

«PATRIOTISMO» Y MUTACIÓN CONSTITUCIONALES

(En torno a la LO 6/2002 de partidos políticos
y la STC 48/2003)

Por MONTSERRAT NEBRERA *

SUMARIO

ALGO DE LITERATURA Y UNA HIPÓTESIS CIENTÍFICA.—ALGUNAS CONSIDERACIONES PREVIAS:
a) La relevancia constitucional de un cierto tipo de asociación. *b)* Ley singular.
c) Fraude de Ley y abuso de derecho. *d)* Promotores y afiliables. *e)* El momento
en que el partido es persona. *f)* El control de la actividad de los partidos. *g)* El si-
lencio como actividad. *h)* «Democracia militante» y cláusulas de intangibilidad.
i) Partidos contra partidos, o la división de poderes.—UNAS CONCLUSIONES SOBRE
LAS CONSIDERACIONES PREVIAS.—REELABORACIÓN DEL DISCURSO Y CORROBORACIÓN DE
UNA HIPÓTESIS: 1. *Definición del campo: mutación constitucional.* 2. *Objeto consti-
tucional mutado: universales restringidos.*—¿REFUTACIONES DE LA HIPÓ-
TESIS?—CONCLUSIONES.—BIBLIOGRAFÍA CITADA.

ALGO DE LITERATURA Y UNA HIPÓTESIS CIENTÍFICA

Supongamos que un ciclo día del 2006, en el contexto de gobiernos de-
mocráticos que caracteriza Europa, unas elecciones de las que nadie se atre-
vería a decir que han sido manipuladas dieran la victoria a un partido políti-
co cuyo ideario es la eliminación del sistema democrático como forma de
elección de los gobernantes y su sustitución por una forma monárquica en el
sentido tradicional y etimológico del término. La argumentación de dicho
partido a lo largo del período electoral ha sido inequívoca: su constatación
del desorden al que se ha visto abocado el país durante los años de democra-

* En recuerdo de J. J. GONZÁLEZ ENCINAR, que descubría los guiños entre partidos.

cia lo han convencido de la justicia de determinar los elementos de gobierno de acuerdo con el criterio de los más sabios, es decir, sin apelar a la regla democrática más que en esta última convocatoria de elecciones, esto es, confiando por última vez en el parecer de la mayoría.

Si efectivamente la población del hipotético país europeo (1) decidiera (incluso por amplia mayoría) el jurídicamente definitivo (también hay que decirlo) cambio de régimen, habría que aceptar no sólo el enorme peso de autoridad que el programa político antidemocrático habría ejercido sobre los electores, sino además y sobre todo, desde nuestra perspectiva, la necesidad de reconsiderar la gran cantidad de bibliografía en la que juristas españoles y su entorno intelectual han defendido la imposibilidad (o la ilegitimidad) de destruir la democracia con métodos democráticos (2), porque, a su juicio, el debate sobre las transformaciones jurídicas del Estado se debe plantear siempre enmarcado por esas coordenadas, sin que quepa una consideración meramente formal de la democracia como un sistema en el que se pueda discutir incluso la democracia misma.

Podríamos entender entonces que la cuestión que se esconde tras tanto diálogo oscuro en el contexto de los Estados de Derecho es qué tratamiento debe darse a los partidos políticos cuyos fines sean la eliminación de la democracia y la instauración de un orden nuevo en el que la autoridad real y simbólica de un individuo (rey, caudillo, presidente) no pueda ser contestada de entonces en adelante. Ése mismo parece que deba ser el planteamiento respecto de partidos que abogan por la autodeterminación de un pueblo, definido por ellos mismos, y en consecuencia lo que consideran el reconocimiento de su carácter autónomo e independiente respecto del Estado en el que aparecen jurídica y políticamente integrados (3).

(1) Hipotético por europeo, porque una situación semejante se dio en las elecciones argentinas, después declaradas inválidas, que dieron la victoria al partido fundamentalista Frente Islámico de Salvación (FIS) en 1991. El 65 por 100 de población chiíta en el Iraq «post-Sadam» puede configurarse como caldo de cultivo para un escenario semejante.

(2) Para tal corriente doctrinal, como veremos y a pesar de que la Constitución española no pone más límites a la reforma constitucional que los de su realización por el procedimiento (costosísimo) en ella dispuesto, existen unas sustantivas cláusulas implícitas de intangibilidad, que son la libertad y la igualdad; para otros, la soberanía popular.

(3) Sin duda podría criticarse la falta de parangón entre ambos supuestos por la irrealidad del primero, frente al carácter recurrente de las reivindicaciones independentistas en muchos países europeos y de su orbe civilizatorio, pero se convendrá en que no es menos cierto que la consecución de la autodeterminación de un pueblo dentro de un Estado como el español tiene en la actualidad un sesgo tan rematadamente insoluble como éste. No sólo porque la unidad del Estado se plantea como un presupuesto de su supervivencia identitaria (defendible hasta las últimas consecuencias, como describe BLANCO, 2002), sino también porque la concreción de los parámetros en los que habría de plantearse el debate sobre la autodetermina-

Los partidos políticos que alientan el derecho a la autodeterminación de un conjunto de personas hoy consideradas españolas están presentes en la argumentación de la nueva Ley de Partidos Políticos (4), pero el asunto en el que centra su regulación, incluso de forma desmesurada a juicio de algunos es en los modos utilizados en la participación electoral y política en general (5).

En ese contexto formulo la hipótesis que pretendo corroborar:

La identificación del derecho fundamental a la seguridad con la prevención ha producido una mutación en los universales del derecho de participación política y de la presunción de inocencia.

La LO 6/2002 de partidos políticos (en adelante, LOPP) ha sido objeto de amplio debate, no sólo entre la doctrina, sino también en el seno de los órganos encargados de emitir el preceptivo dictamen. En última instancia, como veremos, esas discrepancias cifran en clave intelectual los distintos modos de concebir la defensa del Estado de Derecho (6). En ese Estado de

ción (sujetos que deberían ser interpelados, modo y concreta formulación de la pregunta, consecuencias en cuanto a la causación de precedente respecto de otras pretensiones independentistas, presupuestos que deberían concurrir para que se aceptase un nuevo debate sobre un nuevo supuesto...) son infinitamente más complejas que el Estado autocrático al que nos hemos referido en nuestro supuesto inicial. *Vid.* en relación con este tema, ESCOLÀ, 2001.

(4) Para más de un comentarista político el nacionalismo español se enfrenta a los otros identificables en el marco del Estado en esta, como en tantas otras manifestaciones legislativas y reglamentarias del actual partido político en el gobierno. Algunos incluso identifican en tal nacionalismo el significado del referente «patriotismo constitucional» (AGUADO, 2002).

(5) De ahí, de esa circunstancialidad tan inmediata, deriva sin duda la servidumbre insoportable de algunos de los postulados de la ley, a lo que no ayuda en nada el sesgo ideológico del grupo político que ostenta (por mayoría absoluta, tampoco lo olvidemos) el gobierno del Estado en la actualidad. Un análisis jurídico, empero, debe partir de premisas jurídicas, a pesar del condicionamiento impuesto por un objeto tan rayano en lo político como lo es la norma constitucional, como lo son sus inmediatos desarrollos; máxime cuando la propia ley que nos proponemos estudiar parte en su Exposición de Motivos de una «*circunstancia histórica nueva*» a la que la antigua regulación no podía dar respuesta, y a la que se refiere explícitamente algún tratadista de Derecho Constitucional, al decir que «*Sin la persistencia de la amenaza terrorista de (X) es prácticamente seguro que la Ley 54/1978, de 4 de diciembre, continuaría siendo la norma que definiría el régimen jurídico de los partidos políticos en España*» (PÉREZ ROYO, 2002: 654) «*sin la persistencia de la amenaza terrorista de (X) es prácticamente seguro que la Ley 54/1978, de 4 de diciembre, continuaría siendo la norma que definiría el régimen jurídico de los partidos políticos en España*».

(6) Por ejemplo, el Consejo General del Poder Judicial (en adelante, CGPJ) manifestó su fraccionamiento ideológico en una materia como ésta. Teniendo en cuenta el número de miembros que integran el CGPJ, el hecho de que el Sr. Aguiar de Luque firmase, junto a siete vocales más, un voto particular, y que otro tanto hicieran el Sr. Pantoja y el Sr. López Tena nos da idea de la ausencia de unanimidad en los pareceres.

Derecho, en concreto en el que se constituye de acuerdo con la CE 1978, el derecho de participación política se predica, al menos, de todos los españoles que se encuentran en plena capacidad de obrar, y la presunción de inocencia se reconoce a todas las personas sin distinción de nacionalidad. Determinadas implicaciones de la LOPP nos llevan a afirmar que tales universales han cedido frente a una hipertrofia del derecho a la seguridad (7).

ALGUNAS CONSIDERACIONES PREVIAS

Existen ciertos aspectos de la LOPP que debo significar antes de desarrollar argumentativamente mi hipótesis. Tales aspectos tienen distinto estatuto, y a mi juicio han sido manejados en el debate de forma desordenada. Intentaré realizar una secuencia lógica:

a) *La relevancia constitucional de un cierto tipo de asociación*

Hay una enorme coincidencia en iniciar la consideración de la LOPP por una reflexión sobre la naturaleza jurídica del partido político, coincidencia que también alcanza a definirlos, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional (en adelante, TC) en la materia, como entes privados, de base asociativa, cuyo derecho de creación reconoce el art. 22 de la Constitución Española (en adelante, CE), pero que pueden ejercer funciones públicas, de acuerdo con el enunciado del art. 6. Distintas son, sin embargo, las conclusiones que se extraen de tal naturaleza, pues mientras para algunos ello significa que su libertad debe ser aún mayor en orden a vertebrar el ejercicio libre de la participación política y la concurrencia a la formación de la voluntad popular (8), dicha naturaleza híbrida (9) también ha permitido al TC

(7) Y no es ésta una nueva manifestación de la necesaria ponderación entre derechos al estilo de la que, a favor de unos o de otros, se produce entre derecho a la vida y libertad ideológica, derecho al honor y libertad de expresión, o derecho a la intimidad y libertad informativa. Se trata ahora de la negación de un referente constitucional: el universal «todos», en un contexto homogéneo y para determinados derechos, se ha destruido.

(8) En su estudio sobre el derecho de asociación LUCAS (1996) recoge el parecer de la doctrina que se apunta a esta tesis en el sentido de entender que ya es criticable el hecho de que se deje en manos del legislador penal la determinación de qué sea delito en este ámbito.

(9) *Vid.* BASTIDA (1987), aunque también después GONZÁLEZ ENCINAR (1992) y aún antes GARCÍA-PELAYO (1985), en diversas reflexiones sobre esa naturaleza particular de los partidos como puente entre la sociedad y el Estado. De hecho para algunos, como GONZÁLEZ ENCINAR (él es quien propone la distinción entre lo público, lo privado y lo estatal), la ausencia de cualquier otra mención a los partidos políticos que el art. 6 CE viene determinada por su especial

decir que tales funciones públicas, que le permiten gozar legalmente de determinados «privilegios» han de tener como lógica contrapartida ciertas «limitaciones» no aplicables a las asociaciones en general (STC 3/1981, de 3 de febrero); en definitiva, un plus de sujeción a la Constitución (STC 51/1985, de 10 de abril).

Esta caracterización que el intérprete supremo de la Constitución hace de los partidos políticos, es decir, su criterio de la relevancia constitucional de los partidos en la construcción del pluralismo político, es muy anterior a la STC 48/2003, y le ha servido para justificar algunos de los supuestos de limitación en su creación o mantenimiento. En todo caso, está en la base de otros múltiples puntos polémicos de la ley que analizamos, como es el de la legitimación para instar su ilegalización, o el de la atribución de su enjuiciamiento a una sala especial del Tribunal Supremo. Lo veremos más adelante.

También existe una cierta unanimidad en criticar el hecho de que se haya perdido una oportunidad histórica de dotar de contenido efectivo la Ley orgánica de partidos, a diferencia de la opción adoptada por otros Estados europeos tan preocupados o más por asegurar la constitucionalidad de los presupuestos de actuación de los mismos. De hecho, tal crítica se cohonestaba con otra, argüida por el Gobierno Vasco en su recurso de inconstitucionalidad contra la ley, de la del carácter singular de la norma. Esto lo vamos a analizar seguidamente.

b) *Ley singular*

Bastida (2002) en su aproximación crítica al borrador de la actual LOPP dice que «no regula el ejercicio normal del derecho a crear partidos (sino...) las patologías del ejercicio». Las razones que le indujeron a hacer tal afirmación pueden entenderse vigentes en la medida en que los extremos del borrador que a su juicio adolecían de tal defecto continúan presentes en el redactado definitivo de la ley (10). Sin embargo, creo que no puede derivarse del hecho de que dedique una gran parte de éste a la contemplación del caso en que un partido pudiera incurrir en actividades consideradas ilícitas y de las

protagonismo en el texto constitucional, a modo Constitución material mortatiana, escudando en el silencio su carácter de auténtico poder constituyente y, en consecuencia, libre. En cualquier caso la zona difusa que introdujeron los partidos entre la esfera privada y la pública en los objetos de regulación normativa fue ya lúcidamente analizada por GARCÍA-PRIAYO (1985: 200) a finales de los años setenta, pues de esas fechas es la primera edición de su libro, que citamos, sobre las transformaciones del Estado contemporáneo.

(10) Otra cosa es que consciente o inconscientemente aspectos capitales en la regulación de los partidos políticos hayan quedado relegados por la tan central dedicación a este tema.

que se extraiga la consecuencia de su disolución, con el hecho de que se trate de una ley de caso único. No es un caso único, si acaso podría ser un fenómeno único, del que es imposible predecir su reconducción a un único supuesto, incluso aunque esto fuera lo deseable. En ese sentido se pronuncia la STC 48/2003, cuando dice que *«la Ley impugnada no sólo es general formalmente por el modo en que se halla formulada; sino que también lo es materialmente, en tanto contempla, en abstracto, una serie de conductas, cuya realización en forma “reiterada y grave” podría determinar la disolución de cualquier partido presente o futuro»*. En efecto, la comprobación de que ello es así en la ley que analizamos es que, disuelto el partido al que Bastida se refiere, la LOPP continuará vigente, máxime cuando, como en seguida veremos, pretende perpetuar la persecución de todas las formas que pueda adoptar un partido que encaje en el supuesto de hecho formulado.

Cosa distinta es, por supuesto, que una formulación legal en la que el principal objeto de regulación es el conjunto de situaciones irregulares que pueden conducir a la defenestración de un partido político pueda resultar desesperanzadora e inconvenientemente vinculada al momento histórico, pero desde luego también habrá que convenir que su envejecimiento inmediato tal vez no sería más que una buena noticia, pues significaría que el conflicto político que contempla y que pretende resolver ya no existe. En una palabra, concebir otro planteamiento en esa ley era poco factible. Más incluso, probablemente inconstitucional por otros motivos a los que nos referiremos después, pero no criticable, a mi juicio, en lo que atañe a su singularidad, salvo que refiramos esta expresión a su carácter peculiar. Porque lo es.

c) *Fraude de ley y abuso de derecho*

Se podría argumentar, sin embargo, que la singularidad deviene del sorprendente modo en que la ley contempla la posibilidad de perseguir una formación política, con independencia de las siglas que adopte, intentando así evitar una circunstancia que ya se ha dado en nuestro panorama político, es decir, que un partido haya ido adoptando denominaciones distintas en función de la persecución penal a la que haya podido ser sometida la actividad de algunos de sus miembros, el miedo a una posible declaración penal de ilegalización del partido, o la conveniencia de desmarcarse de una identificación con ciertos hechos o ideas del partido sustituido y frente a la opinión pública. Ése es sin duda el sentido del fraude de ley que específicamente describe la Disposición Transitoria única del texto y que también ha suscitado una amplia discusión doctrinal, de la que sólo parcialmente se ha hecho eco el TC en su sentencia.

En efecto, el apartado 2 de la Disposición dice que «tendrá la consideración de fraude de ley la constitución, en fecha inmediatamente anterior o posterior a dicha entrada en vigor, de un partido político que continúe o suceda la actividad de otro, realizada con la intención de evitar la aplicación a éste de las disposiciones de esta Ley». El TC ha entendido que una interpretación conforme a la CE salva ese enunciado, con independencia de que la reiteración y gravedad de las conductas que puedan llevar a la ilegalización se documenten en la trayectoria del partido político anterior a la entrada en vigor de la ley (11). Dicha interpretación se refiere a los tiempos que en la Disposición se regulan, pues la expresión literal de su articulado es clara: lo que ahí se describe es, no hay duda, un supuesto específico de fraude de ley, pero la mención a la constitución de un partido en el momento inmediatamente anterior a la vigencia de la ley no puede ser entendida formalmente como supuesto objeto de consecuencia jurídica, sino de modo indiciario para la determinación de causas de ilegalización del partido a partir de la entrada en la ley. De otro modo podría vulnerar la irretroactividad de este tipo de normas, cuestión polémica, si no se admite, según la postura del TC, el carácter punitivo de la medida, y la seguridad jurídica que garantiza la CE en todo caso. Es decir, que en sí mismo no significa nada, pues la norma gene-

(11) De hecho la sucesión de partidos en unidad de actuación e ideario ha sido parte fundamental de la argumentación de la STS (Sala especial del art. 61 LOPJ) que ilegaliza por primera vez un partido político de acuerdo con la nueva LOPP. Parte de ella se dedica a detallar las modificaciones a las que se vio sometido aquél hasta llegar a su formulación actual, bajo la cual ha sido disuelto: «*Por Sentencia de fecha 1 de diciembre de 1997 la Sala Segunda del Tribunal Supremo condenó a los veintitrés miembros de la Mesa Nacional de XXX a sendas penas de siete años de prisión, quinientas mil pesetas de multa y suspensión de cargo público y derecho de sufragio durante el tiempo de duración de la condena, por delito de colaboración con banda armada, por haber puesto a disposición de la banda terrorista ZZZ los espacios electorales gratuitos en los medios de comunicación que, como partido político, disfrutaba por su participación en las Elecciones Generales que se celebraban el 3 de marzo de 1996 (...). A consecuencia de esa circunstancia (...), los responsables de XXX decidieron (...) un cambio de denominación y de fórmula jurídica, constituyendo YYY como candidatura electoral para concurrir a las elecciones autonómicas de 25 de octubre de 1998 (...). En fecha 3 de mayo de 2001, D. A.B.C. (es decir, la misma persona que realizó idéntica actividad con respecto al partido YYY) presentó en el Registro de Partidos Políticos dependiente del Ministerio del Interior acta notarial protocolizada de constitución del partido político XX. El nacimiento de este partido político supuso una continuidad de acción, con presencia de las mismas o sustancialmente similares personas...».* También hay que decir que la expresión genérica del fraude de ley, regulada en nuestro C. Civil, ha tenido múltiples manifestaciones en el Derecho privado (un ejemplo cercano sería la fraudulenta sucesión de empresas que pretende la evasión de responsabilidades fiscales o laborales). Como tantas otras veces, de ahí se llega con el paso del tiempo a su formulación en la esfera jurídico-pública.

ral del fraude de ley le sería de aplicación aunque nada se hubiese dicho (12).

La Disposición Transitoria no es, sin embargo, el único, ni el principal supuesto de fraude de ley que contempla la LOPP. De mayor calado es el art. 12.1.b), pues recuerda que *«se presumirá fraudulenta y no procederá la creación de un nuevo partido político (...) que continúe o suceda la actividad de un partido declarado ilegal y disuelto»*.

La naturaleza preventiva que adopta esta aplicación del fraude de ley en lo referente a la creación de partidos políticos se reproduce en el instituto del abuso de derecho que la LOPP recoge en su art. 12.4, pues en él se dice que *«la Sala sentenciadora (de la ilegalización de un partido) rechazará fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho...»*. Dicha naturaleza de prevención en la configuración de estas dos figuras jurídicas en relación con la creación de un partido político es uno de los argumentos para la corroboración de nuestra hipótesis.

d) *Promotores y afiliables*

Dos son los temas que tienen su ubicación aquí, siendo uno consecuencia del otro: el de la titularidad del derecho a crear partidos políticos y el del carácter restrictivo de derechos que tienen alguno de los requisitos que determinan la capacidad de obrar en esta materia.

La capacidad de las personas para crear un partido político puede afectar la efectiva existencia de éste, obviamente, pero sobre todo tiene importancia esas personas que pretendan crearlo y no puedan por no cumplir los siguientes requisitos recogidos en los arts. 1.1, 2.1 y 8.1 de la LOPP:

- a) nacionalidad española,
- b) persona física,
- c) mayor de edad,
- d) sin limitación legal para el ejercicio del derecho,
- e) no haber sido condenado penalmente por asociación ilícita y estar pendiente de rehabilitación,
- f) no haber sido condenado penalmente por un delito grave de los Títulos XXI-XXIV del C. Penal y estar pendiente de rehabilitación.

(12) Aunque tal vez no de forma completamente igual, pues la cuestión semántica que se esconde en la expresión subrayada es la de determinar hasta cuándo se puede perpetuar la indagación de la intención de perpetuar la acción de un partido político disuelto por algunas de las causas contempladas en la ley.

Aunque desde el punto de vista sustantivo estas limitaciones pueden obviarse haciendo promotor del partido a otro que no incurra en ellas (pues para ser miembro el art. 8.1 sólo exige ser persona física, mayor de edad y no tener restringida la capacidad de obrar), desde el punto de vista jurídico nos tenemos que plantear qué supone limitar la posibilidad de crear un partido a quienes no se encuentren en esas dos específicas situaciones penitenciarias (13). Es decir, no nos preguntamos por la justificación de hacerlo, pues parece razonable que en cuanto no haya sido rehabilitado, quien incurra en los delitos que protegen bienes jurídicos como la Constitución (Título XXI), el orden público (Título XXII), la defensa nacional (Título XXIII) o la comunidad internacional (Título XXIV) puedan ser socialmente considerados faltos de legitimación para pretender formar un partido político, dada la naturaleza tan repetidamente calificada de híbrida entre lo privado y lo público que éste tiene. Pero, aunque el alto intérprete constitucional recuerda que la determinación en el término «graves» viene de la taxonomía establecida en el art. 13.1 del C. Penal, nos debemos preguntar por la legitimidad de una ley que se autocalifica de no penal y que, en tal sentido, ignora las restrictivas condiciones que la CE exige de éstas ex art. 25, para imponer este «requisito de capacidad», como lo califica la STC 48/2003 (FJ 19); y nos debemos preguntar también por la posibilidad de imponer esta restricción de un derecho (sea o no pena) con carácter retroactivo respecto de aquellas conductas realizadas con anterioridad al momento en que la disposición entra en vigor (14).

No es lo mismo promover la creación de un partido político que afiliarse a él. La ley también contempla la posibilidad de que personas con un historial personal atentatorio del juego democrático en la captación de sufragios para un determinado partido y sobre todo personas de las que se haya probado su pertenencia simultánea a organizaciones terroristas deban ser expulsadas del partido, so pena de que éste incurra en causa de disolución. Este especial control de los afiliados es interpretado por el TC en el sentido de que *«no supone, contra lo que sostiene el Gobierno Vasco, injerencia en el ámbito de la organización interna del partido, sino acudir al único expediente capaz de acreditar, desde el partido, que éste no permite que sus miembros militen en grupos violentos»* (FJ 13), sobre la base de que esos miembros

(13) No plantea problemas, a nuestro juicio, la limitación por razón de la nacionalidad. La CE de 1978 distingue, que no discrimina, la radical diferencia que a efectos de estas libertades políticas pueden establecer las leyes entre nacionales y extranjeros.

(14) Aunque desde el punto de vista de su aplicación no tenga sentido a partir de un cierto momento, la argumentación jurídica obliga a preguntarse si, en aras a la seguridad consagrada en el art. 9.3 CE, no habría sido mejor determinar el momento de comisión de los delitos a partir del cual esta restricción se iba a aplicar. Pero sin duda habría retrasado y desvirtuado la utilización de la ley en el supuesto para el que fue concebida.

puedan ser considerados «*personas de las que quepa presumir, fundadamente, una afinidad con los métodos del terror, no con las ideas y programas que (...) eventualmente puedan perseguir organizaciones terroristas*» (FJ 13). Esa «presunción fundada», construida como concepto jurídico indeterminado conduce a otra: la de la existencia de algún lugar en el que vaya quedando registrada la actividad de las personas que se pretende excluir del partido, y una consideración judicial opaca, caso de que los excluibles u otros miembros del partido, impugnasen dicha exclusión, la necesidad de la cual, dicho sea de paso, tampoco aclara la ley (ni la sentencia) cómo va a ser advertida al partido político.

e) *El momento en que el partido es persona*

La cuestión que debemos plantearnos, una vez se ha comprobado que el sujeto promotor cumple los requisitos que marca la ley es ¿desde cuándo es persona el ente creado? Aunque la CE dice que las asociaciones se inscribirán en un registro «a los solos efectos de publicidad», el TC entiende razonable que, en aras a la especial relevancia constitucional tantas veces predicada de las asociaciones constituidas como partidos políticos, pueda ser la inscripción un requisito para la adquisición de personalidad jurídica, porque lo que acabamos de entrecomillar del texto del art. 22 CE tiene su justificación en «*la libertad de creación de asociaciones y partidos, con la que ninguna relación guarda el hecho de que se adquiriera o no la personalidad jurídica*» (FJ 20), de lo que a su vez deriva, dice el TC, que no hay ningún impedimento para hacer de la inscripción un requisito de personalidad (15).

El CGPJ ya advirtió de la necesidad de hacer de este requisito una interpretación conforme a la CE, en el sentido de evitar que se convirtiera en una traba a la libertad de creación de creación de partidos políticos. Ahora bien, teniendo en cuenta el tratamiento de las limitaciones de los promotores para crearlas y las consecuencias negativas que puede acarrear la integración en el mismo de determinadas personas, es obvio que el hecho de que la inscripción sea considerada elemento constitutivo de la personalidad no hace sino ahondar en esa misma voluntad preventiva del articulado de la ley en orden a la evitación de determinados fenómenos de nuestro presente político. De ese modo, la tajancia con la que amparaba la STC 3/1981, de 2 de febrero, el de-

(15) No parece, sin embargo, que esa inscripción constitutiva haya estado en la mente de los redactores de la CE, ni tampoco en el espíritu constituyente. Ese silencio respecto de otras funciones de la inscripción al margen de las de publicidad de las asociaciones sólo podía tener una interpretación *pro libertate*.

recho a crear partidos políticos en el art. 22 CE y, por tanto, en el derecho de asociación, se diluye en esa relevancia constitucional que ahora resulta central en la consideración de aquéllos.

El hecho de que la inscripción sea considerada un elemento constitutivo de la personalidad podría resultar tan banal como lo entiende el TC, si no fuera porque el plazo de veinte días que de acuerdo con la LOPP debe mediar entre la solicitud de inscripción y esta última puede ser suspendido por la interpretación preventiva que pretenda hacerse de los supuestos de interrupción contemplados en la ley. En efecto, si en el momento de instar la creación de un partido alguno de los legitimados para pedir al poder judicial su ilegalización considera que se producen circunstancias que constituyan fraude de ley, o abuso de personalidad jurídica y aunque el TC haya especificado que la suspensión del procedimiento de inscripción sólo se producirá cuando concurren circunstancias como la total identidad de denominación entre el partido disuelto y el que se insta, lo cierto es que la conjunción de los dos preceptos (el del procedimiento y el que regula el fraude de ley) puede ampliar enormemente la acción suspensiva en aras de la prevención de la asociación ilegal. No es ya por tanto, que la que sea ilegal se disuelva, sino que mediante este procedimiento la que se considere preventivamente excluible lo será.

f) *El control de la actividad de los partidos*

La inclusión del término «actividad» en el articulado de la LOPP como uno de los ámbitos a regular no es banal, si tenemos en cuenta el redactado del art. 6 respecto de los extremos de los que debe exigirse el carácter democrático. Estructura y funcionamiento interno no son actividad, salvo que de lo que hablemos sea de actividad interna, y desde luego no es ésta la interpretación que puede darse a lo regulado por la LOPP, pues detalla exhaustivamente conductas de las que el propio CGPJ dijo que su inclusión tenía su justificación política en el delito de terrorismo (16).

Para muchos esta especificación tiene una consideración *ad hoc* que en contexto histórico distinto con toda probabilidad no habría sido siquiera concebida. Y sin embargo, formalmente la situación no es nueva. La Ley 54/1978 de partidos políticos, inmediatamente anterior a la promulgación de

(16) Refiriéndose al anteproyecto que esencialmente mantiene el criterio de control de la actividad dice que «introduce medios de defensa frente a los radicales enemigos del sistema democrático, permitiendo la expulsión del proceso político de aquellos partidos políticos que se hayan propuesto suprimir el propio proceso político» (Extremo VII).

la CE, ya preveía el control de la actividad de los partidos; lo que indiciaba ya dicha ley es la racionalización jurídica producida en el concepto democracia, esto es, su abandono del lugar que otrora ocupó entre las ideologías y su categorización como estructura o sistema. En consecuencia, deviene impensable (aunque hasta ahora no se había previsto como probabilidad que pudiera cuestionarse que un partido intervenga en la actividad política sin expresarse democráticamente (17).

Ni que decir tiene que frente a la hipótesis de la pervivencia de partidos políticos que pudieran ejercer la violencia en la captación de sufragios, la consideración puede incluso comprenderse, pero ni de ello se deriva la legitimidad de que el Estado de Derecho ceda en su compromiso con los mandatos constitucionales, ni por supuesto, asentado el juego democrático se esconde que *«conformarse con la libertad y la igualdad como categorías exclusivamente formales (...) grandes problemas de fondo de la comunidad humana siguen escapando a la función del Estado»* (Hernández-Gil, 1987, pág. 482). La cuestión, en todo caso, se debe conectar con el valor que queremos darle a los mandatos constitucionales del poder constituyente que creó la Constitución, frente a aquel otro poder constituyente que podría latir en la voluntad de una transformación radical de dichos mandatos (PACE, 1997), como veremos más adelante.

Hemos constatado, pues, que junto a la regulación de aquellos aspectos cuya democraticidad exige la Constitución (estructura y funcionamiento internos), la LOPP introduce, también después de la Constitución, la exigencia de que la actividad que desarrollen los partidos políticos en pos de la captación de votos sea también democrática: en efecto, junto a los supuestos que no plantearon dudas ni siquiera a los recurrentes de la constitucionalidad de la ley, esto es, aquellos aspectos de clara incardinación en sede penal, existen otros de los que, no pudiéndose determinar su ilicitud en tal sede (o no queriéndose, por la mayor rigurosidad que reviste el fuero penal en materia de prueba), se dicen que suponen atentar contra el «juego democrático», expresión esta que tomamos de la terminología utilizada por la STC 48/2003.

La actividad del partido político es ciertamente regulable con la Constitución en la mano, pues dada su condición de asociación, las actividades ilícitas o los fines que lo sean permiten incluirla en uno de los supuestos que el Código penal castiga con la disolución. No vale, en cambio, decir genéricamente, como hace la STC 48/2003, que la actividad del partido político debe adecuarse a la Constitución y a la ley, ex art. 6 de su texto (18), porque la

(17) A la racionalización jurídica de la democracia se refiere HERNÁNDEZ-GIL (1987: 479 y ss.).

(18) *«Concluir que los partidos sólo están sometidos a los límites del art. 22 CE sería*

ley, para vincularlo, deberá ser constitucional. En consecuencia, la situación es distinta a la de la Ley 54/1978 de partidos políticos, en la que también se contemplaba esa posibilidad de disolución por la actividad del partido atentatoria de los principios democráticos, pues entonces tal era el único marco legal de referencia. Incluso podríamos entender que la razón por la que no se ha aplicado tal control de la actividad hasta la promulgación de la nueva LOPP es por una implícita consideración de su inconstitucionalidad, ex Disposición Derogatoria 3.^a CE (19).

A juicio del TC, la razón por la que la actividad se puede regular es que atenta contra el juego democrático entre partidos, incumpliendo el mandato que está implícito en el mencionado art. 6 y que la ley explicita, y refiere el TC palabras de la Exposición de Motivos de la LOPP, en el sentido de que *«cualquier proyecto es compatible con la Constitución siempre y cuando no se defienda a través de una actividad que vulnere los principios democráticos o los derechos fundamentales»* (FJ 6). Sin embargo, la razón de que la actividad del partido político deba respetar los principios democráticos (los derechos fundamentales no ofrecen duda), cuando no se trate de actividades sancionables penalmente y cuando además sabemos que el Tribunal Constitucional queda excluido del enjuiciamiento de dicha actividad acaba siendo de difícil fundamentación, salvo que se haga un ejercicio retórico semejante al utilizado en algún otro caso para conceder amparo a sujetos o entes que no estaban contemplados previamente (20).

tanto como admitir que las previsiones del art. 6 se agotan en el contenido de una norma no sancionada, lo que es tanto como decir simplemente en una proposición no normativa», dice la STC 48/2003 en su FJ 6. Pero no puede deducirse una alegación de ese tipo del recurso del Gobierno vasco, quien sólo aduce que la naturaleza orgánica de esta ley deviene de ser desarrollo del art. 22, no del art. 6, y que el principio *pro libertate* opera respecto de los ciudadanos en todos aquéllos aspectos en los que el constituyente no ha otorgado al legislador capacidad para regular. De tal modo, no podría deducirse de ese art. 6 CE la obligación de constreñir la actividad del partido al mandato de la ley, pues ésta sólo es válida si está constituida en el marco de la Constitución. Por tanto la cuestión no es quién puede controlar el cumplimiento de la ley, tema sobre el que sigue argumentándose en el FJ citado de la sentencia, sino qué puede ser contemplado como límite en esa ley cuyo cumplimiento se controle.

(19) En efecto, el art. 5.2.b) de la Ley 54/1978 de partidos políticos disponía que podía resolverse la disolución de un partido político por parte de la autoridad judicial cuando la actividad de aquél fuese contraria a los principios democráticos. A juicio de algunos (BLANCO, 2002: 28) su vaguedad y una distinta convicción general del grado de control que debía ejercerse sobre los partidos tuvieron como consecuencia la inaplicación de esa posibilidad. Mi hipótesis sobre la inaplicación puede ser complementaria (o fundamentadora) de ésta.

(20) Estoy pensando en la consideración jurídica, a mi parecer, errónea, del «pueblo judío», concepto sociológico, o sentimental, o ambas cosas a la vez, pero en ningún caso identificable como titular de un interés legítimo respecto del derecho fundamental al honor. De hecho, la falta de fundamentación jurídico-constitucional de la STC 214/1991, de 11 de noviem-

A mi juicio, si la actividad se puede regular es porque atentar contra el juego democrático, de acuerdo con la descripción de la mayor parte de las conductas que conllevan la ilegalización de acuerdo con el texto de la ley que enjuiciamos, constituye una conducta ilícita penalmente. Sin duda la dificultad de introducir todos los supuestos de actividad atentatoria del juego democrático como conductas subsumibles en tipos tan claros como la apología del terrorismo o los delitos de amenazas y coacciones radica en el hecho de que se trata de conductas atribuibles al partido político en su conjunto, y que la protección del bien jurídico pasa por la capacidad de sancionar a la persona jurídica en sí. El carácter de nuestra legislación penal, incapaz de concebir como sujeto imputable a una persona jurídica, a diferencia de lo que ya sucede en otros países puede ser incluso la razón por la que el TC niega que la ilegalización sea una pena (21), aunque acepta que es una sanción (22).

En definitiva, tres situaciones problemáticas se pueden dar en las actividades que pueden llevar a una ilegalización: o son ilícitos penales, pero no la cometen personas físicas, o si lo son, no pueden ser plenamente identificables como sujeto autor de acuerdo con nuestra legislación penal y, por tanto, el sujeto destinatario de la norma es la persona jurídica (partido) en la que están integradas aquéllas; o lo que ocurre es que a este problema de personalidad se añade el de la no ilicitud penal de las conductas.

En todo caso, el problema fundamental y el máximo grado de reclamación frente a la ley por parte del recurrente Gobierno vasco, alguna doctrina y ciertos sectores discrepantes de los órganos encargados de los preceptivos dictámenes, se refieren a la regulación que ésta hace del silencio. Y es lógico que así sea, porque la actividad (así, abstractamente considerada) ya constituía causa de disolución de un partido político de acuerdo con la antigua ley, como hemos apuntado al principio. Nueva es la taxonomía de actividades atentatorias del juego democrático que describe la LOPP, pero nueva sólo en

bre, también conocida como el «caso Violeta Friedman», en la que se planteaba esta situación, se corroboró en la posterior inclusión del delito de «negación de holocaustos» que tipifica el art. 510.2 y que, con la prudencia que requiere el evitar incurrir en el delito mismo, pongo en duda por lo que se refiere a esa *voluntas constituentis* a la que alude el Gobierno vasco en el cuerpo de su recurso, aunque seguramente no compartiendo los objetivos del recurrente.

(21) En efecto, dice «en el caso de la ley de partidos la demandada será una determinada organización política con absoluta independencia de las personas que la componen, mientras que en los supuestos tipificados como delito en el Código penal los acusados serán personas físicas», FJ 9).

(22) Se refiere al art. 34 C. penal, que dice, entre otras cosas, que no serán penas las privaciones de derechos que establezcan las leyes civiles y administrativas.

cuanto a la determinación de los supuestos. En cambio, la novedad de significar el silencio entra en otra dimensión.

g) *El silencio como actividad*

¿De acuerdo con que regla prohibitiva o limitativa contemplada en la Constitución se puede sancionar el silencio?; es decir, ¿en qué lugar del texto constitucional se dice que callar pueda ser interpretado de modo que conduzca a la consecuencia jurídica desfavorable? (23) Porque el problema fundamental del art. 9 de la LOPP se encuentra sin duda en el alcance del «apoyo tácito» al que se refiere el art. 9.3.a) de la ley, pero no, como ocurre en los ilícitos penales de omisión, por el hecho de no haber realizado un socorro exigible, sino por no realizar condenas de hechos punibles cuando las demás fuerzas políticas las llevan a cabo; aunque haya algún otro momento de una cierta indeterminación jurídica que, si entendemos, como lo haremos, que la consecuencia jurídica es en realidad una sanción, sería deseable haber hecho desaparecer. La libertad ideológica en su vertiente negativa puede ser calificada, sin duda, como el derecho más fuerte desde un punto de vista jurídico, pues puede decirse que no cabe quebrar el silencio sobre las propias creencias ante nada. En el tema que nos ocupa, el silencio no es una omisión de un deber existente, porque no hay un deber jurídico de condenar el terrorismo (¿o sí?), por lo que con dificultad callar se puede entender como apoyo tácito. Y si el apoyo tácito no puede derivarse del silencio, lo que contradice su utilización reiterada en la primera sentencia que se ha dictado en aplicación de la ley, la STS de 27-3-2003 de la Sala 61 LOPJ (24), ¿qué puede integrar tal expresión? Una posible respuesta: en el art. 9.3.a) de la LOPP se dice que podrá ser causa de disolución de un partido político «*dar apoyo (...) tácito al*

(23) Cuando incluso en el art. 24 se llega a decir que el reo tiene derecho a no declararse culpable, cuando incluso cabe el silencio del periodista en un juicio respecto de sus fuentes informativas, cuando lo único que dice el art. 16 es que las manifestaciones de la libertad ideológica tendrán límites, pero no se puede deducir de ello que callar pueda ser considerado un acto jurídico positivo, por más presión social que pueda haber a llevarlo a cabo. La sanción de una presión (o regla) social es la reprobación social, pero no una sanción jurídica. De otro modo, creo que la Constitución, en aras a la seguridad jurídica, debería advertirlo.

(24) La STS de 27 de marzo de 2003 de la sala del art. 61 LOPJ del Tribunal Supremo apoya buena parte de su argumentación para justificar la ilegalización del partido denunciado sobre hechos posteriores a la entrada en vigor de la LOPP, y la mayor parte de esos hechos son hechos no realizados, en concreto, la no condena del atentado cometido por cierto comando terrorista en la localidad de Santa Pola. El resto de la actividad antidemocrática del partido a la que se refiere es la «trayectoria» anterior, que fundamenta la convicción del Tribunal de que contradice la ley aplicada.

terrorismo, exculpando y minimizando (...) la violación de derechos fundamentales que comporta». Y la pregunta es: ¿son esas dos expresiones (apoyo tácito y exculpación; apoyo tácito y minimización) equivalentes a dotar de significados el silencio? Nuestra doctrina fue reticente a considerar constitucional el articulado de la ley cuando todavía se encontraba en fase de borrador y se recabó su parecer (25), pero a pesar de ello la expresión se mantuvo y ha servido para utilizar la no verbalización de una condena al terrorismo como prueba determinante para ilegalizar un partido (26).

A nuestro juicio, el principal problema del alcance que el silencio pueda tener en la ilegalización de un partido político se encuentra en la concatenación de este supuesto de hecho con la perpetuación de la imposibilidad de crear partidos políticos que afecte a los «silentes», porque en tal caso el ámbito de prevención se hace finito, pero ilimitado. Como el universo.

h) «*Democracia militante*» y cláusulas de intangibilidad

La STC 48/2003 afirma explícitamente que el modelo de democracia que inspira la LOPP no es el de «democracia militante», término acuñado para referirse aquellos sistemas políticos (Íñiguez & Friedel, 2002: 40) en los que se exige a los partidos que acomoden su ideario a los principios democráticos, so pena de ser disueltos, aludiendo así a los términos explícitos de la Exposición de motivos de la ley, en la que se dice que «*no se trata de prohibir la defensa de ideas o doctrinas, por más que éstas se alejen o incluso pongan en cuestión el marco constitucional (...) La presente normativa se sitúa en una posición de equilibrio, conciliando con extrema prudencia la libertad inherente al máximo grado de pluralismo con el respeto a los derechos humanos y la protección de la democracia*» (27).

(25) En su Informe sobre el borrador de la LOPP, BASTIDA se pregunta «*ser condescendiente con el régimen de Fidel Castro ¿entra en este tipo?, exculpar a los palestinos en sus atentados ¿encaja aquí?...*», indefinición y ambigüedad de la ley que a su juicio no son coherentes con la restricción de derechos fundamentales que supone la disolución de un partido como consecuencia de dichas conductas entre sus miembros, si encajasen.

(26) Con la tentación de decir que el fin justifica los medios aflorando en muchos labios, como se comprueba en la entrevista que concede a *Tiempo* en su número de 10 de marzo de este año el fundador del movimiento pacifista ¡Basta ya!, FERNANDO SAVATER. *Vid.* al respecto DE BLAS (1995: 32 y ss.).

(27) Difícil defensa de la democracia en la hipótesis de que un partido político antidemocrático ganase las elecciones, por lo que tal vez el medio camino es un remedio práctico, pero teóricamente inaceptable, si pretende esa protección; porque lo importante es cómo se ejerce el gobierno, y no el hecho de que las reglas de juego se hayan cumplido escrupulosamente, máxime teniendo en cuenta los numerosos momentos difíciles a la *Tangentópolis* vivi-

La afirmación que a este respecto debemos hacer es que la democracia, como estructura que racionaliza el sistema político del Estado de Derecho, o es militante o no es nada. Y ello aunque no lo diga. Esa militancia ha sido defendida por muchos de nuestros teóricos desde hace años al referirse a los límites de la reforma constitucional, porque se plantean justamente esta situación: es cierto que no existen cláusulas explícitas de intangibilidad, como hace La Ley Fundamental de la República Federal Alemana; pero dos principios estarían fuera de cualquier reforma posible, más fuertes incluso que el poder de reforma en que se fosiliza el primigenio (y por tanto, único) poder constituyente de la CE de 1978: la libertad y la igualdad (28).

La fuerza de esos dos principios, conjugada (PACE, 2002, los presenta como colisionantes, pues aunque hace una referencia a su significado filosófico, no extrae de él que son una misma cosa) y la interpretación que de aquéllos hacen «los modernos», es la esencia de la democracia militante. Pero es sobre todo desde la consideración que los «antiguos» tenían de libertad e igualdad, cuando el poder constituyente no puede menos que proclamarlas por encima de cualquier discusión doctrinal, porque sólo él es libre e igual al tiempo en sentido real, y la razón radica en que sólo es poder constituyente en la medida en que es capaz de constituir la Constitución, poder prejurídico (29), por tanto, que muere en cada acto constitutivo para renacer, si cabe, donde exista algo radicalmente nuevo. Quiere eso decir, por tanto, que si la libertad y la igualdad, esencia de la democracia, se acaban, sólo será porque el poder constituyente ha renacido (30). Mientras sólo exista un

dos por casi la totalidad de los partidos políticos españoles. En otras palabras, quizá la misma falta de escrúpulo que se pretende sirva para ilegalizar un partido sea el elemento que mantiene en la repugnancia (y por tanto, alejados de ciertos partidos políticos) a muchos que compartirían su ideario.

(28) Al hablar de la revisión total de la CE, contemplada en su art. 168 pero en la práctica obstaculizada mediante un procedimiento muy gravoso, ARAGÓN (1989), para quien la ausencia de cláusulas de intangibilidad evita al constituyente hacer fuera del Derecho los eventuales cambios sobre las materias intangibles, dice, sin embargo y frente a autores con Häberle o Ely, que no todo vale en cuanto a contenido de una reforma, pues sólo en el respeto a la libertad y la igualdad se evita que la democracia sea un mero formalismo. A mi modo de ver, eso es el poder constituyente: único, libre e igual... a sí mismo. Argumentar otra cosa es falso: o hay límites o no los hay, y si no los hay y se querían, simplemente hay que ponerlos. Aunque la pregunta es si ahora se pueden poner, y tal vez la respuesta es justamente la revisión total: todo puede reformarse y ése sería el mayor acercamiento al poder constituyente.

(29) O fáctico, aunque sobre tal carácter se ha discutido también mucho. En España ya recogía esos pareceres HERNÁNDEZ GIL (1988, I: 188 y ss.), refiriéndose incluso a las principales tesis alemanas.

(30) Quiere eso decir, por tanto, que la argumentación se basa en no equiparar poder constituyente y pueblo, es decir, en la consideración de éste como una de las posibles manifestaciones de aquél, pero no la única. *Vid.* ALÁEZ (1997).

poder de reforma, las «generaciones futuras» a las que se refería Jellinek sólo podrán hacer lo que justificó la existencia del intelectualmente considerado juego constituyente: la realización reiterada del régimen democrático (31).

Si esos límites implícitos materiales a la reforma (De Vega, 1985) sirven para argumentar «sentimentalmente» la defensa de la democracia, formalistamente hablando la justificación es más difícil. Sin embargo, situados de algún modo en aquel primer nivel se encuentran incluso kelsenianos como De Otto (1987), para quien imaginar la destrucción de la democracia democráticamente plantearía la voluntad popular en términos de una omnipotencia tal que sólo de Dios cabe predicar. Y ni él, se dice, se destruye a sí mismo (32).

En pocas palabras, la STC que enjuicia la constitucionalidad de la LOPP distingue fines y medios: los fines pueden ser antidemocráticos, pero los medios no, justificando esta última prohibición no tanto en el art. 6 como en el art. 9.1 CE. Y si los medios son penalmente ilícitos, todo resulta más claro en virtud del principio de tipicidad necesaria, pero la STC dice que hay otros supuestos que, sin constituir ilícitos penales, también pueden causar la disolución (33).

(31) Frente a la consideración de estricta argumentación jurídica (apoyada en el principio de autorreferencialidad de Hart, de acuerdo con la descripción de PÉREZ-TRIVIÑO, 1998: 105 y ss.) que hace de los límites implícitos formales de reforma (imposibilidad de eliminar el procedimiento agravado de reforma con la utilización del menos costoso), DE VEGA (1985: 267 y s.), al argumentar la intangibilidad del principio de soberanía popular en el sentido de que tocarlo equivaldría a una apariencia de Derecho encubriendo un acto revolucionario de supresión de la Constitución, introduce lo que a nuestro juicio es un razonamiento que abandona el Derecho para imbuirse, también él, de un comprensible sentimiento de lealtad a lo que tanto esfuerzo ha significado, la soberanía popular, esfuerzo (y resultado) que, como diría PACE (1996) es lo que explica la natural rigidez de una Constitución escrita.

(32) Sólo en un nivel muy superficial (o formal) se puede afirmar tal cosa de Dios, quien puede hacer incluso eso: destruirse y construirse sucesivamente, manifestando de ese modo la esencia de la omnipotencia, pues nada está fuera de él. Tales características, en una reflexión de teología política son las que se atribuyen a la voluntad general que encarna la democracia moderna; de ahí que pudiese, desde mi punto de vista, incluso destruirse. Para renacer sólo debería adoptar la forma de poder constituyente, es decir, serlo.

(33) Y ahí radica el problema, porque en ese caso la distinción entre unos y otros resulta desde el punto de vista de la finalidad perseguida, incongruente, si tenemos en cuenta lo argumentado anteriormente, porque significaría que un partido al que se le permite democráticamente propugnar un sistema político no democrático no podría acabar con él, según muchos. Si esto se afirma, el sistema de la LOPP debería afirmar explícitamente la democracia militante. Si no es así, resulta un tanto extraño que lo que sea ilegítimo hoy como procedimiento, pueda ser mañana una realidad política sustancial por el mero hecho de que el procedimiento lo avale.

i) *Partidos contra partidos, o la división de poderes*

Aunque no existe lugar al que referir la cita, la academia constitucional española sabe que J. J. González Encinar, siguiendo a sus maestros y en definitiva volviendo la cabeza a Alemania, había destacado en más de un foro el modo especial que el Estado que surge de la CE de 1978 se construyó como Estado de Partidos (y valga la referencia a González Encinar, 1992): en el silencio de la Constitución en este tema, la única referencia expresa en el art. 6, que en todo caso formaba parte del Título Preliminar, no era casual, sino un guiño tácito al verdadero demiurgo constitucional. De hecho, su consideración crítica del mencionado art. 6 (34), resaltaba la ironía de un redactado que entre líneas lanzaba un mensaje claro:

1. No existe más instrumento de participación política real y efectivo en la actualidad que los partidos políticos (nadie que pretenda participar en política y hacerse oír en los parlamentos puede hacerlo si no lo hace a través de un partido);

2. No concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular, sino que la forman solos, pues, habida cuenta de la titánica fuerza (económica, antes que nada) requerida para poder hacerse oír, no existen más alternativas que las que pueblan nuestro mapa de partidos;

3. Y, sobre todo, no expresan más que un cierto tipo de pluralismo político, porque en aras de captar la mayor cuota del electorado activo buena parte de ellos han llegado a tener programas políticos muy coincidentes.

Esta última es si duda la cuestión de fondo en el tema de los partidos políticos: ¿cómo podría no existir consenso político más que generalizado en torno a la prevención de determinadas conductas atentatorias del juego democrático, es decir del juego político cuya máxima aspiración es la captación de sufragios? (35). Ello no significa que no se hayan alzado voces críticas en relación con la incorrección de la LOPP en el tema de la libertad ideológica (36), y que incluso se hayan producido disensiones en el CGPJ sobre el sentido profundo del concepto pluralismo político. El voto particular de Aguiar de Luque al dictamen del Consejo, voto que fue firmado por siete vo-

(34) Sobre el que impartió a los estudiantes de mi curso de Derecho Constitucional en la Universidad Pompeu Fabra una clase magistral en 1995.

(35) De ahí que el pacto antiterrorista del 2000 aunase los esfuerzos de eliminación de terceros discordantes entre dos partidos por muchas otras razones tan distantes, pero quizá más cercanos desde la perspectiva de la unidad del Estado.

(36) Voces, en general, simpatizantes de otras formaciones políticas, pero con la pretensión, a mi juicio conseguida, de aportar una argumentación jurídica serena, como JAVIER PÉREZ ROYO, en su artículo periodístico «El derecho de Batasuna a no condenar», en *El País* de 20 de agosto de 2002.

cales más, se pregunta en relación con este tema si el hecho de que se legitime a las Cortes para instar la ilegalización de un partido no introduce «*un elemento extremadamente perturbador en la legítima competencia entre las distintas opciones políticas en que descansa el pluralismo...*» (Extremo 3.B del voto particular) Y a mi juicio, la división de poderes que pretende asegurar desde su origen el Estado de Derecho se resiente en este camino habilitado al legislador para que inste ante los otros poderes y en tanto que poder el mismo, el cumplimiento de su producto jurídico (37).

UNAS CONCLUSIONES SOBRE LAS CONSIDERACIONES PREVIAS

De todo lo descrito hasta ahora buena parte no es nuevo, a pesar de que sólo con motivo de la nueva ley se hayan alzado los críticos respecto del hecho de que la actividad no democrática (y no ilícita penalmente) de un partido pueda ser causa de su ilegalización; o que la ley introduzca límites en el ejercicio de los derechos fundamentales por la propia dinámica de otros de tales derechos.

Por otra parte, de las novedades que la LOPP introduce, buena parte pueden *a priori* ser calificadas de constitucionales, porque la CE no define la libertad ideológica, y porque tampoco prohíbe la regulación concreta del fraude de ley o del abuso de derecho a los efectos de su evitación.

Hay otros aspectos sobre cuya constitucionalidad podríamos tener dudas, como es el hecho de que el legislativo pueda instar la persecución de quien in-

(37) Si a ello añadimos el hecho de que un determinado juego connivente de ciertas mayorías y un poder judicial particularmente receptivo podría abocar a la eliminación de tendencias ideológicas no ilícitas, pero sí discrepantes en su ideario, del juego democrático, un círculo poco legítimo podría cerrarse sobre el sistema político que se autocalifica de democrático. Por otra parte, críticas han sido también todas las voces que han recordado los numerosos temas que la LOPP ha dejado de abordar (tan preocupada, quizás oportunamente preocupada, por el difícil contexto histórico) y que conciernen a la introducción de un mayor grado de competitividad entre los partidos, a la creación de canales de participación política al margen de ellos, al control de los numerosos controles fácticos que distorsionan los programas electorales de la cerrada lista de partidos que pueden concurrir a unas elecciones con una mínima garantía de éxito, al peligroso (¿o conveniente?) camino hacia la simplificación partidista, hacia la alternancia pacífica, hacia la eliminación del debate parlamentario... Sin duda temas ya no jurídicos, pues la demostración de la unidireccionalidad del sistema se incardina ya en la teoría de conjuntos, tan inaccesible al jurista. En última instancia, sin embargo, lo que podemos decir es que la situación real presupone la existencia de un pacto no escrito entre partidos sobre la base del cual la lucha está asegurada: las reglas del juego y los jugadores están dados, y cualquier cambio sobre este esquema tendrá una inmediata consecuencia jurídica. Al fin y al cabo, es «su» juego.

cumpla sus productos normativos, o la determinación de la personalidad a partir del momento de su inscripción registral, porque el principio estructural de la división de poderes, o la taxativa dicción del art. 22 sobre los efectos que cumple el registro de asociaciones no parecerían derogables por el hecho de que los partidos sean asociaciones de especial «relevancia constitucional».

Sin embargo, hay determinados aspectos de la LOPP que, en conjunción con algunos de los que prudentemente podríamos aceptar su constitucionalidad, provocan dudas sobre el mantenimiento de la CE de 1978 en sus predicados fundamentales, en concreto, en el que se refiere al ámbito personal de aplicación de los derechos, es decir, a la determinación de sus titulares. Lo que se plantea, por tanto, ya no es si el contenido de un derecho se ha modificado (la jurisprudencia constitucional tiene, entre otras, la función de adaptar el texto constitucional a su contexto), sino el hecho de que ciertos universales ya no son tales en la atribución subjetiva de los derechos. En una palabra: cualquier persona de nacionalidad española en pleno uso de su capacidad de obrar ¿tiene hoy derecho a asociarse (a crear un partido político, más concretamente), *ex art. 22 CE* en relación con los arts. 6 y 23?; más aún, ¿tienen todos los no condenados y los condenados y rehabilitados penitenciarmente intacta la presunción de su inocencia *ex art. 24 CE*? Ésas son las preguntas cuya respuesta resume mi hipótesis.

REELABORACIÓN DEL DISCURSO Y CORROBORACIÓN DE UNA HIPÓTESIS

La ordenación de los argumentos que han sido sólo descritos en el apartado anterior dota a éstos de una nueva dimensión. En tal ordenación consiste en realidad la hipótesis, salvo en lo que se refiere a la definición del marco conceptual.

1. *Definición del campo: mutación constitucional*

La reforma constitucional es una garantía de la supervivencia del documento jurídico que haya producido el poder constituyente en un determinado momento histórico. Una reforma de la CE de 1978 permitiría el mantenimiento del espíritu constituyente (el documento), la legitimación de la modificación (el procedimiento de reforma) y, consecuentemente, demostraría (38) la natural rigidez de las Constituciones escritas. Sin embargo, el cos-

(38) La reforma constitucional como procedimiento distinto del ordinario de modificación de las leyes tiene como causa, y no es la consecuencia, de la rigidez natural de las constituciones escritas. En ese sentido hago mía la secuencia argumentativa del Profesor Pace en

toso procedimiento de reforma, la dogmatización de ciertos derechos fundamentales en nuestro sistema democrático y la juventud de éste han redundado en lo que a mi juicio es un miedo excesivo a tocar el texto de la Constitución.

Un sistema jurídico en el que la reforma constitucional es formalmente difícil y sustantivamente no valorada aboca a la interpretación constitucional extensiva y a la mutación como mecanismos para la garantía de la vigencia de la Constitución. Cuando la interpretación fuerza el significado de las palabras más allá de lo que esos referentes pueden abarcar se produce una mutación constitucional, es decir, $p \wedge \neg p$, donde p es el texto y $\neg p$, su interpretación por el TC.

2. Objeto constitucional mutado: universales restringidos

Un universal restringido no es un universal. Si yo afirmo que todas las personas físicas tienen derecho a la vida, podré determinar qué es vida circunscribiendo su significante a la vida digna, o amparando incluso a entes vivos que sólo en el futuro serán personas para el derecho (fetos), pero si legislativamente se realiza una especificación de un colectivo de seres humanos para los que el derecho a la vida puede ceder a otros intereses jurídicos (39), dicha restricción es una mutación, porque «todos» no son «todos menos algunos».

Se podría alegar que ya existen restricciones a los universales de la libertad de asociación, el derecho de participación y la presunción de inocencia por situaciones como las de incapacidad de obrar declarada por un juez, o por la restricción de algunos derechos que pueden llevar aparejadas las sentencias condenatorias penales. Pero tales restricciones son una consecuencia aplicable de forma general a la realización de cualquier derecho (el incapaz no podrá crear un partido político, pero tampoco puede comprar acciones en bolsa, de tal manera que la restricción no es más que una marca delimitadora del universal, como lo es la nacionalidad desde otro punto de vista); o son restricciones que devienen de una especial conducta de un individuo, de la que se deriva una restricción de derechos que ya está prevista en el art. 34 del C. Penal. En una palabra, no son restricciones, sino definiciones del universal.

PACE & VARELA (1995), aunque considero que no es jurídica la respuesta a la pregunta de por qué tienen la rigidez como elemento natural dichas constituciones.

(39) La tortura autorizada por un juez israelí en la persona de un preso palestino que conocía la localización de una bomba en un lugar de alto riesgo sería un ejemplo.

El caso que afirmo que integra una mutación constitucional, en cambio, es el de una persona, nacional del Estado español, en pleno uso de su capacidad de obrar, a la que, en virtud de la disolución de un partido político, y en aras a impedir el fraude de ley, se le niegue el derecho a la creación de un partido sin haber tenido vinculación con aquel otro cuya sucesión fraudulenta por el nuevo se pretende evitar, y ello en relación con situaciones que sólo podrán ser valoradas en su carácter indiciario de fraudulencia por una sala especial del Tribunal Supremo. El concepto jurídico indeterminado «fraude de ley», sumado a la indeterminación o alcance de buena parte de las conductas descritas en la LOPP como causantes de disolución, pueden redundar en la negación del derecho de asociación política a quienes *a priori* sean tachados de conniventes con el ánimo defraudatorio perseguido.

Consecuentemente con esa limitación del derecho de asociación, el derecho de participación política de los «vetados» resulta afectado, pero sobre todo se produce una alteración sustancial de la presunción de inocencia. Un pariente cercano de un dirigente del partido disuelto ¿será considerado capaz de crear un partido? ¿y el que regente un bar en el que se reúne habitualmente un grupo de militantes de dicho partido?

¿REFUTACIONES DE LA HIPÓTESIS?

Una intangible pretensión de seguridad en la persecución de una persona jurídica (el partido) puede dar al traste con la seguridad (jurídica) de las personas (Nebrera, 2000) Una contraargumentación se puede pretender que existe a la hipótesis que he formulado (40), y es que no es cierto que se restrinja el universal del derecho de asociación excluyendo a determinadas personas, porque lo que se hace es prohibir a *todos* los ciudadanos la creación o pertenencia a organizaciones políticas ilegales. La prohibición, se dice, es universal.

Aunque a simple vista pueda parecer impecable, un análisis detenido de la afirmación descubre la falacia argumentativa sobre la que se construye. En primer lugar, no es lo mismo predicar negativamente un universal («nadie puede») o afirmativamente («todos pueden»), por lo menos, en lo que a la interpretación de los derechos fundamentales se refiere. En segundo lugar, podría aceptarse que no existe una restricción de derechos a personas que no hayan realizado actividades ilegales, si no fuera porque, para que la prohibi-

(40) Y de hecho ha sido dada por el partido en el Gobierno en sus declaraciones inmediatamente siguientes a la aplicación de la ley al partido político para cuya ilegalización fue elaborada.

ción quede extendida de manera universal, la apreciación de quién pueda ver obstaculizado su derecho a asociarse debería estar solamente en las características de la asociación de la que se predica la ilegalidad. Pues bien, tal ilegalidad, de acuerdo con la LOPP, sólo puede venir dada porque la actividad del partido sea ilegal (cosa que con carácter preventivo no puede afirmarse, ya que la actividad debe ser «reiterada y grave»), o por el hecho de que a quien debe reconocerle su personalidad les sugiera «indicios racionales en relación con su ilicitud penal» (art. 5.2) Como quiera que ninguna de ambas plantea problema desde el punto de vista de la hipótesis que defiendo, pues uno no es posible y el otro se acepta, lo que queda por analizar es el supuesto en el que la ilegalidad del partido se hace derivar de dos circunstancias de carácter subjetivo en la integración del partido, que quedan recogidas en el art. 9.3 y de las que no se predica la necesidad de su regularidad, en concreto, el «mantener un amplio número de sus afiliados doble militancia en organizaciones o entidades vinculadas a un grupo terrorista o violento». En definitiva, si para determinar la ilegalidad de la asociación nos basamos en que los sujetos que la integran tienen determinadas características que sin revestir caracteres penales les hacen causantes de tal ilegalidad, decir que todos tienen el derecho de asociarse es falso: todos los que no se considere (*a priori*) que constituyen prueba indiciaria de la ilegalidad de la asociación, por tanto, no todos. Porque si a la indefinición que causan los conceptos jurídicos indeterminados añadimos que el fraude de ley que se persigue en la LOPP sólo puede razonarse sobre los tres supuestos antes descritos (dos no aplicables cuando un partido no ha empezado a actuar o no invade la frontera de lo penal, y un tercero de tanta indefinición) o el de la identidad del nombre, la formulación preventiva de un cierto fenómeno político que hace el articulado de la ley es obvia. Sin cuestionar la bondad o la maldad de la opción, lo que sí debemos preguntarnos es a qué conduce tal prevención desde la perspectiva de la teórica incardinación del texto en un Estado de Derecho.

CONCLUSIONES

A medio camino entre la democracia militante, que algunos pretendieron exigir en el debate constituyente (41) y que ha sido incontestable seña de

(41) BLANCO (1990) explica las distintas posiciones adoptadas por los grupos políticos en relación con el redactado del art. 6 (incluso algunos negando la necesidad de su formulación) Fue el grupo mixto, con la defensa de Enrique Tierno Galván, el que consiguió imponer la enmienda que introdujo la necesidad de que su funcionamiento interno y estructura fuesen

identidad de la Constitución alemana, y la exigencia mínima de funcionamiento interno y estructura democráticos, que tiene su mandato explícito en la CE de 1978, la LOPP y la STC que le da su ubicación definitiva en nuestro Ordenamiento jurídico, alimentan y dan cobertura al control de la actividad de este especialmente relevante tipo de asociación. Control del que difícilmente puede estarse de acuerdo con nuestro máximo intérprete constitucional en cuanto a que la naturaleza de aquella ley sea no punitiva. Es una sanción, y no administrativa, por cierto, la que supone limitación tan grave de varios derechos fundamentales como es la disolución de un partido político. Pero es una sanción aplicada a una persona jurídica (que es la que vertebraba la realización de los derechos fundamentales de sus miembros), anomalía en nuestro personalista sistema penal, en el que resulta aberrante pensar la condena de una persona jurídica. Pero los tiempos cambian, y la pretensión de seguridad (inenarrable utopía si se argumenta en términos absolutos) de los ciudadanos consigue poco a poco la reformulación de un Estado de Derecho cuyo bastión fundamental es la libertad. En un sistema tal la condena del silencio es posible, porque aunque jurídicamente y en relación con la libertad ideológica nada podamos concluir de él, no es menos cierto que políticamente hablando oímos hasta la desesperación los gritos del silencio. El Derecho, instrumento humano y, por tanto, falible (o fallido intencionalmente) ni siquiera resolverá, con ese sacrificio de la conquista que supuso jurificar el Estado, el conflicto político que ha lastrado esta ley (Nebrera, 2001).

Existen, sin embargo, grandes precedentes de la significación del silencio en nuestro Ordenamiento jurídico (la negativa a realizar las pruebas de paternidad, o a identificar al conductor de un vehículo cuando éste ha sido captado por agentes de la policía en la comisión de una infracción de tráfico son ejemplos de las consecuencias negativas que el silencio puede tener para el que calla) Pero la motivación de fondo es la misma del caso que nos ha ocupado aquí, y es que la democracia, como juego y regla de decisión, puede llevar a colocar valores como la seguridad por encima de otros derechos fundamentales de la teoría clásica del Estado de Derecho. Ello no sería inconveniente (la gradación y las prioridades entre los derechos fundamentales ha tenido múltiples conclusiones en la historia de este tipo de Estado) (42), si

democráticos, y en todo caso planeaba entre ellos el miedo de que se aceptase el modelo alemán de «democracia militante». La cuestión que respira en la STC es si, entendida esa *voluntas constituentis*, implica la posibilidad de un control de los procedimientos, y en todo caso, si tal voluntad debe respetarse 25 años después. Porque, irónicamente, el gran debate entonces radicaba en la necesidad de controlar la democracia interna de los partidos.

(42) La evolución de los bienes jurídicos protegidos en la actuación de los medios de comunicación es un claro ejemplo: desde una posición inicial (en el marco de nuestra Constitución) de eufórica exaltación de la libertad informativa se ha iniciado un lento movimiento de

no fuera por la absolutización que se hace del mismo cuando se equipara a la prevención, es decir, cuando se pretende garantizar la seguridad de cada individuo respecto de otros (o de colectivos enteros) que todavía (se dice «todavía») no han cometido ningún acto lesivo de la seguridad de aquél. Esta «psicologización» del valor seguridad y del derecho a la seguridad, que ha llevado a todos los partidos políticos, conscientes de su atractivo electoral, a incluirlo sistemáticamente en sus programas, (aunque con una evidente incapacidad para definirlo), supone que ya no es suficiente con saber que el delincuente será castigado, con lo que de función preventiva tiene la pena en la evitación de los delitos), sino que se pretende atajar la posibilidad de su comisión desde bastante antes. De ese modo pueden llegar a justificarse (43) limitaciones en el ejercicio de los derechos fundamentales mucho mayores que las que supone la LOPP (Del Águila, 2000). Por ahora y para este caso concreto, el derecho a crear partidos políticos, el derecho a callar (con las connotaciones que se quiera) y por supuesto, el derecho a estar de acuerdo con determinado tipo de conductas sin haberlas realizado y sin incitar a su comisión, es decir, facetas determinantes de la libertad ideológica, se ven transformadas por lo que en el fondo no es otra cosa que la revisitación de un concepto de orden público, que en España no nos resulta tan lejano, pero que en otros países de la órbita europea es su absoluto presente. De hecho, el ejemplo alemán nos sirve para constatar que cuando algo puede atentar al Estado de Derecho se sustrae a la regla democrática, aunque eso que se sustrae sea precisamente parte de la libertad misma (44).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AGUADO, J.: «Los límites del neopatriotismo», en *Claves de razón práctica*, 122, 2002.
- ALÁEZ, B.: «La CE de 1978: ¿ruptura o reforma constitucional?», en *Anuario de Derecho constitucional y parlamentario*, 9, 1997.

recuperación de la relevancia constitucional de otros bienes jurídicos, como el honor o la intimidad, sin duda motivado por la tendencia al amarillismo o a la conveniencia ideológica, privada de independencia real, que está caracterizando la producción informativa de nuestro entorno.

(43) Esta idea de prevención aflora en algún nuevo discurso historiográfico, que interpreta la Guerra civil española y los años inmediatamente anteriores como una forma de intentar evitar la revolución (que es inseguridad) y sus consecuencias. *Vid.* en ese sentido el libro de Pío MOA, publicado en *La Esfera de los Libros* este año y titulado «Los mitos de la guerra civil».

(44) Sobre el caso alemán *vid.* D. IÑIGUEZ y J. C. THOENIG: «La prohibición de partidos políticos en Alemania», en *Claves de Razón Práctica*, núm. 122, 2002.

- ARAGÓN, M.: *Constitución y democracia*, Tecnos, Madrid, 1989.
- BASTIDA, F. J.: «Derecho de participación a través de representantes y función constitucional de los partidos políticos», en *REDC*, 21, 1987.
- BLANCO, R. L.: *Los partidos políticos*, Tecnos, Madrid, 1990.
- «La ilegalización de Batasuna», en *Claves de razón práctica*, 124, 2002.
- DE BLAS, A.: *Nacionalismos y naciones en Europa*, Alianza, Madrid, 1995.
- DE OTTO, I.: *Defensa de la Constitución y partidos políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985.
- *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Madrid, 1987.
- DE VEGA, P.: *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, Madrid, 1985.
- «Significado constitucional de la representación política», en *REP*, 44, 1985.
- DEL ÁGUILA, R.: *La senda del mal*, Taurus, Madrid, 2000.
- ESCOLÀ, M. B. (coord.): *Policía y conflicto político*, ISEGS-ERNE, Barcelona, 2001.
- GARCÍA-Pelayo, M.: *El Estado de partidos*, Alianza, Madrid, 1984.
- *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza, Madrid, 1985.
- GONZÁLEZ ENCINAR, J. J. (ed.): *Derecho de partidos*, Madrid, 1992.
- HÄBERLE, P.: «I diritti fondamentali nelle società pluralista...», en AA.VV., *La democrazia alla fine del secolo*, Laterza, Bari, 1994.
- HERNÁNDEZ-GIL, A.: *Obras completas*, Espasa Calpe, Madrid, 1988.
- ÍÑIGUEZ, D. & S. FRIEDEL: «La prohibición de partidos políticos en Alemania», en *Claves de razón práctica*, 122, 2002.
- LÓPEZ DE LERMA, J.: «Comentarios a la ley de partidos políticos», en *La ley*, 5596, 26 de julio, 2002.
- LUCAS, E.: *El derecho de asociación*, Tecnos, Madrid, 1996.
- NEBRERA, M.: *Seguridad y seguridad jurídica*, ISEGS, Barcelona, 2000.
- *Intimidación y seguridad*, ISEGS-ADSI, Barcelona, 2001.
- PACE, A.: *La causa della rigidità costituzionale*, Cedam, Padova, 1993.
- PACE, A. & J. VARELA: *La rigidez de las constituciones escritas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995.
- «Igualdad y libertad», en *REDC*, 44, 2002.
- PÉREZ-TRIVIÑO, J. L.: *Los límites jurídicos al soberano*, Alianza, Madrid, 1998.
- PÉREZ ROYO, J.: *Curso de Derecho constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2002.
- SÁNCHEZ, A. V.: «Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución», en *REDC*, 58, 2000.

