

# **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

# ALGUNOS CAMBIOS EN LA CONCEPCIÓN DE LOS PARTIDOS. COMENTARIO A LA STC 48/2003, SOBRE LA LEY ORGÁNICA 6/2002, DE PARTIDOS POLÍTICOS

JOSÉ ANTONIO MONTILLA  
*Universidad de Granada*

## SUMARIO

1. Una sentencia peculiar
2. El fundamento constitucional de la LOPP o la lábil cuestión de la democracia militante
3. Las conductas que provocan la ilegalización y disolución de un partido político
4. El carácter singular de la ley y sus consecuencias: irretroactividad y especialidades procesales
5. El ejercicio del derecho a crear partidos
6. Una reflexión final: *algo se mueve* en el Derecho de partidos tras la LO 6/2002 y la STC 48/2003

## 1. UNA SENTENCIA PECULIAR

La STC 48/2003 forma parte ya de un escogido grupo de sentencias constitucionales caracterizadas por su carácter polémico, cuyo conocimiento y discusión ha traspasado el ámbito de la academia. Como es conocido, la sentencia resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno vasco contra los artículos 1.1, 2.1, 3.2, 4.2 y 3, 5.1, 6 y 9, el Capítulo III (artículos 10 a 12) y la disposición transitoria única de la LO 6/2002, de 27 de junio, de partidos políticos (en adelante LOPP). Puesto que la Ley cuenta sólo con trece artículos, apenas tres de ellos no han sido objeto de recurso. También huelga recordar la polémica ocasionada por una Ley que introduce en nuestro ordenamiento un procedimiento extrapenal para ilegalizar y disolver par-

tidos políticos «cuando su actividad vulnere los principios democráticos» (art. 9.2 LOPP), esto es, un control externo de los partidos políticos, con el referente constitucional del art. 6 CE, si «de forma reiterada y grave su actividad vulnera los principios democráticos, persigue deteriorar o destruir el régimen de libertades o imposibilitar o eliminar el sistema democrático» (art. 10.2 c) LOPP). Se adiciona al control interno de su estructura y funcionamiento democrático (art. 10.2 a) y a los supuestos tipificados como asociación ilícita en el Código Penal (art. 10.2 b).

Antes de detenernos en el contenido de la sentencia destacamos dos elementos ajenos a la fundamentación jurídica pero que denotan una cierta *excepcionalidad* de este pronunciamiento del Tribunal Constitucional: la premura en su resolución y la peculiar estructura del fallo.

En primer lugar, no podemos soslayar una referencia a la celeridad con la que el Tribunal Constitucional resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno vasco. El recurso tuvo entrada en el Tribunal el 28 de septiembre de 2002 y la sentencia es de 12 de marzo de 2003. Resulta insólito que haya sido resuelto en menos de seis meses cuando la media de pendencia de los recursos de inconstitucionalidad supera los siete años. El espacio temporal excesivo entre el planteamiento y la resolución de un juicio de constitucionalidad conlleva el mantenimiento de la duda en torno a la legitimidad política de la ley, lo que genera falta de credibilidad y respeto a ésta en la sociedad y, en último término, desnaturaliza la función de garantía que cumple la justicia constitucional. Sin embargo, una excesiva premura en la resolución del procedimiento, que incide sobre decisiones legislativas apenas adoptadas, provoca inevitablemente la valoración de la decisión jurisprudencial en términos políticos y su incorporación a este debate. El plazo debe funcionar como límite efectivo para evitar que el Tribunal incurra en dejación de funciones, manteniendo por tiempo indefinido la duda sobre la constitucionalidad hasta que un nuevo legislador o un acuerdo político haga innecesario su pronunciamiento. Sin embargo, un «periodo de enfriamiento» parece conveniente para que la sentencia se conozca una vez superado el debate político y social que hubiera provocado la tramitación y aprobación de una ley polémica<sup>1</sup>. En este caso no se ha respetado tal periodo y la sentencia constitucional se ha incorporado plenamente a la disputa política. Por ello, los grupos políticos contrarios a la LOPP han denunciado la «instrumentalización política» del Tribunal Constitucional a favor de las posiciones polí-

1. Vid. esta argumentación en mi trabajo *Minoría política y Tribunal Constitucional*, Trotta, Madrid, 2002, pp. 163-165. Allí he propuesto la incorporación a la LOTC de un plazo mínimo y máximo que equilibre ambas situaciones extremas: garantice un «periodo de enfriamiento», de forma que la sentencia se produzca una vez solapado por otros posteriores el debate social y político y, por otro lado, funcione como límite efectivo para evitar que el Tribunal incurra en dejación de funciones en espera de que el conflicto político que se le ha sometido se disipe en lugar de resolverse.

ticas de la mayoría parlamentaria. Sin adentrarnos en lo justificado, o no, de la crítica, parece evidente que esta inmersión en la disputa política no favorece la *autoritas* del Tribunal en el Estado constitucional. Puede argumentarse que en este caso, a diferencia de lo sucedido con la STC 3/2003, sobre la Ley de Presupuestos del País Vasco, también resuelta con sorprendente rapidez y que ha provocado similares críticas, la decisión afecta a derechos fundamentales, por lo que la celeridad está más justificada. Sin embargo, esa suerte de *favor libertatis* no ha convencido a los críticos que, por el contrario, han vinculado la rápida conclusión del procedimiento a la intención de que el procedimiento de disolución constitucionalmente depurado culminara antes de las elecciones municipales de 2003, de forma que Batasuna no pudiera concurrir a esas elecciones<sup>2</sup>.

En segundo lugar, también resulta insólita la estructura del fallo. Formalmente desestima el recurso en todos sus términos. Sin embargo, antes, el último fundamento jurídico ha precisado el alcance de dicho fallo al señalar que varios de los preceptos recurridos sólo serán constitucionales si se interpretan en los términos señalados en los respectivos fundamentos jurídicos. En fin, estamos ante una sentencia interpretativa, pero con la peculiaridad de que ese carácter interpretativo no se recoge en el fallo, como resulta habitual, sino en el último fundamento jurídico. Por ello, la impresión resultante de la lectura del fallo es engañosa. Parece que los argumentos del recurrente han sido desestimados en su totalidad cuando en realidad una interpretación *secundum constitutionem* otorga al fallo un alcance materialmente estimatorio<sup>3</sup>. En ese sentido, en cuanto reparación de la inconstitucionalidad, el alcance interpretativo debería haberse incluido en el fallo.

Efectuadas estas consideraciones, que denotan la peculiaridad de la sentencia, nos adentramos en la fundamentación jurídica, sin detenernos en las objeciones procesales, en las que apenas se aportan elementos de interés<sup>4</sup>. Se

2. Solo unos días después de conocerse la STC 48/2003, la Sala especial el art. 61 LOPJ anunció el fallo que declaraba la ilegalización de HB, EH y Batasuna, en aplicación en la LO 6/2002. Sólo varias semanas después se conocieron los fundamentos jurídicos de la sentencia del Tribunal Supremo.

3. Cfr. en este sentido, J. JIMÉNEZ CAMPO, «La declaración de inconstitucionalidad de la ley», en F. RUBIO LLORENTE y J. JIMÉNEZ CAMPO, *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, McGraw Hill, Madrid, 1998, p. 129.

4. El Senado arguye, con escasa fundamentación, la ausencia de interés autonómico, cuestión suficientemente aclarada por el Tribunal desde la STC 84/1982 y en la que ahora apenas se detiene sino para recordar la absoluta excepcionalidad de los condicionamientos materiales a la legitimación autonómica. El Abogado del Estado mantiene, por su parte, la extemporaneidad del recurso puesto que aunque fue presentado en tiempo en el juzgado de guardia ese no es el momento de inicio del cómputo sino cuando fue registrado por el Tribunal Constitucional. Me parece interesante destacar que el Tribunal Constitucional nada dice en contra de tal interpretación aun cuando en virtud del principio *pro actione* había aceptado en diversas ocasiones su presentación en el juzgado de guardia, considerándose esa fecha como la de interposición del recurso, aunque no sea éste obviamente el tribunal competente (SSTC 99/1986 y 148/1991). (Cfr. F. CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, A.J. GÓMEZ MONTORO, M. MEDINA GUERRERO, J.L. REQUEJO PAGÉS, *Jurisdicción*

analizan los distintos aspectos de la LOPP que han sido recurridos y la respuesta dada por el Tribunal para comprobar que, con notorias deficiencias técnicas, un lenguaje no siempre preciso y una fundamentación más superficial que profunda en algunos puntos, ha provocado significativos cambios en la concepción de los partidos políticos en nuestro ordenamiento jurídico: algo se mueve en el Derecho de partidos, aunque el propio Tribunal lo niegue. La mayoría de los fundamentos jurídicos se ocupan de la parte más novedosa y polémica de la Ley: la inclusión *ex novo* de un procedimiento de ilegalización y disolución de partidos. Respecto a éste nos centramos, en el mismo orden que la sentencia, en la lábil cuestión de la democracia militante (2) y en las dudas de constitucionalidad aparejadas a las conductas que conllevan la ilegalización, tanto por la posibilidad de doble sanción como por la hipotética inclusión de conductas que no merecen esa consecuencia jurídica (3). También, más allá del procedimiento de ilegalización, provoca dudas de constitucionalidad para el recurrente el hipotético carácter singular de este Ley (4) y el ejercicio del derecho a crear partidos políticos, cuestionado en dos sentidos: por el no reconocimiento de ese derecho a algunas personas (extranjeros y determinados condenados) y por la regulación del procedimiento de inscripción registral del partido (5).

## 2. EL FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA LOPP O LA LÁBIL CUESTIÓN DE LA DEMOCRACIA MILITANTE.

El debate sobre la incorporación de una «democracia militante» a nuestro ordenamiento con la LO 6/2002 ha sido planteado por el recurrente para justificar la vulneración del art. 6 CE y ha sido reiteradamente rechazado por el Tribunal Constitucional en distintos fundamentos jurídicos de la STC 48/2003.

El Tribunal aduce que el art. 6 permite una regulación legal de los partidos distinta a la de las asociaciones. Esto es, ciertamente, una obviedad. Así lo dice expresamente el art. 1.3 de la LO 1/2002, de Asociaciones y, sobre todo, el art. 6 CE contiene una exigencia de respeto a la Constitución y la Ley, e incluso de estructura interna y funcionamiento democrático, no prevista para las asociaciones<sup>5</sup>. Pero, el recordatorio de esta doctrina es, simplemente, la premisa utilizada

*constitucional y procesos constitucionales*, McGraw Hill, Madrid, 2000, segunda edición, p. 34). En este caso, rechaza la extemporaneidad porque el cómputo debe hacerse desde el día siguiente a la publicación de la ley y no desde el día de la publicación, por lo que no habían transcurrido tres meses desde su registro en el Tribunal Constitucional. Podría aducirse que, con ese razonamiento, está rechazando implícitamente la posibilidad de presentar el recurso en el juzgado de guardia; no obstante, a mi juicio, ese cambio de doctrina, si se produce, deberá hacerse de forma expresa.

5. La LO 1/2002, reguladora del derecho de asociación incorpora en su artículo 2.5 una exigencia de organización interna y funcionamiento democrático que ha sido considerada inconstitucional por la doctrina en cuanto es un límite al ejercicio del Derecho que no deriva del art. 22 CE.

por el Tribunal para sostener que pueden incorporarse límites a los partidos que no tienen las asociaciones, más allá del art. 22 CE, siempre que sean conformes con el propio art. 6 de la Constitución. Hasta este momento el límite para los partidos derivado del art. 6 era la exigencia de una estructura interna y funcionamiento democrático, que se sumaba a la prohibición de asociaciones ilícitas del art. 22.2 CE. Sin embargo, como hemos visto ya, la LOPP incorpora un nuevo límite que causa la ilegalización y disolución de un partido político: vulnerar los principios democráticos, deteriorar o destruir el régimen de libertades o eliminar el sistema democrático. Además, el Tribunal vincula este nuevo límite a las funciones de relevancia constitucional que tienen atribuidas los partidos políticos (su cualificación funcional), y que los definen como tales: «cometidos que el art. 6 enumera como definidores de la condición de partido político (FJ 6)<sup>6</sup>.

El Tribunal imbrica el principio de constitucionalización de los partidos con el principio de constitucionalidad, esto es, las dos partes, en las que la doctrina ha separado el art. 6 de la CE<sup>7</sup>. Esta vinculación funcional de la definición de un partido conlleva una alteración notable de la concepción asentada hasta ese momento. Un partido político era el resultado del ejercicio del derecho a crear partidos, modalidad del derecho de asociación con algunas peculiaridades a las que luego nos referiremos, y se caracterizaba en su funcionamiento por concurrir a las elecciones en las que expresan la pluralidad de opciones políticas, les permiten actuar como intermediarios entre la sociedad y el Estado y, como función fundamental, que engloba a las anteriores, concurre a la formación y manifestación de la voluntad popular en los distintos órganos representativos<sup>8</sup>. A partir de esos elementos quedaba definido un partido político. Más allá de esa descripción (constitucionalización) se desarrolla la parte prescriptiva del art. 6 CE en cuanto podía ser controlada la constitucionalidad por su estructura y funcionamiento no democrático, que imposibilita el cumplimiento de su función constitucional. Esa concepción ha sufrido un notorio cambio con la LO 6/2002 y la STC 48/2003. En la actualidad el partido sólo será constitucional cuando «su estructura y funcionamiento sea democrático» (control interno de constitucionalidad), el supuesto conocido, pero, además, también cuando ejercite «su actividad dentro del respeto a la Constitución y la ley» (control externo de constitucionalidad), que se identifica con el respeto a los principios democráticos, con un contenido axiológico<sup>9</sup>, y no simplemente con el respeto a los procedimientos establecidos en el ordenamiento jurídico, como se entendía hasta ahora.

6. «La libertad de las asociaciones no puede ser para los partidos tan omnímoda que a su amparo se desvirtúen como instrumentos para la consecución de sus fines constitucionales» (FJ 6).

7. Cfr. entre otros, A. RODRÍGUEZ, «El artículo 6 de la Constitución: los partidos políticos», RDP, 36, 1992; R.L. BLANCO VALDES, *Las conexiones políticas*, Alianza, Madrid, 2001, p. 192.

8. Por ello, en Alemania, el art. 2.2 de la Ley de Partidos prevé que la no presentación a las elecciones conlleva la cancelación de la inscripción registral del partido.

9. «Los principios democráticos no pueden ser, en nuestro ordenamiento, sino los del orden democrático que se desprende del entramado institucional y normativo de la Constitución, de cuyo concreto funcionamiento resulta un sistema de poderes, derechos y equilibrios sobre el que

La alteración es notable. No obstante, el Tribunal Constitucional en lugar de reconocer la incorporación de este control externo con el parámetro de enjuiciamiento de los principios democráticos, aduce que el partido no respetuoso con éstos no tiene cabida en la definición de partido político. Por ello, según el Tribunal, las medidas de ilegalización y disolución previstas en la Ley «responden a una finalidad de garantía de que su actuación respete las condiciones definidoras de los partidos políticos» (FJ 7)<sup>10</sup>. Pretende, en fin, eludir, mediante la confusión de constitucionalización y constitucionalidad, la presencia del control externo de constitucionalidad con un parámetro axiológico, que conduce indefectiblemente al modelo de «democracia militante».

Una «democracia militante» (*Streitbare Demokratie*) permite declarar ilegales actividades que no constituyen ilícito penal pero contradicen los principios y valores reconocidos en la Constitución. En defensa de la democracia se ilegalizan actuaciones en virtud de los fines que persiguen, considerados contrarios al propio sistema democrático<sup>11</sup>. Se plantea un dilema acaso irresoluble. Por un lado, resulta contradictorio que para defender la democracia pluralista se limite el propio pluralismo; por otro, un sistema político que tiende a la autoconservación no puede permitir la actuación sin trabas de grupos hostiles al propio sistema<sup>12</sup>. Por ello, en la interpretación de Kirchheimer, resulta necesario argumentar con razones lógicas la amenaza de lesión a la democracia que evidencian los actos incriminados y probar la relación causal entre las actuaciones y los fines del partido incompatibles con los principios democráticos, más allá de la incorporación o no de esa posición a los programas o estatutos<sup>13</sup>.

En España, la dicción literal del art. 6 CE, según el cual la actividad de los partidos políticos es libre «dentro del respeto a la Constitución y a la ley», permite, en una interpretación literal, considerar que los partidos están sometidos a los principios constitucionales en sus fines y actos, esto es, permite introdu-

toma cuerpo una variable del modelo democrático que es la que propiamente la Constitución asume al constituir a España en un Estado social y democrático de Derecho» (FJ 7).

10. En el Fundamento Jurídico 12 retorna al mismo argumento: «el art. 6 CE contiene una configuración constitucional de partido; en la Constitución un partido para merecer la condición de tal, ha de poder ser expresión del pluralismo político y, por lo tanto, no es constitucionalmente rechazable que un partido que con su actuación ataca el pluralismo, poniendo en peligro total y parcialmente la subsistencia del orden democrático, incurra en causa de disolución».

11. Como es conocido, fue en Alemania donde tras la segunda guerra mundial y la experiencia del ascenso del nazismo al poder se desarrolla un sistema de defensa constitucional frente a los partidos que pretenden acabar con el pluralismo político. Por ello, la Constitución prohíbe los partidos políticos que por sus fines o por la actitud de sus miembros tiendan a desvirtuar o destruir el régimen fundamental de libertad y democracia, o a poner en peligro la existencia de la República Federal Alemana. Cfr. por todos, E. DENNINGER, «Democracia militante y defensa de la Constitución», en BENDA, E., MAIHOFFER, W., VOGEL, H., HESSE, K., HEYDE, W. *Manual de Derecho Constitucional*. Segunda edición, prolegómena a la edición española y traducción de Antonio López Pina, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2001.

12. Cfr. O. KIRCHHEIMER, *Justicia política. Empleo del procedimiento legal para fines políticos*, Comares, Granada, 2001, p. 172.

13. Cfr. O. KIRCHHEIMER, op. cit. p. 217.

cir la defensa de la Constitución frente a los partidos que rijan su actividad por principios contrarios a ésta. Sin embargo, a esta interpretación se ha opuesto el rechazo expreso de tal posibilidad durante los debates constituyentes<sup>14</sup> y, sobre todo, una consolidada doctrina constitucional que en los primeros años de desarrollo constitucional rechazó el control externo de los partidos. J. Jiménez Campo e I. De Otto utilizaron distintos argumentos para negar la existencia de un modelo de democracia militante en la Constitución: la exigencia de un pronunciamiento expreso por la trascendencia de la decisión; la vulneración del principio de igualdad que supone incorporar límites adicionales a los que participan en los asuntos públicos a través de partidos políticos o el carácter íntegramente revisable de la Constitución<sup>15</sup>. Respecto a la cuestión nuclear, a mi juicio, la mención del art. 6 al «respeto a la Constitución» en la actividad de los partidos políticos existe coincidencia en que supone una referencia genérica a la obediencia al Derecho, vinculada a la contenida en el art. 9.1 CE, sin que imponga la coincidencia de la ideología del partido, y sus acciones en consecuencia, con los principios constitucionales<sup>16</sup>. El debate parecía cerrado en España, sobre todo cuando el Tribunal Constitucional al pronunciarse sobre el deber de juramento o promesa de la Constitución de los cargos públicos lo interpreta como aceptación de las reglas de juego en sentido procedimental y no como adhesión ideológica ni conformidad con el contenido de ésta, pues también se respeta la Constitución cuando se pretende su modificación (STC 101/1983; STC 119/1990).

La LO 6/2002 ha reabierto el debate con sus referencias a los valores constitucionales, los principios democráticos y el sistema democrático que deben respetar los partidos políticos so riesgo de ser ilegalizados. El Tribunal Constitucional, con el presupuesto de la imbricación de constitucionalización y constitucionalidad que hemos mencionado, mantiene en la STC 48/2003 que en nuestro ordenamiento constitucional no tiene cabida un modelo de «democracia militante». Acude para ello a dos argumentos sumamente débiles: en primer lugar, señala que falta el presupuesto de la existencia de cláusulas de intangibilidad, en cuanto el art. 168 CE admite la reforma total de la Constitución; en segundo lugar, que la ley presenta como causas de ilegalización conductas y no sus fines. El primer argumento no es aplicable al supuesto de la LO 6/2002. La inexistencia de un núcleo irreformable en la Constitución permite afirmar que el art. 6 CE no impone efectivamente la obligación de defender la Constitución, precisamente porque los partidos políticos pueden proponer su reforma total. Sin embargo, si la legislación de desarrollo faculta la declaración de ilicitud de un partido cuan-

14. El senador de designación real C. Ollero presentó una enmienda según la cual «corresponde al Tribunal Constitucional apreciar la constitucionalidad de los partidos». Sin embargo, los grupos políticos mayoritarios se opusieron a la enmienda.

15. Cfr. J. JIMÉNEZ CAMPO, «La intervención estatal del pluralismo (Notas a una sentencia del Tribunal Constitucional)», REDC, 1, 1981, pp. 173-174; I. DE OTTO PARDO, *Defensa de la Constitución y partidos políticos*, CEC, Madrid, 1985, pp. 29-36.

16. Cfr. I. DE OTTO PARDO, op. cit. p. 29; J. JIMÉNEZ CAMPO, «La intervención...», cit. p. 176.



do su actividad vulnera los principios democráticos resulta evidente que ese partido no podrá proponer la reforma constitucional de tales principios. En definitiva, la inexistencia de cláusulas de intangibilidad permite afirmar que el art. 6 CE no exige una democracia militante; sin embargo, ello no es óbice para que la legislación incorpore este modelo de defensa de la Constitución al ordenamiento jurídico con ese parámetro de constitucionalidad<sup>17</sup>. Pero, tampoco la distinción de conductas y fines parece demasiado consistente. La afectación de principios se produce necesariamente mediante actos teleológicamente definidos por su oposición al sistema democrático. Por tanto, desde esta perspectiva principal, resulta inexorable la vinculación de la actividad y los fines de un partido, sean estos expresamente declarados en los estatutos y programas o deducidos de la actitud de los militantes. Las ideas siempre se manifiestan a través de actos y las conductas tienen un referente teleológico. La sentencia del Tribunal Supremo, al relatar los hechos que provocan la ilegalización de Batasuna, muestra de manera palmaria la imposibilidad de diferenciar ideas y actuaciones<sup>18</sup>.

En conclusión, rechazamos tanto la pretensión de interrelacionar la constitucionalidad con la constitucionalización del partido como los argumentos de la reforma total y la distinción entre conductas y fines utilizados por el Tribunal para negar la incorporación a nuestro ordenamiento de un modelo de democracia militante tras la aprobación de la LO 6/2002. Dado que el reconocimiento expreso en una Ley de las causas y conductas que provocan la ilegalización y de un procedimiento específico de disolución, en lugar de incorporar al Código Penal ese listado de conductas, conlleva de forma inexorable un modelo de defensa de la Constitución, y no sólo del ordenamiento jurídico, la argumentación del Tribunal Constitucional en este punto debería haber sido distinta; más centrada en concretar los límites del modelo que en negar de forma tan reiterada como vacía su existencia. A partir de la propia lógica argumental del Tribunal Constitucional era posible una construcción distinta, que a continuación intento pergeñar.

La consideración de la LOPP como un instrumento de defensa de la Constitución que habilita el control externo de los partidos con el parámetro de los

17. El art. 5.2 b) de la Ley 54/1978 también mantenía la suspensión o disolución de los partidos políticos por la autoridad judicial competente «cuando su organización o actividades sean contrarias a los principios democráticos». Buena parte de la doctrina consideraba inconstitucional este precepto. Cfr. J. JIMÉNEZ CAMPO, «La intervención estatal...», cit. p. 176; R. BLANCO VALDES, *Los partidos políticos*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 163; J.F. LÓPEZ AGUILAR, «Notas sobre la aportación de la justicia constitucional a la integración del régimen jurídico de partidos en España», RCG, 12, 1987, p. 91; A. FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, «El control estructural-funcional de los partidos políticos en la jurisprudencia contencioso-administrativa», REDC, 4, 1982, p. 124.

18. Son muchos los supuestos en los que la Sentencia de la Sala Especial del TS, de 27 de marzo de 2003 se adentra en la ideología del partido, al margen de sus actividades. Así, por ejemplo, se rechaza la concepción de democracia expresada en las pancartas de Batasuna porque «deja de ser una representación gráfica de un ideal compartible desde la perspectiva de la Constitución de 1978 para adquirir tintes de connotación peyorativa hacia el Estado español y de legitimación implícita de quienes a él se oponen, cualquiera que sea el método para ello».

principios democráticos debería habilitar al órgano encargado de ese control para reputar ilícito el partido cuando, a su juicio, vulnera estos principios, con independencia de las conductas adoptadas a tal fin. Sin embargo, si atendemos al fallo interpretativo del Tribunal Constitucional en la STC 48/2003, especialmente a la interrelación que se establece entre el art. 9.2 y el art. 9.3 LOPP y a la concreción que exige en distintos apartados del art. 9.3 (f y g), no se sanciona la contradicción con los principios democráticos en la actividad y fines del partido sino determinadas actuaciones que vinculan al partido político, de forma mediata o inmediata, con la violencia terrorista. En el 9.2 LOPP se establecen las conductas y en el 9.3 LOPP se detallan de forma exhaustiva las actividades que provocan la ilegalización (FJ 10)<sup>19</sup>. Por ello, un partido no podrá ser ilegalizado y disuelto en España simplemente por contradecir en sus fines, y en su actuación consiguiente, los principios democráticos sino por incurrir, de forma reiterada y grave, en alguna de las conductas enumeradas en el art. 9.3 LOPP, que se vinculan, en la consideración del legislador (discutible en algunos supuestos, como veremos después), al fenómeno terrorista.

Los presupuestos de la LOPP son los propios de una democracia militante. Por ello, no se dice que la actividad de los partidos es libre «dentro del respeto a la Constitución y la ley», lo que permitió en su momento, al interpretar el art. 6 CE, separar el respeto a los procedimientos del respeto a los principios y valores constitucionales. Actualmente la LO 6/2002 afirma de forma expresa que los partidos políticos «deberán respetar en sus actividades los valores constitucionales expresados en los principios democráticos» (art. 9.1 LOPP) o que «un partido será declarado ilegal cuando su actividad vulnere los principios democráticos» (art. 9.2 LOPP). El legislador parece aceptar que la actuación del partido, teleológicamente orientada, deberá ser respetuosa al menos con determinados elementos del orden jurídico-constitucional, recuperando la idea de defensa de la Constitución. Sin embargo, para excluirlo del debate público y, por tanto, que no pueda plantear incluso la reforma total de la Constitución, debe incurrir «de forma reiterada y grave» en determinados conductas que el legislador vincula a la actividad de grupos terroristas. Por tanto, no estamos simplemente ante posiciones ideológicas contrarias a la Constitución sino ante actuaciones de un partido que lo vinculan al terrorismo y, por esa vía, lo sitúan fuera de la Constitución. La conclusión es que la LO 6/2002 introduce un control externo de constitucionalidad de los partidos con el parámetro de los principios democráticos (art. 6 CE) que no existía hasta ese momento en España pues ese parámetro era utilizado sólo para el control interno de éstos. En ese sentido, incorpora una modalidad de defensa de la Constitución, los presupuestos de una democracia militante, en suma.

19. Y esto, destaca el Tribunal, pese a la defectuosa redacción del encabezamiento del apartado tercero pues al decir «se entenderá que» puede suponerse que las conductas en él enumeradas se sobreañaden a las descritas en el número anterior, cuando en realidad poseen un carácter aclaratorio o puramente especificativo de las previsiones más generales anteriores.

Ocurre que lo hace de forma muy atenuada en cuanto no deja margen al operador jurídico para interpretar el sentido del respeto a los principios democráticos sino que lo concreta de forma exhaustiva mediante la vinculación exclusiva a determinadas conductas que se relacionan con la actividad terrorista. Por tanto, esta atenuada «democracia militante» o defensa de la Constitución frente al fenómeno terrorista, no impide que actúen en nuestro ordenamiento partidos políticos que respetan los procedimientos y rechazan los contenidos de la Constitución mediante conductas que no pueden incardinarse en el art. 9 LOPP o en el Código Penal.

La línea argumental seguida queda cerrada con una conclusión: si el legislador no pretendía incorporar un modelo de democracia militante hubiera bastado con adicionar al Código Penal las conductas vinculadas al fenómeno terrorista, enumeradas en el art. 9 LOPP. Sin embargo, en la práctica, la forma de reinterpretar la voluntad del legislador utilizada por el Tribunal Constitucional ha permitido al Tribunal Supremo elaborar una sentencia de ilegalización de Batasuna en la que la defensa de la Constitución se ha convertido en eje vertebral, más influenciada por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, nítidamente favorable a los modelos de democracia militante (especialmente en el famoso caso *Refab Partisi*), que a la sentencia interpretativa del Tribunal Constitucional.

### 3. LAS CONDUCTAS QUE PROVOCAN LA ILEGALIZACIÓN Y DISOLUCIÓN DE UN PARTIDO POLÍTICO

Hemos apuntado ya que la ilegalización deriva en todos los supuestos de realizar «de forma reiterada y grave» determinadas conductas que se vinculan a la violencia y, específicamente, al fenómeno terrorista. La vulneración de los principios democráticos que provoca la ilegalización se concreta en la relación con el terrorismo de las actuaciones de los partidos. Sin embargo, el elenco de conductas sancionables que resulta de la interpretación conjunta del 9.2 y el 9.3 LOPP ha provocado dudas de constitucionalidad en dos sentidos: por un lado, se plantea la existencia de una doble sanción, la penal y la que ahora prevé la LOPP, para un mismo supuesto, lo que vulneraría el principio *non bis in idem*; por otro lado, se ha cuestionado la inclusión de algunas acciones en el listado de conductas objeto de sanción jurídica, en cuanto son mero ejercicio de derechos fundamentales, se relatan con un carácter imprevisible o existe desproporción entre el alcance de la conducta y la gravedad de la sanción.

#### A) EL PRINCIPIO NON BIS IN IDEM.

A juicio del recurrente, la LOPP adiciona nuevas sanciones a las previstas en el Código Penal (arts. 515, 576 y 578), aplicables al mismo supuesto de

hecho, lo que permite (ha permitido) la sustanciación simultánea de dos procesos sancionadores<sup>20</sup> y vulnera el principio *non bis in idem*<sup>21</sup>.

Para responder a esta duda de constitucionalidad planteada por el recurrente, el Tribunal Constitucional acude a la doctrina restrictiva del *ius puniendi*, contenida en la STC 2/2003, según la cual solo cabe hablar técnicamente de doble castigo cuando las normas enjuiciadas obligan a imponer una doble sanción penal o equivalente por los mismos hechos o permiten tramitar un doble procedimiento punitivo contra una misma persona. En este caso, entiende el Tribunal que no se produce ninguna de estas situaciones en cuanto el procedimiento penal se dirige contra personas físicas, mientras que en el previsto en la LOPP la demandada es una organización política, con independencia de las personas que la componen. Además, a mayor abundamiento, el Tribunal rechaza que la disolución sea una sanción penal, aunque obviamente es una sanción y en ese sentido entiende que no es aplicable al caso el art. 25 CE. En conclusión, aunque efectivamente es una actuación restrictiva de derechos no supone un efectivo ejercicio del *ius puniendi* del Estado. En fin, mantiene el Tribunal que la ilegalización y disolución de un partido es una consecuencia gravosa para el partido mismo, para sus afiliados y, por extensión, también para sus simpatizantes y votantes, pero esto no la convierte, sin más, en una medida punitiva (FJ 10). Pero, ¿cuándo tiene carácter punitivo una consecuencia jurídica? El Tribunal responde que habrá que atender, ante todo, a la función encomendada en el sistema jurídico. Si cumple una función represiva es una pena en sentido material, pero si tiene otra finalidad justificativa se descarta la existencia de una pena, aunque sea una consecuencia gravosa. A juicio del Tribunal, más que a un fin retributivo, las causas de ilegalización y disolución previstas en la Ley responden a una finalidad de garantía de que su actuación respete las condiciones definidoras de los partidos políticos, en tanto que asociaciones cualificadas por la relevancia constitucional de sus funciones<sup>22</sup>.

20. La ilegalización de Batasuna se ha tramitado, de forma simultánea, por el procedimiento penal en virtud del Auto del Juzgado de Instrucción central número 5, dentro del sumario 35/02 y por el procedimiento previsto en la LOPP, en los procesos 6 y 7/2002, tramitados por la Sala especial del TS para la ilegalización de HB, EH y Batasuna.

21. El Gobierno vasco utiliza básicamente dos argumentos, jurisprudencialmente sustentados: a) la identidad de hechos definidos en el CP y en la LOPP supone castigar dos veces el mismo hecho, a la misma persona y por los mismos fundamentos (STC 2/1981/4); b) la dimensión procesal del principio que impide la mera «coexistencia de dos procedimientos sancionadores para un determinado ilícito en cuanto deja abierta la posibilidad de que unos mismos hechos sucesiva o simultáneamente existan o dejen de existir para los órganos del Estado (STC 159/1987/3).

22. «El control jurídico de esa vertiente definitoria de la asociación como partido consistente en el respeto a las exigencias del ordenamiento jurídico democrático, recogidas en el art. 6 CE, ha de ser, por necesidad, un control a posteriori. De modo que, al faltar dichas exigencias y producirse una situación de quebranto del orden jurídico pluralista proclamado por la Constitución, se hace preciso restablecer la legalidad conculcada. No hay, por tanto, componente punitivo alguno. Estamos, pues, ante una sanción reparadora, que cabe incluir entre aquellas a las que el Código Penal niega el carácter de penas (art. 34), por lo que, tal y como anticipábamos, debemos desestimar la vulneración del principio *non bis in idem*» (STC 48/2003/9).

Nuevamente recurre la fundamentación jurídica del Tribunal Constitucional a interrelacionar la constitucionalización de los partidos y su control de constitucionalidad. Reiteramos que un partido político por el hecho de existir ya es instrumento de participación, expresión del pluralismo y concurre a la formación y manifestación de la voluntad popular. Otra cosa es que lo haga de forma contraria a la Constitución y las leyes y en ese caso podrá ser declarado ilícito. Se trata, en todo caso, de un control *a posteriori* que, por tanto, no es preventivo, como apunta el Tribunal Constitucional, sino represivo. De cualquier modo, aunque no se comparta la argumentación, es cierto que la interpretación restrictiva de la dimensión material del principio encuentra sustento en la doctrina anterior del Tribunal Constitucional sobre el *ius puniendi*. El problema se plantea, a mi juicio, en la dimensión procesal del principio, que ha sido soslayada por el Tribunal Constitucional. Sea una medida punitiva o una sanción reparadora, es evidente la identidad parcial de conductas entre los supuestos previstos en el LOPP y en el Código Penal, por lo que es posible la simultaneidad de procedimientos que enjuician el mismo supuesto, como ha ocurrido de hecho en relación a Batasuna<sup>23</sup>. Lo concretamos en un interrogante nada abstracto: ¿qué ocurrirá si la Audiencia Nacional, en un proceso abierto para ilegalizar un partido político por la vía penal, valora los mismos hechos y situaciones de forma contradictoria a como lo hace la Sala Especial del Tribunal Supremo? Se pondría en cuestión el principio de cosa juzgada material, en sentido positivo y negativo, con la consecuente vulneración del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE)<sup>24</sup>.

#### B) LAS CONDUCTAS QUE PROVOCAN LA ILEGALIZACIÓN: EL APOYO TÁCITO, LA PREVISIBILIDAD Y LA PROPORCIONALIDAD

En algunas de las conductas enumeradas en el art. 9.3 LOPP la vinculación al fenómeno terrorista, que ha sido convertida por la STC 48/2003 en punto de conexión para entender vulnerados los principios democráticos, tiene difícil justificación. Seguramente, el aspecto más polémico de la sentencia es la hipotética vulneración de la libertad ideológica, de expresión e infor-

23. La propia LOPP indica en su artículo 10.6 que «la eventual coincidencia en el tiempo de los procedimientos judiciales previstos en los anteriores apartados cuarto y quinto de este artículo respecto al mismo partido político no interferirá la continuación de ambos hasta su finalización, produciendo cada uno de ellos los correspondientes efectos».

24. En la STC 15/2002/3 indica el Tribunal que «el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE protege y garantiza la eficacia de la cosa juzgada material, tanto en su aspecto negativo, o excluyente de nuevos pronunciamientos judiciales con idéntico objeto material al resuelto por resolución judicial firme, como en su aspecto positivo o prejudicial, impidiendo que los Tribunales, en un proceso seguido entre las mismas partes puedan desconocer o contradecir las situaciones declaradas o reconocidas en resolución judicial que haya adquirido firmeza».

mación y el derecho de participación por la inclusión de conductas que difícilmente pueden considerarse punibles pues suponen mero ejercicio de derechos fundamentales. Destaca entre ellas el denominado «apoyo tácito» al terrorismo, vinculado, en concreto a la no condena de un acto terrorista. Mantiene el Gobierno vasco que supone «una restricción ilegítima de la libertad ideológica, que no cabe extraer una consecuencia jurídica de un silencio, pues nadie está obligado a expresar sus ideas»<sup>25</sup>. El planteamiento es claro y contundente. Sin embargo, el Tribunal lo soslaya al entender que no le corresponde determinar si la mera ausencia de condena puede o no ser entendida como apoyo implícito al terrorismo. A continuación, en un pronunciamiento con el que pretende suplir la laguna anterior, señala que la legitimación o la exculpación o minimización puede llevarse a cabo de modo implícito, mediante actos concluyentes en determinadas circunstancias y añade que en tales casos no puede hablarse de ejercicio de la libertad de expresión (FJ 10). Sin embargo, la minimización de un atentado no es un supuesto idéntico al silencio ante un atentado, incluso los derechos fundamentales en juego son distintos, y con posibilidades de limitación también diversas. Respecto al silencio o la no condena, dada la claridad con la que había planteado la cuestión el recurrente, no analizar el alcance y sus consecuencias jurídicas, supone la vulneración del principio de congruencia, al que está sometido el Tribunal Constitucional en su condición de órgano jurisdiccional<sup>26</sup>. A mi juicio, el Tribunal debería haber afirmado con claridad que la «no condena» no puede ser perseguida desde una perspectiva jurídico-constitucional en cuanto el ordenamiento no juzga actos internos, que son garantizados por la libertad ideológica (art. 16.2 CE). Sólo pueden extraerse consecuencias jurídicas de otras actuaciones vinculadas a la «no condena», que ya no son ejercicio de la libertad ideológica sino de la libertad de expresión, como los comunicados alternativos, exculpaciones, etc.<sup>27</sup>.

También en relación a las conductas que provocan la ilegalización ha denunciado el Gobierno vasco en el recurso de inconstitucionalidad la imprevisibilidad de algunas de estas conductas, en concreto las enumeradas en los

25. Las dudas sobre la constitucionalidad de este precepto fueron ya planteadas en los votos particulares al Dictamen del CGPJ suscritos por los vocales, F. Pantoja, que lo considera una mera «suposición o inferencia», A. Lopez Tena, por la «definición a menudo ambigua y poco precisa de los supuestos», entre otras razones y J.A. Alonso Suárez, «al suponer una restricción ilegítima de la libertad ideológica».

26. Ha permitido además que el Tribunal Supremo haga uso de la no condena como una de las causas justificativas de la ilegalización: «cuando la gravedad de las circunstancias que caracterizan una situación exigen, desde la perspectiva del respeto a los valores y principios constitucionales, una respuesta clara, expresa y no ambigua del partido político, el silencio o la abstención como forma de expresión del mismo es censurable y rechazable». (STS-Sala Especial, de 27 de marzo de 2003).

27. En la doctrina, E. VIRGALA entiende que el legislador debería haber suprimido la expresión «apoyo tácito». Sin embargo, considera posible que actuaciones como la no condena, en determinadas circunstancias puedan suponer un apoyo expreso a la acción terrorista. Cfr. E. VIRGALA FORURIA, «Los partidos ilícitos tras la LO 6/2002», *Teoría y Realidad Constitucional*, 10-11, 2002-2003, pp. 246, ss.

apartados f) y g) del art. 9.3 LOPP. El primero habla de «colaborar habitualmente con entidades o grupos que actúan de forma sistemática de acuerdo con una organización terrorista o violenta, o que amparan o apoyan al terrorismo»; la segunda, se refiere a «apoyar desde las instituciones en las que se gobierna, con medidas administrativas, económicas o de cualquier otro orden, a esas entidades». Resulta difícil negar el carácter excesivamente inconcreto de estos supuestos que provocan la ilegalización de un partido político<sup>28</sup>. Por ello, el Tribunal Constitucional interpreta ambos apartados en relación al 9.2 LOPP para que puedan tener encaje en la Constitución. Así, señala que la colaboración debe ser específica, lo que denomina «complicidad en la complicidad» y el apoyo de las instituciones deberá ser específicamente con el objetivo de reforzar esa actividad ilegítima (FJ 11).

Finalmente, en relación al elenco de conductas sancionadas con la ilegalización del partido denuncia el Gobierno vasco la desproporción entre los supuestos del art. 9 LOPP, muy variados y merecedores de diverso reproche social, y la sanción aparejada de forma idéntica a todos ellos. Entiende el recurrente que deberían haberse adoptado medidas preventivas, que solo en caso de reiterarse dieran lugar a la ilegalización y disolución. El Tribunal advierte que ninguna de las conductas del art. 9 aisladamente consideradas provocan la disolución, sino que, como indica el propio art. 9.2 deben realizarse de forma «continuada, reiterada y grave». Se trata, por tanto, de una reiteración de conductas continuada en el tiempo, con la participación de los órganos dirigentes del partido o de un número importante de sus militantes (FJ 12).

Menos convincente resulta la posición del Tribunal Constitucional en el otro supuesto de hipotética desproporción denunciado por el Gobierno vasco referido a la «prohibición de incluir regularmente en sus órganos directivos o en sus listas electorales a personas condenadas por terrorismo que no hayan rechazado públicamente los fines y los medios terroristas» (art. 9.3 c). El Tribunal también interpreta este supuesto en aras de una mayor concreción. Acaso su aportación más trascendente es que «debe comportar una actuación instrumental, que sirva a la realización de alguna de las conductas descritas en el 9.2 LOPP» (FJ 13). Pero resulta difícil aceptar en un Estado democrático que una persona que ha cumplido una condena, en pleno ejercicio de su derecho al sufragio pasivo, deba retractarse públicamente antes de integrarse en los órganos directivos o en las listas electorales de un partido. El Tribunal Constitucional intenta justificarlo mediante la exigencia de «regularidad» de esa inclusión de personas de las que quepa presumir fundadamente una afinidad con los métodos de terror, atendiendo a la trayectoria del partido, en definitiva ciñéndolo al caso absolutamente patológico

28. En el segundo caso incluso se afirma que los partidos gobiernan las instituciones, cuando es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional, al menos desde la STC 5/1983, que los partidos no son los dueños de los escaños.

en el sistema de partidos de Batasuna. El enfoque no me parece adecuado en cuanto elude que este precepto no sólo va a impedir a un partido participar en las elecciones, sino que también limita de forma injustificada el derecho de participación política de los ciudadanos que se encuentren en las condiciones indicadas.

#### 4. EL CARÁCTER SINGULAR DE LA LEY Y SUS CONSECUENCIAS: IRRETROACTIVIDAD Y ESPECIALIDADES PROCESALES

Otro de los fundamentos teóricos del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno vasco es el carácter singular, y no general, de la Ley, aprobada con la intención de ilegalizar un concreto partido político: Batasuna. Aduce el recurrente que aunque la Ley respeta formalmente el principio de generalidad de la ley, desde el punto de vista material se ha concebido para perseguir una determinada formación política, única a la que en realidad, resultaría aplicable. Estamos, por tanto, ante una ley singular enmascarada. Ciertamente, es posible que una ley sea singular, pese a su promulgación con estructura general. En ese caso, habrá de recurrirse a criterios materiales que, atendiendo al momento aplicativo, sirvan de parámetro para deducir la singularidad o generalidad de la ley. Así lo intenta el Gobierno vasco, aportando en ese sentido diversos argumentos, más sólidos aisladamente considerados (al menos uno de ellos), que para demostrar el carácter singular de la ley. En concreto se refiere a la disciplina del fraude de ley contenida en su art. 12.3 y en la DT única, que vulnera, a su vez, según los recurrentes, el principio de irretroactividad, y a las especialidades procesales respecto al Tribunal competente, la legitimación para instar el proceso de disolución o el régimen excepcional en el sistema de recursos.

Antes de detenernos en ambos argumentos quiero concretar la cuestión del carácter singular de esta ley, resaltando dos aspectos.

Procede recordar, en primer lugar, que una ley singular no es, por ello, inconstitucional (STC 166/1986). La Constitución no impone la generalidad de las leyes. Ocurre en ese caso que debe superar un juicio más estricto con el parámetro del principio de igualdad. El tratamiento normativo diferenciado debe tener una justificación objetiva y razonable, más aún si es singular. El principal obstáculo a las leyes singulares, superado el test del principio de igualdad, procede de la tutela judicial efectiva pues no existe un procedimiento jurisdiccional que permita a la persona física o jurídica afectada impugnar el acto legislativo, sino que deberá esperar a su aplicación e iniciar la vía jurisdiccional ordinaria que concluirá en el recurso de amparo constitucional, si se vulneran derechos fundamentales, y en la autocuestión de inconstitucionalidad o, en la otra posibilidad abierta, solicitar al juez ordinario la elevación de una cuestión de inconstitucionalidad. La inexistencia de un cauce que permita al directamente afectado recurrir un acto legislativo fue una de las razo-



nes por la que se produjo la condena del Estado español en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre Rumasa<sup>29</sup>.

Pero, además, en segundo lugar, no creo que en este caso estemos ante una ley singular puesto que es posible la aplicación de la ley a otros partidos presentes o futuros cuyas conductas puedan incardinarse en los supuestos previstos en la Ley. Esto no significa la aceptación de los argumentos del Tribunal Constitucional en la STC 48/2003 que, de forma sorprendente, justifica el detenido tratamiento de la ilegalización en una ley general de partidos políticos en cuanto «responde a las necesidades del tiempo en que se ha dictado, que no es ya el del establecimiento e incipiente consolidación de los partidos políticos, sino el de la garantía del régimen plural de partidos frente a los grupos y asociaciones que pretendan desvirtuarlo con la utilización de medios violentos y al margen de la legalidad». Cualquier lector de esta argumentación, ajeno a la realidad política española, podría pensar que en España abundan los partidos vinculados a la violencia. Evidentemente, no es así. Ha ocurrido en este caso que el legislador ha actuado pensando en un concreto partido político, para aplicar a éste la Ley de forma inmediata, como más adelante reconoce de forma expresa la propia STC 48/2003, pero resulta posible, e incluso probable, su aplicación a otros supuestos. Por tanto, no estamos ante una ley singular sino ante una ley general que ha sido elaborada con la intención de aplicarla a un supuesto concreto. Con ello, el legislador ha rasgado lo que Rawls en su Teoría de la Justicia denominaba el «velo de la ignorancia», que aplicado a la técnica legislativa significa que el legislador debe actuar sin tener en cuenta como incidirá la regulación en los casos particulares, sino legislar únicamente desde consideraciones generales<sup>30</sup>. Pese a que el Tribunal defiende la utilización de una *occasio* para la adopción de una ley (FJ 14), a nuestro juicio, esta forma de legislar puede, y debe, ser criticada desde la perspectiva de la posición del legislador en la estructura del Estado y la buena técnica legislativa. Ahora bien, en coincidencia con el Tribunal Constitucional, ésto no determina su inconstitucionalidad.

Decíamos que debía distinguirse el debate sobre la singularidad de la ley de la posible vulneración del principio de irretroactividad, que el recurrente advierte en la regulación del fraude de ley por la constitución de un partido que continúa o sucede a otro disuelto. El núcleo del problema radica en la remisión que la DT segunda hace al art. 9.4, que permite acudir a la «trayectoria de un partido político aunque haya cambiado de denominación». En definitiva, para aplicar la LOPP a actividades realizadas con posterioridad a la entrada en vigor de ésta se tendrán en cuenta actividades anteriores «a efectos de determinar la significación de tales actividades y valorar su relevancia en el

29. Cfr. en este sentido mi trabajo «Leyes singulares de intervención versus tutela judicial», *REDC*, 40, 1994.

30. Cfr. J. RAWLS, *Teoría de la Justicia* (1971), Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1978, p. 163.

conjunto de la conducta del partido». Desde esa interpretación, considera el Tribunal que tomar en consideración la «trayectoria», que incluye actuaciones anteriores a la entrada en vigor de la ley, no comporta retroactividad prohibida por la Constitución. Por ello, si un partido continúa o sucede a otro, apreciado judicialmente el fraude, la «trayectoria» del sucedido puede utilizarse para determinar y valorar el sentido de los actos realizados después de la entrada en vigor de la ley (FJ 16). El problema de esta argumentación, formalmente adecuada, es que establece unas condiciones sumamente tenues, que pueden ser traspasadas con facilidad por el operador jurídico mediante una aplicación retroactiva que resultaría contraria a la Constitución y al Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Menos enjundia tienen las alegaciones efectuadas frente a las especialidades procesales previstas en la Ley, que también recurre el Gobierno vasco en este punto, con una notoria confusión entre singularidad y especialidad. Respecto a la previsión de la Sala del art. 61 LOPJ para acordar la disolución judicial de los partidos (art. 10.5 LOPP), se pueden oponer argumentos de política del Derecho<sup>31</sup>, pero desde un punto de vista jurídico-constitucional, como afirma el Tribunal, «se trata de un órgano judicial ya existente al que, por medio de la correspondiente reforma de la LOPJ, se le ha dotado de esa nueva competencia, con carácter general y para el futuro» (FJ 17). La atribución de legitimación para instar el procedimiento al Gobierno, e indirectamente al Congreso y al Senado (art. 11.1 LOPP), también puede, y merece, ser discutida políticamente<sup>32</sup>, pero en el plano que aquí nos ocupa es una opción legítima del legislador (FJ 17). Y lo mismo debe decirse del establecimiento de un régimen singular de recursos contra la proclamación de candidaturas (DA segunda LOPP).

## 5. EL EJERCICIO DEL DERECHO A CREAR PARTIDOS

El núcleo del recurso de inconstitucionalidad, y, en consecuencia, de la STC 48/2002, es el procedimiento de ilegalización y disolución de partidos

31. Al tratarse de un control externo de la constitucionalidad con el parámetro del principio democrático (art. 6 CE) parecería más lógico haber atribuido esta competencia al Tribunal Constitucional. La STC 48/2003 presupone que el constituyente descartó atribuir este control al Tribunal Constitucional y por tanto compete al Poder Judicial mientras no se establezca expresamente otra cosa: «Que el constituyente haya descartado encomendar la garantía del respeto del art. 6 CE por parte de los partidos al Tribunal Constitucional (como ya recordamos en la STC 3/1981/11) no significa, obviamente, que se haya descartado dicha garantía en sí, únicamente que su verificación ha de corresponder al Poder Judicial ordinario en tanto no se establezca otra cosa» (FJ 6).

32. A mi juicio, contribuye a politizar un conflicto que, precisamente por sus consecuencias políticas, en cuanto puede suponer la exclusión de un determinado grupo del juego político, debe ser tratada con la máxima objetividad y eliminando cualquier atisbo de interés partidista en el ejercicio de la acción. Por ello, acaso hubiera sido deseable la legitimación exclusiva del Ministerio Fiscal que conforme al art. 124.1 CE tiene por misión promover la acción de la Justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley.

políticos. Este es, sin duda, el aspecto más polémico de la Ley. Mientras se regulan con detalle las conductas sancionables y el procedimiento y efectos de la disolución, los restantes aspectos del régimen jurídico-constitucional de los partidos políticos en nuestro ordenamiento son apenas mencionados, sin grandes aportaciones respecto a la Ley 54/1978, aprobada antes incluso que la Constitución, en el momento de irrupción de los partidos en un incipiente sistema político pluralista. Hemos rechazado la justificación que el Tribunal Constitucional da a este hecho, indicando que en este momento de actuación normalizada de los partidos a la sociedad le preocupa la actuación de partidos que contradicen el principio democrático y se vinculan a la violencia terrorista. Esto sólo es parcialmente cierto. Resulta necesario un tratamiento normativo actualizado del ejercicio del derecho, de la democracia interna de los partidos, de la financiación, etc. Todo ello es soslayado por la LO 6/2002, que en este sentido tiene un carácter de Ley especial, dedicada a regular la ilegalización y disolución de partidos, con someras referencias a los otros aspectos del Derecho de partidos. Pero incluso en los esquemáticos preceptos de la Ley dedicados a la creación de partidos se contienen algunas formulaciones que han generado dudas de constitucionalidad, en unos casos por mantener lo previsto en la Ley 54/1978 y que desde entonces habían sido discutidas por la doctrina; en otros casos con aportaciones nuevas sumamente problemáticas desde la perspectiva constitucional. Las principales dudas se refieren a la exclusión de extranjeros y condenados por determinados delitos del derecho a crear partidos y por distintas previsiones de intervención administrativa en el proceso de inscripción en el Registro de partidos.

A) LA EXCLUSIÓN DE EXTRANJEROS Y CONDENADOS POR DELITOS DE TERRORISMO DEL DERECHO A CREAR PARTIDOS

La exclusión de los extranjeros del derecho a crear partidos que resulta del art. 1.1 LOPP, al referirse exclusivamente a «los españoles», plantea dudas sobre todo respecto a los nacionales de Estados miembros de la Unión Europea, a los que, como es conocido, se les reconoce el derecho al sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales a partir del Tratado de la Unión Europea. Pueden ser electores y elegibles, pero no pueden crear un partido político. El Abogado del Estado alega que al poder presentarse como candidatos y formar una agrupación de electores se les asegura suficientemente su derecho al sufragio. El Tribunal Constitucional mantiene, por su parte, que el art. 13.2 CE no desvirtúa el hecho de que, con esa excepción, la participación en los asuntos públicos atañe únicamente a los españoles. Por ello, el alcance interpretativo de la STC 48/2003 se ciñe en este caso a que «dicha restricción no puede afectar al derecho de los extranjeros a afiliarse a los partidos políticos ya constituidos» (FJ 18). Sin embargo, del Tratado de la Unión Europea no se deduce la obligación de asegurar «suficientemente» ni «excepcional-

mente» el derecho al sufragio, ni garantizar la posibilidad de afiliarse, sino el derecho a participar en las elecciones municipales en condiciones de igualdad con los españoles, lo que evidentemente no se produce cuando se niega la posibilidad de crear un partido por ser extranjero. En ese sentido, la Ley podía haber limitado al ámbito municipal el derecho a crear partidos de los ciudadanos comunitarios, o incluso ceñir la participación de los partidos creados por éstos a las elecciones municipales, pero lo que no puede es impedir ese derecho de forma absoluta.

Aceptado que el ejercicio del derecho a participar en las elecciones municipales lo poseen los ciudadanos comunitarios en las mismas condiciones que los españoles y que esto incide en el derecho a crear partidos, al menos de ámbito municipal, la limitación no puede sustentarse en el carácter de asociación «cualificada por la relevancia constitucional de sus funciones» que tienen los partidos políticos en virtud del art. 6 CE. El Tribunal Constitucional ha señalado en doctrina reiterada que esas peculiaridades no pueden afectar al contenido esencial del derecho. Por un lado, «gozan legalmente de determinados privilegios», pero «han de tener como lógica contrapartida determinadas limitaciones, no aplicables a las asociaciones en general» (STC 3/1981/2). Ahora bien, al ser un tipo específico de asociación (STC 56/1995/3), los rasgos anejos a las funciones de relevancia constitucional se añaden pero no pueden afectar al contenido esencial del Derecho. Por ello, los límites introducidos por la legislación de desarrollo deben respetar el contenido esencial. La premisa metodológica es, por tanto, que la constitucionalización de los partidos políticos, su reconocimiento e incorporación constitucional no puede desvirtuar el ejercicio del derecho de asociación, del que forma parte, sin duda, el derecho a crear un partido político que garantiza el ejercicio de derecho de participación en las elecciones municipales de los ciudadanos comunitarios en condiciones de igualdad con los españoles.

Por otro lado, también se limita el derecho de creación de partidos a los penalmente condenados por determinados delitos previstos en los Títulos XXI a XXIV del Código Penal y no hayan sido judicialmente rehabilitados (art. 2.1 LOPP). Los recurrentes entienden que supone una pena accesoria *ex lege* y se estaría afectando al principio de proporcionalidad. El Tribunal afirma que se trata de un requisito de capacidad, una causa de incapacidad especial que sólo dejará de afectarles cuando hayan sido judicialmente rehabilitados, y no una pena. Respecto a la aducida desproporción, entiende el Tribunal que resulta justificable que se incapacite para promover un partido político a quien ha sido condenado, y no ha alcanzado la rehabilitación judicial, por determinados delitos todos ellos relacionados con la actividad política. Por tanto, «no resulta exorbitante en términos de respeto al principio de proporcionalidad» (FJ 19). A mi juicio, en la línea destacada ya por la doctrina, el problema no está en el principio de proporcionalidad, sino en el de retroactividad (art. 9.3 CE) en cuanto esta causa de incapacidad especial que restringe derechos fundamentales es aplicada a los condenados con anterioridad a la LO 6/2002 e

incluso en el art. 25.2 CE en virtud del cual los derechos fundamentales del condenado sólo pueden ser limitados «por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria»<sup>33</sup>.

## B) EL PROCEDIMIENTO DE INSCRIPCIÓN REGISTRAL DE PARTIDOS POLÍTICOS

En el procedimiento de inscripción registral se advierte una especial preocupación por las *patologías* del proceso, en la tendencia advertida en toda la Ley. Tres aspectos del procedimiento de inscripción regulado en la LOPP han generado dudas de constitucionalidad a los recurrentes. En primer lugar, se cuestiona la vinculación de la adquisición de personalidad jurídica a la inscripción en el registro (art. 4.2 LOPP); en segundo lugar, la facultad atribuida a la Administración para denegar o retrasar la inscripción alegando defectos formales (art. 5.1 LOPP) y, en tercer lugar, se rechazan también las facultades que el art. 12.3 LOPP otorga a la Administración para instar la improcedencia de la continuidad o sucesión de un partido disuelto. Causa sorpresa constatar que no se ha recurrido otro aspecto del procedimiento de inscripción que ha planteado serias dudas de constitucionalidad en la doctrina desde la misma existencia del texto constitucional, al incluirse también en la Ley 54/1978. Me refiero a la facultad atribuida a la administración en el art. 5.2 LOPP para remitir al Ministerio Fiscal la documentación presentada cuando deduzca indicios racionales de ilicitud penal en el partido, con la inclusión expresa ahora de la suspensión del procedimiento inscriptivo (art. 5.4 LOPP).

### *El carácter constitutivo de la inscripción registral de partidos*

Respecto a la vinculación de la inscripción registral a la adquisición de personalidad jurídica (art. 3.2 LOPP) el Gobierno vasco rechaza el carácter constitutivo de partido político que resulta de esa previsión. La argumentación del Tribunal, por el contrario, se sustenta en la separación de la libertad de creación de asociaciones y la adquisición de personalidad jurídica. Dice el Tribunal que la «ratio de la prohibición de que el registro sirva a otros efectos que a los de la publicidad (art. 22.3 CE) reside en la tutela de la libertad de creación de asociaciones y partidos, con la que ninguna relación guarda el hecho de que se adquiera o no la personalidad jurídica. Por lo tanto, el legislador es libre de asociar o no el nacimiento de la personalidad jurídica a la inscripción en el registro sin que del art. 22.3 derive ningún impedimento para ello» (FJ 20).

33. Cfr. J. LÓPEZ DE LERMA y LÓPEZ, «Comentarios a la Ley de Partidos», *La Ley*, 5596, 2002, p. 3; E. VIRGALA FORURIA, op. cit. p.

No es una cuestión nueva sino ampliamente debatida en la doctrina y en la propia jurisprudencia constitucional, en cuanto el art. 2 de la Ley 54/1978 también decía, como el 3.2 actual, que el partido político no adquiere personalidad jurídica hasta que no se inscriba en un registro oficial. Procede, por tanto, recordar, siquiera someramente ese debate<sup>34</sup>.

El punto de partida era la acotación del parámetro de constitucionalidad: si éste es el art. 22.3 CE o, como dice el representante del Senado, ello supone una «equivocada equivalencia entre asociaciones y partidos». A mi juicio, resulta clara la aplicación del 22.3 CE, también a los partidos. El problema es que, en el caso de los partidos, la válida constitución como tal depende de la inscripción en un registro específico. Si una asociación con fines políticos no se inscribe en el Registro de partidos no podrá realizar plenamente la función electoral, sino con las limitaciones incluidas en las disposiciones especiales de la LOREG para las agrupaciones de electores. Si es necesaria la inscripción registral para que un ente de base asociativa pueda participar en las elecciones con la denominación de partido político y las funciones de relevancia constitucional que peculiarizan al partido político en el *genus* asociación pueden reconducirse a la participación electoral, aunque no se agotan en ésta, la consideración como tal de una asociación con fines políticos depende de la inscripción registral. La pretensión de distinguir como aspectos autónomos la constitución de la asociación-partido político y la inscripción a efectos de publicidad para participar en el proceso electoral encuentra el óbice expuesto. Por tanto, es conciliable con el ejercicio del derecho de asociación y la inscripción a los solos efectos de publicidad que un partido político como tipo específico de asociación que ejercita la función que la Constitución le atribuye deba inscribirse en un registro específico para ser considerado como tal.

En la demanda de amparo que dio lugar a la STC 21/1983, los recurrentes sostienen que el acto impugnado lesionaba el art. 22 CE puesto que cualquier efecto constitutivo asignado a la inscripción resulta contrario al art. 22.3. No obstante, el Tribunal entiende que lejos de limitarse, la creación de partidos está garantizada de manera reforzada respecto del resto de asociaciones, en cuanto el art. 6 señala y garantiza el ámbito de funciones institucionales que le corresponden. Sin embargo, la creación de partidos políticos, como tipo asociativo específico, está sometida en nuestro ordenamiento a determinadas obligaciones como la inscripción registral, que no tienen las asociaciones en general, actuando la garantía institucional más como límite al ejercicio que como garantía adicional. Desde este planteamiento, la interpretación conjunta del art. 22 con el art. 6 puede utilizarse en otro sentido para justificar un tratamiento específico en su régimen constitutivo. Estriba éste en la relevancia que la Constitución otorga a las funciones que realizan estos entes de base asociativa y no otros. Así, la obligación inscriptiva para la consideración de

34. Cfr. mi trabajo «La inscripción registral de asociaciones», REP, 92, 1996, pp. 186-193. Los argumentos allí expuestos son los que ahora utilizó aquí con mínimas matizaciones.

una asociación como partido político no afecta a la libertad de creación de asociaciones como vertiente positiva del contenido esencial del derecho puesto que no limita la posibilidad de crear otras asociaciones con fines políticos, que se inscribirán en el Registro general de asociaciones. Dicho de otra forma, impide la consideración de estas asociaciones políticas como partidos políticos pero no el libre ejercicio del derecho de asociación y la libre creación de asociaciones. Los ciudadanos podrán crear asociaciones con fines políticos. Sólo para participar en el proceso electoral en igualdad de condiciones y gozar de las ventajas que el ordenamiento establece exclusiva o preferentemente para los partidos deberá inscribirse en un registro específico.

Desde esta argumentación puede compartirse la posición del Tribunal Constitucional aunque no su fundamentación jurídica pues resuelve la difícil cuestión de los efectos constitutivos de la inscripción registral de forma mucho más asertiva. Se detiene en que la interrelación de inscripción y adquisición de personalidad jurídica no puede considerarse un acto de injerencia de la Administración estatal contrario a la libertad de creación de asociaciones. Dice el Tribunal que para ello «sería menester que, por el modo en que el legislador regula el acto de inscripción y por las facultades que para ello atribuye al Ministerio del Interior, se apreciase que a éste se le apodera de un efectivo control material sobre la procedencia o no de la inscripción solicitada (...) de manera que las facultades de dicho departamento ministerial excedieran del estricto y limitado ámbito de la simple verificación reglada de los aspectos jurídico-formales de la documentación presentada a inscripción» (FJ 20).

La argumentación del Tribunal Constitucional, más que aportar elementos para justificar el carácter constitutivo de la inscripción previsto por el legislador, puede ser utilizada, como luego anotamos, para extender la declaración de inconstitucionalidad al art. 5.2 LOPP, no recurrido por el Gobierno vasco. Por ahora únicamente destacar que la conclusión del Tribunal según la cual el legislador orgánico no apodera a la Administración estatal mediante la inscripción registral con facultades de verdadero control material puede ser cierta respecto a los artículos 3, 4 y 5.1 LOPP, pero no en relación al 5.2 LOPP, que prevé el envío de la documentación presentada ante el Ministerio del Interior para la inscripción al Ministerio Fiscal cuando deduzca «indicios racionales en relación con la ilicitud penal del partido».

### *La denegación o retraso de la inscripción por coincidencia en la denominación*

Menos dificultades teóricas plantea la denegación o retraso de la inscripción por la Administración en virtud de las facultades que le otorga el art. 5.1 LOPP en relación a los defectos formales, en concreto a la denominación. Esta previsión es también recurrida por el Gobierno vasco al considerarla contraria a la configuración constitucional del derecho de asociación como un derecho

fundamental de eficacia directa, sin necesidad de reconocimiento alguno por el poder público. A mi juicio, la fundamentación interpretativa del Tribunal Constitucional disipa cualquier duda sobre la constitucionalidad de este precepto. Entiende el Tribunal que las facultades atribuidas al Ministerio del Interior para suspender el plazo de inscripción únicamente podrán aplicarse cuando se compruebe de manera clara y manifiesta que concurre una plena coincidencia o identidad entre las formaciones políticas o entidades en contraste de tal manera que los demás supuestos de semejanza o riesgo de confusión en virtud de la denominación, no habilitan para una eventual suspensión del plazo para la inscripción al amparo del ar. 5.1 LOPP (FJ 21).

### *Los supuestos de intervención administrativa en el procedimiento de inscripción*

Finalmente, también se impugna la facultad del Ministerio del Interior para instar ante el órgano judicial la declaración de «improcedencia de la continuidad o sucesión de un partido». El Tribunal alega que el Ministerio del Interior no tiene facultades para denegar la inscripción sino sólo para instarla y esto no supone una injerencia ilegítima en el ejercicio del derecho fundamental porque, en definitiva, la apreciación de si procede impedir, con dicha base jurídica, la creación e inscripción del nuevo partido, corresponde al órgano judicial (FJ 22). Sin embargo, antes había afirmado de forma solemne, como hemos indicado, que «a la autoridad administrativa tan sólo se le atribuye una actuación de constatación rigurosamente reglada, en cuanto contraída a los aspectos formales a través de los que se manifiesta el acto de constitución (acta fundacional y documentación complementaria)» (FJ 20). Pero si esto es así, ¿como ha podido deducir que un determinado partido continúa o sucede a otro anterior? Cuando los promotores de un partido son los mismos de otro disuelto la mera verificación reglada puede permitir comprobar ese dato e instar la declaración. Sin embargo, el problema se plantea cuando no se deduce de ese control formal sino que se adentra en la valoración de la documentación presentada para alcanzar esa conclusión. Obviamente de nada sirve decir que no supone injerencia en el derecho porque es el órgano judicial quien se pronuncia de forma definitiva. Esa no es la cuestión. Lo que debemos discernir es si se ha producido una injerencia administrativa en el proceso inscriptivo, un control *ex ante* que vulnera el art. 22 CE. Este es el núcleo problemático de este precepto, que nos permite vincularlo al ya mencionado art. 5.2 LOPP por su coincidencia esencial. Cuando se permite al Ministerio del Interior instar una determinada declaración (art. 12.3 LOPP) o poner en conocimiento del Ministerio Fiscal indicios racionales de ilicitud penal (art. 5.2 LOPP) durante el proceso de inscripción del partido se está reconociendo un control *ex ante* de los partidos por parte de la autoridad administrativa. El Tribunal Constitucional ha mantenido en su doctrina que la actuación registral se limita a la «verificación reglada» de la documentación que se presenta, y así lo reitera en la propia STC



48/2003 (FJ 20). Además, concreta que verificación reglada es comprobar si los documentos que se le presentan corresponden a materia objeto de registro y reúnen los requisitos formales necesarios (STC 3/1981/5). Con ello, se elimina el control o autorización previa en la intervención administrativa, más allá del control formal externo (STC 85/1986/3). Eso significa que, en el caso del art. 12.3 LOPP, el Ministerio del Interior podrá comprobar los datos formales presentados para la inscripción y si de estos se deduce «continuidad o sucesión de un partido disuelto» instar la declaración prevista en ese precepto. El supuesto de la identidad de promotores es arquetípico. Pero lo que no puede hacer, porque ya supondría un control material, es valorar los fines u otros elementos del contenido de la documentación aportada. En el FJ 20 recuerda su doctrina de la verificación reglada, sin embargo, en el FJ 22, cuando se ocupa de un supuesto en el que existe un riesgo cierto de introducir un control material, acepta la legitimación del Ministerio para instar, sin más limitaciones, la «declaración de continuidad o sucesión de un partido disuelto». Reiteramos que esta intervención administrativa puede abrir el cauce al control material, salvo que se ciña a los datos formales y externos del nuevo partido que se pretende inscribir. Hubiera sido conveniente una concreción interpretativa en ese sentido, limitando el alcance del precepto a la coincidencia de los promotores u otros elementos formales en la documentación presentada a inscripción, para impedir que la autoridad administrativa inste la declaración de «continuidad o sucesión» de un partido disuelto a partir de valorar la documentación que se aporta.

Igual sucede con la puesta en conocimiento del Ministerio Fiscal de los indicios racionales de ilicitud, del art. 5.2 LOPP, trámite ya previsto en el art. 3 de la Ley 54/1978, aunque ahora se regula incluso la suspensión del plazo por la propia administración y no por el Ministerio Fiscal (art. 5.4 LOPP). La mayor parte de la doctrina entendía que ese precepto debía considerarse derogado en virtud de la DD tercera, en cuanto faculta el control *ex ante* de las asociaciones para solicitar la declaración de ilicitud, contrario al art. 22 CE<sup>35</sup>. No obstante, en este caso el Tribunal Constitucional no se ha pronunciado al no haber sido recurrido por el Gobierno vasco. Por ello, se trata de valorar si debía haber extendido el enjuiciamiento a este precepto, pese a no haber sido impugnado. El art. 39 LOTC le habilita para ello. Además, el Tribunal utiliza una argumentación jurídica de la que debe deducirse esa consecuencia. No puede afirmarse con toda rotundidad que no cabe control material sino verificación reglada y soslayar un supuesto que notoriamente permite ese control y que, precisamente por ello, no tiene parangón en el Derecho comparado<sup>36</sup>

35. Cfr. J. JIMÉNEZ CAMPO, «La intervención estatal...», cit. pp. 179-183; I. DE OTTO PARDO, op. cit. pp. 105-124; E. COBREROS MENDAZONA, «El derecho a asociarse en partidos políticos», RVAP, 1, 1981, p. 219; A. RODRÍGUEZ, *Transición política y consolidación constitucional de los partidos políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 180 ss.

36. En las legislaciones europeas, se impide de forma expresa que los Registros se adentren en el contenido de la documentación presentada. Cfr. D. MARTÍN MERCHAN, *Partidos políticos. Regulación legal*, Presidencia del Gobierno, Madrid, 1981.

y ha sido denunciado por la doctrina desde hace muchos años, en su formulación de 1978<sup>37</sup>.

## 6. UNA REFLEXIÓN FINAL: *ALGO SE MUEVE EN EL DERECHO DE PARTIDOS TRAS LA LO 6/2002 Y LA STC 48/2003*

La STC 48/2003 enjuicia una ley que formalmente regula el régimen jurídico-constitucional de los partidos, pero cuya mera lectura muestra que su objeto es introducir en nuestro ordenamiento *ex novo* un procedimiento de ilegalización y disolución de partidos políticos. Por ello, las causas y procedimiento de ilegalización y disolución son detallados con exhaustividad, mientras en los restantes aspectos del Derecho de partidos apenas se aportan elementos novedosos respecto a lo regulado en la Ley 54/1978. Esta ley preconstitucional fue sumamente útil para articular el pluralismo partidista, pero, por un lado, contenía una regulación esquemática de los distintos aspectos del régimen jurídico-constitucional de los partidos, y por otro, tras veinte años de desarrollo del Estado de partidos precisaba una actualización. Parece evidente que la LO 6/2002 no lo ha hecho, sin que resulte convincente el argumento del Tribunal Constitucional, según el cual en este momento histórico más que regular la organización, funcionamiento y actividad de los partidos, la legislación debe proteger el régimen pluralista frente a los que pretenden desvirtuarlo por medios violentos.

Pero, más allá de su aparente distrofia o sus deficiencias técnicas la importancia de la LOPP estriba en que introduce en nuestro ordenamiento una concepción de los partidos distinta a la que habían configurado la doctrina científica y la jurisprudencia constitucional a partir de la Ley 54/1978 y el art. 6 CE. El legislador ha incorporado a nuestro ordenamiento un modelo de democracia militante, como existe, con características diversas, en Alemania, Turquía o Israel y ha sido aceptado por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En España se concreta en la defensa de la Constitución frente a los partidos vinculados al fenómeno terrorista.

El Tribunal Constitucional ha negado formalmente este cambio en la comprensión de los partidos, pero lo ha hecho con declaraciones solemnes, sin aportar una sólida argumentación jurídico-constitucional. La aprobación de

37. Esta actitud del Tribunal Constitucional respecto a la regulación legal del control *ex ante* no es nueva. Tampoco el art. 3 de la Ley 54/1978 fue declarado inconstitucional aun cuando hubo diversas ocasiones para ello. En la STC 85/1986 indica el Tribunal que la inscripción constitutiva no puede abrir el paso a la discrecionalidad administrativa. Pretende eliminar cualquier forma de control o autorización previa en el proceso de inscripción registral. Dicho con sus propias palabras, solo es constitucionalmente admisible con el alcance de un control formal externo y de naturaleza estrictamente reglada (FJ 3). Y no tiene cabida en la Constitución un sistema de control preventivo que dejara un amplio margen de decisión a la Administración (FJ 4). El problema es que este existía en la Ley 54/1978 y se ha mantenido en la LO 6/2002, en cuanto se faculta el control *ex ante* de la asociación para solicitar la declaración de ilicitud.

una Ley que establece un procedimiento específico para la ilegalización de partidos, distinto al regulado en Código Penal, con un referente axiológico cual es la vulneración de los principios democráticos supone inevitablemente incorporar a nuestro ordenamiento jurídico un modelo de defensa de la Constitución frente a determinados partidos políticos. Por ello, en lugar de reiterar el rechazo a la democracia militante, el Tribunal debería haber centrado su argumentación en concretar sus límites. Ciertamente, la propia STC 48/2003 aporta el utillaje necesario para ello. La exigencia de interpretación conjunta de los principios del 9.2 LOPP con el elenco de conductas del 9.3 LOPP permite ceñir la vulneración del principio democrático exclusivamente a la comisión de alguna de las conductas enumeradas en este último precepto. Sin embargo, el Tribunal, en lugar de profundizar en el carácter «atenuado» de la «democracia militante», introducida en nuestro ordenamiento por la LO 6/2002, se limita a negar su existencia con dos argumentos sumamente débiles: la posibilidad de reforma total de la Constitución y una separación, más teórica que real, entre fines y conductas de un partido político. La consecuencia de esta argumentación «débil» es que ha permitido al Tribunal Supremo en su sentencia de ilegalización de Batasuna aplicar la LOPP como un instrumento de defensa de la Constitución frente a partidos hostiles a la democracia pluralista constitucionalmente consagrada.

Además, otro cambio notable provocado por la LO 6/2002 y la STC 48/2003 ha sido la interpretación restrictiva de los derechos fundamentales interrelacionados con el Derecho de partidos. Así en el repaso a las conductas que provocan la ilegalización de partidos hemos observado que se tipifican actos que son un mero ejercicio de derechos fundamentales. Por tanto, aparejarle la consecuencia jurídica de la ilegalización del partido conlleva, inevitablemente, la limitación de esos derechos. Sin embargo, el Tribunal Constitucional o soslaya la cuestión o la justifica con un fundamento jurídico de carácter interpretativo. Ha sido el caso de la libertad ideológica en relación al «apoyo implícito» al terrorismo o el derecho al sufragio pasivo cuando se sanciona la inclusión en listas electorales de personas que fueron condenadas en el pasado por delitos de terrorismo y no han rechazado de forma expresa el uso de la violencia.

Pero, acaso es en la regulación de la intervención administrativa en el procedimiento de inscripción en la que se observa con nitidez el carácter restrictivo de la LO 6/2002, respecto a una regulación anterior ya restrictiva, que no tiene parangón en los ordenamientos jurídicos europeos. La Ley 54/1978 habilitaba a la autoridad administrativa para remitir al Ministerio Fiscal la documentación presentada para la inscripción cuando hubiera advertido «indicios racionales de ilicitud penal». Esta previsión era considerada inconstitucional por buena parte de la doctrina e interpretada muy restrictivamente por la jurisprudencia constitucional. Sin embargo, la LO 6/2002 no sólo mantiene ese supuesto sino que faculta expresamente al Ministerio del Interior para suspender la inscripción e incluso introduce una nueva modalidad de interven-

ción administrativa para instar la declaración de que un partido que pretende inscribirse «continúa o sucede» a otro ya disuelto. El Tribunal Constitucional, aunque recuerda su doctrina previa sobre la inconstitucionalidad del control *ex ante* por la autoridad administrativa no expulsa del ordenamiento estos preceptos, en unos casos amparándose en que no habían sido recurridos por el Gobierno vasco y, en otros, con el insostenible argumento de la intervención ulterior del órgano judicial, que decide finalmente sobre la continuidad o no del procedimiento de inscripción.

En conclusión, la STC 48/2003, pese a su esfuerzo interpretativo, ha consagrado definitivamente en nuestro ordenamiento la legitimidad política de una Ley que introduce un modelo, siquiera atenuado, de democracia militante, e incorpora notorias restricciones al derecho a crear partidos y otros derechos fundamentales vinculados al régimen jurídico-constitucional de los partidos políticos.