pactada, salvo en los últimos años. Ahí hay un, desde el año 2007 hay un problema con el Cupo en general, y luego con la liquidación al Estado más recientemente, porque, por ejemplo, en el año 2014 el Estado en los presupuestos generales dobló la cantidad de liquidación de Cupo sin un pacto previo; sin haberlo tratado directamente como corresponde en la Comisión Mixta, y, bueno, pues haber hecho de esa consignación un acuerdo.

Para el año 2015, que se presentó ayer el presupuesto, el proyecto de Presupuestos del Estado, vuelven a insistir en la misma cantidad. Es decir, el Estado ha llevado a mil

quinientos y pico millones lo que se tiene que pagar de Cupo, frente a los ochocientos y pico que se liquidaron en el año 2013.

Bueno, yo creo que la primera cosa que hay que reflejar es que hasta ahora el Cupo ha sido pactado, y que ahora, cuando no es pactado, se ha hecho unilateralmente desde un Gobierno un reflejo doble de lo que se tiene que abonar.

Pero, en cualquier caso, y yendo a los números. Para a veces situar la justicia o la injusticia, la solidaridad o la insolidaridad del Cupo, vamos a suponer que ya que el Estado unilateralmente ha pasado de los ochocientos y pico millones a los 1500, el Estado ha hecho bien ahora el cálculo, y ese es el cálculo real que corresponde de las competencias que regula el Estado y que no son transferidas, y por las que nosotros tenemos que pagar.

No creo que esa diferencia de 800 millones, que pueden ser muy importantes para el País Vasco, sean realmente importantes para el conjunto del Estado. Sin despreciarla, aquí no se desprecia ninguna cifra, y menos en los momentos que estamos viviendo. Pero no parece que la diferencia resolvería los problemas económicos y sociales y de desigualdad que hay en el Estado. No parece que la diferencia arreglaría la sanidad, arreglaría la educación, arreglaría las inversiones en la alta velocidad, en las infraestructuras, etcétera. Por lo tanto, a mí también me gustaría que ahí pudiese emitir una opinión un poco más sobre lo concreto, porque, claro, a veces hablamos del Cupo. Usted ha señalado: el Cupo está mal hecho, está mal calculado, es insuficiente, el Fondo de Compensación Interterritorial es también insuficiente. Y bueno, a mí me gustaría saber por qué. ¿Por qué es insuficiente? Porque, probablemente, para que sea suficiente, tendríamos que llegar a una cifra. Si es insuficiente una cantidad tendríamos que llegar a una cifra, a cuál.

Y la última cosa sería qué opina de algo que es también un recurso político, que está provocando un problema enorme de relación entre las comunidades autónomas y las competencias que tiene el Estado en relación con el abuso de la legislación básica. Aquí, cada vez que desde el Gobierno actual, de España, se quiere intervenir en el conjunto de las comunidades autónomas –se tengan competencias o no se tengan competencias– se acude a la legislación básica y se limita enormemente esto, y esto es también una fuente de conflicto que es perfectamente resoluble. No hace falta reformar la Constitución para respetar las competencias y para que la legislación básica no invada competencias que ya están transferidas a las comunidades autónomas.

Nada más.

RUBIO LLORENTE jaunak:

Empezando por esto, ¿por qué dice usted que no hace falta reformar la Constitución para acabar con la indefinición que resulta del concepto de legislación básica? La

opinión generalizada es que el Tribunal Constitucional ha hecho la interpretación más amplia posible en favor de las comunidades autónomas del concepto de legislación básica.

Entonces, yo una de las razones por las que –a mi juicio– hay que llevar todo el sistema de limitación de competencias a la Constitución, es porque, por esa vía permite una solución más clara, menos confusa y menos indeterminada y sujeta a abusos que la solución actual, que la delimitación competencial resulta de una combinación de preceptos estatutarios con preceptos constitucionales.

A veces los preceptos (...) eso ha dado, por ejemplo, que a veces los preceptos constitucionales no solo se hayan interpretado en el sentido de preceptos estatutarios, sino que han terminado identificándose en la letra con ellos.

Por ejemplo, el artículo 149.1.13, las competencias del Estado en materia de planificación real de la economía, se ha terminado interpretando en la fórmula que decía el estatuto catalán de competencias del Estado sobre la dirección general de la economía para evitar (...).

Bueno, en todo caso, eso, como le digo a usted, es una de las razones por las que yo creo que es mejor acudir a una reforma federal que acudir a (...) el intento de delimitar las competencias exclusivas por vía estatutaria fracasó con el Estatuto de Cataluña. Y estaba condenada al fracaso, a mi juicio, desde el origen. Entonces, una delimitación más clara de competencias en la Constitución permitiría evitar este problema.

Ningún sistema federal del mundo permite eliminar los conflictos competenciales. En los Estados Unidos, las cláusulas generales, por ejemplo, la cláusula del comercio entre estados, o cláusulas semejantes, o no digo nada la de los poderes implícitos, que son muchísimo más invasivas, muchísimo más invasivas que la de legislación básica. Pues eso da lugar a, es una fuente continua de conflictos políticos y jurídicos. Que no se (...) con la frecuencia aquí en España, por fortuna para ellos, en el Tribunal Constitucional, en su caso en la Corte Suprema, porque allí no exige el recurso directo. Pero, en fin, estas son cuestiones, en cierto sentido, al margen de mi intervención.

La cuestión que usted me (...) en la que ha centrado la suya es en el tema del Concierto y del Cupo. Yo no voy a entrar en la justificación histórica del Concierto, y por qué se llama así, porque ha existido así, etcétera. Existe el (...). La disposición adicional de la Constitución se ha interpretado en ese sentido y esa interpretación ya es difícilmente reversible. Yo he hablado solo de que –según una opinión generalizada– que yo tomo de los expertos, el Cupo, ahora está mal calculado. Está mal calculado porque se calcula mal el costo de las competencias no asumidas, se calcula mal el ajuste del IVA y no se toma en cuenta las necesidades de redistribución de la renta, para hacer un política social, que es la base de la política social, por eso me causa cierta sorpresa que un representante del Partido Socialista centre en esto su intervención. Pero, en fin, eso no es (...) es perfectamente comprensible.

Mire usted, es cierto lo que usted dice, absolutamente cierto. Por mucho que se eleve el Cupo del País Vasco, no va a solucionar los problemas económicos de España, ni los problemas de las infraestructuras, ni siquiera los problemas de política social. Desgraciadamente, las cantidades que se necesitan son mucho mayores para eso. Pero esa no es la cuestión en absoluto. No es la de la suficiencia o insuficiencia de la aportación navarra, o del Cupo vasco, para resolver los problemas económicos de España. El problema no es ese en absoluto. El problema es el de la justificación ética de las dimensiones de ese (...) de la cantidad económica, de la dimensión económica del cupo, de la aportación. Y ese es el problema que yo he planteado y lo que a mi juicio resulta problemático.

Según los cálculos de los expertos –que yo no soy, pero sí que los leo, claro– la financiación per capita en el País Vasco es un 65 superior a la del resto del Estado. Y eso no se corresponde con la diferencia real de riqueza entre el País Vasco y el resto del Estado.

En la línea de regresión en donde se señala la correspondencia (...) vamos, que siguen trazando, el trazado de la correspondencia entre el nivel de renta y flujos fiscales, las comunidades más ricas, es decir, Baleares, Cataluña, Madrid, Rioja, etcétera, aparecen muy por debajo de la línea de regresión, como corresponde. Porque el flujo entre la comunidad y el Estado tiene que ser, naturalmente, negativo. El País Vasco, excepcionalmente, a pesar de ser más rico que la media, aparece por encima de la línea de regresión. Eso, para mí, es un problema de cierta importancia, ni en modo alguno por lo que el incremento de la aportación del Cupo pueda suponer para resolver los problemas económicos de España, sino porque es una de las razones que hacen que en España se vea con recelo, o con hostilidad, o con antipatía, la autonomía vasca. Es por eso.

Y eso, ya le digo a usted yo, ahí, como le he dicho al comienzo, un poco toco de oído, lo que yo pienso no es resultado de investigaciones propias –que no estoy en condiciones de hacer–, pero sí es la consecuencia que yo he sacado de la lectura de expertos que me merecen respeto y les he dado a ustedes antes los nombres. Es cuanto le puedo decir.

LANTALDEAREN ANTOLATZAILEAK:

Muchas gracias.

Ahora tiene la palabra el señor Arraiz, en nombre del grupo EH Bildu.

ARRAIZ ARBADILLO jaunak:

Buenos días, lo primero agradecerle su intervención.

Y en segundo lugar, queríamos hacer una pregunta, una pregunta que viene de parte de unos nacionalistas radicales y disgregadores. Una pregunta sencilla, seguramente

que necesita una respuesta bastante más compleja. Todo el mundo esgrime, –no solo en este ámbito, sino también en otros ámbitos– la posibilidad, y no solo la posibilidad, sino necesidad de una reforma constitucional, como si fuera a resolver todos los problemas que tiene el Estado español. Lo cual lo veo realmente complicado, pero así se esgrime por todas las partes que la piden, que la solicitan.

¿Qué posibilidades –y le pregunto como magistrado del Tribunal Constitucional y como experto en derecho constitucional–, qué posibilidades existen de que en esa reforma constitucional pueda encajar el derecho a decidir que reclama la nación vasca, la nación catalana y la nación gallega?

RUBIO LLORENTE jaunak:

Pues, mire usted, mi pregunta [sic] puede ser muy breve, y dicho con todo el respeto. Si el derecho a decidir se entiende como derecho a la independencia por voluntad propia, ninguno. Es mejor ser claro y ser rotundo. Ninguno. Es decir, no creo que sea posible en una constitución, ni siquiera en una constitución confederal, que se reconozca a las partes componentes la posibilidad de acceder a la independencia por su sola voluntad.

Ese problema, desde luego, no lo resuelve la Constitución. Y tiene usted razón, es decir, la reforma constitucional, si lo que se quiere es resolver ese problema, la reforma constitucional para eso no sirve. Mas soy tan claro como usted y tan respetuoso como usted. Otra cosa no le puedo decir. Yo le he dicho que, respetando como respeto profundamente sus sentimientos, cómo no, sería disparatar (...), sí creo que es posible que el número de vascos que se sienten identificados como usted, dicen la (...) que no tenga un peso político importante, y que, de esa manera, pues el problema de la independencia no se plantee. Pero eso es (...) usted diría que es *wishful thinking*. Pues a lo mejor.

ARRAIZ ARBADILLO jaunak:

El tiempo dirá.

RUBIO LLORENTE jaunak:

El tiempo dirá.

LANTALDEAREN ANTOLATZAILEAK:

Muchas gracias.

Y por último, en nombre del grupo Nacionalistas Vascos, tiene la palabra el señor Egibar.

RUBIO LLORENTE jaunak:

El señor Egibar me ha recibido en este Parlamento.

EGIBAR ARTOLA jaunak:

Sí señor. Hemos coincidido y (...) nuevamente agradecer –como el resto de compañeros– su presencia y su aportación.

Hemos leído últimamente, además con mayor detalle, sus trabajos y sus artículos con respecto a preguntas como la formulada por el señor Arraiz y demás en los últimos tiempos, que tan de moda se han puesto no sé si los nacionalismos radicales o moderados, o ambos juntos, en Cataluña. En todo caso, lo de radical, si vamos al significado de la palabra es ir a la raíz. Raíz. Y desde una forma moderada, pero intentando aportar desde la raíz, me ha resultado llamativa la relación que hace en relación a restar apoyos a los nacionalismos, los moderados y radicales, buenos o malos en función del nivel (...).

RUBIO LLORENTE jaunak:

No, no, no, no.

EGIBAR ARTOLA jaunak:

Vale, entonces retiro lo de buenos.

Buenos o malos en el sentido de que se puedan colmar los niveles de satisfacción que exija cada uno de esos nacionalismos, ¿no? Pero de su planteamiento se deduce que algún problema político hay, y que la Constitución tendría que dar satisfacción, o buscar el punto de suficiencia para que esos nacionalismos que, al parecer, según otras intervenciones, son insaciables, pues no tienen límite en sus pretensiones.

Entonces, en la medida en que usted participó directamente, como ha dicho, ha referido en su intervención, en el periodo constituyente, de la mano de los que después se denominaron padres de la Constitución, asesorándoles. En lo que se refiere a los anclajes del denominado, se ha hablado, Concierto Económico, en la disposición adicional de la propia Constitución, están también la derogatoria de las leyes abolicionarias (...). En todas esas cuestiones, que después se llaman también bloque de constitucionalidad, ¿hacen de los territorios vascos –que después, en el Estatuto vasco, pasa a la consideración de que el pueblo vasco no renuncia a los derechos que le pudieran corresponder en virtud de su historia y demás– la configuración de un sujeto político que pueda entablar desde la relación política, el diálogo con el Estado central o los poderes del Estado, una configuración diferente a la actualmente existente?

O sea, en la línea, o en el sentido de buscar esa convivencia política, pero desde el respeto a la existencia también de un pueblo, que es el pueblo vasco, que en este momento participa de una estructura política constitucional que es la vigente, pero que tiene su historia. Porque cuando la propia Constitución dice que ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales está amparando y respetando unos derechos anteriores a la propia Constitución. Y si tiene una configuración, después, de pueblo (...). Bueno, desde el diálogo y la negociación o corresponsabilidad, ¿qué nuevos escenarios se pueden alumbrar?

Porque también decía usted –perdón, eh– en una de las entrevistas, con respecto a una pregunta formulada como el señor Arraiz, que en el caso de Cataluña haría falta una doble consulta: una para conocer la opinión de los propios catalanes; y si estos quisieran un estado, o un estadio de independencia, que sería obligada una segunda consulta, en toda España, para dilucidar la cuestión. No sé si se refleja bien en una entrevista esto que se le atribuye, pero, en ese contexto, en la búsqueda de formas de diálogo o de entendimiento posible, pues, qué le sugiere todo esto que está sucediendo en este momento, ¿no?

RUBIO LLORENTE jaunak:

Bueno, intento contestar a su pregunta, que no es especialmente concreta.

En referencia, primero, a lo de Cataluña. Yo he sostenido, de acuerdo con Ruiz Soroa en el País Vasco y de acuerdo con Francesc de Carreras en Cataluña, que sería muy bueno que se reformara la ley orgánica sobre diversas modalidades de referéndum, para que las comunidades autónomas pudieran llevar a cabo referéndum, regulándola de modo que cuando la pregunta sometida a referéndum tuviera incidencia sobre el resto de España, la formulación de esa pregunta requiriese algún acuerdo de voluntades entre el Gobierno catalán y el Gobierno de España, o esas cosas.

¿Por qué era bueno eso a mi juicio? Porque, en primer lugar, me parece que es bueno que los pueblos tengan la posibilidad de expresar su voluntad. En segundo lugar, porque es bueno llamar a las cosas por su nombre. Y un referéndum es un referéndum, y no una consulta, ni una encuesta. Como he dicho el otro día, las encuestas se dirigen al hombre, miembro de la sociedad civil; el referéndum se dirige al ciudadano, miembro de un pueblo, que es una unidad de voluntad que se manifiesta a través de la mayoría. Y porque, además, si no se hubiera centrado la discusión, absurdamente, en el procedimiento, se podría haber entrado a discutir sobre la sustancia, que es lo importante: qué significa la independencia, qué es lo que cabe esperar de ella, etcétera.

Doble referéndum. ¿Por qué? Si lo de que el referéndum tenga un carácter meramente consultivo es una forma de hablar. Cuando un órgano representativo consulta

al pueblo cuya representación ostenta, es muy difícil que ese órgano representativo se aparte de la opinión expresada por ese pueblo. Entonces, si el pueblo de Cataluña se manifiesta, manifiesta su voluntad de independencia, pues el Parlamento de Cataluña tendrá que presentar, hacer una proposición de reforma constitucional para asegurar la independencia. Y esa reforma constitucional habrá que tramitarse de acuerdo con su procedimiento y puede terminar, eventualmente, en un referéndum, en el que todo el pueblo español habrá de manifestarse.

Eso en lo que toca a esa cuestión. Después, vamos a la cuestión inicial en la medida en que la recuerdo –que a lo mejor sí–.

La Constitución. Yo estuve presente en la elaboración de la Constitución, estuve muy presente. Estaba en contacto, por supuesto, con los llamados padres de la Constitución, y no solo con ellos. Por ejemplo, una de las personas con las que yo más contacto tuve en aquella época fue con Javier Arzallus, con quien hice –creo– una buena amistad. Y viví junto a él momentos transcendentales, como por ejemplo el momento en el que se llevó a cabo la última discusión entre Javier y Fernando Abril, porque me pidieron los dos que se hiciera en mi despacho, y en mi presencia, de manera que eso lo viví bastante bien.

Los derechos históricos. Mire usted, la noción de derechos históricos tiene un componente indudable, clarísimo, que es que se forma parte de esa realidad, de esa realidad política. El País Vasco no tiene derechos históricos frente a Letonia, Estonia o Lituania, o frente al Gran Ducado de Varsovia. Tiene derechos históricos frente a una comunidad (...), una comunidad política, de la que ha sido parte, y por eso son derechos históricos. De manera que la idea de la nación de naciones se refleja –a mi juicio–, justamente, en la noción de derechos históricos.

La definición de cuáles sean esos derechos históricos. Bueno, usted sabe muchísimo mejor que yo, muchísimo mejor que yo, cuál ha sido la historia de los fueros vascos. Una historia realmente sorprendente, porque los fueros vascos son suprimidos y vuelven a remontar una y otra vez.

El primero que crea –me parece– una comisión de estudios para estudiar los abusos de los territorios forales fue Godoy. Eso después desaparece, con la caída de Godoy. La Constitución del 12, las cosas quedan parece que suprimidas, pero no suprimidas, Fernando VII lo (...) y Fernando VII vuelve a crear una comisión de (...). Pues bueno, la historia, qué le voy a decir a usted que no sepa.

La cláusula famosa de la actualización de los derechos históricos en el marco de la Constitución. Bueno, yo creo que eso se puede hacer, pero no es una vía muy prometedora, a mi juicio, porque identificar cuáles son los derechos históricos en el pasado –en marcos absolutamente distintos, en marcos, por ejemplo, en donde no existía la soberanía nacional y el pueblo vasco no formaba parte por eso del ente soberano, que estaba compuesto por súbditos de su majestad católica, etcétera– no es fácil.

Yo creo que es más razonable y más prometedor, desde el punto de vista de la eficacia, utilizar la noción de derechos históricos como una base definitoria de la propia personalidad, como una base definitoria de la singularidad del pueblo vasco en el seno de España, pero no como un receptáculo de donde convenga extraer las cosas que nos convienen, porque eso se va a prestar siempre a mucha discusión y desmitificación, etcétera, etcétera. De manera que yo creo que la noción de derecho histórico tiene validez como afirmación de singularidad, pero no, repito, como receptáculo de derechos concretos, eso es más difícil de detectar.

A partir de ahí, naturalmente, cuáles pueden ser esas aspiraciones del País Vasco. Como decía Reif, si esas aspiraciones (...), o como crea Reif, sinceramente, esas aspiraciones son una, la aspiración la independencia, a mi juicio, eso desborda la noción misma de derechos históricos, porque la noción de derechos históricos no implica la independencia, más bien la niega, y no podría incorporarse por esa vía.

De ahí para abajo todo es posible, todo es posible en el marco en el que nos movemos actualmente. Ya he explicado que, para mí, ese marco es el del estado social de derecho y que se impone pues limitaciones y abre posibilidades, por supuesto.

No sé si he contestado mucho. Yo ya te he dicho lo que (...). Estoy intentando no ser brillante ni ser agudo, ni ser erudito, sino, fundamentalmente, ser sincero a los (...). Siempre, y mucho más a mi edad, lo que tiene que decir uno es lo que de verdad piensa.

LANTALDEAREN KOORDINATZAILEAK:

¿Los portavoces van a querer abrir un segundo turno?

MANEIRO LABAYEN jaunak:

Sí, de manera muy breve, sobre todo para agradecer su presencia en esta ponencia y quizás para hacerle una pregunta sobre una cuestión que estaba usted tratando ahora con el señor Egibar.

Quería preguntarle si considera usted que, en fin, Andalucía, Galicia o Castilla pueden tener también derechos históricos, o por qué los derechos históricos que pudieran tener otras comunidades o regiones españolas pues no fueron incorporados a la Constitución española. Qué diferencia hay, por lo tanto, en relación al País Vasco.

Gracias.

RUBIO LLORENTE jaunak:

Bueno, vamos a ver, la cláusula constitucional dice: “Los derechos históricos de los territorios forales”. Y parece obvio que ni Andalucía ni Extremadura ni etcétera han tenido fueros.

Y como siempre sucede en política, hay una contaminación de los conceptos como en el País Vasco, además de derechos históricos hay nacionalismo, entonces como esas otras comunidades autónomas, algunas de ellas, no podían invocar derechos históricos, han invocado nacionalidad propia. Y Andalucía se ha convertido en nacionalidad y (...) cosa que, a mi juicio, hasta cierto (...) incluso grotesca, porque no (...) su parte de la legislación española y de (...), pero, vamos, la razón de que no se le pueda reconocer derechos históricos es que los derechos históricos que se reconocen son los de los territorios forales.

El problema grave es el de Cataluña, como es obvio. Cataluña tiene derecho de bien foral, pero no se ha considerado derecho foral, territorio foral porque no tiene fuero, y, sin embargo, Cataluña, pues tiene una personalidad políticamente diferenciada como la del País Vasco. Y no lo podemos negar y hay que encontrar encaje para eso. El encaje a través de los hechos diferenciales, pues da de sí lo que da de sí, y cuando todavía me visitaba el expresidente Pujol de tiempo en tiempo, todavía, este año, antes de que empezara la hecatombe, me dijo: “El *fet* diferencial de Cataluña, es Cataluña”. Bueno, pues en cierto sentido, eso es verdad, el *fet* diferencial de Cataluña no es la lengua, es Cataluña, que tiene pues una conciencia de singularidad política.

Hasta qué punto esa conciencia de singularidad política tiene un apoyo social extenso. Yo tengo muchas dudas de que los muchos extremeños y andaluces y murcianos y castellanos que viven en Cataluña se sientan arrebatados por el entusiasmo, por la tradición, por casanovas, por las resistencias frente al Borbón, o por la defensa de una lengua que no tienen como lengua materna.

De hecho, de hecho, si nos ponemos a hablar de hechos, la deriva independentista del presidente Mas o del Govern de la Generalitat se inicia cuando, en una entrevista con Rajoy, le niega lo que él llamaba pacto económico, que era una cosa que se parecía bastante al sistema de concierto o de convenio. Y la defensa que se ha hecho de, que se está haciendo de la independencia, allí es una defensa basada en razones básicamente económicas. Es que los catalanes, si no tienen que compartir su riqueza con España, van a vivir mejor y van a tener más recursos para atender a sus propias necesidades.

Probablemente es así, aunque no seguramente así. Que hace unos años, una urbanización muy rica, en Madrid, llamada la Moraleja, pretendió segregarse del municipio del que formaba parte, Alcobendas, para tener unos servicios sociales mejores. Pues, evidentemente, hubiera sido así. Éticamente hubo muchos –entre los que yo me encuentro– que eso nos pareció deleznable.

Y uno de los problemas que hay ahora en esa vía es en las llamadas *no incorporated areas* en los Estados Unidos, que son urbanizaciones de lujo que no forman parte de municipio alguno. Y que ahora se va a imitar en Madrid. El Gobierno municipal de Madrid –por supuesto, sin que se entere el PSOE de ello– está siguiendo esa vía con

la creación de los *barrios prime*, que son unos barrios en los que los servicios sociales están financiados en parte por los propios vecinos, con los cuales se consigue que haya barrios con servicios sociales mejores que otros. Pero bueno, eso es aparte. Eso es aparte.

Ahora bien, el que se mejoren todos porque se reserva una mayor riqueza para repartir entre todos, no es tan seguro. Porque el aumento de la tarta –para decirlo en términos comunes– no asegura que la tarta se divida por igual entre todos. Y como bien sabemos, y se ha hecho famoso con el libro de Piketty y con el libro de –a mi juicio espléndido–, de Wolfgang Streeck, *Gekaufte Zeit*. La riqueza de los ricos, el incremento gigantesco de la riqueza de los ricos, en nuestro tiempo, corre parejo con el decrecimiento, igualmente espantoso, de la pobreza de los pobres. De manera que el incremento de la tarta no asegura que mejore la situación de todos, sino solo que se crea las posibilidades que eso sea, pero también las posibilidades de que la riqueza de los ricos siga, crezca más que la pobreza de los pobres.

Otra cuestión, de la cual, por supuesto, los partidos de izquierda de este país no parecen haberse enterado. Pero, qué le vamos a hacer, así son las cosas.

Bueno, y hasta aquí hemos llegado, o ¿hay más preguntas?

LANTALDEAREN ANTOLATZAILEAK:

El señor Prieto tiene la palabra.

PRIETO SAN VICENTE jaunak:

Sí, yo le quería, simplemente aclarar o, en fin, apostillar a lo que usted ha dicho.

Que yo estoy de acuerdo con usted en que el Estado tiene una crisis institucional. Estoy de acuerdo con que la vía de solución no son las reformas estatutarias, sino la reforma constitucional. Estoy de acuerdo con que hay que llevar las competencias de las comunidades autónomas a la Constitución para evitar conflictos. Estoy de acuerdo con que tiene que haber un federalismo simétrico en cuanto a la igualdad jurídica y, probablemente, asimétrico en cuanto a otros conceptos que pueden ser diferenciales. Estoy de acuerdo con la defensa del estado social que ha hecho. También sobre la definición del derecho a decidir.

En fin, en general, su exposición me ha parecido muy coincidente con cosas que pienso y que sabe que pensamos en el socialismo.

Donde me ha llamado más la atención es en la crítica o en las referencias que ha hecho a la parte del Concierto y del Cupo. Y lo que pretendía, con algunos datos que yo le he dado, sobre todo, es saber por qué llega a esa reflexión, que de alguna forma ya lo ha explicado. Esta era la razón de que la intervención la hubiera hecho en ese sentido.

RUBIO LLORENTE jaunak:

No tenía usted porque dar explicaciones. Está todo claro y meridiano.

LANTALDEAREN ANTOLATZAILEAK:

El señor Arraiz no va a participar.

RUBIO LLORENTE jaunak:

(...)

LANTALDEAREN ANTOLATZAILEAK:

Pues, el señor Iturrate, de Nacionalistas Vascos, tiene (...)

ITURRATE IBARRA jaunak:

Sí. Dos preguntas muy breves al hilo de la exposición inicial.

Usted se ha declarado partidario del sistema federal asimétrico de una manera (...) resumiendo. Y apuntaba que las nacionalidades –las nacionalidades o las entidades nacionales o (...)– deben tener un lugar en el proceso constituyente. Si podría concretar un poco más cómo, cómo se puede realizar ese lugar específico, esa participación en el proceso constituyente. Y si ese mismo principio cree usted que debería regir también, luego, en el control de constitucionalidad o en el Tribunal Constitucional. Si las nacionalidades, los entes nacionales también deberían de tener un lugar en la conformación o en la toma de decisiones del órgano encargado del control de constitucionalidad.

RUBIO LLORENTE jaunak:

Como usted comprenderá, le agradezco las preguntas, como usted comprenderá, yo no tengo una respuesta fácil para esas preguntas. Y no puedo más que apuntar ideas que habría que discutir y matizar mucho.

Respecto a lo primero, hombre, cabe imaginar, en teoría, que una reforma constitucional, para el futuro –porque ahora tenemos lo que tenemos–, que una reforma constitucional para el futuro, primero, empieza por una reforma constitucional en el presente.

Una reforma constitucional en el presente requeriría –en mi opinión– que se negociara, no solo con los partidos que por sí solos disponen de mayoría suficiente en las Cortes, sino que se negociara también con los partidos nacionalistas, moderados, radicales, o lo que fuera, para llegar a acuerdos que –por lo menos– no fueran considerados como *casus belli* por ellos, que es una manera de definir el consenso.

El consenso no significó nunca, ni en el 78, que se estaba de acuerdo en todo, sino que al menos se consideraba que los acuerdos no eran tan hirientes que determinasen la hostilidad absoluta. Eso en cuanto a la tramitación previa del (...).

Para el futuro. Hombre, se podría imaginar un procedimiento de reforma en la que, además de la aprobación por el Congreso de los Diputados –donde todos los diputados son iguales–, se requiriese una aprobación en el Senado, y que en el Senado, el voto de las distintas partes componentes del Estado español se ponderase, de manera que el voto de las nacionalidades históricas –terminología que se puede utilizar– no resultase inevitablemente aplastado por el voto del resto de las comunidades autónomas, de manera que el voto se hiciera ponderando no solo el número de habitantes, sino también la condición, digamos, nacional, ¿no?

Eso no aseguraría, por supuesto, que no se pudiera hacer una reforma si el País Vasco se oponía a ella. Pero, sí podría hacer muy difícil o imposible, una reforma a la que se opusiera el País Vasco, Navarra y Cataluña. Pongo por caso (...). Repito, que esto habría que verlo con más detalle, estoy sugiriendo ideas, solo ideas generales.

Incluso, en el supuesto del referéndum, pues podría hacerse el recuento de los votos populares, de manera que tuvieran algún peso específico los votos populares depositados en estas circunscripciones.

Son, no sé si son ideas o son simplemente ocurrencias. Tengo la esperanza de que sean ideas y que se puedan pulimentar más reflexionando sobre ellas, pero es lo que le puedo decir a usted ahora. Más allá de ello no me atrevo a llegar.

Creo que es posible. Creo que es posible. Por supuesto, por ejemplo, en el caso de los Estados Unidos, como es bien sabido, la reforma de la Constitución, las llamadas enmiendas, requieren que el voto favorable de tres cuartas partes de los estados, son tres cuartas partes de los estados.

Bueno, en una ponderación de ese género, ya cada estado tiene un peso propio. Lo cual me lleva a alguna cuestión que planteé al principio. El mapa político de España. No creo que eso sea fácilmente modificable. Pero, yo, para decir la verdad, con el mapa político de España me siento incómodo. El actual. No veo con claridad la necesidad de que España cuente con 17 comunidades autónomas distintas. No veo (...). Vamos, sé cuales son los motivos que llevaron a su creación, pero no la razón de ser de comunidades como la Rioja o Cantabria, o Murcia. Y para decirlo todo, y tirando piedras contra mi tejado, no veo muy claro por qué Castilla la Nueva y Extremadura forman dos comunidades autónomas distintas. Somos la misma cosa. Somos lo que se llamaba en el viejo régimen, las grandes provincias. Etcétera, etcétera. Es decir, que sería, España, a mi juicio, sería mucho más clara, y así, quizá, más fácilmente gobernable, si el mapa político de España se redujera a seis o siete u ocho comunidades. Pero bueno, eso es lo que (...). Y eso haría, también más fácil, ponderar el peso de las distintas comunidades en la reforma constitucional a nivel constituyente.

Estoy, como ven ustedes, como un viejo ilusorio. Bueno, cada uno es lo que es. Y me voy a (...)

Muchísimas gracias a todos, señores, por su paciencia y su cortesía.

LANTALDEAREN ANTOLATZAILEAK:

Muchas gracias a usted por sus aportaciones. Y con esto ya damos por finalizada la sesión de hoy.

(...)

Eguerdiko ordu bata eta berrogeita hamaseian amaitu da bilkura. ✦



PARTIDO Y DEMOCRACIA: EL DESIGUAL CAMINO A LA LEGITIMACIÓN DE LOS PARTIDOS (Recensión)

Olga Herráiz Serrano

Cortes de Aragón

Cómo citar / Nola aipatu: Herráiz Serrano, O. (2021). Ignazi, P. (2021). Partido y democracia. El desigual camino a la legitimación de los partidos. Madrid: Alianza. *Legebiltzarreko Aldizkaria - LEGAL - Revista del Parlamento Vasco*, 2: 262-265
<https://doi.org/10.47984/legal.2021.010>

IGNAZI, P. (2021)

Partido y democràcia:
el desigual camino a la
legitimación de los partidos.

Madrid: Alianza Editorial
496 p.

Como ya sabemos, desde hace unos años la llamada desafección política se encuentra instalada en nuestra sociedad y “los partidos políticos” o “el mal comportamiento de los políticos” pueblan las encuestas del CIS sobre los principales problemas para los españoles. No es tan solo una realidad en España, sino que caracteriza a otras democracias consolidadas, como analiza la monografía del politólogo italiano Piero Ignazi. Quizá, como señala el autor, el problema estuviera ya apuntado en el propio nombre porque los partidos, etimológicamente, encierran la idea de la parcialidad y la división, pero la progresiva pérdida de legitimidad y de confianza que han sufrido es cada vez más preocupante.

Partido y democracia se publicó en 2017 en inglés, pero se ha traducido este año al español, ocasión que ha brindado al autor la posibilidad de añadir un capítulo sobre los nuevos partidos aparecidos en Francia, Italia o España y la escasa incidencia que ello ha tenido para solucionar los males de que estamos hablando.

Como experto en política comparada, Ignazi utiliza el recurso al estudio de la situación en distintos países en el libro, analizando sobre todo los casos de Gran Bretaña, Francia, Alemania e Italia como eje para ejemplificar sus afirmaciones. La monografía no nos ofrece la panacea al problema de la desafección hacia los partidos políticos. Ni siquiera es posible pensar en una única solución, sino en una variedad de herramientas. Pero el autor sí realiza un profundo estudio histórico de la aparición y evolución de los partidos para reparar en cuándo, cómo y por qué se han sentado las bases o ido agravando los errores cometidos, lo que explica el actual estado de la cuestión.



Hasta llegar al siglo XX, el autor nos ilustra sobre los esfuerzos que tuvieron que hacerse para aceptar a los partidos como entidades legítimas de canalización de la representación de los ciudadanos en las instituciones del Estado. En busca de la idea del partido político en la antigüedad, refiere los numerosos estudios que niegan la existencia de realidades parecidas en Grecia o en Roma, pero que han rastreado y puesto de relieve los casos asimilables a la formación de grupos que escenificaban las diferencias políticas del momento. Justo el disenso y la oposición fueron imposibles en la Edad Media cuando regía el orden establecido por Dios y, por tanto, se prohibían las facciones porque perjudicaban a la comunidad. En los siglos XVI y XVII se usó el mismo argumento para garantizar la *potestas* del soberano. El gobierno era único e incontestable y anulaba toda expresión pluralista. Sin embargo, los siglos XVIII y XIX, con diferencias temporales según los países que se consideren, dieron pie, primero, a la aceptación selectiva de los partidos políticos (solo de aquellos que defendían intereses generales), para pasar después a su aceptación general sobre la base de la universalización de los derechos políticos. El desarrollo cultural de la sociedad, el reconocimiento de las libertades de expresión y asociación, y el respeto al pluralismo fueron premisa para el desarrollo de los partidos políticos en el siglo XIX. Pese a esas claves comunes, su formación en cada país siguió un calendario, ritmo y modalidades adaptados a su historia y características particulares. Fue, posteriormente, con la consolidación de los partidos de masas, cuando se vio en los partidos una herramienta indispensable para la representación ciudadana.

Cuando el autor nos sitúa en el siglo XX, se pregunta por qué los partidos desperdiciaron el aura que adquirieron después de la Segunda Guerra Mundial. Seguramente los ciudadanos no les han perdonado la progresiva intrusión en el Estado, y el aumento de poder y de financiación han sido a costa de su legitimidad, pero es imperioso que encontremos la forma de que la recuperen para frenar la ola populista que invade la política.

Después de la Segunda Guerra Mundial, se vio en los partidos políticos la herramienta para recuperar el pluralismo. El multipartidismo y la competencia partidaria se consideraron sinónimos de democracia. Los partidos receptores de esa confianza fueron los de masas, por lo que todos empezaron a organizarse como tales. Sin embargo, pronto la estructura del partido de masas tal y como había surgido tras la Revolución Industrial dejó de servir para la sociedad del siglo XX, provocando el surgimiento del partido “atrapalotodo”, con una ideología más diluida, que accedía a los medios de comunicación de masas para difundir su mensaje a todos los ciudadanos y no solo a sus partidarios, en un intento por atraer el máximo número posible de votos. Había surgido una nueva finalidad: la captación del mayor apoyo popular, de votos y de cargos, perdiendo importancia la identificación de los miembros con el partido, el reclutamiento de afiliados o las relaciones internas. Así se sembró la primera semilla de la desafección ciudadana.

Constata el autor que, en la década de los setenta del siglo XX, ya no se criticaba a los partidos por su división del cuerpo político, sino por lo opuesto, por no dividir lo suficiente en un intento de “captar” al mayor electorado posible (p. 225). Se criticaba que los partidos no se diferenciaban tanto ideológicamente y que colaboraran mucho entre sí. Es curioso que una de las prácticas que se han perdido hoy, como la capacidad de pacto entre partidos ideológicamente dispares, llegara a ser vista entonces como problemática.

El autor subraya que pudo haber supuesto un cambio en los partidos tradicionales la irrupción de los partidos verdes (con *die Grunen* en Alemania a la cabeza) o de los partidos populistas de extrema derecha (de los que fue prototipo el Frente Nacional francés), pero concluye que apenas influyeron en la organización y funcionamiento interno de aquellos. Unos y otros pudieron dejar su impronta ideológica en los partidos tradicionales: en un caso, obligándoles a incorporar las preocupaciones ambientales; en el otro, influyendo en sus posiciones sobre políticas de seguridad y de inmigración. Sin embargo, fueron igualmente ineficaces a la hora de modificar su estructura organizativa o su funcionamiento (p. 258).

La siguiente etapa que analiza el autor es la de aparición de los partidos cártel, expresión con la que alude a su excesiva implicación en las estructuras estatales para captar recursos y funciones desde las últimas décadas del siglo XX. Podemos identificar en esa intrusión masiva en el Estado la segunda semilla de la desafección ciudadana.

El autor realiza un interesante estudio sobre la evolución de la militancia en los partidos de los albores del nuevo milenio para comprobar la apertura general de todos estos a formas de pertenencia *light*, que han diluido el compromiso que tenían en su día los militantes de los partidos de masas, acostumbrados a participar de lleno en la vida interna y en los actos que aquellos organizaban. Afiliarse ha pasado a ser un acto de búsqueda de beneficios en buena medida y los partidos han ofrecido la promesa de dinero o de poder.

La consecuencia ha sido, como dice el autor, un desajuste entre la oferta del partido y la demanda del ciudadano (p. 320). Ya porque los partidos no son capaces de responder a las necesidades de los ciudadanos, o porque los afiliados buscan incentivos que el partido no proporciona, el resultado es la desconexión ciudadana de la vida política. Esto también ha afectado a los ingresos de los partidos, que no pueden subsistir con las cuotas de los afiliados y que dependen de la financiación pública. Inicialmente concebida para liberar a los partidos de las influencias particulares de los donantes, ha contribuido a hacerlos dependientes del Estado. La progresiva evolución desde organizaciones centradas en los recursos humanos a otras centradas en el dinero acentúa la deslegitimación de los partidos. Estos han colonizado el Estado y han sido los promotores de normas legales que les favorecen. Asimismo han desarrollado prácticas que el autor califica de patronazgo y clientelismo, llevando a cabo nombramientos discrecionales en la Administración pública y en las altas instituciones.

El autor concluye así que la principal razón de la caída de popularidad de los partidos reside en ese viraje de estos hacia el Estado con la consiguiente pérdida de los lazos que tenían con la sociedad civil. En lugar de reinventarse a medida que la coyuntura lo exigía, se refugiaron en el Estado. Es verdad que, en las dos últimas décadas, se han llevado a cabo reformas internas (con la introducción de elecciones primarias, por ejemplo) en un intento de dar mayor protagonismo a la militancia o de aumentar la participación y transparencia, pero verdaderamente no han supuesto una mayor democratización efectiva. Antes al contrario, ha hecho a los líderes más líderes, ha debilitado a los niveles intermedios de los partidos y ha fomentado el enfoque plebiscitario de la política, con el consiguiente ascenso de partidos populistas. Afortunadamente de momento, los ciudadanos siguen considerando a los partidos como una herramienta indispensable del sistema democrático, pero desconfían de los existentes. La mala gestión interna, sus malas prácticas políticas (que en último extremo incluyen hasta la corrupción), el uso de la financiación para mantener sus estructuras, lastran la imagen que tenemos de ellos de forma irremediable.

Tampoco han reconducido el tema los llamados partidos de internet, calificados así por haber desarrollado toda su estructura sobre esta herramienta, y entre los que el autor sitúa al francés La República en Marcha, al italiano Movimiento 5 Estrellas o al español Podemos. Han podido introducir algunas prácticas assemblearias internas, pero no siempre ello conlleva, por ejemplo, la mayor implicación no solo de los afiliados sino de los niveles intermedios en la toma de decisiones, puesto que no necesariamente se introduce verdadera deliberación. Tampoco han solucionado el otro gran problema de los partidos tradicionales, como es la falta de reconocimiento del derecho al disenso interno organizado, pues al que discrepa no es fácil aceptarlo en los cargos orgánicos para representar los contrastes internos.

En definitiva, los ciudadanos siguen esperando cambios de los partidos políticos. Fundamentalmente, mayores dosis de democracia interna verdadera, pero también, hacia el exterior, mayor coherencia ideológica, lo que no es óbice, sino todo lo contrario (porque es altamente demandado en nuestras democracias), a la celebración de acuerdos en temas de Estado; así como una menor colonización de las instituciones públicas. La crisis actual es de tal magnitud que la solución a la misma requiere una pluralidad de actuaciones, que pasan por la aprobación de reformas legislativas, pero fundamentalmente por una reeducación en el compromiso con el servicio público, por una revisión del proceso de selección de los líderes políticos, y por un sinnúmero de cambios de comportamientos en la vida interna de los partidos que permita acercarlos a los ciudadanos. ♦



TUDELA ARANDA, J. (2020)

El Parlamento en tiempos críticos: nuevos y viejos temas del Parlamento.

Madrid: Marcial Pons

277 p.

EL PARLAMENTO EN TIEMPOS CRÍTICOS: NUEVOS Y VIEJOS TEMAS DEL PARLAMENTO (Recensión)

Miquel Palomares Amat

Parlamento de Cataluña

Cómo citar / Nola aipatu: Palomares Amat, P. (2021). Tudela Aranda, J. (2020). El Parlamento en tiempos críticos: nuevos y viejos temas del Parlamento. Madrid: Marcial Pons. *Legebiltzarreko Aldizkaria - LEGAL - Revista del Parlamento Vasco*, 2: 266-272 <https://doi.org/10.47984/legal.2021.011>

I. INTRODUCCIÓN

El libro objeto de esta reseña constituye una reflexión general del autor, fruto de años de trabajo como profesor y letrado parlamentario, acerca de una serie de aspectos relacionados con las funciones y actividades de los parlamentos en una sociedad, la contemporánea, atravesada por toda una serie de crisis, de diversa naturaleza, que inciden en el sistema político y en la capacidad de los parlamentos para dar respuesta a dichas crisis o, cuando menos, ser el reflejo democrático de esta situación crítica.

Tudela Aranda aporta sus valoraciones con la voluntad de contribuir a la existencia de un marco teórico de elucidación del rol parlamentario. Marco teórico que debe tener como finalidad, en último término, coadyuvar al fortalecimiento del Parlamento y del sistema político.

Desde una perspectiva metodológica, mezcla una visión jurídica, sociológica y politológica, como él mismo advierte en la introducción: “no he buscado escribir un libro de derecho parlamentario sino utilizarlo para escribir sobre el Parlamento”. Ciertamente, para poder valorar la actuación de los parlamentos o la adecuación de sus funciones a las necesidades sociales y a los intereses de los ciudadanos, el exclusivo análisis jurídico es insuficiente.

II. ESTRUCTURA Y APROXIMACIÓN A SU CONTENIDO

El trabajo se estructura en cuatro partes. La primera supone una reflexión sobre algunas funciones parlamentarias. La segunda lleva por título “El Parlamento abierto”.



La tercera, diversa, abarca aspectos como la posición de los diputados y el estatuto de los grupos parlamentarios; la evolución de los parlamentos autonómicos y la administración parlamentaria. El epílogo del libro se dedica a una reflexión final sobre el “Parlamento en tiempos de crisis”.

En la primera parte de la obra, el autor plantea una reflexión crítica sobre la función legislativa de los parlamentos en un contexto social caracterizado, entre otros aspectos, por los acelerados cambios tecnológicos o la erosión de la legitimidad y confianza en las instituciones, a raíz, entre otras causas, de la crisis económica de 2008 o a consecuencia de los estragos de la corrupción. En este contexto, el orden institucional en su conjunto, y la ley como categoría jurídica central, deben hacer frente a situaciones hasta ahora desconocidas.

La denuncia sobre la crisis de la ley es antigua, nos recuerda. Y ello a causa, entre otras razones, del abrumador protagonismo del ejecutivo; de la degradación institucional por un uso torticero de las instituciones por parte de los actores políticos; del descuido de la técnica legislativa; del contenido meramente reglamentario; de la abundancia de normas retóricas; de la multiplicación de decretos leyes como instrumento preferente del Gobierno para legislar, o de la mínima previsión en relación a su ejecución y cumplimiento.

Un problema habitual al que se enfrenta hoy el legislador es que desde que se adopta la decisión de regular por ley una materia hasta que se aprueba, transcurre un tiempo en el que se sucederán no solo cambios sustantivos sobre los presupuestos de partida, sino también una transformación total. Así, el ritmo de trabajo de las instituciones parlamentarias no se adecua al ritmo de la realidad. Aunque, concluye, el problema esencial que ha de enfrentar la ley es la dificultad de regular la nueva realidad social. Una realidad con unas características difícilmente compatibles con muchos de los rasgos que tradicionalmente la han caracterizado.

En el marco del procedimiento legislativo, propone, entre otras cuestiones, la conveniencia de profundizar en la necesidad y oportunidad del debate y control de la decisión misma de legislar sobre una materia determinada; facilitar la transparencia y el derecho a la información del procedimiento y la documentación parlamentaria; favorecer el debate político de las leyes para su divulgación social y atraer el interés de los sectores afectados.

Por lo que respecta al contenido de las leyes, incide en la necesidad de cumplir con los presupuestos clásicos de técnica normativa y de la calidad de las leyes, así como el establecimiento de reglas más precisas y claras para la inserción de las normas en el ordenamiento jurídico; y, en esencia, la limitación del contenido de la ley a las grandes determinaciones políticas que deben guiar la regulación de un sector material. En este sentido, Tudela Aranda postula la recuperación de las leyes de base, prescindiendo de todo el contenido de carácter técnico que sea posible, junto con el reforzamiento de acciones de control parlamentario sobre el ejecutivo que podrían llegar hasta la capa-

cidad de derogación de aquellas normas que el Parlamento considerase que contravienen los principios políticos.

A modo de reflexión conclusiva de este primer apartado, el autor señala que es preciso abordar la reconstrucción de la ley como categoría, en tanto que la ley fue pensada para un modelo social radicalmente diferente al presente. Para ello, es preciso reivindicar la vigencia de la categoría de las leyes de base: el Parlamento debe limitarse a aprobar las directrices políticas que han de regir una materia y a establecer los mecanismos de control de su desarrollo y aplicación que considere necesarios. En el marco del procedimiento, se postula, por un lado, la necesidad de ponderar adecuadamente la necesidad de legislar sobre una materia determinada y, por otro, la exigencia de que las memorias económicas que respaldan las leyes sean estrictamente rigurosas y dispongan de garantías para su efectivo cumplimiento.

En esta primera parte del libro, Tudela Aranda defiende que debe mejorarse la efectividad de la función de control de las instituciones parlamentarias puesto que los instrumentos y procedimientos existentes, en nuestro modelo parlamentario, son anacrónicos e ineficaces. Prueba de ello es que ninguno de los parlamentos españoles ha sido capaz de evitar alguno de los muchos sucesos que tanta alarma social han ocasionado al tiempo que han ido siempre a remolque de otros poderes públicos, muy especialmente el poder judicial.

Como remedio ante esta situación, el autor reivindica aquellos planteamientos que parten de la premisa de que el Parlamento ha de volver a ser necesario por aquello que pueda evitar. Es decir, la importancia del Parlamento no radica solo en lo que hace sino en lo que impide hacer (Aragón Reyes, M. (1987): El control como elemento inseparable del concepto de constitución, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 19, pp. 15-34).

El autor plantea las siguientes propuestas concretas que podrían contribuir a mejorar la eficacia en el ejercicio de la función de control: introducir algún sistema de control del programa de Gobierno con el que el presidente fue investido; la introducción de un control evaluativo de la acción de Gobierno y de la función legislativa, de acuerdo con unos parámetros previamente establecidos; el reforzamiento de los aspectos deliberativos de la función electiva de manera que, simultáneamente, se refuerce la legitimidad del electo y se garantice la necesaria publicidad; definir correctamente los objetivos de las comisiones de investigación –exclusivamente dedicados a dirimir responsabilidades políticas– y atribuir los medios necesarios y dotar a la oposición de un elenco de facultades suficientes y eficaces; favorecer los debates ágiles y flexibles para hacerlos atractivos, por ejemplo, limitando la lectura de discursos o la extensión de los órdenes del día; el reforzamiento de los parlamentos con órganos como, por ejemplo, las oficinas de control presupuestario; diseñar un estatuto específico para la oposición, con el fin de visibilizar dicha función y traducir normativamente la dialéctica entre la mayoría y la minoría; la posibilidad de asignar al Parlamento funciones específicas de

control como, por ejemplo, en relación a la financiación de los partidos políticos; o, finalmente, la existencia de elementos de rendición de cuentas del propio Parlamento para que los ciudadanos puedan valorar adecuadamente sus funciones.

En el último apartado de esta primera parte, se argumenta la necesidad de considerar la información política como función específica de la institución parlamentaria, en el sentido de que el Parlamento asuma la difusión de la actividad política de los grupos como función propia, como garante de la pluralidad informativa y del equilibrio de las distintas fuerzas políticas en relación con la misma. En este contexto, se destaca que lo que hoy es solo política de comunicación debe transformarse en un instrumento al servicio del ejercicio de una función de información política. El Parlamento, en la sociedad contemporánea, debe desempeñar un papel esencial en relación con la garantía de la formación de una opinión pública mediante fuentes veraces y plurales. Tudela Aranda postula la conveniencia de disponer de nuevos instrumentos de difusión de la actividad parlamentaria alternativos a los modelos tradicionales de publicaciones oficiales. Así, se detiene en la relevancia actual de las páginas web, los canales televisivos propios o el establecimiento de cauces adecuados de relación con los medios de comunicación social y con las redes sociales.

En la segunda parte del libro se reflexiona sobre la proyección parlamentaria de los principios de transparencia, participación y colaboración, como conceptos que deben guiar la adaptación del Parlamento a la sociedad contemporánea.

En primer lugar, se expone que el derecho de petición puede ser un instrumento de utilidad para la vigorización de la institución parlamentaria y, en particular, para reforzar su relación con la ciudadanía. Para ello, es necesario que las peticiones que se dirijan al Parlamento tengan como contenido la solicitud de acciones estrictamente parlamentarias. Por supuesto, el Parlamento puede seguir manteniendo una función de intermediario, pero debería ser marginal y alejada del núcleo de la regulación parlamentaria de este derecho. La singularidad del ejercicio del derecho de petición en sede parlamentaria radica en que el Parlamento es el objeto del mismo. Así, el derecho de petición en sede parlamentaria debe anudarse de forma concreta a la posibilidad de activar determinados instrumentos parlamentarios y posibilitar la presencia de ciudadanos en sede parlamentaria.

Aduce que el procedimiento legislativo debe estar abierto a la participación de colectivos públicos y privados y entidades sociales, tanto en relación con la oportunidad de la ley, como con su contenido y con el control de su aplicación. La participación debe ser, además, un instrumento para reforzar la presencia del diputado individual y de los grupos minoritarios. En definitiva, dicha participación se erige como un mecanismo irrenunciable para reforzar la legitimación de la política.

Concluye esta segunda parte aludiendo a un principio de permeabilidad, que se proyecte sobre toda la organización y funcionamiento del Parlamento, y que trascienda las normas sobre transparencia y publicidad de la vida parlamentaria, hasta el

punto de hacer del Parlamento una institución porosa y accesible a los ciudadanos. Se trataría, en definitiva, de trascender la idea de Parlamento abierto con la finalidad de: “incorporar y desarrollar en sede parlamentaria una filosofía, una cultura, que ha de impregnarlo todo, contaminando el conjunto del trabajo de las cámaras... de manera transversal”. Así, la permeabilidad se proyecta sobre el ejercicio de unas funciones que se transforman no solo para adecuar su ejercicio a las exigencias de la transparencia, sino también para generar la eficacia demandada por los ciudadanos. Se pretende conectar, permanentemente, la relación entre elegidos y electores y adecuar el Parlamento a un nuevo modelo social y político.

En la tercera parte de la obra, el autor reflexiona, en primer lugar, sobre el hecho de que nuestro modelo es un Parlamento de partidos. A los diputados les corresponde expresar la opinión de su grupo sobre un tema en concreto y presionar el sentido de voto predeterminado. Carecen, en general, en la práctica, digan lo que digan las normas, de autonomía a la hora de presentar iniciativas parlamentarias y de capacidad de decisión sobre el sentido del voto. En nuestros parlamentos, los grupos parlamentarios emergen como protagonistas omnicomprendivos.

A partir de este diagnóstico, se postula a favor de una posición más activa y elaborada por parte del Parlamento como institución en su conjunto y de los diputados individualmente considerados. El Parlamento son los parlamentarios. Si estos carecen de vida política propia, si su trabajo es mera traducción de órdenes ajenas, será imposible que el Parlamento recupere un prestigio ante los ciudadanos. Desde una perspectiva más concreta, se propone cambiar la regulación interna de los grupos parlamentarios con el objetivo, por un lado, de reforzar la iniciativa y protagonismo político de los diputados y, por otro, de favorecer la transparencia de dichas normas.

En esta tercera parte, se dedican unas páginas a reflexionar sobre el papel de los parlamentos autonómicos como instrumento para la renovación de las instituciones democráticas. En su opinión, se ha producido un objetivo debilitamiento de dichos parlamentos por lo que se refiere a sus funciones, funcionamiento y legitimidad. Considera el autor que la erosión de la posición de los parlamentos autonómicos se ha producido por el reforzamiento de los ejecutivos autonómicos y de los partidos políticos, y por el debilitamiento de las funciones parlamentarias.

Dos son los retos a los que deben hacer frente: por un lado, su posición en el contexto del estado autonómico y por otro, la adopción de las reformas necesarias que cambien el rumbo negativo de los últimos años y propicien que los ciudadanos renueven la confianza en los mismos. Tudela Aranda defiende que, en la necesaria reflexión a la que aboca el futuro del estado autonómico, la voz de los parlamentos autonómicos debería ser tenida en cuenta. Asimismo, en este marco, aboga en favor de que los parlamentos autonómicos desarrollen una función de integración territorial, como órganos representativos de la voluntad del pueblo de la respectiva comunidad autónoma. Finalmente, y en el orden de las posibles reformas a introducir, el autor argumenta que

los parlamentos autonómicos deben fortalecer sus funciones y funcionamiento para adecuarlos a las dinámicas sociales.

La tercera parte concluye con unas consideraciones sobre la administración parlamentaria. Se parte de la premisa siguiente: aunque las carencias en el diseño o dotación de medios pueden entorpecer gravemente el trabajo parlamentario, este nunca podrá ser suplido por el mejor diseño y los mayores medios. Esto es así por cuanto el Parlamento es política, protagonizada por políticos. La importancia de la administración parlamentaria reside en el hecho de que para la consecución de los fines políticos que han sido encomendados a los parlamentos, resulta preciso que estos dispongan de la suficiente cobertura de medios personales y materiales. Desde esta perspectiva, se ha defendido doctrinalmente la necesidad de singularizar una función administrativo-parlamentaria. El autor llama la atención sobre el valor y la necesidad de la independencia y la neutralidad de la administración parlamentaria. La autonomía es condición de la independencia, pero en absoluto la garantiza. La independencia y neutralidad de la administración parlamentaria es el verdadero principio rector de la misma. La independencia es neutralidad frente a las distintas opciones presentes en la Cámara. La administración parlamentaria se debe por igual a todos los grupos parlamentarios y diputados. La administración de un Parlamento en la que no confían por igual todas las formaciones políticas será una administración fracasada. Esta independencia es lo que otorga substantividad a la administración parlamentaria.

Aboga por una administración parlamentaria diferente a la tradicional, que asuma nuevas funciones y busque una mayor eficacia en las que tradicionalmente ha desempeñado. Una administración debida a diputados y grupos parlamentarios, pero también a los ciudadanos en una nueva vertiente de agentes activos de la vida parlamentaria. Una administración motivada y consciente de los retos propios de su trabajo y propicia a un proceso de formación permanente que asegure el nivel de cualificación que se corresponde con los fines de la institución.

La última parte de la obra, a modo de epílogo, contiene una recapitulación global sobre los temas que constituyen el nervio del libro: la inadecuación de nuestro modelo democrático, y en particular del Parlamento, para hacer frente a los retos de la sociedad emergente en paralelo a la revolución científica y tecnológica. Este diagnóstico se ha intensificado, aún más, a raíz de las turbulencias políticas y de la pandemia de la COVID-19. En este contexto, se plantea una renovación global del Parlamento como institución central necesaria para la recuperación de la legitimidad del sistema democrático.

III. CONSIDERACIÓN FINAL

El objeto del libro, como se ha expuesto, es ambicioso. Contiene una reflexión sobre una diversidad de cuestiones relativas al modelo parlamentario del Estado es-

pañol. En este sentido es un trabajo especialmente oportuno y útil, en particular, si se consideran los convulsos cambios sociales, políticos y tecnológicos que caracterizan los tiempos que nos ha tocado vivir, y su negativo impacto en nuestro sistema político e institucional.

El hecho de que se plantee un número de temas tan diverso y amplio conlleva, por un lado, que dichos temas no reciban el tratamiento profundo y preciso que probablemente requerirían, y por otro, que se echen en falta algunas cuestiones. Desde esta última perspectiva, a mi juicio, hay algunos temas, apenas esbozados, que constituyen un verdadero reto de nuestro modelo parlamentario, como serían, por ejemplo, el papel de los parlamentos en la crisis territorial, especialmente grave, del Estado español; la confusión entre política parlamentaria y control judicial; o la deficiente integración de la política europea en el trabajo cotidiano de los parlamentos, al hilo del impacto del Derecho de la Unión en las funciones parlamentarias. Así, se ha optado por una visión de conjunto de los temas abordados. Aunque, obviamente, esta es una decisión que corresponde al autor. Si bien, con ello se corre el riesgo de incidir en un problema que él mismo destaca del aristocrático enfoque doctrinal: prestar una mayor atención a grandes conceptos en detrimento de propuestas concretas. Debe subrayarse, no obstante, que, fruto de su experiencia y reflexión anterior, Tudela Aranda se atreve a proponer medidas concretas que enriquecen particularmente su aportación. Yo he aprendido de él.

Además, sus páginas reflejan un convencimiento y una energía para intentar que las propuestas se trasladen de la teoría a la práctica. En mi opinión se trata de una obra con un propósito, con alma. Y ello se refleja en la forma: una escritura rica, llena de ideas y propuestas, circular, un tanto reiterativa, más propia, quizás, de un seminario que de un texto escrito.

En definitiva, un texto de recomendable lectura para toda aquella persona interesada en el devenir de nuestro complejo modelo parlamentario que, como señala el autor, exigirá un cambio de cultura innegable. ♦



EUSKO LEGEBILTZARRA
PARLAMENTO VASCO