

**TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS**

*Consejo de Europa, Estrasburgo, Francia*

**DEMANDA INTERPUESTA POR EL GOBIERNO VASCO CONTRA EL REINO DE ESPAÑA POR VULNERACIÓN DEL DERECHO A UN PROCESO EQUITATIVO RECONOCIDO POR EL ARTÍCULO 6, DEL PRINCIPIO *NULLUM POENA SINE LEGE*, RECONOCIDO POR EL ARTÍCULO 7, Y DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE ASOCIACIÓN, RECONOCIDO POR EL ARTÍCULO 11 DEL CONVENIO EUROPEO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS.**

*Presentada en aplicación del artículo 34 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de los artículos 45 y 47 del Reglamento del Tribunal*

**I-LAS PARTES****A. EL DEMANDANTE/LA DEMANDANTE****1. Gobierno Vasco de la Comunidad Autónoma de Euskadi.**

Conforme al artículo 152.1 de la Constitución Española de 1978 (CE) y el artículo 29 del Estatuto de Autonomía para el País Vasco (EAPV), aprobado por Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, el Gobierno Vasco es el órgano colegiado que ostenta la funciones ejecutivas y administrativas del País Vasco.

Con fecha 29 de julio de 2003 el Consejo de Gobierno Vasco adoptó el Acuerdo de formular una demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con motivo de la aprobación de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos y la Sentencia nº 48/2003, de 12 de marzo, dictada en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la citada Ley, al considerar que violan los derechos y libertades reconocidos por el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

## **B. LA ALTA PARTE CONTRATANTE**

### **13. El Reino de España.**

## **C- LEGITIMACIÓN DEL DEMANDANTE.**

1. El Convenio de Roma nació con el propósito de asegurar, en nombre de valores comunes o superiores de los Estados, la protección de los individuos y, superando el principio de reciprocidad en las relaciones entre los Estados, crea unas obligaciones objetivas y reconoce directamente derechos subjetivos (entre otras, STDH de 15 de julio de 1982, *Caso Encke*).
2. Para hacer efectivos esos objetivos se creó una vía judicial ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) que se instituyó con el fin de asegurar el respeto de los compromisos que resultan de él para las Altas Partes contratantes, del Convenio y sus protocolos (artículo 19), y se previó que se pudieran interponer ante dicho Tribunal reclamaciones individuales (artículo 34) o demandas estatales (artículo 33).
3. De ambas vías, la segunda ha resultado poco operativa para garantizar el cumplimiento de las exigencias del Convenio.
4. De un lado, porque como dijo la Decisión ComDH de 10 de julio de 1978 (*Caso Chipre contra Turquía*) "las obligaciones derivadas del Convenio son obligaciones objetivas que una Alta Parte contratante asume con respecto a las personas dependientes de su jurisdicción y no cara a las otras partes contratantes". En general, son cuestiones que afectan al orden interno de los Estados y no tienen trascendencia en sus relaciones con los demás signatarios del Convenio. A lo más, intervienen cuando se trate de proteger a individuos o comunidades que sin ser súbditos suyos mantienen vínculos especiales con su propia población.
5. De otro lado, aún sin negar el interés en abstracto que pudiera tener una Alta Parte contratante en que otra Alta Parte contratante respete el Convenio, en la práctica son pocos los supuestos en los que un Estado actúa desinteresadamente como defensor ante otro Estado del orden instaurado por el Convenio.

6. Hasta abril del año 1997 habían sido sustanciadas hasta 19 demandas estatales, que en realidad afectaban solamente a seis situaciones entre diferentes Estados. En 1950 Grecia formuló dos contra la conducta de Gran Bretaña en Chipre. Austria formuló una demanda en 1960 acerca del proceso seguido contra ciudadanos del sur del Tirol en Italia. Cinco demandas de los países escandinavos y Holanda concernían a la situación de Grecia durante el régimen militar. Irlanda formuló dos demandas contra Gran Bretaña acerca de las actividades de la policía y el ejército en el Ulster. Cuatro demandas de Chipre estuvieron conectadas con la invasión Turca de la isla, mientras que cinco demandas de 1982 estaban relacionadas con la situación de Turquía bajo el régimen militar.
7. Como bien se ve, la idea contenida en el Preámbulo de la Convención, según la cual los Estados se comprometían a tomar las primeras medidas adecuadas para asegurar la garantía colectiva de los derechos y libertades no ha tenido materialización efectiva plena. Y esa ausencia es más significativa si cabe, si se tiene en cuenta que las demandas interestatales son las que mejor permiten un examen en abstracto acerca de si una ley o una práctica administrativa son incompatibles con la Convención, sin necesidad de argumentar que se ha producido una violación de los derechos de una persona concreta.
8. En definitiva, hay que resaltar que la jurisprudencia del TEDH se ha formado principalmente a partir de las demandas individuales cuya resolución ha servido para configurar una concepción común de los derechos humanos y para fortalecer el régimen democrático que reposa en ellos.
9. En consonancia con la importancia que ha asumido en esas circunstancias, el Tribunal ha consagrado un principio *pro actione*, de máxima potencialidad, de suerte que sólo cuando llega a una conclusión inequívoca de que la demanda es improcedente *ratione personae o materiae*, vista la trascendencia de los derechos en conflicto, debe descartarse.
10. En especial ese criterio se ve refrendado por la jurisprudencia recaída en torno al concepto de víctima que ha sido paulatinamente ampliado facilitándose la admisibilidad de las demandas de quienes acuden a su jurisdicción.
11. Todo ello es coherente con el principio general interpretativo que cabe considerar incorporado al Convenio, regla hermeneútica a favor de la libertad y que obliga a

restringir lo limitativo y a expandir lo favorable (artículo 53 del Convenio). Idea que el TEDH ha reforzado respecto a las partes demandadas, negando la eventual existencia de lagunas en el sistema de protección de los derechos del hombre que prive de toda eficacia al sistema de la Convención en alguna región sujeta al mismo (STDH de 10 de mayo de 2001, *Caso Chipre contra Turquía*).

12. Y otro tanto ha hecho desde la perspectiva de los demandantes, so riesgo de que se cree un ámbito exento de las garantías que atribuye el Convenio, en una región o zona en la que éste es aplicable. Ha quedado establecido que la Convención y sus Instituciones han sido creadas para proteger al individuo y que las cláusulas procesales del Convenio deben ser aplicadas de una manera que sirva a rendir eficacia al sistema de demandas individuales (STDH de 6 de septiembre de 1978, *Caso Klass y otros contra Alemania*, p. 34), y no para restarle su aspecto más relevante, la tutela judicial.
13. Esta parte, es consciente de las dificultades que entraña la formulación de una demanda por un gobierno regional o un ente subestatal de acuerdo con el tenor literal del artículo 34 del Convenio. La reticencia del TEDH para incluir en la categoría de demandas individuales a las presentadas por organismos públicos es conocida pero, a nuestro juicio, este caso muestra peculiaridades suficientes para que ese criterio no se aplique. Y lo creemos porque detrás de nuestra demanda no se esconde ninguna controversia competencial o institucional.
14. Lo único que se reivindica es la tutela del TEDH en relación con la grave violación de derechos consagrados en el Convenio (al juez imparcial y de asociación) que comporta, a su vez, una quiebra importante de los principios y valores sobre los que éste se asienta. Y lo entendemos así a la vista de la propia jurisprudencia del TEDH sobre esos derechos ya que **el derecho al juez imparcial se ha vulnerado en el marco de un proceso destinado a evitar la lesión del derecho de asociación política** y la observancia y pleno ejercicio de éste último es un requisito imprescindible para la existencia de un régimen democrático.
15. En relación con el derecho al juez imparcial ha de aclararse, antes que nada, que su titularidad no está referida en exclusiva a las personas naturales ya que, también, puede ser asumida por las personas jurídicas siempre que la propia naturaleza del derecho o libertad concernido lo permita. Esto es evidente cuando el derecho tiene un sustrato colectivo, caso del derecho de reunión y asociación que

contempla el artículo 11 CEDH. En ese supuesto, podrán alegar que ha sido violado tanto los particulares individualmente considerados como la asociación legalmente constituida a través de sus representantes.

16. Pero además de las personas jurídico-privadas, las personas jurídico-públicas son titulares de derechos fundamentales bajo determinadas condiciones y con ciertas limitaciones. Ese reconocimiento forma parte, en nuestra opinión, de una base común europea, por lo menos, en lo que se refiere a tres de los firmantes del Convenio: España, Italia y Alemania.
17. Tal reconocimiento se ha producido en España, en lo que ahora importa, en lo que se refiere al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, habiéndose extendido las garantías procesales a las personas públicas en atención al interés objetivo en que el proceso sirva de forma idónea a la función jurisdiccional atribuida a los Jueces y Magistrados en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado (entre otras SSTC 175/2001 y 56/2002).
18. La exigencia de imparcialidad de los Magistrados del Tribunal Constitucional resulta esencial para que el Tribunal pueda cumplir las funciones que le atribuye el artículo 161.1 CE, entre las que se encuentran conocer del recurso de inconstitucionalidad contra Leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley o del recurso de amparo por la violación de los derechos y libertades fundamentales. Los fines mismos del proceso constitucional reclaman la imparcialidad, por lo que las partes, aún siendo personas públicas, también han de ser titulares del derecho fundamental al juez imparcial y estar legitimadas para denunciar la falta de tutela y exigir el restablecimiento del derecho vulnerado.
19. En el Derecho Alemán, además del reconocimiento genérico del artículo 19.3 de la Ley Fundamental de Bonn (los derechos fundamentales serán también aplicados a las personas jurídicas nacionales en tanto que la naturaleza del derecho lo permita), los derechos fundamentales procesales de los artículos 101 (No son lícitos los tribunales de excepción. Nadie podrá ser sustraído a su juez legal) y 103 (Todos tienen derecho a ser oídos legalmente ante los Tribunales), se reconocen también a favor de las personas jurídicas de Derecho Público (y también al propio Estado), de forma pacífica.

20. En fin, es meridiano que en este caso, no puede negarse la procedencia de la demanda en cuanto se alega la vulneración del derecho a un juez imparcial reconocido por el artículo 6.1 CEDH, ya que de lo contrario, los derechos y libertades fundamentales subyacentes cuya defensa fue objeto del recurso interpuesto ante el Tribunal interno quedarían desprotegidos y sin vigor alguno.
21. Una vez reconocida la legitimación para accionar, el proceso ha de reunir todas las garantías para que los derechos y libertades fundamentales alegados no queden mediatizados por el interés de los magistrados que conocen del litigio o por su falta de independencia.
22. Ciertamente, no estamos ante un litigio relativo a un derecho de carácter civil o a una acusación en materia penal. Estamos ante un litigio en materia de derechos y libertades fundamentales, en consonancia con la protección específica que reciben en el ordenamiento español donde existe una jurisdicción especializada, la del Tribunal Constitucional, a la que se encomienda, a través de los recursos de amparo y los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad, su garantía.
23. El artículo 6.1 CE no menciona este tipo de pleitos, pero eso puede ser debido a que sólo cinco Estados europeos (Suiza, Alemania, Austria, España y Hungría) atribuyen al Tribunal Constitucional respectivo competencia para conocer de los recursos dirigidos por individuos o personas jurídicas contra actos del poder a los que imputan vulneración de derechos fundamentales, y de ellos sólo dos, la República Federal de Alemania y España, han instituido un recurso de amparo universal, ya que puede dirigirse no sólo contra actos de las Administraciones Públicas, sino también contra sentencias judiciales. En España cabe, incluso, que el Tribunal Constitucional se plantee a sí mismo una cuestión interna de inconstitucionalidad, y enjuiciar una ley si estima que la causa de la violación de un derecho fundamental que se imputa a un acto de cualquier poder público está en la norma legal que habilita su dictado.
24. Esto es, en los restantes países, la defensa y protección de los derechos fundamentales es tarea exclusiva de los tribunales ordinarios, por ende la falta de mención a los litigios suscitados ante una jurisdicción constitucional puede ser debida a esa circunstancia y no a impedir, el derecho de toda parte en un litigio a ser oída por un tribunal independiente e imparcial cuando la causa verse precisamente sobre los derechos y libertades reconocidos por el Convenio.

25. Pues bien, en este caso, la parte demandante ha sufrido en el curso de las actuaciones seguidas ante el Tribunal estatal un directo menoscabo de sus derechos y libertades fundamentales y su válida alegación permite al TEDH, una vez declarada la admisibilidad de la demanda, enjuiciar el conjunto de violaciones que aquí se esgrimen.
26. Ello no obstante, y al margen de la legitimación que le otorga la citada infracción, existen otra serie de argumentos que conceden legitimación a este Gobierno.
27. En primer lugar, la Ley es plenamente eficaz, sin una medida específica de ejecución, constrictiva o limitadora, y reprime determinadas conductas de los **"dirigentes, candidatos, cargos electos o afiliados"** de un partido, pues quedan expuestas a que se juzguen en un momento posterior.
28. No estamos, ante una suerte de acción popular para la interpretación del Convenio, ni se formula un juicio en abstracto de una ley (STDH de 6 de septiembre de 1978, *Caso Klauss y otros contra Alemania*), tampoco se trata de una acción dirigida a prevenir una violación del Convenio todavía no producida (DCDH de 4 de diciembre de 1995, *Caso Narvii Taura y otros 18 contra Francia*).
29. La restricción a la que se somete su actividad es inmediata y, por tanto, también se cercena con idéntica inmediatez el derecho de participación en asuntos públicos, la libertad ideológica y de expresión, y con ella la del partido que actúa a través de los mismos que tendrá que acomodar sus actividades, objetivos y finalidades a los límites que le impone la LOPP, los cuales, como argumentaremos posteriormente, no cumplen las exigencias del Convenio.
30. Los bienes jurídicos afectados son, ni más ni menos, la legitimidad democrática del sistema político, el pluralismo político y la formación de la opinión pública libre.
31. Pero no solo se incide sobre la libertad de opción de los individuos y los grupos, sobre su libertad para formar sus opiniones y participar en los asuntos públicos, asimismo se incide sobre el proceso de formación y configuración de los propios poderes públicos, que se encuentran directamente concernidos en ese proceso ya que no merecerán la etiqueta de democráticos si aquella no esta garantizada. En palabras de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la voluntad del

pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas (artículo 21.3).

32. Es más, la propia actividad pública queda condicionada porque los partidos intervienen decisivamente a la renovación periódica del mandato electoral de los representantes parlamentarios y a la formación de los gobiernos y ante una restricción que también afecta a los cargos electos no podrán desarrollar con plenitud la opción política y el programa que han elegido libremente los ciudadanos.
33. Aún tratándose de una persona jurídica de derecho público no se le puede privar al Gobierno Vasco de la posibilidad de recabar para sí misma un ámbito de libertad, del que deben disfrutar sus miembros, o la generalidad de los grupos y los ciudadanos (FJ 1º STC 64/1988).
34. En la medida en que es agente del derecho a participar en los asuntos públicos, al igual que del derecho a la libertad de expresión e ideológica, y puede quedar sometido a las consecuencias que de ese ejercicio se derivan de la LOPP, **resulta también víctima de su puesta en vigor**, lo que exige reconocer la legitimación necesaria para su defensa.
35. De otro lado, además de tener esa virtualidad directa sobre sus destinatarios más inmediatos, incide de forma indirecta sobre el conjunto del sistema político, pues se percibe como una amenaza que trasciende a su aplicación y que se cierne permanentemente sobre el sistema democrático y se erige en barrera para el libre ejercicio de los referidos derechos.
36. Esa doble virtualidad, hace especialmente grave la agresión que supone la LOPP al derecho de asociación política pues no sólo atenta contra su ejercicio por los ciudadanos y por los mismos partidos, sino que afecta muy negativamente, en cuanto los restringe, al pluralismo político, al debate público y a la función de oposición política desde las instituciones democráticas.
37. Incluso, para el caso de que sea posible pensar que el ejercicio ilegítimo de algunas de las actividades sería merecedora de esa respuesta, si los límites se encuentran imprecisamente establecidos y la respuesta es excesivamente severa (lo que luego defenderemos) puede producir **efectos disuasorios o de desaliento**



sobre el ejercicio legítimo de los derechos y libertades concernidos, y puede llevar a que no sean ejercidos libremente ante el temor de que cualquier extralimitación sea sancionada.

38. Precisamente, la sutileza de la incidencia, y el hecho de que sea el conjunto de la sociedad la que ve coartada su libertad, debería hacer que se admita la **intermediación de un poder público** que desde luego no reclama frente a una actuación que afecta al núcleo del interés que gestiona como tal (no pide que se solucione un conflicto entre poderes de orden competencial o de otro tipo) sino asume un papel de garante y promotor de los derechos humanos de los ciudadanos de su territorio que de otra forma quedarían privados de protección.
39. El alto valor del derecho fundamental concernido, y la importancia de la cuestión que aquí nos atañe, han sido destacados en numerosas ocasiones por el TEDH, que ha llegado a afirmar que sin partidos no hay democracia.
40. Incluso ha llegado a perfilar las características que debe reunir su análisis: "teniendo en cuenta el papel esencial de los partidos políticos para el buen funcionamiento de la democracia, (...), los Estados contratantes disponen de un margen de apreciación muy reducido, al que se añade un **control europeo riguroso que afecta a la vez a la ley y a las sentencias que la aplican, incluidas las de un Tribunal independiente.**" (SSTEDH de 30 de enero de 1998, *Partido Comunista Unificado de Turquía*, ap. 25 y de 8 de diciembre de 1999, *Caso Partido de la Libertad y de la Democracia contra Turquía*, ap. 44).
41. Como bien dice el TEDH el respeto a los derechos y libertades opera, en primer lugar y ante todo frente al legislador. Es la Ley, en una primera instancia, la que debe garantizar que el sacrificio de los derechos de los ciudadanos sea el mínimo imprescindible y que los límites y restricciones de los mismos sean proporcionados.
42. Pues bien, ese escrutinio riguroso de la Ley no podría llevarse a cabo si no lo es por intermediación de una entidad jurídico pública porque estas son las únicas que en el ordenamiento español pueden someter a enjuiciamiento directo una ley ante el Tribunal Constitucional que es el único competente para dilucidarlas (el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, 50 Diputados, 50 Senadores, los órganos colegidos ejecutivos de las Comunidades Autónomas y las Asambleas de

las mismas, ex artículo 162.1 a) de la Constitución Española). El "efecto útil" de la Convención implica, en estas circunstancias, una posibilidad de acceso al Tribunal.

43. Hay que ver en este asunto una finalidad tuitiva o protectora a fin de que no se mantenga la aplicación de un sistema contrario a la Convención, al margen de que pueda llevarse a enjuiciamiento del Tribunal una concreta ilegalización de un partido político (los casos individuales serán en su caso juzgados cuando los particulares o grupos de particulares directamente afectados así lo soliciten).
44. El Convenio permite al Tribunal que efectúe un juicio de convencionalidad de la Ley incluso le ha permitido estudiar al convencionalidad de una disposición constitucional (STEDH de 29 de octubre de 1992, *Caso Open Door et Dublin Well Woman contra Irlanda*), por lo que no vemos obstáculo alguno para que ahora enjuicie la LOPP.
45. Asimismo, hay que pensar que en la actualidad el respeto de los derechos humanos trasciende su dimensión de respeto por la persona individual para constituir elemento objetivo y estructural indispensable de la configuración, mantenimiento y evolución del Estado de Derecho.
46. El Tribunal Constitucional español, siguiendo la estela alemana, ha confirmado este doble carácter de los derechos fundamentales al decir que "en primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero al mismo tiempo son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de la convivencia humana, justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o en Estado social y democrático de derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (art. 1.1)" (FJ 5, STC de 14 de julio de 1981).
47. Los derechos fundamentales ya no se conciben únicamente como derechos subjetivos de defensa frente al Estado, sino que son algo más, que en la doctrina alemana recibe calificaciones muy diversas y se podrían traducir como "sistema de valores objetivo", o "elementos de un ordenamiento objetivo". El Tribunal Federal de Karlsruhe ha señalado también: "Conforme a la jurisprudencia constante del BVerfGE los derechos fundamentales no contienen solamente derechos subjetivos de

defensa de cada uno frente al Estado, sino que incorporan al mismo tiempo un orden de valores objetivo, que como decisión fundamental jurídico-constitucional rige en todos los campos del Derecho y da directrices e impulsos a la legislación, administración y jurisprudencia" (BVGE, 39, 1, 41).

48. Esta faceta objetiva, esa virtualidad institucional, forma parte de los derechos fundamentales y hace que estos no sólo deban ser objeto de respeto por los poderes públicos sino, también, de protección y promoción, es decir que la vinculación que representan para dichos poderes no lo es únicamente en cuanto límites, sino también en cuanto objetivos, lo que les hace estar presentes, como elemento a respetar o procurar, en todas las actuaciones y en todas las políticas.
49. La Resolución de la Asamblea General de la ONU 55/144, de 8 de marzo de 1999, por la que se aprueba la Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentalmente reconocidos, así lo declara solemnemente tanto en el plano interno como internacional, y atribuye, a un mismo nivel, a los individuos, grupos, **instituciones** y organizaciones no gubernamentales, "una importante función y una **responsabilidad en la protección de la democracia, la promoción de los derechos humanos y las libertades fundamentales** y la contribución la fomento y progreso de las sociedades, instituciones y procesos democráticos" (artículo 18).
50. Su vocación universal hace que, en virtud de lo dispuesto en el 31.3 c) de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969, deba tenerse en cuenta en la aplicación del Convenio de Roma, en tanto que se trata de "toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes" -puesto que la citada Declaración es ulterior y versa sobre la misma materia-, y si bien no es bastante para crear por sí misma una vía de demanda inexistente en el Convenio, obliga a considerar que entre las garantías de los derechos fundamentales se encuentra la que se confiere a las instituciones públicas para su realización y, en consecuencia, a que el artículo 34 del Convenio sea interpretado en el sentido más favorable a una demanda de este género.
51. De otro lado, las Decisiones que se han adoptado negando legitimación a una entidad local, por ejemplo, DECHR de 31 de mayo de 1974, *Caso Austrian Communes and some of their Councillors contra Austria*; de 14 de diciembre de

1988, *Comuna Rothenthurm contra Suiza*; de 23 de noviembre de 1999, *Section de commune d'Antilly contra Francia*; 1 de febrero de 2001, *Ayuntamiento de Mula contra España* y; Decisión del TEDH de 7 de junio de 2001, *Caso Danderys Kommun contra Suecia*, lo han sido porque se trataba de conflictos entre organismos públicos en cuestiones en las que la Entidad demandante ejercía funciones públicas, y lo que pretendía era preservarlas (en general frente a un poder central), lo que como es evidente, no sucede en este caso.

52. Las Comunidades Autónomas tienen atribuido en el orden interno una labor de promoción y defensa de los derechos fundamentales, así lo prevén los textos legales, en general, artículo 9.2 CE, ("corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social") en particular, artículo 9.2 letras a) y b) del Estatuto de Autonomía del País Vasco (los poderes públicos vascos velarán y garantizarán el adecuado ejercicio de los derechos y deberes fundamentales de los ciudadanos y facilitarán la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social del País Vasco) y el Tribunal Constitucional Español ha admitido la legitimación a este Gobierno como sujeto cualificado en esa labor cuando se trata de la depuración del ordenamiento.
53. Con acierto ha señalado que de la significación y finalidades de los derechos fundamentales dentro del orden constitucional se desprende que la garantía de su vigencia no puede limitarse a la posibilidad del ejercicio de pretensiones por parte de los individuos, sino que ha de ser asumida también por el Estado (STC 53/1985, de 11 de abril), siendo innecesario precisar que, en este caso, el término Estado incluye también "las organizaciones propias de las nacionalidades y regiones" (STC 32/1981, de 28 de julio), porque la vigencia de los derechos forma parte de su atribución funcional (en ese sentido amplio, no idéntico a la suma de las competencias atribuidas).
54. Y más en particular, en el mismo asunto que motiva esta demanda, la STC de 12 de marzo de 2003 ha reconocido que "es innegable el interés de la Comunidad Autónoma en contribuir a la depuración objetiva del ordenamiento mediante la impugnación de una **Ley que disciplina la existencia y régimen jurídico de los sujetos que han de concurrir a la formación y manifestación de la voluntad**

**popular en el ámbito de sus instituciones de autogobierno, instrumentalizando la participación política en el proceso de integración de sus órganos propios".**

55. Esta demanda no constituye una vía abierta para la defensa de los actos y de las potestades de un poder público, sino justamente un instrumento para su correcta delimitación, en defensa de los derechos fundamentales y libertades públicas de los particulares y los grupos frente a una ley que no los respeta.
56. La activación de los mecanismos de garantía pasa, en definitiva, porque el TEDH se pronuncie sobre una Ley que va a tener una incidencia específica en el territorio de la Comunidad Autónoma que gobierna.
57. Es de suma importancia que no se produzca un entendimiento en clave estrictamente nacional de los derechos humanos, sobre todo ante la débil tradición española respecto a las libertades y derechos públicos que afortunadamente se quebró con la aprobación de la Constitución de 1978, pero que impuso, consciente de ello, como elemento importante en la instauración de los derechos humanos, la democracia y el Estado de derecho, una interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades públicas que la Constitución reconoce "de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España" (artículo 10.2 de la CE).
58. Esa apertura ha llevado consigo que el Tribunal Constitucional no sólo haya tenido en cuenta el Texto de la Convención de Roma sino que haya trasladado al orden interno la doctrina del TEDH, aunque como sucede en este caso, no la haya respetado por una equivocada asunción de las exigencias derivadas de un supuesto alto interés para España de acabar con todo lo que se ha calificado como una manifestación del terrorismo.
59. Son conocidos los casos en los que el TEDH ha paliado sus déficits, erigiéndose en una especie de Tribunal de Casación en materia de derechos humanos.
60. Resulta, pues, decisivo el papel que ha de cumplir el TEDH porque es el que puede definir los valores fundamentales inherentes a la protección internacional de los derechos del hombre y contribuir, mediante la creación de lo que se ha venido

a denominar como el "*ius commune* europeo de los derechos fundamentales", a la promoción de la democracia.

61. En ese contexto la admisión a trámite de la demanda permitirá el enjuiciamiento de una cuestión que el propio TEDH ha calificado de la máxima importancia, ya que sin pluralismo no hay democracia. Pondrá en claro que la invocación de su doctrina por el Tribunal Constitucional Español ha sido meramente formal y que ha hecho un flaco servicio a los fines del Convenio y a la creación del Tribunal, cuya posición como mecanismo de control reforzó el Protocolo número 11.
62. Sobre todo, debemos destacar nuevamente la importancia del derecho fundamental implicado, garantía de la misma existencia de un sistema democrático, y también debemos poner el acento en la envergadura de la lesión, las infracciones que, para alcanzar el objetivo dispuesto por la LOPP, se alegan en esta Demanda.
63. Es la cualidad de la infracción, su gravedad, y el respeto que merece el derecho, lo que justifica la tutela que se pide del TEDH, pues al formar el CEDH un conjunto de derechos y libertades estrechamente entrelazado, en el que se dan sentido mutuo, ha sido precisa una vulneración importante de garantías por parte del Estado, -garantías cuyo reconocimiento y defensa asumimos-, para alcanzar por una vía ilegítima lo que podría ser, no lo negamos, un objetivo legítimo (impedir que un partido político violento o instigador de la violencia participe en la vida política) y que, además, ya cuenta en el ordenamiento jurídico español con mecanismos adecuados al CEDH para conseguirlo, tal y como se pondrá de manifiesto en esta demanda.
64. Por lo expuesto creemos que es adecuado al CEDH un entendimiento abierto de la legitimación porque de lo contrario se acabaría produciendo una desnaturalización del derecho que no se podría reparar, y hay suficientes razones que, en este caso concreto, justifican la necesidad de una amplia legitimación procesal para la impugnación.

## **II. EXPOSICIÓN DE LOS HECHOS.**

(Apartado 14 del modelo oficial).

## **1.-La Ley Orgánica 2/2000, de 22 de junio, de Partidos Políticos.**

65. La LOPP pretende según su Exposición de Motivos reformar la ley 54/1978, de 4 de diciembre, de Partidos Políticos, a fin de configurar el estatuto jurídico de los partidos en consonancia con su función y el papel esencial que cumplen en el sistema democrático.
66. Es de destacar que la nueva regulación no se centra en los aspectos que se han revelado más problemáticas en los casi 25 años de vigencia de la Ley de 1978. Es decir, los relativos a la democracia interna de los partidos y, sobre todo, a su financiación. Estas dos cuestiones son, tal y como se comprueba repasando la bibliografía española sobre partidos políticos de los últimos años, las que han centrado la atención de la doctrina especializada. Como muestra basta referirse a la encuesta realizada por la revista editada por la Universidad Nacional a Distancia (UNED) *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 6, 2º semestre 2000, pp. 15 a 39, a 6 Profesores (4 de ellos de Derecho Constitucional) de diversas Universidades españolas.
67. Sin embargo, la modificación que introduce la LOPP en el Derecho de partidos, aunque incide en la democracia interna de éstos, nada prevé en torno a la financiación, salvo una remisión en blanco a la legislación vigente, que no se toca. Su atención preferente, por no decir exclusiva, es el establecimiento de las causas y el procedimiento de ilegalización de los partidos atendiendo, como se verá, a la vinculación entre sus fines y la actividad violenta de organizaciones terroristas. Regulación que por un lado, duplica la contenida en las leyes penales vigentes y, por otra, está hecha a la medida de un determinado partido cuya conducta a lo largo de su existencia se toma como modelo para integrar las definiciones de las causas de ilegalización.
68. La Ley tiene cuatro Capítulos: El I se intitula "De la creación de los partidos Políticos", (artículos 1 a 5); el II se ocupa "De la organización, funcionamientos y actividades de los partidos políticos" (artículos 6 a 9); el III "De la disolución o suspensión judicial de los partidos Políticos" (artículos 10 a 12) y el IV "De la financiación de los partidos Políticos" (artículo 13).

69. Se completa con tres Disposiciones Adicionales, la Primera modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial (para dar entrada a la nueva competencia de la sala Especial del Tribunal Supremo), la Segunda modifica la Ley Orgánica del Régimen Electoral General y la Tercera establece un régimen general de supletoriedad. También tiene una Disposición Transitoria Única (en relación a los efectos de la Ley sobre la situación anterior), una Disposición Derogatoria y dos Finales (acerca del desarrollo reglamentario y entrada en vigor).
70. Si la ponemos en relación con la regulación anterior el auténtico cambio se introduce con el Capítulo II, del cual derivan los nuevos preceptos del Capítulo III.
71. El Capítulo I es coincidente con el régimen anterior, con algún matiz. El Capítulo IV es hueco, ya que se remite a lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/1987, de 2 de julio, sobre Financiación de los Partidos Políticos.
72. A su vez en el Capítulo II, hay dos partes claramente diferenciadas, la primera se ocupa de las normas que atienden a la estructura interna y funcionamiento de los partidos políticos, que conforme al mandato constitucional deberán ser democráticos (artículo 6 CE). Así se prevé un órgano asambleario de carácter participativo (artículo 7) y los derechos y deberes de los afiliados (artículo 8).
73. La segunda ordena la actividad externa de los Partidos Políticos a fin de que se ajusten a la Constitución y a las Leyes, esta es la parte verdaderamente sustantiva de la nueva regulación y así lo destaca la Exposición de Motivos. De forma sintética, la LOPP pretende ilegalizar a los Partidos Políticos que, con independencia de cualesquiera sean sus ideas y programas, sustentan su acción política en la connivencia con el terror o la violencia.
74. El artículo 9 LOPP establece en su apartado 2, de forma genérica las conductas que a juicio del legislador son incompatibles con los principios democráticos, y el apartado 3 enumera de forma específica las acciones que notoriamente conculcan dichos principios, por último el apartado 4 señala que para apreciar y valorar las actividades "se tendrán en cuenta las resoluciones, documentos y comunicados del partido, de sus órganos y de sus Grupos Parlamentarios y municipales, el desarrollo de sus actos públicos y convocatorias ciudadanas, las manifestaciones, actuaciones y compromisos públicos de sus dirigentes y de los miembros de sus Grupos parlamentarios y municipales, las propuestas formuladas en el seno de las



instituciones o al margen de las mismas, así como las actitudes significativamente repetidas de sus afiliados y candidatos".

75. El Capítulo III prevé la disolución de aquellos partidos que no respetan el sistema democrático (artículo 10), y con esa finalidad se regula un procedimiento judicial de ilegalización *sui generis* (artículo 11) al margen de los ordenes jurisdiccionales ordinarios, puesto que no es ni civil, ni contencioso, ni penal (como lo precisa el Apartado V de la Exposición de Motivos).
76. Resulta curioso que se invoque la importancia y relevancia de la decisión, como fundamento para que su conocimiento se atribuya a la Sala Especial del Tribunal Supremo, mientras que en cuanto al procedimiento, se omite cualquier mención a las garantías (destacadas cuando se alude al Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal para los supuestos de disolución o suspensión que aquel contempla) y sólo se pretendan compaginar "los principios de seguridad jurídica y derecho de defensa con el de celeridad, procurando que la incertidumbre que puede provocar la iniciación del mismo no se incremente con una tramitación dilatada".
77. En suma, únicamente cabe sostener que la regulación anterior fue considerada incompleta y fragmentaria, en cuanto que no contenía el mecanismo de disolución de partidos políticos que la LOPP incorpora.
78. Y en definitiva, lo era porque no servía para ilegalizar a una concreta formación política, tal y como la lectura del diario de sesiones del Congreso o las declaraciones de los dirigentes de los dos partidos mayoritarios, miembros del Gobierno e incluso su Presidente pusieron de relieve a la hora de valorar la "bondad" de la Ley que se proponían aprobar.
79. La Ley 54/1978, de 4 de diciembre, ya contemplaba en su artículo 5.2, la disolución de los partidos: a) cuando incurran en supuestos tipificados como de asociación ilícita en el Código Penal; b) cuando su organización o actividades sean contrarias a los principios democráticos.
80. Hay que destacar que la inscripción del partido político Herri Batasuna en el Registro de Partidos Políticos del Ministerio de Interior, solicitada el 19 de septiembre de 1983, fue denegada por dos motivos supuestamente formales -la

cualidad de los socios, que han de ser españoles; y el concerniente al acatamiento expreso a la vigente Constitución Española- lo cual fue corregido por la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1984 (Arz 2918) que consideró de un lado que la nacionalidad española de los asociados había quedado suficientemente constatada y que la posibilidad de exigir ese acatamiento no estaba prevista ni en la Constitución ni en la Ley 54/1978, de 4 de diciembre.

81. Por su parte el Ministerio Fiscal en aplicación de lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley de 4 de diciembre de 1978 formuló demanda para declarar su ilegalidad como partido político, lo que fue rechazado por la Sentencia de Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1986 (Arz. 2921), ya que en principio los Estatutos conteniendo la voluntad asociativa externa, no presentan indicios de ilicitud penal, lo que no impedía, como puntualizaba la propia Sentencia, "si luego inscrita no desarrollara sus actividades dentro de los límites lícitos estatutarios, sino que actuara fuera de ellos, por desbordar inadecuada e ilegalmente los principios o declaraciones contenidas en la manifestación de voluntad estatutaria que permitió su inscripción, dirigiéndose a la realización de fines que fueran contrarios a la Constitución o a la Ley, o manifestando una estructura o funcionamiento no democrático, todo lo que está prohibido a sensu contrario en el artículo 6 de la Ley Fundamental, es evidente que podría incurrir en la causa de disolución de la entidad política que en abstracto determina el artículo 22.4 de la Constitución y que en concreto delimita el artículo 5.2 de la ley 54/1978 en sus apartados a) y b)."
82. Esto es, la Ley 54/1978 delimitó de manera suficiente el régimen jurídico de los partidos políticos, otra cosa es que fuera útil para lograr el propósito específico que persigue la LOPP.
83. El Tribunal Supremo ya había declarado que la ideología que plasmaban los Estatutos de Herri Batasuna (o de las formaciones que la sucedieron) no entraba en contradicción con la Constitución y, de otro lado, sus actividades, reflejo exacto de una trayectoria constante, se desarrollaban dentro de los límites lícitos impuestos por el Código Penal y la Ley de 4 de diciembre de 1978, o por lo menos había sólidos motivos para pensar confiadamente que no los desbordaban, ya que en ningún momento se había activado el mecanismo ilegalizador dispuesto por aquella.

## **2.- El contexto en que se aprueba la Ley Orgánica de Partidos Políticos.**

84. Como es sabido, el establecimiento del actual sistema constitucional español, tras cuatro largas décadas de dictadura franquista, se produjo en un contexto ciertamente difícil que no es posible ni necesario describir ahora. Solamente destacaremos dos factores que atañen a la regulación de los partidos políticos.
85. En primer lugar hay que tener en cuenta la lógica debilidad organizativa, la falta de experiencia política normalizada y de arraigo en la sociedad de los partidos políticos que protagonizaron la transición desde el franquismo hacia la democracia. Carencias motivadas por la situación de clandestinidad en la que tuvieron que moverse la mayor parte de ellos, y en otros casos, como ocurrió con el partido gubernamental y con Alianza Popular, porque provenían de las estructuras del régimen anterior. El primero con un afán reformista y el segundo con la añoranza del pasado inmediato se incorporaron al juego político democrático. El acuerdo entre fuerzas tan dispares alumbró la Constitución de 1978 y, también, la Ley de Partidos de 4 de diciembre de ese mismo año que, aunque es anterior en unas semanas a aquella, se atuvo al contenido del artículo 6 del texto constitucional.
86. El segundo factor al que hemos de referirnos fue la intensa y cruel actividad terrorista desplegada por ETA durante todo el proceso constituyente con innumerables atentados y asesinatos. En el Congreso de los Diputados elegido el 15 de junio de 1977, estaba representada la llamada izquierda abertzale cuya actitud frente a esos actos nunca fue crítica ni, desde luego, dio lugar a condena alguna.
87. La persistencia del fenómeno terrorista ha tenido en España una respuesta penal continuada y enérgica que es preciso no perder de vista a los efectos de una mejor comprensión del alcance y significado de la citada LOPP.
88. En el propio articulado de la CE, el terrorismo es objeto de atención en su artículo 55.2 que da cobertura constitucional a la suspensión de determinados derechos fundamentales "en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas".
89. La Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, contra la Actuación de Bandas y Elementos Terroristas, contiene una regulación jurídica completa material y

procesal frente a los delitos terroristas. Esta Ley es posteriormente derogada por la Ley Orgánica 3/1988, de 25 de mayo, ligeramente retocada por la Ley Orgánica 3/1989.

90. La Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, aprueba un nuevo Código Penal completo, el que se ha denominado Código penal de la democracia.
91. Con posterioridad, la Ley Orgánica 2/1998, de 15 de junio, modifica el Código con la pretensión de establecer instrumentos más claros y efectivos para defender los derechos y libertades de los ciudadanos frente a las agresiones derivadas de la violencia callejera, denominada "terrorismo de segundo grado".
92. Por último, la Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, incorpora un nuevo tipo de apología del terrorismo al que se denomina nuevo tipo penal de exaltación a terrorismo, con la explicación de que no se trata de prohibir el elogio o la defensa de ideas o doctrinas, por más que éstas se alejen o incluso pongan en cuestión el marco constitucional, ni, menos aún, de prohibir la expresión de opiniones subjetivas sobre acontecimientos históricos o de actualidad, sino que se trata de perseguir la exaltación de los métodos terroristas o de los autores de estos delitos, así como de las conductas de quienes calumnian o humillan a las víctimas al tiempo que incrementan el horror de sus familiares por ser todos ellos que producen perplejidad e indignación en la sociedad y que merecen un reproche social.
93. De forma resumida, se puede decir que junto a conductas que pueden calificarse de materialmente terroristas, en el sentido de que están directamente encaminadas a lesionar los bienes jurídicos fundamentales, tales como la vida, la libertad personal o la integridad corporal (artículos 571 a 575 CP); se encuentran otras que pueden ser calificadas como funcionalmente terroristas, de un lado, el delito de colaboración con banda armada (artículo 576 CP), que incluiría aquellas conductas que implican actos de favorecimiento material de las actividades delictivas, y de otro lado, el delito de apología (artículo 578 CP), que vendría a criminalizar supuestos de favorecimiento ideológico.
94. De todos ellos, nos interesan especialmente éstos últimos, los funcionalmente terroristas. Respecto al delito de colaboración con banda armada, conforme al artículo 576 CP "son actos de colaboración la información o vigilancia de personas,

bienes o instalaciones; la construcción, el acondicionamiento, la cesión o la utilización de alojamientos o depósitos; la ocultación o traslado de personas vinculadas a las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas; la organización de prácticas de entrenamiento o la asistencia a ellas, y, en general, cualquier otra forma equivalente de cooperación, ayuda o mediación, económica o de otro género, con las actividades de las citadas bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas".

95. Por su parte, el artículo 578 CP define la apología como "el enaltecimiento o la justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos comprendidos en los artículos 571 a 577 de este Código o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares."

96. Resulta significativo señalar que con respecto al delito de colaboración con banda armada y el de apología del terrorismo se han ido paulatinamente ampliando las conductas típicas recogidas por el Código Penal a fin de sancionar cualquier forma de favorecimiento de las actividades de las bandas armadas y de la existencia y pervivencia de las mismas, por lejana e ínfima conexión que la concreta conducta pudiera tener con hechos delictivos concretos.

97. Paralelamente, el Código Penal de 1995, incluyó el delito de asociación ilícita en el artículo 515, el citado precepto dice así:

**"Son punibles las asociaciones ilícitas, teniendo tal consideración:**

- 1.- Las que tengan por objeto cometer algún delito, o después de constituidas, promuevan su comisión.**
- 2.- Las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas.**
- 3.- Las que, aún teniendo por objeto un fin lícito, empleen medios violentos o de alteración o control de la personalidad para su consecución.**
- 3.- Las organizaciones de carácter paramilitar.**
- 5.-Las que promuevan la discriminación el odio o la violencia contra las personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, o inciten a ello.**
- 6.- Las que promuevan el tráfico ilegal de personas".**

98. Hay, en suma, un amplio arsenal de medidas punitivas para hacer frente al terrorismo, no sólo, para proceder contra los individuos que persiguen o promueven la destrucción violenta del Estado democrático y de sus instituciones, sino, también, contra los partidos políticos y asociaciones que tienen fundamentalmente esos objetivos.
99. El legislador penal ha realizado una compleja labor delimitando los campos de la apología, la colaboración, la pertenencia, la comisión del delito terrorista y la realización de funciones directivas en la organización o grupo, en una graduación de menor a mayor gravedad (dentro de la gravedad ínsita en todas ellas).
100. La LOPP se percibe como una norma que completa ese arsenal, aunque las dudas surgen sobre los comportamientos que se quieren perseguir a través de la reforma propiciada.
101. Desde luego hay que rechazar que pueda servir para hacer confluir en un conjunto unitario los actos que favorezcan la realización de las actividades o la consecución de los fines violentos y delictivos de la banda armada con los actos que favorezcan los posibles objetivos políticos que aquella pueda perseguir.
102. El elemento teleológico o ideológico -aparte de su carácter armado- permite distinguir la organización terrorista de las organizaciones criminales (asociaciones ilícitas) comunes.
103. Por ello, a pesar de la dificultad de distinguir entre esos dos aspectos, ese esfuerzo es absolutamente necesario, sin que sea legítimo incriminar, rebasando el marco punitivo del Código penal, a una formación política por el hecho de que comparta con la organización terrorista la misma lectura política de la situación vasca y sus mismos objetivos (la independencia del País Vasco y, de forma más difusa, el establecimiento de un sistema político de inspiración marxista-leninista).
104. A diferencia de otras Constituciones europeas y, en particular de la Ley Fundamental de Bonn, la Constitución española no tiene una cláusula de intangibilidad que impida el ejercicio del derecho de asociación para promover su reforma completa o que se incorpore a su texto una cláusula de secesión. No acoge, en definitiva, el conocido principio de democracia militante. Tal pretensión de cambio constitucional, es por otra parte, perfectamente compatible con un

Estado plurinacional democrático, según puso de manifiesto la Sentencia del Tribunal Supremo de Canadá de 20 de agosto de 1998 y la *Clarity Act* de ese mismo país.

105. En efecto, como ha dicho el TEDH, en relación al derecho de reunión, también amparado por el artículo 11 CEDH, y sometido a las mismas excepciones que el derecho de asociación (STEDH de 2 de octubre de 2001, *Caso Stankov y United Macedonian Organisation Ilinden contra Bulgaria*), el hecho de que un grupo de personas pida la autonomía o incluso la secesión de parte del territorio del país, y por tanto, exija cambios constitucionales y territoriales fundamentales, no puede automáticamente justificar la prohibición de sus reuniones. Las medidas restrictivas de naturaleza preventiva para suprimir la libertad de asociación, "a menos que sean en caso de incitación a la violencia y rechazo de los principios democráticos" por más chocantes e inaceptables que puedan parecer a las autoridades algunos puntos de vista o palabras, o por más ilegítimas que puedan ser las exigencias hacen un flaco servicio a la democracia y a menudo la ponen en peligro.
106. Y es precisamente una ampliación de esa naturaleza la que no puede ser asumida, ya que lo que hay que combatir es la actividad delictiva de los integrantes de esa formación y si de la misma se concluye que, efectivamente, merece ser objeto de represión penal, por ser el partido un simple instrumento encaminado a propiciar de forma sistemática la violencia, siendo ese su objetivo principal, lo sea con todas las garantías inherentes a un proceso penal.
107. En realidad estamos ante lo que cabría calificar, en general, como una "huída del Derecho Penal" (por utilizar una expresión simétrica a la utilizada en el Derecho Administrativo para referirse al fenómeno en el que los Entes públicos adoptan formas privadas para sortear o eludir los rigores del régimen jurídico público) pero no a fin de aplicar el principio de la intervención mínima que inspira el Derecho punitivo, sino con el propósito de que la estricta y taxativa disciplina jurídico penal a que se sujeta se relaje y con ella las garantías y los controles a los que se debe ajustar el despliegue de la coacción estatal. En particular, los principios que informan el ejercicio del *ius puniendi*: *ne bis in idem*, presunción de inocencia, proceso equitativo, irretroactividad de las normas penales, predeterminación normativa de las conductas y proporcionalidad de las medidas restrictivas del ejercicio del derecho.

108. Lo que se hace, en suma, es extender nuevamente el círculo potencial de los actos de favorecimiento, y desbaratar las garantías que rodean el ejercicio del *ius puniendi*, para incluir un cúmulo de conductas de distinta trascendencia y significación que al parecer, convergen todas ellas, como un conjunto variado y abigarrado, en una única causa de disolución.
109. Esto es, colocar junto a conductas que son trascendentes para la norma penal otras que pueden provocar un rechazo ético pero que son penalmente irrelevantes (aquellas personas o grupos que deseando que la violencia acabe no son, sin embargo, capaces de sentirse unidos a las víctimas porque se lo impide la comunión de objetivos con la organización terrorista o no quieren condenar su actividad porque consideran que tal condena aprovecha a los adversarios ideológicos).
110. En realidad no hay margen para la represión de nuevas conductas verdaderamente significativas en este campo, como lo ha tenido que reconocer el Tribunal Constitucional Español, poniendo límites a la aplicación de la LOPP.
111. Desde la perspectiva de los derechos humanos, creemos que no tienen legitimidad las limitaciones y constricciones que una Ley impone *a limine* en los derechos de participación, libertad ideológica y de expresión, y *a fortiori* en el derecho de asociación, cuando lo hace de forma singular, poco comprensible y desproporcionada.
112. Ese respeto a los cauces, a los principios, a las exigencias que son de observancia obligada en una sociedad democrática para el sacrificio de semejantes derechos y libertades, tal y como han sido recogidas por el CEDH e interpretadas por el TEDH, es lo que quiere preservarse con la demanda, sin olvidar las consecuencias que la aplicación de la LOPP ocasiona en la actividad política que desarrollan los partidos políticos en esta Comunidad Autónoma y en el cuerpo electoral.
113. Es evidente que la disolución de un partido político reduce la posibilidad de defensa democrática de las ideas que propugnan los diferentes grupos presentes en una sociedad y reduce también las opciones de los ciudadanos que no pueden mostrar así su acuerdo o desacuerdo, en los diferentes procesos electorales, con



las diferentes líneas políticas que aquellos preconizan e incluso con la actuación pública que desarrollan.

114. También tiene un efecto de socialización negativa, sobre todo en los jóvenes, ya que las nuevas generaciones pueden percibir que no es posible defender determinadas ideas de forma legítima mediante partidos políticos y a través de los canales y mecanismos que permite el juego institucional.
115. Y, por último, creemos que la consecución de objetivos inmediatos, de gran resonancia pública, que se justifican en la lucha contra el terrorismo, puede pagarse a la larga, con la disminución en la vigencia y credibilidad de los valores que sustentan el sistema democrático.
116. De otro lado, tampoco el momento escogido, permite explicar por qué durante todo este tiempo, desde la aprobación de la Constitución de 1978, no ha sido necesario un instrumento como la LOPP cuando nos encontramos, en palabras de la Exposición de Motivos de la Ley, "en el marco de una democracia madura y firmemente consolidada".
117. Desde luego la voluntad mayoritaria de los partidos presentes en las Cortes Generales, que responde a una situación comprensible de hartazgo ante la pervivencia del terrorismo existente en la sociedad española, no es suficiente para desbordar los límites impuestos por los derechos y libertades fundamentales, que se caracterizan por ser una forma histórica de aseguramiento jurídico de la libertad y cuyo sentido consiste justamente en no dejar en manos de la mayoría parlamentaria la decisión sobre determinadas posiciones del individuo, es decir, en delimitar el campo de decisión de aquella tal y como ha señalado una voz tan autorizada como la de Robert Alexy en su conocida *Teoría de los Derechos Fundamentales*.
118. No es España el único caso en el que se ha optado en los últimos años por una política de represión ante las ideas secesionistas como mecanismo desincentivador de éstas, sobre todo cuando hay fenómenos de violencia y terrorismo asociados a las mismas, pero esto no es una opción asumible en un Estado democrático.

### **3.- El proceso ante el Tribunal Constitucional.**

119...El Gobierno Vasco interpuso contra la LOPP recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional Español, órgano que tiene atribuida en exclusiva, en el orden interno, conocimiento de las demandas interpuestas contra leyes con arreglo al artículo 161.1a) CE y de las cuestiones que sobre su constitucionalidad le planteen los órganos judiciales (artículo 163 CE).

120...En el escrito de recurso el Gobierno Vasco solicitó la recusación del Presidente del Tribunal Constitucional por considerar, a la vista de una serie de declaraciones públicas efectuadas en diferentes medios de comunicación, que no reunía la imparcialidad necesaria para formar parte del Tribunal sentenciador, solicitando su apartamiento del caso.

121...Por Auto de fecha 20 de noviembre de 2002 el Pleno del Tribunal Constitucional desestimó la pretensión de recusación de su Presidente.

122...Mediante escrito de fecha 4 de febrero de 2003, el Gobierno Vasco reiteró la solicitud de recusación contra el Presidente del Tribunal Constitucional, por haber efectuado nuevas declaraciones recogidas ampliamente por los medios de comunicación que, al manifestar una postura inequívoca sobre la constitucionalidad de la Ley, comprometían su imparcialidad.

123...En Auto de fecha 19 de febrero de 2003, el Pleno del Tribunal Constitucional desestimó la recusación de su Presidente, si bien, de los once magistrados que componen el órgano (en realidad lo componen 12, pero el recusado no participó en las deliberaciones y votación), cinco votaron a favor de estimar la solicitud ya que entendieron y razonaron que su Presidente había comprometido la imparcialidad del Tribunal.

124...Finalmente, la Sentencia de 12 de marzo de 2003, del Pleno del Tribunal Constitucional, desestima el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno Vasco contra la LOPP, aunque declara que los artículos 3.1, 5.1, 9.2 y 3 y la Disposición Transitoria única, apartado 2 sólo son constitucionales si se interpretan en los términos señalados en los fundamentos jurídicos 10, 11, 12, 13, 16, 20 y 21 de la misma (FJ 23).

### **III.-EXPOSICIÓN DE LA(S) VIOLACIÓN(ES) DEL CONVENIO Y/O DE SUS PROTOCOLOS ALEGADAS, ASÍ COMO DE LOS ARGUMENTOS EN QUE SE BASE.**

*(Apartado 15 del modelo oficial)*

125...Dejando a un lado el primer motivo que se esgrime relativo al proceso ante el Tribunal Constitucional Español (Infracción del artículo 6 del Convenio que reconoce el derecho a un proceso equitativo) que tiene autonomía y sustantividad propia, los otros tres motivos que fundamentan esta Demanda (todos ellos conectados con el artículo 11 del CEDH que garantiza la libertad de asociación) se dirigen a demostrar, desde distintas perspectivas, aunque todas ellas confluyentes, pues sirven a esa tesis principal, que el régimen de disolución de partidos que pone en vigor la LOPP es contrario al Convenio Europeo de Derechos Humanos.

126...La Demanda se articula, así, a través de un triple orden de argumentaciones a través de las cuales pretende:

- Ser fiel a la delimitación jurídica y la interpretación que sobre los derechos y libertades reconocidos por el Convenio ha efectuado el TEDH, que lógicamente se encuentra vinculado por su propia doctrina emitida ante casos similares, lo que también facilita, evidentemente, la comprensión y entendimiento de los términos del debate.
- Apreciar desde distintos planos, y sin perder la visión de conjunto, lo que la LOPP es sin dejarse llevar por las apariencias. Una labor necesaria porque la LOPP si bien se muestra como una ordenación movida por propósitos legítimos y plenamente homologable con las regulaciones existentes en otros Países Europeos, cuando se profundiza en su contenido y se la somete a un juicio estricto, pasándola por el tamiz de los derechos y libertades fundamentales, la conclusión que se alcanza es meridiana: su vestidura exterior no es más que un mero artificio, al ser consciente el legislador de que sin tales ropajes ni tan siquiera sería mínimamente presentable ante los demás Estados firmantes del CEDH.

- 127...La conclusión que extraemos es que se han roto las costuras del ordenamiento interno para hacer un traje a medida pero con el riesgo de que, como sucede, las piezas finalmente no encajen.
- 128...Es evidente que una decisión tan grave como lo es la de disolver un partido sólo puede ser consecuencia del ejercicio de actividades delictivas por parte de sus dirigentes y órganos estatutarios. La vía penal constituye, no lo ignoramos, *última ratio*, pero por ello mismo su uso se encuentra condicionado por un compendio de garantías esenciales muy importantes para el justiciable, que son las que la LOPP le quiere hurtar.
- 129...La LOPP crea una vía *sui generis* para la ilegalización que toma en consideración, junto a conductas relevantes para el Código Penal, otras inocuas para crear una amalgama de difícil comprensión, sin que además se den las claves que permitan interpretar con un mínimo rigor cómo se interrelacionan.
- 130...No se explica por qué hechos que se equiparan en la LOPP tengan distinta relevancia a efectos del Código Penal, cuando los bienes protegidos son los mismos, alguno o algunos de los dispuestos por el artículo 11.2 CEDH. Menos aún se explica por qué algunos pueden ser doblemente enjuiciados y castigados mientras que otros no.
- 131...Nada permite justificar la LOPP teniendo en cuenta el amplio elenco de medidas represivas dispuestas para combatir las diferentes formas de criminalidad existentes en la sociedad española, también las asociadas al terrorismo, que no sean, lamentablemente, razones espúreas.
- 132...Una pena o medida limitativa de derechos y libertades no puede fundamentarse en un muy escaso o nulo bagaje probatorio, por eso la LOPP se ha inventado un procedimiento en el que cobran un inusitado relieve una serie de presunciones legales que facilitan la adopción de una decisión en línea con lo pretendido por quien hubiere instado el proceso.
- 133...Es evidente que una ordenación que afecta a los partidos políticos debe ser general y abstracta pero aquí el disimulo no impide reconocer que la LOPP es un instrumento jurídico concebido para lograr la disolución de un concreto partido e ilegalizar la ideología que constituye la base de su acción política.

134...Igualmente, es notorio que en el proceso jurisdiccional encaminado a la adopción de la medida disolutiva del partido político la garantía de un juez independiente es pieza esencial. Sin embargo, la LOPP atribuye el conocimiento de la causa a una Sala Especial del Tribunal Supremo y se establecen una serie de especialidades procesales que claramente la distorsionan.

135...La LOPP constituye un instrumento que puede llevar a anular el debate político sobre determinadas ideas, a desterrar determinados discursos, porque ofenden a una mayoría de la población española, lo cual no es suficiente, y claramente puede interferir en el juego político para colocar a determinadas opciones fuera de la lucha partidista, pese a que no se haya podido imputar a sus dirigentes la promoción de actividades delictivas, lo cual resulta desproporcionado.

136...La LOPP parte a nuestro entender de una doble falacia, que en España esta en riesgo la democracia y que no funcionan correctamente los resortes propios de un Estado democrático para combatir a la delincuencia y a los delincuentes. Sólo así puede entenderse la necesidad de un instrumento como el de la LOPP, de lo que esta parte abiertamente discrepa.

137...Es más, ha sido la LOPP la que ha dejado en suspenso las garantías de un régimen democrático y la que ha puesto en cuestión la actividad de los Jueces y Tribunales, al obligarles a cerrar filas en torno al objetivo con la que fue engendrada, haciendo causa común con el resto de los poderes del Estado.

### ***1.INFRACCIÓN DEL ARTÍCULO 6 DEL CONVENIO QUE RECONOCE EL DERECHO A UN PROCESO EQUITATIVO.***

138...El hecho de que se trate de un proceso constitucional no impide que se proyecte sobre el mismo el artículo 6.1 del CEDH que reconoce el derecho a un Tribunal independiente e imparcial.

#### **1.1 Sobre la protección del derecho en el ámbito de procesos constitucionales.**

- 139...En la medida en que el Tribunal Constitucional Español tiene atribuida la tutela de los derechos y libertades fundamentales reconocidos por la CE (artículo 53.2 y 162.1 b) CE), que prácticamente se solapan con los que son objeto de la protección que brinda el CEDH, y que para acudir al TEDH es preciso agotar las vías jurisdiccionales internas, ex artículo 35.1 del Convenio, ello hace obligado, en la práctica totalidad de las ocasiones, la interposición de un recurso ante el Tribunal Constitucional, con el añadido de que la decisión que abre las puertas al recurso al TEDH habrá de ser de inadmisión o de desestimación del recurso interno.
- 140...Si esto es así, cae de suyo que el motivo que puede llevar a impetrar el amparo del TEDH es la falta de imparcialidad e independencia del propio Tribunal Constitucional llamado a conocer de la demanda interna previa, puesto que puede ser el mismo, en ejercicio de esas funciones jurisdiccionales, el sujeto activo de la lesión al derecho fundamental.
- 141...Es evidente que sin garantías sobre el Tribunal juzgador los derechos fundamentales carecen de eficaz protección. En el caso de los derechos fundamentales el derecho a la tutela judicial efectiva es instrumental, sin la misma por mucho que los textos declaren formalmente su vigencia no hay manera de salvaguardar su realización práctica. Esta pues íntimamente conectado con aquél y resulta inescindible de éste, formando un todo unitario. Dicho de otra forma, esta implícito en el correspondiente derecho fundamental, forma parte de su misma sustancia o esencia, de las facultades, garantías o posiciones jurídicas que lo integran.
- 142...Por el contrario, en asuntos de otra índole, por ejemplo cuando lo que se deciden son derechos y obligaciones de carácter civil, expresamente mencionados por el artículo 6.1 del CEDH, el derecho a la tutela judicial efectiva es autónomo, tiene vida propia, y se impone como una garantía para el logro de una recta administración y dación de justicia.
- 143...Hay, por decirlo así, un doble bien jurídico, de un lado sin un proceso equitativo el derecho fundamental carece del sustrato necesario para que sea efectivo, y de otro, sin un proceso equitativo no hay una garantía de justicia para el individuo y la sociedad, en general.

144...Es sabido, también, que el TEDH ha garantizado otros derechos presentes en este artículo 6.1 CEDH, en el marco de procesos constitucionales, al entender que no escapan al dominio del referido artículo 6.1 CEDH: caso del principio de igualdad de armas (STEDH de 23 de julio de 1993, *Caso Ruiz Mateos contra España*, o el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, SSTEDH de 1 de julio de 1997, *Casos Pammel contra Alemania y Probstmaier contra Alemania*).

## 1.2 Sobre la justificación de la falta de imparcialidad.

145...La falta de imparcialidad del Tribunal Constitucional se debió a su incorrecta composición, motivada, a su vez, a no que no se apartó a su Presidente del caso a pesar de que era público y notorio que había manifestado una postura claramente favorable a la apreciación de la constitucionalidad de la Ley que debía enjuiciar, siendo además ponente de la Sentencia, encargado de estudiar la demanda, de redactar la propuesta para su debate en el Pleno y, también, investido en su calidad de Presidente del Tribunal, de la facultad de fijar la fecha de inclusión del asunto en el orden del día del Pleno para su deliberación y fallo. Extremo este último determinante para la resolución del procedimiento de ilegalización de Batasuna del que estaba conociendo la Sala Especial del Tribunal Supremo antes de la celebración de las elecciones previstas legalmente para el 25 de mayo de 2003.

146...Únicamente cabría añadir a lo entonces esgrimido en aras de la preservación de la imparcialidad del Tribunal que el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, también reconoce idéntica garantía.

147...Y no es ocioso recordar que a pesar de que la participación del Presidente del Tribunal en las resoluciones del Tribunal Constitucional no es en sí misma decisoria, puesto que su voto concurre con los de los otros once Magistrados que forman el Pleno, y es la voluntad de todos la que aquellas reflejan, eso no solventa el problema. Muy al contrario, como ha admitido el propio Tribunal Constitucional, es suficiente con que uno de los Magistrados incurra en una causa de abstención para apreciar su falta de imparcialidad porque "la garantía de imparcialidad del juzgador ha de vincularse necesariamente a la intervención del mismo en la causa, con independencia de la influencia que su voto pueda tener en el resultado final de la votación, ya que es precisamente la participación en el conocimiento, deliberación y votación del litigio de aquél en quien concurra o pueda concurrir

alguna de las causas de recusación previstas legalmente lo que se intenta salvaguardar con aquella garantía, todo ello con total independencia de su eventual influencia en la deliberación de la resolución de que se trate..." (STC 230/1992 y 51/2002).

148...Las palabras del Presidente del Tribunal Constitucional, como se suele indicar vulgarmente, hablan por sí mismas. Éste no solo ha revelado sin ambages sus convicciones y ha mostrado sus simpatías personales sobre cuál debía ser la solución del caso, sino que lo ha hecho de forma reiterada y pública. Su resonancia en los medios de comunicación dieron a sus pronunciamientos una notoriedad tal que es evidente que ni, por supuesto, él, pero, tampoco, los demás Magistrados del Tribunal, pudieron pasarlas por alto ni olvidarlas a la hora de estudiar y decidir el recurso interpuesto contra la LOPP.

149...En primer lugar, antes de la aprobación de la LOPP, expresó la opinión que el Anteproyecto de Ley –que ya entonces se podía asegurar que acabaría siendo objeto de impugnación ante el Tribunal Constitucional- le merecía en unos términos claramente anticipatorios de su favorable punto de vista acerca de su acomodo a la Constitución. Lo hizo en unas declaraciones efectuadas a la emisora radiofónica “Onda Cero” en el curso de una entrevista el 2 de abril de 2002 (luego recensionada por otros medios de prensa escrita) y en un artículo de opinión publicado en el diario "ABC", el día 5 de mayo de 2002, bajo el título "El TC Español y el TC Alemán". Expuso su particular punto de vista tanto sobre cuestiones generales que atañían a la propia Ley en su conjunto como sobre aspectos particulares.

150...Respecto a los primeros, cabe destacar los siguientes pasajes de la entrevista:

**“Carmelo Calvo:** Buenos días Sr. Jiménez de Parga. Recientemente el Gobierno ha aprobado el anteproyecto de la nueva ley de Partidos Políticos, de momento parece que hay consenso entre todos los Grupos Parlamentarios y a priori también parece que el articulado de la Ley, también le merece, en principio un gran consenso en la sociedad. ¿Cree que hay también un consenso en el mundo de la Judicatura?.

**Jiménez de Parga:** No puedo decir ni sí ni no en el sentido que desconozco la opinión de los Jueces y Magistrados, he leído alguna manifestación, pero muy individualizada, pero yo pienso que **por lo que yo conozco del Proyecto de Ley, la Judicatura, pues como integrada por personas de formación jurídica, pues no van a encontrar, yo**



no he encontrado al menos ningún defecto importante o cualquier tipo de desviación importante que pudiera ser tachada de inconstitucional esta Ley, me parece una Ley correcta, por lo que yo sé y supongo que los Jueces y Magistrados de España pues participarán de esta opinión, aunque, como tantas veces sucede en el mundo del derecho, existan opiniones aisladas minoritarias, que puedan oponerse por alguna razón, que todavía yo no he visto en ningún sitio, he visto descalificaciones más o menos globales, pero no decir, en este punto concreto, esto es inconstitucional”.

151...Y más adelante añade:

**Juan de Dios Colmenero:** Volviendo, retomando el asunto de la hipotética o futura ilegalización de Batasuna, el único y último referente de Batasuna en el Tribunal Constitucional, fue la revocación de la condena de la Mesa Nacional de Herri Batasuna. Dado que cabe recurso de amparo en la nueva Ley de Partidos Políticos, se puede repetir un poco las circunstancias que se dieron en aquel momento, eso por un lado y por otro lado, las posibles consecuencias a posteriori de esa ilegalización de Batasuna. ¿Qué pasaría, por ejemplo tendrían derechos constitucionales un municipio con mayoría absoluta de esta formación política que se quedaría sin representantes en ese municipio o los parlamentarios del propio parlamento vasco, podía tener eso también consecuencias desde el punto de vista constitucional?

**Jiménez de Parga:** La situación que se va a plantear suponiendo que se plantee el día que lleguen en recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, después de la decisión que tomen los jueces y magistrados que son los que tienen que decidir sobre la legalización o ilegalización, o deslegalización, según queramos denominar el hecho de perder la condición de agentes dentro del ordenamiento jurídico español, pues la situación que se plantee, naturalmente ahora mismo no puedo preverla, me parece que si se ha instado, como tiene que ser en debida forma la ilegalización de un grupo, se ha acordado por quien corresponda, que en este momento según el proyecto que yo conozco es la Sala Especial del artículo 61 de Tribunal Supremo, Sala formada por el Presidente del Tribunal Supremo, por los 5 Presidentes de las Salas, por los 5 Magistrados más antiguos y los 5 Magistrados más modernos, son 16 personas, todas ellas de un peso jurídico extraordinario; si llega ya la decisión a nosotros vendrá ya muy, muy resuelto el asunto porque difícilmente se van a equivocar y van a dictar una resolución errónea jurídicamente hablando personas de tal prestigio y de tal peso jurídico, por tanto sólo será una cosa a mi juicio fácil, no tendrá la dureza que tuvo en su día, el debate, cuando se planteó la puesta en libertad o no de los componentes de la llamada Mesa Nacional de Herri Batasuna, que fue un hecho afortunadamente ya lejano, o por lo menos yo lo quiero considerar lejano, en un Tribunal distinto del actual con una

composición diferente y que pido a Dios que no se vuelva a repetir los malos ratos que pasamos entonces”.

152...Esto es, otorga al Anteproyecto que se está tramitando el aval de la autoritas de la que se encuentra investido como Magistrado del Tribunal Constitucional e incluso vaticina la decisión que el Tribunal que preside va a adoptar cuando conozca de la ilegalización del Batasuna por aplicación de la futura LOPP.

153...Con posterioridad a la aprobación de la LOPP, concede otra entrevista al diario ABC publicada el 15 de septiembre de 2002 y sus palabras no puede ser más explícitas, claras y rotundas:

**"Manuel Marín:** ¿Era necesario crear una nueva Ley de Partidos, una vía constitucional, que permita la ilegalización de partidos?.

**"Jimenez de Parga:** El camino que se ha seguido con la Ley de Partidos es constitucionalmente correcto. Se trata de una decisión política, como todas las leyes, que ha entrado en vigor respaldada por una amplísima mayoría del Congreso y del Senado, de modo que me parece oportuna. **Desde el punto de vista constitucional, que es el que valoro, me parece que encaja en la Constitución".**

154...E, incluso, cuando el recurso de inconstitucionalidad contra la LOPP había sido interpuesto, efectúa nuevas declaraciones sobre el asunto que el Tribunal está conociendo, en un acto público, en el que estaban presentes el Ministro de Justicia, el Presidente del Consejo de Estado, el Defensor del Pueblo, algunos Magistrados del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, así como varios Vocales del Consejo General del Poder Judicial, con masiva presencia de medios de comunicación escritos, radiofónicos y televisivos, los cuales recogieron sus palabras e incluso las emitieron repetidamente.

**"Periodista:** Buenos días, don Manuel, yo quería preguntarle si la eventual ilegalización de Batasuna va a superar el trámite del Constitucional o si nos va a pasar como con la Mesa de HB.

**Jimenez de Parga:** "Pero, hija mía, pero es que eso son asuntos que están sometidos a la decisión de mis colegas, ahí sentados en su mayor parte, y no puedo, ni quiero, ni debo pronunciarme. Ya veremos. **Yo espero que lo hagamos lo mejor que sepamos y que consigamos una ilegala... una... solución, una solución favorable".**

- 155...Esa suma de hechos muestran hasta qué punto el Magistrado recusado participó activamente en los debates que se suscitaron en la opinión pública durante la gestación de la LOPP, una vez aprobada y con motivo del recurso de inconstitucionalidad formulado contra la misma.
- 156...La respuesta del Pleno del Tribunal Constitucional, que desestimó hasta dos veces los correspondientes incidentes de recusación, debe ser corregida por infringir el derecho a un Tribunal imparcial.
- 157...Ni siquiera el Auto de 20 de noviembre de 2002 se ajusta a la doctrina emanada por el TEDH, ya que a nuestro parecer, el factor decisivo esgrimido por el Tribunal -el que las declaraciones fueran anteriores a la aprobación de la LOPP- resulta inoperante. Poco importa que se pronunciara sobre un Anteproyecto en vez de hacerlo sobre la Ley aprobada, pues sus palabras muestran una inclinación de ánimo sobre el fondo que ya está asentada, el juicio de valor existe en la conciencia del Juez y carece, por ello, de la necesaria imparcialidad para juzgarlo. Por lo demás, era evidente en aquél momento que la LOPP sería aprobada en sus mismos términos y en breve plazo, según se corroboró en la práctica.
- 158...Pero incluso si se estimara que no hay razones para considerar que las sospechas o dudas sobre la imparcialidad de recusado estuvieran objetiva y legítimamente justificadas entonces, la segunda vez en que el Presidente del Tribunal Constitucional fue recusado, tal argumento había decaído y sus palabras adquirirían, a pesar del titubeo con que las pronunció, un sentido inequívoco, al conectarse con las anteriores y corroborar su continuidad e identidad de sentido.
- 159...Por su claridad y acierto, merece ser reproducido a estos efectos, pese a su extensión, el Voto Particular emitido por 5 Magistrados al Auto de 19 de febrero de 2003.

*"1. En nuestro Auto anterior decíamos que para apreciar en una manifestación de un Magistrado la posible concurrencia de un interés directo era necesario que dicha manifestación pudiese aparecer objetivamente como una toma de partido y fundar, por lo tanto, una sospecha justificada de parcialidad (fundamento jurídico 4). Esa duda justificada de parcialidad es la que, según reiteradísima jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (v.g., Caso Hauschildt*

*c. Dinamarca, de 24 de mayo de 1989; Nortier c. Holanda, de 24 de agosto de 1993 y Gregory c. Reino Unido, de 25 de febrero de 1997), determina la procedencia de la recusación. De modo que cuando se afirma en el Auto del que disentimos que “es razonable admitir que una de las posibles interpretaciones del lapsus linguae del recusado sea, precisamente, la propuesta por el Gobierno Vasco” poco más habría que añadir para llegar a la conclusión de que la recusación procedía. Si el Auto llega a una conclusión contraria es porque, tras afirmar (citando las Sentencias del TEDH, Caso Kizilöz c. Turquía, de 25 de septiembre de 2001; Gautrin y otros, c. Francia, de 20 de mayo de 1998 y Caso Garrido Guerrero c. España, de 2 de marzo de 2000) que “lo que es decisivo es si sus dudas [del recusante] se pueden considerar objetivamente justificadas” cambia a renglón seguido el criterio exigiendo que se extraiga de las palabras del recusado “una conclusión firme y concluyente”, un “elemento que apoye, de manera definitiva, inconcusa y rotunda,” la conclusión estimatoria de la recusación (fundamento jurídico 5). Asimismo, en las consideraciones conclusivas se dice que “el tratamiento informativo de la intervención del recusado no permite afirmar con seguridad que se haya producido una apariencia de parcialidad”. Y añade que las palabras que se pronunciaron tienen “un significado equívoco, sin que su análisis permita alcanzar certeza acerca de cómo han sido apreciadas por la generalidad de los ciudadanos”.*

*De este modo, la duda justificada sobre la falta de imparcialidad se sustituye por la certeza, probada por el recusante, lo que obliga a éste a una casi imposible probatio diabólica, operándose así una mutación constitucional injustificable en el significado de la imparcialidad. A partir de esas bases se extrae una conclusión a la que, como veremos seguidamente, no permitiría llegar la aplicación del canon correcto.*

*2. Aplicando al caso el canon sentado en nuestra jurisprudencia anterior y dejando aparte la cuestión de si nos hallamos o no ante un lapsus, es preciso subrayar aquí que la frase objeto de nuestro análisis, antes que una manifestación de opinión, debe ser entendida como expresión de una determinada inclinación del ánimo. Y lo que nos compete dilucidar no es si el Presidente tenía la intención de decir lo que dijo o si efectivamente su ánimo estaba inclinado, en relación con el objeto del proceso, en el sentido que manifiesta el recusante; sino si sus palabras pudieron despertar en éste último una duda fundada de parcialidad. Para resolver esta cuestión hemos de acudir al canon anteriormente expuesto (ATC 226/2002, FJ 4). Pero, con carácter previo, dado que las manifestaciones se refieren no al recurso de inconstitucionalidad, sino al eventual recurso de amparo contra una presupuesta y futura decisión de ilegalización de Batasuna, habremos de*

*establecer si entre el objeto de uno y otro proceso existe una conexión de tal naturaleza que permita afirmar que la inclinación del ánimo por la ilegalización de Batasuna (que es en la que basan los recusantes su pretensión) comporta también una inclinación del ánimo en favor de la constitucionalidad de la ley que lo posibilita.*

*Pues bien, dice al efecto el Ministerio Fiscal que "sin desconocer que estamos en el terreno de las hipótesis, que la pregunta lleva implícita una petición que supone resuelta y que se mueve en el terreno de la previsión de futuro, ha de admitirse, al menos a los efectos de la invocación de una apariencia de parcialidad, que aunque ambos procesos sean formalmente distintos, en este caso concreto se encuentran entre sí relacionados y que una respuesta a la suerte que haya de correr un previsible recurso de amparo frente a una supuesta ilegalización de Batasuna podría dar a entender o indicar una determinada postura respecto del recurso de inconstitucionalidad en trámite".*

*Y no puede, desde luego, ser de otra manera, sobre todo atendida la índole del recurso de inconstitucionalidad que no se limita a impugnar algunos preceptos de la Ley de Partidos sino que pone en cuestión su misma esencia. Así la constitucionalidad de la Ley es un presupuesto inevitable de la ilegalización de Batasuna y quien se muestre inclinado a ratificar la ilegalización no puede sino estimarse inclinado a rechazar el recurso de inconstitucionalidad propuesto por el recusante.*

*Otra cosa es que las palabras pronunciadas por el Presidente sean bastantes para justificar la sospecha de esa inclinación.*

*Lo que las palabras reseñadas parecen decir, sobre todo si se pone en relación la respuesta con la pregunta, es que el Presidente espera que se consiga la ilegalización de Batasuna o lo que es lo mismo, una solución favorable a la denegación del amparo. Esta apariencia podrá discutirse; pero no cabe excluir una interpretación en tales términos, dado el tenor de lo dicho. Y puesto que aquí no estamos ante opiniones que pudieran requerir determinada contundencia o radicalidad sino ante la apariencia de una inclinación del ánimo, establecido el posible tenor de las manifestaciones, basta constatar si son lo suficientemente consistentes como para generar una sospecha fundada de parcialidad.*

*Especial relevancia adquiere en este punto el hecho de que sea la segunda vez que se recusa al Excmo. Sr. Presidente por sus manifestaciones y, justamente, por manifestaciones con el mismo objeto que las aquí analizadas. En las primeras,*

*que se examinaron en el ATC 226/2002, presumía que la opinión de los Jueces sería favorable a la constitucionalidad del proyecto de ley y que su decisión no tendría probablemente problemas de constitucionalidad, dada la composición de la específica Sala del Tribunal Supremo que habría de pronunciarse sobre el asunto. Ahora avanza, en la misma línea, lo que parece ser una esperanza de que, en esta jurisdicción constitucional, la hipotética demanda de amparo sea objeto de una decisión favorable, es decir, que permita superar el trámite al que se refiere la pregunta. Esta reiteración refuerza el fundamento de la duda de parcialidad formulada por el recusante.*

*Pero, para advenir esa conclusión se hace preciso analizar detalladamente las circunstancias en que tales manifestaciones se emitieron. Pues bien, en primer término y a diferencia de las manifestaciones que enjuicamos en el Auto 226/2002, las aquí analizadas se emiten en un ambiente más sereno (no se trata de una emisora de radio, sino de un foro de opinión), en lugar y espacio de mayor relevancia política, como se pone de manifiesto por la calidad de los asistentes, con amplia cobertura de prensa y precedidos de una alocución del propio Presidente que, como los demás intervinientes en dicho foro, es invitado tomando en consideración el cargo que ocupa. Así pues, el medio en que se vierten las manifestaciones no es un lugar de reflexión académica, sino un instrumento de formación de la opinión pública en el que, en principio, cualquier Juez e incluso el Presidente del Tribunal Constitucional, ha de extremar el cuidado para que sus manifestaciones no interfieran con el ejercicio de su función (Auto 226/2002, FJ 5, arriba transcrito), máxime cuando las características de la intervención -preparada y pensada- facilitan ese cuidado, pues permiten prever respuestas adecuadas para preguntas que -como la que aquí se hizo- no pueden estimarse sorpresivas. Aquí, con mayor motivo que entonces, puede afirmarse que se interviene en la condición de Presidente del Tribunal Constitucional: se trata de un acto en que la presencia del titular de esa Presidencia tiene un carácter que determina la propia configuración del acto, los asistentes (miembros del Gobierno, Magistrados de este Tribunal y del Tribunal Supremo, personas públicas, periodistas, etc.). Y, por otro lado, dichas manifestaciones, a diferencia de las anteriores, tienen lugar no sólo cuando el proceso de inconstitucionalidad ha comenzado, sino cuando está próxima su fase resolutive. De modo que si a todo ello se añade que entre el objeto del proceso y el objeto de la opinión existe una conexión lógica de la que puede inferirse con facilidad otra anímica, no cabe poner en entredicho la justificación de las dudas de imparcialidad formuladas por el recusante."*

160...Existe una práctica sintonía entre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español y la del TEDH sobre los parámetros que deben regir el test de la

imparcialidad, la divergencia estriba en el alcance de la aplicación al caso concreto.

161...Hay que recordar que no es extraña la diferencia de apreciación entre ambos Tribunales, a pesar de haber manejado los mismos parámetros, precisamente en la aplicación del artículo 6.1 del CEDH (entre otras, SSTEDH de 6 de diciembre de 1988, *Caso Barberá y otros*, de 7 de julio de 1989, *Caso Unión Alimentaria Sanders*, de 23 de junio de 1993, *Caso Ruiz Mateos*, de 9 de diciembre de 1992, *Caso Hiro Balani*, de 9 de diciembre de 1994, *Caso Ruiz Torrija*, de 28 de octubre de 1998, *Caso Algar*, de 28 de octubre de 1998, *Caso Perez de Rada*) y en no pocos casos el Auto o la Sentencia del Tribunal Constitucional contenía Votos Particulares de Magistrados disidentes, que adelantaban la solución que luego acogería el TEDH.

162...Creemos que este también es el caso. Los factores internos, el hecho de que afectara a su Presidente, la naturaleza del asunto y su importancia, han válido más que una consideración estricta de los extremos relevantes que debían ser enjuiciados.

***2. INFRACCIÓN DEL ARTÍCULO 7 DEL CONVENIO QUE RECONOCE QUE NO HAY PENA SIN LEY, CONECTADO CON EL ARTÍCULO 11 DEL CONVENIO QUE GARANTIZA LA LIBERTAD DE ASOCIACIÓN.***

163...La regla general conforme a la cual una misma conducta no puede ser penada dos veces, puede ubicarse sin dificultad en la garantía que reconoce el artículo 7 del Convenio ya que va íntimamente unida a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones.

164...En el ordenamiento interno español el Tribunal Constitucional así lo ha entendido en numerosos pronunciamientos situándola al amparo del artículo 25.1 CE ("Nadie podrá ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento"). Esa doctrina esta contenida en múltiples sentencias (entre otras, SSTC 2/1981, 77/1983, 159/1985, 66/1986, 150/2001).

- 165...Pero no sólo presta cobertura a esa regla como principio general el artículo 7 CEDH también cabe entender, ya como principio específico aplicable en un ámbito definido, que se encuentra contenida en el artículo 11 CEDH.
- 166...El apartado 1 del artículo 11 CEDH reconoce la libertad de asociación y el apartado 2 de ese mismo artículo señala que su ejercicio no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la Ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud y o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos.
- 167...Con independencia de lo que luego diremos, cabe ya avanzar que la injerencia ha de ser necesaria en relación con las finalidades que explicita el artículo 11.2 CEDH y la concreta medida en que aquella se plasma debe ser proporcionada al fin legítimo perseguido.
- 168...Ese juicio de proporcionalidad excluye, por definición, un exceso de punición como ocurriría si la misma conducta fuera castigada dos veces. Aplicada una determinada pena a una infracción, la reacción punitiva ha quedado agotada. Dicha reacción ha tenido que estar en armonía o consonancia con la acción que quiere reprimir, y la correspondiente pena ha de considerarse como autosuficiente desde una perspectiva punitiva, por lo que aplicar una nueva pena representaría la ruptura del principio de proporcionalidad, una reacción excesiva.
- 169...Obviamente, de igual forma cabría calificar la incoación de sendos procedimientos para castigar una única acción, sometiendo a quien la padece a distintas y simultáneas o sucesivas acusaciones dirigidas contra ella.
- 170...Incluso presta cobertura a esa importante salvaguardia el derecho a un proceso equitativo del artículo 6 CEDH, ya que un doble procedimiento para enjuiciar una misma conducta lo vulnera, al desconocer el efecto de la cosa juzgada, imprescindible para dar tutela judicial efectiva, ex artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- 171...Subyace a la protección que dispensan los artículos 7 y 11 del Convenio, y justo es reconocerlo, el principio *ne bis in idem*. No ignoramos que el Protocolo número 7 lo contempla como un derecho autónomo en su artículo 4 pero ello no implica



que deba descartarse como regla interpretativa en la definición de los límites del resto de derechos y lo decimos, claro está, para negar consecuencia alguna a la circunstancia de que el citado Protocolo no haya sido ratificado por el Reino de España. Tampoco la Constitución Española lo contempla expresamente pero ninguna duda tuvo el Tribunal Constitucional para darle eficacia en el derecho interno e incluirlo dentro del elenco de garantías de los ciudadanos protegidas por los derechos fundamentales.

172...No sólo no hay en el derecho interno una disposición constitucional o legal con la que el principio este en desacuerdo, es que tampoco en el ámbito internacional se han puesto reservas a su aplicación, ya que figura tal y como lo hemos adelantado en el artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ratificado por España el 27 de abril de 1977).

173...Como es sabido, este Gobierno alegó, en defensa de su pretensión de inconstitucionalidad de la LOPP, que ésta vulneraba el principio *ne bis in idem*. Las razones figuran tanto en el recurso interpuesto como en la propia Sentencia que las recensiona en sus Antecedentes de Hecho. La respuesta del Alto Tribunal no convence en absoluto.

174...Empezaremos por reconocer que técnicamente solo cabe sostener que se vulnera el principio cuando en un caso concreto se produce un doble castigo o se somete a un doble procedimiento punitivo. Ahora bien, como la Sentencia del Tribunal Constitucional destaca, puede hablarse de vulneración del *bis in idem* en un sentido impropio, cuando las normas enjuiciadas obliguen a imponer una doble sanción penal o equivalente por los mismos hechos o a tramitar un doble procedimiento contra una misma persona.

175...A partir de ese punto surgen las discrepancias, ya que, a nuestro entender:

- a) la ley obliga tanto a un doble castigo como a tramitar un doble procedimiento;
- b) existe una absoluta coincidencia en el sujeto y;
- c) la sanción que contempla es materialmente una pena. Por último,

- d) la realidad de la aplicación de la LOPP muestra con claridad que el principio ya ha sido vulnerado.

## 2.1 Sobre la existencia de doble respuesta punitiva.

176...Siguiendo ese orden la primera afirmación no suscita excesivos problemas ni exige un gran esfuerzo argumental, porque la propia LOPP lo señala expresamente, sin que los jueces, en virtud del principio de vinculación a la ley puedan eludir su aplicación.

177...El precepto que así lo dispone es el artículo 10 LOPP, cuyo contenido literal es el siguiente:

### **"Artículo 10. Disolución o suspensión judicial.**

1. Además de por decisión de sus miembros, acordada por las causas y por los procedimientos previstos en sus estatutos, sólo procederá la disolución de un partido político o, en su caso, su suspensión, por decisión de la autoridad judicial competente y en los términos previstos en los apartados 2 y 3 del presente artículo. La disolución surtirá efectos desde su anotación en el Registro de Partidos Políticos, previa notificación del propio partido o del órgano judicial que decrete la disolución.

**2. La disolución judicial de un partido político será acordada por el órgano jurisdiccional competente en los casos siguientes:**

**a) Cuando incurra en supuestos tipificados como asociación ilícita en el Código Penal.**

b) Cuando vulnere de forma continuada, reiterada y grave la exigencia de una estructura interna y un funcionamiento democráticos, conforme a lo previsto en los artículos 7 y 8 de la presente Ley Orgánica.

**c) Cuando de forma reiterada y grave su actividad vulnere los principios democráticos o persiga deteriorar o destruir el régimen de libertades o imposibilitar o eliminar el sistema democrático, mediante las conductas a que se refiere el artículo 9.**

3. La suspensión judicial de un partido político sólo procederá si así lo dispone el Código Penal. Podrá acordarse también como medida cautelar, en virtud de lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal o en los términos del apartado 8 del artículo 11 de la presente Ley Orgánica.

4. El supuesto previsto en el párrafo a) del apartado 2 del presente artículo será resuelto por el Juez competente en el orden jurisdiccional penal, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el Código Penal.

5. Los supuestos previstos en los párrafos b) y c) del apartado 2 de este artículo serán resueltos por la Sala especial del Tribunal Supremo regulada en el artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo siguiente de la presente Ley Orgánica, que tendrá carácter preferente.

**6. La eventual coincidencia en el tiempo de los procedimientos judiciales previstos en los anteriores apartados 4 y 5 de este artículo respecto de un mismo partido político no interferirá la continuación de ambos hasta su finalización, produciendo cada uno de ellos los correspondientes efectos.** No podrá, por el contrario, acordarse la disolución voluntaria de un

partido político cuando se haya iniciado un proceso de declaración judicial de ilegalidad del mismo por razón de uno u otro apartado o de ambos." (La negrita es nuestra)

- 178...De su tenor literal, se distingue un doble motivo para la disolución de un partido. Por un lado, cuando incurra en alguna de lo supuestos tipificados como asociación ilícita en el Código Penal (letra a) del apartado 2). Por otro, cuando incurra en alguna de las conductas a que se refiere el artículo 9 de la LOPP (letra c) del apartado 2). Ese es el ámbito de coincidencia que nos preocupa por lo que nos referiremos a él específicamente [el que preve la letra b) del apartado 2 nos es, en principio, indiferente].
- 179...Ambos abren distintos procesos, el primero será resuelto por el Juez competente en el orden jurisdiccional penal, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el Código Penal; el segundo, por la Sala Especial del Tribunal Supremo regulada en el artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo 11 de la LOPP.
- 180...En cuanto a la tramitación, la aplicabilidad de ambos procedimientos respecto a un mismo partido político y su compatibilidad queda expresamente declarada por el apartado 6 que, incluso, permite la simultaneidad (la eventual coincidencia en el tiempo).
- 181...Por último, la Ley no sólo obliga a la continuación de ambos hasta su finalización, sino que, ante cualquier resultado, ya adelanta que producirá cada uno de ellos los correspondientes efectos.
- 182...Desde luego, no cabe excluir que ese resultado sea la disolución del partido pues hacia él se encamina el iter de los dos procesos y, por tanto, no se puede descartar que el partido político sea sujeto activo de una doble decisión de disolución pronunciada por distintos Jueces. Al contrario, en tanto que se encuentra afectado por los procedimientos instruidos y que estos deben sustanciarse independientemente hasta su resolución, muy probablemente esa será la consecuencia de ese doble sometimiento.

183...Entre tanto, además, en el curso del procedimiento, en cualquiera de ellos, puede decretarse su suspensión judicial, medida cautelar que afecta al partido político (y a nadie más).

184...Evidentemente, si no hubiera coincidencia en las conductas que son objeto de represión a través de ambas vías, nada podríamos objetar, pero lo cierto es que la hay. Y no sólo esta parte sostiene esa identidad sino que el propio Tribunal Constitucional Español reconoce el solapamiento, aunque lo haga al analizar otra cuestión, cuando aborda de forma autónoma la supuesta vulneración por los artículos 9, 10, 11 y 12 LOPP, de los derechos fundamentales de libertad ideológica, participación, expresión e información (FJ 10 STC de 12 de marzo de 2003).

*"Para responder a la impugnación planteada por el Gobierno Vasco ha de efectuarse previamente una descripción del sistema que constituyen los tres primeros números del art. 9. En el primero se habla, no de ninguna clase de vinculación positiva, sino del simple respeto a los valores constitucionales, respeto que ha de guardarse por los partidos en su actividad y que es compatible con la más plena libertad ideológica. En el número 2 se subraya que un partido será declarado ilegal solamente "cuando su actividad vulnere los principios democráticos, particularmente cuando con la misma persiga deteriorar o destruir el régimen de libertades o imposibilitar o eliminar el sistema democrático, mediante alguna de las siguientes conductas, realizadas de forma reiterada y grave", y a continuación se enumeran, en los apartados a), b) y c), los requisitos genéricos que ha de reunir la conducta de los partidos para poder fundamentar la declaración de ilegalidad.*

*Ha de admitirse, con el Gobierno Vasco, que, en efecto, al "vulnerar sistemáticamente las libertades y derechos fundamentales, promoviendo, justificando o exculpando los atentados contra la vida o la integridad de las personas, o la exclusión o persecución de personas por razón de su ideología, religión o creencias, nacionalidad, raza, sexo u orientación sexual", tal como reza la letra a) del art. 9.2 LOPP, se realizan conductas que pueden tener encaje en preceptos como los arts. 515, 576 y 578 del Código Penal. Y que lo mismo puede decirse de las descritas en las letras b) ["fomentar, propiciar o legitimar la violencia como método para la consecución de objetivos políticos o para hacer desaparecer las condiciones precisas para el ejercicio de la democracia, del pluralismo y de las libertades públicas"] y c) del propio art. 9.2 ["complementar y apoyar políticamente la acción de organizaciones terroristas para la consecución*

*de sus fines de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, tratando de someter a un clima de terror a los poderes públicos, a determinadas personas o grupos de la sociedad o a la población en general, o contribuir a multiplicar los efectos de la violencia terrorista y del miedo a la intimidación generada por la misma”].*

*Hay que admitir, con el recurrente, que **la coincidencia entre el art. 9.2 y la Ley Penal no es absoluta**; también hay que dejar sentado que en ningún momento se hace referencia a programas o ideologías sino a actividades de colaboración o apoyo al terrorismo o la violencia. En consecuencia, no se abre ningún resquicio a la que se ha llamado “democracia militante” y no hay, por consiguiente, vulneración alguna de las libertades ideológica, de participación, de expresión o de información.*

*En cuanto al número 3 del art. 9 LOPP, la defectuosa redacción de su encabezamiento puede hacer pensar que las conductas en él enumeradas se sobreañaden a las descritas en el número anterior y que, por lo tanto, han de ser interpretadas con independencia de ellas. Sin embargo, la interpretación sistemática de ambos preceptos y la de todo el artículo en el que se incardinan obliga a entender que en **las conductas descritas en el número 3 del art. 9 han de concurrir los rasgos genéricos a que se refiere el número 2 del mismo precepto. Las conductas enumeradas en el art. 9.3 LOPP no son sino una especificación o concreción de los supuestos básicos de ilegalización que, en términos genéricos, enuncia el art. 9.2 de la propia Ley**; de tal manera que la interpretación y aplicación individualizada de tales conductas no puede realizarse sino con vinculación a los referidos supuestos contenidos en el art. 9.2.”*

185...La propia STC de 13 de marzo de 2003, pese a ser de las que la doctrina califica de “manipulativas”, pues elude la estimación parcial del recurso imponiendo una determinada interpretación de la norma que no resulta de su tenor literal ni sistemático, vincula a todos los Jueces y Tribunales y también, como no, a la Sala Especial del Tribunal Supremo, por lo que obligaba a éste a enjuiciar en el proceso de ilegalización todas las actividades como un todo unitario.

186...Si antes de que el Tribunal Constitucional se pronunciara quizás podría pensarse – no desde luego nosotros- que existía un campo donde el principio del *ne bis in idem* pudiera ser respetado, un terreno donde no existiera una coincidencia entre el art. 9.2 LOPP y la Ley Penal; es decir que cabía situar en el marco de enjuiciamiento de la LOPP las conductas que no encajasen en los tipos descritos

por el Código Penal, ahora eso no es posible porque el Tribunal también lo ha descartado.

## 2.2 Sobre la identidad subjetiva.

187...En lo que se refiere al sujeto, las normas concernidas lo identifican en su encabezamiento, en el caso del artículo 9 de la LOPP "los partidos políticos", y en el caso del delito de asociación ilícita del artículo 515 del Código Penal "las asociaciones".

188...Negar la identidad subjetiva, ante la identificación del sujeto responsable que efectúan ambos preceptos (en función lógicamente de la autoría de la infracción), y la explicitación que, por si hubiera alguna duda, realiza el artículo 10.2 LOPP (según el cual el término asociación del artículo 515 del CP incluye también a los partidos políticos) resulta poco comprensible.

189...Cierto es que el Código Penal español responde a una tradición de corte liberal que sigue el viejo aforismo *societas delinquere non potest* pero también es cierto que tímidamente se ha abierto la posibilidad de castigar a determinadas personas jurídicas, dando una cualificación especial a los delitos cometidos por los individuos cuando se perpetran en el marco de lo que se ha denominado la criminalidad organizada, a fin de que, con independencia del concreto delito (incluso aunque no se consume), por su potencialidad delictiva o por la fuerza de intimidación que supone el vínculo asociativo, tenga una adecuada respuesta punitiva, y ejemplo de esa apertura es precisamente el artículo 515 del Código Penal.

190...En ese aspecto el artículo 515 del Código Penal nada se distingue del artículo 9 de la LOPP ya que tanto en un caso como en el otro hay que hacer un juicio de imputación por elevación y pasar de las personas físicas que materialmente realizan las conductas a la asociación o partido político al que se atribuyen (con independencia de que al igual que el Código Penal, las conductas de las personas físicas sean merecedoras de la pena que les corresponda a título individual, si aquellas se subsumen en un delito o falta, algo que la LOPP no lo descarta en modo alguno).

191...El único proyecto de Código Penal europeo que se estudia en el seno de la Unión (el denominado Corpus Iuris) aunque limitado a la protección de los intereses financieros de la Unión Europea, expresa la tendencia político criminal europea y contempla junto a la responsabilidad penal individual la responsabilidad penal de las personas jurídicas y, como consecuencia, regula un catálogo de penas aplicables a éstas (artículo 9), como la vigilancia judicial, el decomiso de instrumentos y efectos del delito o la publicación de la sentencia de condena.

192...También se prevé la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el artículo 10 de la Convención de la Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional.

### **2.3 Sobre el carácter material de pena de la disolución prevista en la LOPP.**

193...Nos queda por tratar si la disolución que preve la LOPP es una pena, ejercicio del *ius puniendi* del Estado tal y como defendimos sin éxito ante el Tribunal interno, o si hay que excluir esa calificación, por tratarse de una medida dirigida al mero restablecimiento de la legalidad conculcada, con la que se priva de un derecho a quien lo ha disfrutado sin respetar las condiciones exigidas, tal y como sostiene el Tribunal Español.

194...Antes que nada, y aún cuando mantenemos que se trata de una pena, queremos decir que en el hipotético caso de que no lo fuera, su contenido restrictivo resulta incontrovertido. De ahí que, pena o no, como decíamos en un principio, resulta inaceptable que un partido político y por una misma conducta sea sujeto de dos medidas con idéntico contenido limitativo a través de sendos procedimientos ante diferentes Tribunales. No es, a fin de cuentas, una medida necesaria ni adecuada en una sociedad democrática.

195...Si la exigencia de que la injerencia en el derecho de asociación esté prevista en ley implica que debe ser previsible y esa exigencia obedece, entre otros motivos, a la necesidad de garantizar a los ciudadanos un conocimiento anticipado del contenido de la restricción a la que el derecho se somete, ese cometido garantista devendría inútil si ese mismo hecho, y por igual fundamento, pudiese ser objeto de un nuevo enjuiciamiento, lo que comportaría una medida desproporcionada.

196...Es más, esa posibilidad entraña una inadmisibile contradicción con el principio de seguridad jurídica que reconoce el artículo 6.1 CEDH, pues la coexistencia de dos procedimientos para una determinada conducta deja abierta la posibilidad, contraria a aquel principio, de que unos mismos hechos, sucesiva o simultáneamente, existan o dejen de existir para los órganos del Estados, y también deja abierta la posibilidad de que se lesione el principio de cosa juzgada, de suerte que a pesar de que la conducta del partido haya podido ser enjuiciada al objeto de apreciar si concurren las circunstancias que determinan la legitimidad de una injerencia en su derecho de asociación, ello no impida que sea nuevamente revisada para la posible adopción de la misma medida: la disolución de un partido político.

197...También hay que tener en cuenta que resulta en extremo artificiosa la argumentación del Tribunal Constitucional sobre las funciones que cumple la medida en la LOPP.

198...Su razonamiento parece responder a una concepción decimonónica del derecho de asociación que desconfiaba de los grupos sociales. Como es sabido, este derecho fue objeto de rechazo durante buena parte del siglo XIX pero esta situación cambió a partir de la Constitución Belga de 1831 que fue la primera en reconocerlo, aunque ello no supuso un reconocimiento pleno del derecho, ya que la asociación hasta la segunda mitad del XIX no nace de la voluntad de sus miembros sino que está sometida a un régimen de autorización e incluso de concesión.

199...Algo similar, pero por otros motivos, ocurría en el franquismo. Así la Ley de Asociaciones de 1964, parcialmente vigente hasta hace tan sólo un año, estableció un régimen de autorización previa, llamado de reconocimiento o legalización de las asociaciones. En ese contexto, que se suponía superado y derogado definitivamente por el artículo 22 CE y la Ley Orgánica 1/2002, de asociaciones, sí podría tener sentido hablar de mecanismos reparadores. Al fin y al cabo se trataba de una gracia o concesión del poder y no de un derecho fundamental de los que sustentan “el orden político y la paz social” (artículo 10.1 CE). En el marco del CEDH y de la propia CE acudir al argumento de la reparación de los excesos derivados del ejercicio del derecho fundamental es un sarcasmo que merece de la más mínima fundamentación y resulta impropio del órgano al que la CE confía el amparo de tales derechos.



200...En la actualidad, en el origen de la asociación, una vez han desaparecido los celos que se dieron fundamentalmente respecto las asociaciones no lucrativas (origen en muchos caso de los partidos políticos) está el ejercicio de un derecho fundamental y como tal rige un régimen de libertad y de autonomía de la voluntad. Esto es, es un derecho cuyo reconocimiento no depende del Estado y, por tanto, no se concede con una reserva de revocación si su ejercicio infringe los límites que imperativamente se han dispuesto para la preservación de otros derechos fundamentales u otros bienes jurídicos constitucionales.

201...Bajo el entendimiento que postulamos cuyo apoyo constitucional es claro (artículo 22.2 y 5 CE), la disolución de una asociación únicamente puede ser entendida como un castigo frente a un ejercicio ilegal (las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito) o prohibido (las secretas y de carácter paramilitar) y no como una medida reparadora para privar de un derecho a quien le fue concedido siempre y cuando hiciera un uso adecuado del mismo.

202...Desde luego, casa mal negar el carácter punitivo de la disolución con el hecho de que este conceptuada como pena por el Código Penal (artículo 520), aunque sea accesoria. En cuanto a la función que cumple, ha de ser por fuerza la misma (tanto en el artículo 515 CP como en el artículo 9 LOPP), dado que ha de coincidir el bien jurídico protegido, (la consecución de alguna de las finalidades contenidas en el artículo 11. 2 CEDH): prevenir la continuidad de la actividad ilegítima y sus efectos (esto es, la incitación a la violencia o el rechazo de las normas democráticas que las metas y actividades del partido implican).

203...Desde la perspectiva del derecho interno, resulta difícil mantener que la disolución prevista por la LOPP no tiene el caracter de pena, cuando por el contrario tiene verdadero sentido sancionador, por ejemplo, la suspensión temporal de una licencia de autotaxi, que a juicio del Tribunal Constitucional se "trata, con claridad, de una decisión administrativa con finalidad represiva, limitativa de derechos, basada en una previa valoración negativa de la conducta del titular de la licencia a la luz de lo dispuesto en la Ordenanza Municipal del taxi de Madrid" (STC 131/2001, de 8 de junio, FJ 3).

204...La trascendencia de la conducta que se castiga en el caso de las asociaciones, la consecuencia jurídica que tiene sobre el derecho fundamental implicado y su repercusión sobre la sociedad es enorme. No resulta parangonable, en modo alguno, con la privación del derecho, este si concedido -por estar limitada la actividad privada por la previa intervención administrativa ordenadora- a explotar una actividad económica como puede ser la de transporte urbano en vehículo particular.

205...El TEDH ha señalado que el concepto pena a los efectos del artículo 7.1 del CEDH tiene un significado autonomo y ha indicado que el punto de partida para la apreciación de la existencia de una pena consiste en determinar si la medida en cuestión se ha impuesto como consecuencia de una condena por una infracción. Como otros elementos que pueden jugar desde esta perspectiva son: (a) la naturaleza y (b) el objeto de la medida enjuiciada, (c) su cualificación en derecho interno, (d) los procedimientos asociados a su adopción y su ejecución, así como (e) su gravedad (entre otras SSTEDH de 9 de febrero de 1995, *Caso Wech contra el Reino Unido*, de 8 de junio de 1995, *Caso Jamail contra Francia*).

206...Pues bien, todos esos parámetros que sirven como canon de enjuiciamiento, llevan a conclusión de que la disolución del partido político que preve la LOPP es una pena. En primer lugar, implica una condena por la realización de una serie de conductas cuya naturaleza infractora es diáfana. La naturaleza y objeto de la medida es castigar al partido que ha vulnerado los principios democráticos (particularmente, al perseguir con su actividad deteriorar o destruir el régimen de libertades o imposibilitar o eliminar el sistema democrático) e impedir que continúe su actividad ilegal.

207...En el ámbito interno, ya hemos visto que la disolución de un partido político se encuentra prevista en el Código Penal como pena automática por la comisión del delito de asociación ilícita. El procedimiento de ilegalización previsto en la LOPP también se configura como una medida represiva.

208...Basta constatar como elementos decisivos, (a) la legitimación para instar el proceso, circunscrita al Gobierno del Estado (a instancia del Congreso de los Diputados o del Senado) y al Ministerio Fiscal (que tiene encomendado de oficio la promoción de la justicia en el ámbito penal), (b) la atribución del conocimiento de la causa a la Sala Especial del Tribunal Supremo prevista en el artículo 61 de la Ley

Orgánica del Poder Judicial (compuesta por el Presidente del Tribunal Supremo y Presidente del Consejo General del Poder Judicial y por magistrados pertenecientes a las diferentes Salas de las que se compone la máxima instancia jurisdiccional en España, salvo en lo relativo a los derechos y libertades fundamentales, que corresponde al Tribunal Constitucional), esto es a un órgano que simboliza una especie de Pleno del Tribunal Supremo y goza de un status de supremacía con respecto a las Salas ordinarias, y (c) los trámites del procedimiento, que se ha de guiar por el principio acusatorio, dando oportunidad al partido a ser oído de los cargos que se le formulan y proponer la práctica de la prueba que estime pertinente.

209...En cuanto a la gravedad, la jurisprudencia del TEDH ha conceptualizado la disolución de un partido como una de las medidas más severas de restricción del derecho de asociación política. Hasta el punto, que no ha dudado en calificarla de "draconiana".

210...Por último, a nuestro entender, corresponde al TEDH controlar la calificación dada en el derecho interno con el fin de evitar que conduzca a resultados incompatibles con el objeto y el fin del Convenio (STEDH de 21 de febrero de 1984, *Caso Iztürk contra Turquía*), para corregir aquellas calificaciones internas que corran el riesgo de debilitar el reconocimiento a los justiciables de las garantías del Convenio.

211...En este caso, el Tribunal Constitucional español ha rehuido de plano la aplicación del principio *ne bis in idem*, al ser consciente de que la LOPP lo infringe. Ha considerado, sin embargo, aplicables las garantías a las que ha de ajustarse el ejercicio del *ius puniendi* estatal: la previa determinación legal, hecha de forma abstracta, general, cierta y proporcionada de las conductas y sus efectos y la irretroactividad de su aplicación de las que luego nos ocuparemos.

212...Con esa actitud el Tribunal incurre, a nuestro juicio, en una contradicción insalvable pues si la ilegalización prevista en la LOPP es ejercicio del *ius puniendi* ha de serlo a cuantos efectos se deriven de esa calificación y eso incluye necesariamente el *ne bis in idem*.

213...Se trataría, por tanto, de que el TEDH corrigiera esa incoherencia, existiendo elementos suficientes tanto en el derecho nacional como en la forma en que la

regulación de la LOPP ha sido interpretada por el Tribunal Constitucional para incorporar la medida enjuiciada al ámbito penal.

214...Y ello porque, a mayor abundamiento, no se puede perder de vista que las exigencias del artículo 7 del CEDH y las del artículo 11.2 del CEDH son coincidentes.

215...Conforme a la conclusión que hemos adelantado al inicio de este punto, el principio *ne bis in idem* ha de tener plena vigencia para no lesionar la regla de la proporcionalidad inherente a cualquier injerencia en la libertad de asociación.

#### **2.4 Sobre la doble persecución por unos mismos hechos.**

216...No queremos cerrar este epígrafe sin traer a conocimiento del TEDH cómo, justamente por mor de la aplicación de la LOPP, se puede lesionar la garantía que otorga el principio que esgrimimos, y que ya se ha materializado en la práctica su infracción.

217...En efecto, se han sustanciado dos procedimientos judiciales contra la misma organización política. Uno en aplicación de la LOPP y otro del Código Penal.

218...Por un lado, y de acuerdo con lo dispuesto en la LOPP, por escrito de 3 de septiembre de 2002 el Ministerio Fiscal formulaba, ante la Sala Especial del Tribunal Supremo, demanda de disolución de los partidos políticos Herri Batasuna, Euskal Herritarrok y Batasuna, y también por escrito de 3 de septiembre de 2002 el Gobierno central conforme al mandato del Congreso de los Diputados, formulaba demanda en idéntico sentido contra los mismos partidos.

219...Ambos procesos, una vez acumulados, y realizada la oportuna instrucción, han sido resueltos por la Sentencia de 27 de marzo de 2003 de la Sala Especial del Tribunal Supremo del artículo 61 de la LOPJ, que declaró la ilegalidad de los partidos políticos demandados, su disolución, la cancelación de sus respectivas inscripciones en el Registro de Partidos Políticos, ordenando la cesación inmediata de todas las actividades y la apertura de un proceso de liquidación patrimonial.

220...Por su parte, en el Sumario 35/02, el Juzgado Central de Instrucción nº 5 de Madrid de la Audiencia Nacional, órgano competente en el orden jurisdiccional

penal para los delitos de terrorismo, dictó Auto de fecha 26 de agosto de 2002 en el que tras aclarar que la conducta investigada en la causa es la integración en una organización terrorista de los partidos políticos Herri Batasuna, Euskal Herritarrok y Batasuna, y que la conducta delictiva se enmarca en el artículo 515.2 y en el artículo 516.2 del Código Penal; es decir, la consideración de asociación ilícita terrorista y la integración de sus miembros directivos en la estructura delictiva (RJ 2º), dispuso como medida cautelar, y en tanto se última la instrucción de la causa, la suspensión por un periodo de tres años, con carácter prorrogable hasta cinco, de todas las actividades orgánicas, públicas, privadas e institucionales en todos y cada uno de los ámbitos y organismos públicos, registros, bancos, notarios, fundaciones, asociaciones sociedades y organismos similares de Herri Batasuna, Euskal Herritarrok y Batasuna.

221...Esto es, cuando se interpone la demanda ante la Sala Especial del Tribunal Supremo al amparo de la LOPP existía ya una causa abierta contra ese mismo partido ante los Jueces y Tribunales del orden jurisdiccional Penal por la presunta comisión de un delito de asociación ilícita, incluso se había declarado la suspensión de sus actividades.

222...Pero lo verdaderamente decisivo es que las conductas que son objeto de enjuicimiento por la Sala Especial del Tribunal Supremo, conforme al relato de hechos que efectúa en su Sentencia el Alto Tribunal, no son otras ni diferentes, aunque lo sean bajo el paraguas jurídico de la noción "trayectoria", que las que previamente habían llevado al Juez Penal a declarar la suspensión de actividades de los partidos políticos imputados en el Sumario 35/02.

***3. INFRACCIÓN DEL DERECHO A UN PROCESO EQUITATIVO RECONOCIDO POR EL ARTÍCULO 6.1 DEL CONVENIO AISLADAMENTE O CONECTADO AL ARTÍCULO 11 QUE PROTEGE LA LIBERTAD DE ASOCIACIÓN.***

223...La proyección de la LOPP sobre cualesquiera partidos, y sobre cualesquiera dirigentes, afiliados y cargos electos es el motivo que invoca este Gobierno en apoyo de su legitimación como titular de un interés superior en defensa de los derechos fundamentales afectados. No obstante, ello no significa que se desentienda de los condicionantes que han sido decisivos en la gestación de la LOPP y en su aplicación porque, con independencia de las acciones que pueda

ejerger el partido político más directamente concernido (en tanto que su disolución es objetivo inmediato y declarado de la LOPP y ya se ha consumado), abre una puerta para vulneraciones posteriores de consecuencias imprevisibles.

224...A nuestro juicio, es difícilmente compatible con el derecho a un proceso equitativo y con la noción de la separación de poderes el hecho de que el legislador, primero, fije las conductas atendiendo a la actividad y trayectoria de un determinado partido político, y acto seguido, que deliberadamente establezca una serie de especialidades procesales difícilmente conciliables con las garantías de independencia, equidad e imparcialidad de los jueces y magistrados.

### **3.1 Sobre la existencia de una Ley *ad casum*.**

225...El TEDH no sólo ha exigido la proporcionalidad de cualquier medida restrictiva o impeditiva del ejercicio de un derecho o libertad fundamental sino también, y más concretamente, ha establecido límites en relación con aquellos supuestos en los que se ha dictado una Ley cuyo efecto directo es el de influir en el desenlace judicial de un litigio en el cual el Estado es parte o debilitar o diluir las garantías procesales para que se consiga, con facilidad, una determinada resolución judicial.

226...El TEDH, aun reconociendo que la finalidad de la ley era legítima, tras considerar las concretas circunstancias del proceso, ha declarado que resulta contradictoria tanto con el principio de «preeminencia del Derecho» consagrado en el art. 3 del Estatuto del Consejo de Europa como con la noción de proceso justo del art. 6.1 del Convenio de Roma de 1950 «cualquier injerencia del poder legislativo en la administración de justicia con la finalidad de influir en el desarrollo judicial de un litigio», por estimar que en tales supuestos el Estado había intervenido mediante la Ley de forma decisiva para orientar en su favor la solución judicial del caso (Sentencia de 9 diciembre de 1994, asunto *Stran y Stratis Andreatis c. Grecia*, párrafos 42 a 50, doctrina reiterada en la Sentencia de 22 de octubre de 1997, asunto *Papageorgiu c. Grecia*).

227...La primera cuestión que debemos abordar, es, por tanto, si la LOPP respeta la generalidad inherente a cualquier restricción impuesta en los derechos y libertades fundamentales. Y ello teniendo en cuenta, además, los elementos que la propia CE obliga a conjugar con esa finalidad, dando una gran importancia a la intervención de los Jueces y Tribunales, en función de las garantías que rodean el

reconocimiento del derecho de asociación (incluso el Tribunal Constitucional se ha referido en más de una ocasión al recelo del Estado Liberal hacia el fenómeno asociativo) a fin de preservarlo de intromisiones ilegítimas de los otros dos poderes.

228...Como dijimos ante el Tribunal Español no es precisa una especial argumentación para concluir que una ley que regule el régimen jurídico de los partidos políticos debe ser genérica y ser susceptible de aplicación al conjunto de los partidos políticos, en garantía de una igualdad en su tratamiento jurídico, que el artículo 9.2 CE obliga a que se garantice no sólo a los individuos sino, también, "a los grupos en los que se integran", al servicio, además, del valor superior del pluralismo político consagrado en el artículo 1.1 CE.

229...Incluso el Tribunal Constitucional Español ha avalado, en general, la idea de que "Los derechos fundamentales no consienten, por su naturaleza, Leyes singulares que tengan el específico objeto de condicionar o impedir su ejercicio; dichos derechos son materia reservada a Leyes generales y reducto inmune a medidas legislativas singulares". (STC 166/1986, F 11). Por decirlo de forma sintética, ninguna circunstancia excepcional admite ni justifica una relajación del principio.

230...Es más, siendo un partido político una forma particular de asociación, incluida en el artículo 22 CE, cuyo contenido integra también el núcleo básico del régimen constitucional de los partidos políticos, tampoco cabe ignorar que el artículo 22.4 CE exige para la suspensión o disolución de una asociación una resolución judicial motivada.

231...Además, el artículo 53.2 CE garantiza a cualquier ciudadano que pueda recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en la Sección Primera del Capítulo II (por tanto, del derecho de asociación) ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad.

232...Ello implica una reserva de jurisdicción, esto es configura una determinada actividad que ha de ser ejercida por el poder judicial. La función legislativa tiene que tener por objeto en materia de derechos fundamentales una ley que por su estructura formal y material resulte ordenadora (respetando la garantía institucional del artículo 6 CE y los límites que expresamente le impone el artículo 53.1 CE), y la

función judicial ha de tener un alcance singular y desarrollar una función de tutela efectiva del derecho (artículo 24.1 CE).

233...La reserva constitucional a favor de la jurisdicción además de constituir el medio con el que cuenta el Estado para su defensa, en el caso de que sea atacado por medio de un partido que, por su actuación, atente contra su seguridad (STC 3/1981) cumple también la función de oponerse a las leyes de estructura singular, y constituye una garantía de control respecto a la actuación de los poderes públicos.

234...Dicho esto, no parece que el Tribunal Constitucional ponga en duda que existe una proscripción de Leyes singulares o de caso único en la materia, lo que no comparte es que la LOPP lo sea.

235...Dice el Alto Tribunal que la LOPP es una Ley de Partidos Políticos, en la que se regula con perfecta abstracción y generalidad cuanto afecta al régimen jurídico de estas singulares asociaciones.

236...Tampoco tiene inconveniente en reconocer, al igual que el Abogado del Estado que "no cabe negar, puesto que es notorio", que la configuración de buena parte del artículo 9 LOPP "se ha hecho teniendo en cuenta la trayectoria y actividad de un notorio partido político vasco, que ha dado lugar al primer supuesto de aplicación del procedimiento del art. 11 LOPP, en trámite cuando estas líneas se escriben". Ello no abona, sin embargo, en opinión del Tribunal Español, la calificación de la ley como una ley de caso único. Ahora bien, las razones para la negativa son en extremo endebles y contradictorias.

237...Mucho habría que decir en cuanto a la decisión de abordar una nueva regulación de la actividad de los partidos políticos ya que, como dijimos al comienzo, las críticas a la legislación en vigor relativa a los mismos se ciñeron siempre a los problemas relacionados con la democracia interna y su financiación. Sin embargo, es evidente que las deficiencias de la Ley de 1978 sobre estos aspectos no motivaron la elaboración y aprobación de la LOPP. La razón fue, simplemente, ampliar el concepto de lucha antiterrorista al objeto de expulsar del sistema a un partido político contra el que no se habían logrado reunir elementos probatorios suficientes de su vinculación o connivencia con ETA para disolverlo penalmente. Quizás no se confiara en que el sumario 35/02 trajera resultados de forma tan



inmediata como se deseaba, a pesar de la sorpresiva suspensión cautelar de la actividad de Batasuna decretada por el Juez instructor de esa causa. El baldío intento de suspender la actividad de los grupos parlamentarios, de junteros y de concejales en el País Vasco de ese partido a instancias de dicho Juez instructor, frenado en seco por la Fiscalía General del Estado, sería una muestra de las limitaciones de la estricta vía penal. Cabría pensar, por lo tanto, que lo que para un juez de la Audiencia Nacional era una empresa difícil y de improbable éxito, dado el escaso soporte probatorio en que se fundaba, no encontrara obstáculos si lo decidía la Sala Especial del Tribunal Supremo una vez relevada, a través de la LOPP, de la rigurosa observancia de las garantías que caracterizan a los procesos penales y confinada a la simple constatación de un supuesto de hecho fabricado en la citada ley. Recientes acontecimientos derivados de la ejecución de la sentencia de ilegalización de Batasuna, que han desembocado en un conflicto inaudito entre la mencionada Sala Especial y el Parlamento Vasco ilustran suficientemente hasta qué punto aquella se siente apoderada para obtener, a cualquier precio, el objetivo que se le ha marcado.

238...Entrando ya en el análisis de la norma en sí, es preciso comprobar si la LOPP se acomoda o no a la racionalidad objetivada del ordenamiento constitucional. En particular, cuando describe los comportamientos y actividades que se reputan contrarios a los principios democráticos.

239...No nos cabe la menor duda de que los supuestos previstos podrían proyectarse, en pura hipótesis, sobre cualquier partido, cualesquiera que fuesen sus fines, aspiraciones o ideología. Pero la realidad es que su prolija enunciación no es el fruto de un proceso lógico de objetivación atendidos los valores a preservar. La definición de las conductas parte de un repaso a las actitudes y comportamientos de Herri Batasuna, Euskal Herritarrok y Batasuna que han manifestado de una u otra forma una aceptación, incluso, aprobación de los métodos violentos como soporte de la lucha política, la insolidaridad y acoso a las víctimas de ETA y, en general, la cobertura política más o menos difusa a la acción terrorista. Es decir, expresiones, individuales u orgánicas que comportan en algunos casos un ejercicio abusivo del derecho de asociación política que encaja en los tipos penales establecidos en el CP, tal y como ya se ha expuesto, y que de acreditarse que se han cometido como acción propia del partido político, merecerían la disolución judicial de éste por los Tribunales del orden penal. Se trata, por lo tanto, de un proceso de subjetivación destinado a colocar fuera del juego partidista a un

determinado partido político ahorrando a los jueces la tarea de tener que apreciar tales conductas a través de una labor de indagación y ponderación propias. La conexión causal queda servida en la LOPP y sólo es preciso cumplir la formalidad de decirlo así en la correspondiente resolución judicial. De esa guisa la sentencia no es el producto racional de un proceso contradictorio sino la consecuencia inexorable de la previsión legal. Y eso es lo relevante.

240...Nuestra objeción a la LOPP no se basa, por consiguiente, en su teórica finalidad de garantizar el sistema de libertades en el que se asienta una sociedad democrática, sino en la forma concreta y específica con la que ese objetivo nominal se ha perseguido.

241...Creemos que la percepción que se pueda tener de que una formación política sea contraria, en su actividad y en sus comportamientos, al modelo de partido que tiene encaje y cobertura en la Constitución, no permite al legislador, ni tan siquiera al orgánico, someter a ese partido a una especie de juicio público (en el marco de los debates suscitados en el Parlamento durante la tramitación del Proyecto y que tuvieron amplio eco en los medios de comunicación) y alcanzar una conclusión de culpabilidad, para describir como conductas que se consideran contrarias a los principios democráticos, las que conforman precisamente, "la trayectoria y actividad de un notorio partido político vasco".

242...Frente a esta alegación, planteada en el proceso ante el Tribunal Constitucional su sentencia sostiene que no existe un desapoderamiento de la actividad que debe desplegar el Juez, ya que la generalidad y abstracción de la Ley se corresponde a la previsión de un procedimiento judicial en el que habrá que concretarse la efectiva concurrencia de las causas de disolución descritas en aquellos términos.

243...Se trata, de una conclusión que se extrae por el Tribunal sin molestarse en realizar un examen mínimamente riguroso del texto legal impugnado y que hace cerrando completamente los ojos y los oídos a todas las afirmaciones rotundas y sin ambages que animaron el debate de la LOPP, desde su incoación hasta su aplicación. El Tribunal no se dio por enterado de que desde un año antes se había acometido un proyecto de ilegalización de una concreta y determinada formación política, no quiso tener en cuenta que el Presidente del Gobierno y sus Ministros, los portavoces gubernamentales y los de otros partidos políticos, en las Cortes y en otros foros institucionales, única y exclusivamente se referían a esa ley como el

instrumento idóneo para acabar con Batasuna. Es más, ese carácter singular, de caso único, ha sido para muchas personas, la nota que ha tranquilizado sus conciencias. El mensaje vendría a ser que la LOPP no subvierte las libertades garantizadas constitucionalmente, que el pequeño sacrificio al Estado de Derecho - que sin duda implicaba la LOPP- estaba justificado por el legítimo objetivo de poner fin al hastío causado por el cinismo y la prepotencia de los dirigentes de Batasuna y su silencio cómplice con los terroristas. Terminada la extirpación quirúrgica de ese cáncer el régimen constitucional recobraría la normalidad. Nada habría que temer ya y ningún riesgo habría de que esa brecha ocasional e irrepetible abriera una crisis de los que pusiera en peligro los principios y valores que presiden dicho régimen.

244...Pero una vez que el Tribunal Constitucional afirma de manera tautológica que la LOPP es una norma abstracta y general susceptible de múltiples aplicaciones, se cierra la puerta para apreciar si la LOPP es o no una ley singular y que los órganos judiciales, sometidos al imperio de la ley (art. 117.1 CE) y, con especial rigor, al principio de legalidad penal (art. 25.1 CE), quedaron abocados, tal y como ha sido predeterminado por el legislador, a constatar que la conducta denunciada se encontraba dentro del tipo regulado en el mencionado precepto de la LOPP, dictando consecuentemente, la correspondiente sentencia condenatoria. Por esta razón, las resoluciones judiciales únicamente han sido un puro instrumento para aplicar la ley *ad casum* de conformidad con lo pretendido por el legislador.

245...Atendiendo al carácter autoaplicativo de la LOPP, la efectividad de la tutela judicial dispuesta por el constituyente queda enormemente debilitada.

### **3.2 Sobre las especialidades procesales de la LOPP.**

246. Las especialidades procesales de la LOPP, que están también presentes de forma acusada, la hacen, asimismo, singular por esa razón y a nuestro entender son difícilmente conciliables con las garantías de independencia, equidad e imparcialidad.

247. Destacaremos tres:

- a) la atribución de la facultad de conocer y sentenciar a la Sala Especial del Tribunal Supremo (artículo 10.5 LOPP), cuya composición y facultades, establecidas en el artículo 61 LOPJ poco o nada tienen que ver con esta nueva competencia ya advierten de las peculiaridades que encierra la ilegalización y disolución;
- b) la muy restringida legitimación que se confía de forma exclusiva al Gobierno y al Ministerio Fiscal (artículo 11.1 LOPP) y;
- c) la facultad de iniciativa concedida al Congreso y al Senado que podrán instar al Gobierno a que la solicite "quedando el Gobierno obligado a formalizar la correspondiente solicitud de ilegalización, previa deliberación del Consejo de Ministros" (artículo 11.1 LOPP).

248... Tanto la atribución de conocimiento de la causa a la Sala Especial del Tribunal Supremo como esa legitimación restringida y singular (en el ordenamiento español no existe ningún otro caso parecido), proyectan serias dudas sobre la vigencia de las garantías derivadas del derecho a un proceso equitativo.

249... Puede razonablemente cuestionarse que la Sala a la que se atribuye esta nueva función, pueda abstraerse de la presión que ejercen los otros poderes públicos del Estado, si han sido estos los que coordinadamente han instado el proceso de ilegalización.

250... En primer lugar, la iniciación del procedimiento de ilegalización por el Gobierno y por la Fiscalía General del Estado aunque aparente una diferenciación orgánica en la realidad es la expresión de una misma voluntad política: la de la mayoría absoluta gubernamental, cuya estrategia política desde hace años está orientada directamente a conseguir el resultado al que ha conducido la LOPP.

251... Que la voluntad es única se pone en evidencia fácilmente. El Gobierno viene obligado a presentar sus demanda si así lo acuerda la mayoría absoluta del Congreso o del Senado, que es la misma que sostiene al propio Gobierno. El Fiscal General del Estado es nombrado y cesado libremente por el Gobierno que sólo ha de realizar un trámite de audiencia no vinculante ante el Consejo General del Poder Judicial. El Presidente de éste órgano, que lo es simultáneamente del Tribunal Supremo y, por ende, de la Sala Especial de éste, se elige por los 20

Vocales que lo forman, quienes, a su vez, son elegidos por las dos Cámaras que integran las Cortes. Es un hecho irrefutable que la actuación del Consejo General del Poder Judicial -que es el competente para nombrar a los Presidentes de Sala del Tribunal Supremo y a los nuevos Magistrados del alto Tribunal; es decir, quienes forman la Sala Especial junto con los Magistrados más antiguos de cada Sala- sigue milimétricamente en sus decisiones las directrices emanadas de los partidos a cuya propuesta son elegidos.

252...Así, pues, la diferenciación orgánica que resulta de la literalidad de norma legal queda muy matizada por la realidad del sistema. Basta levantar el velo formal que la cubre para verificarlo sin dificultad.

253...Siendo las cosas de esta manera ninguna duda cabe de que la puesta en vigor de la LOPP ya garantizaba el resultado finalmente producido.

254...Se podía afirmar, con seguridad, que el partido contra el que se dirigía sería objeto de un proceso paralelo y, en ese escenario, los temores sobre un defecto de imparcialidad, pueden ser considerados objetivamente justificados [Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 1 de octubre de 1982 (*asunto Piersack*, ap. 30), de 26 de octubre de 1984 (*asunto De Cubber*, párrafos 24 y 26), de 24 de mayo de 1989 (*asunto Hauschildt*, párrafos 46 y 48), de 16 de diciembre de 1992 (*asunto Sainte-Marie*, ap. 32), de 24 de febrero de 1993 (*asunto Fey*, párrafos 28 y 30), de 26 de febrero de 1993 (*asunto Padovani*, ap. 27), de 22 de abril de 1994 (*asunto Saraiva de Carvalho*, párrafos 33 y 35), de 22 de febrero de 1996 (*asunto Bulut*, ap. 31), de 23 de abril de 1996 (*asunto Remli*, ap. 46), de 10 de junio de 1996 (*asuntos Pullar y Thomann*, aps. 37 y 30, respectivamente), de 25 de febrero de 1997 (*asuntos Findiay y Gregory*, párrafos 73 y 76 y párrafos 43 y 45, respectivamente) y de 20 de mayo de 1998 (*asunto Gautrin y otros*, ap. 58)].

255...Como ha dicho el propio Tribunal Constitucional Español "a nadie puede ocultársele que la capacidad de presión e influencia es mucho mayor cuando las declaraciones vertidas en los medios de comunicación sobre procesos en curso corresponden a miembros destacados de otros poderes públicos del Estado" (STC 136/1999, FJ 8).

256...Que decir cuando quien insta el proceso (al unísono Gobierno y Congreso o Senado) ha llegado a la convicción de que el partido rompe las reglas del juego

democrático opinión que dada la importancia del asunto se trasladara a los medios de comunicación creando un estado de opinión sobre el proceso y el fallo.

257...El riesgo de que se conculque el derecho a un proceso con todas las garantías es muy grande, y basta ese riesgo, por la naturaleza de los valores implicados, la probabilidad fundada de que tal influencia tenga lugar, para rechazar la legitimación singular que la LOPP atribuye al Gobierno (a instancia del Congreso o Senado).

258...La regulación de la LOPP hace pensar que la Sala Especial se forma (ya que no tiene actividad permanente y solo se reúne para tratar esporádicamente asuntos residuales) para resolver de conformidad con lo pretendido por el Gobierno y no puede sino dictar una sentencia condenatoria (*mutatis mutandi*, STEDH de 29 de agosto de 1997, *Caso Worm contra Austria*). De otro modo, tendría que protagonizar una especie de rebelión, desautorizando a la mayoría parlamentaria, al Gobierno y, en definitiva, al sistema. Difícil tarea para un órgano al que se le facilita una ley autoaplicativa, declarada conforme con la CE por el Tribunal Constitucional por unanimidad (aunque lo fuera por vía de urgencia, tras dos recusaciones de su Presidente y con un fallo que remite a una interpretación restrictiva de algunos aspectos de la LOPP a fin de no admitir expresamente su inconstitucionalidad).

259...En ese contexto, es muy difícil, por no decir imposible, que pueda actuar con una mentalidad abierta para dejarse persuadir por los argumentos de las partes.

260...Conforme a la interpretación realizada por el TEDH, el derecho a la presunción de inocencia supone que el acusado no haya sido declarado culpable hasta que así se declare mediante Sentencia condenatoria, excluyendo, pues, la presunción inversa de culpabilidad del acusado durante todo el desarrollo del proceso, y otra derivada, como criterio de atribución de una carga material de la prueba en un proceso penal, que comporta que el que sostiene la acusación deba lograr el convencimiento del juzgador sobre la realidad de los hechos que afirma subsumibles en la definición del tipo y su atribución culpable al sujeto pasivo del proceso, de forma que, si a pesar de la actividad desarrollada en tal sentido, permaneciera alguna duda en el ánimo del juez, tanto sobre los hechos constitutivos como impeditivos o extintivos, tal circunstancia habría de jugar

necesariamente en beneficio del reo (STEDH de 10 de noviembre de 1969, *Caso Stögmüller contra Austria*).

261...El proceso, generado e instrumentado para la disolución de una formación política, cuando se configura de esa forma, acaba afectando, también, a la presunción de inocencia, a la valoración de la prueba (sobre todo si se efectúa conforme a un juicio de inferencia), siendo muy difícil que el Tribunal aprecie la inexistencia de una falta de prueba de cargo suficiente a la vista de la naturaleza política del proceso y de quien ha formulado la demanda que tiene a su disposición todos los resortes del Estado para dirigirlos contra el partido que quiere disolver.

#### **4. INFRACCIÓN DEL ARTÍCULO 11 CEDH QUE RECONOCE EL DERECHO DE ASOCIACIÓN.**

262...Parece claro que la LOPP constituye una injerencia en el derecho de asociación y que está, obviamente, contenida en una ley. Sin embargo, ese mero dato jurídico-formal no la hace compatible por sí sólo con el CEDH pues es imprescindible que persiga uno o varios de los objetivos legítimos citados por el párrafo 2 del artículo 11 CEDH y que sea una medida necesaria en una sociedad democrática para alcanzarlos.

263...También hay que tener en cuenta que el TEDH ha conectado el artículo 11 CEDH con el artículo 10 CEDH, ya que la protección de las opiniones y de la libertad de expresarlas, constituye uno de los objetivos de la libertad de reunión y de asociación consagrada por el artículo 11 CEDH. Lo es más todavía en el caso de los partidos políticos, teniendo en cuenta su papel esencial para el mantenimiento del pluralismo y el buen funcionamiento de la democracia.

264...También guarda una estrecha relación con la libertad ideológica. En tal sentido, la STEDH de 29 de abril de 1999 (*Caso Chassagnou contra Francia*) manifestó que "las libertades de pensamiento y opinión y la libertad de expresión, garantizadas por los artículos 9 y 10 del Convenio respectivamente, serían así de un alcance muy limitado si no fueran acompañadas de una garantía de poder compartir las ideas y creencias propias en comunidad con otros, particularmente a

través de asociaciones de individuos que tengan las mismas creencias, ideas o intereses".

265...La LOPP afirma, por su parte, que cualquier proyecto u objetivo es compatible con la Constitución, por más que se aleje o ponga en cuestión el marco constitucional, ya que la Constitución no contempla un modelo de democracia militante, un deber estricto de acatamiento que reclame "un deber positivo de realización, de defensa activa y de pedagogía de la democracia". Pero no basta con esa declaración de intenciones sino que hay que comprobar que eso es así.

266...La libertad asociativa para defender cualquier proyecto que incluya también la idea de secesión de una parte del Estado, esté acompañada o no de la pretensión de establecer un modelo de sociedad radicalmente distinto u opuesto al actual y de implantación de una organización política de corte marxista-leninista, implica el ejercicio efectivo de esa libertad mediante actividades dirigidas a hacer patente esa ideología y a recabar la adhesión y el apoyo electoral al partido o coalición que lo propugne. El único límite estriba en los medios ya que nunca podrán ser violentos ni contrarios a las leyes. Los fines, salvo que sean delictivos, son plenamente libres.

267...Por eso, no es admisible que se diga que una formación política es legítima, en cuanto a los fines perseguidos, y que al mismo tiempo se sostenga que es ilegítima en cuanto a las actividades, no violentas ni delictivas, que se realizan para conseguirlos. Tal escisión es artificiosa e invierte los términos en los que ha de plantearse cuestión. Así, en un sistema como el español –que es el contexto en el que ha de ser valorada la LOPP- en el que no existen fines proscritos, excepto los constitutivos de delito, sólo es posible perseguir e ilegalizar a un partido por sus actividades y ello requiere, nuevamente, que tales actividades sean delictivas conforme a las leyes penales. De no ser así, se imposibilitaría no solo la libertad de asociación sino, también, la función que ese derecho tiene para garantizar la democracia pluralista. Toda restricción que se salga de ese marco constitucionalmente definido conforme a las principios y valores del CEDH ha de reputarse ilegítima, por lo que de ningún modo puede calificarse de medida necesaria en una sociedad democrática a los efectos del artículo 11.2 CEDH.

268...En palabras de la STEDH de 13 de agosto de 1981, *Caso Young, James y Webster contra Reino Unido*, que se pueden hacer extensibles a este caso, un



individuo no goza del derecho a la libertad de asociación si la libertad de acción o de elección que dispone se revela inexistente o reducida al punto de no ofrecer utilidad alguna.

269...Como dijimos ante el Tribunal Constitucional en los partidos políticos la necesaria e intensa conexión entre los medios (actividades) y los fines que se da en toda asociación adquiere una proyección o dimensión política inevitable que afecta a menudo a los aspectos vitales del sistema de convivencia y a los fundamentos mismos de ésta, pues lo que frecuentemente se discute, se promueve o se cuestiona es el orden mismo de valores, la concepción de la democracia, de la sociedad o del Derecho. Por eso, una restricción desmedida de las actividades o una descripción finalista de las conductas reprimibles por el Estado inevitablemente acaba afectando a los propios fines de los partidos y al pluralismo.

270...La relación de instrumentalidad entre fines y medios, para ser antijurídica, ha de afectar a los métodos no a las ideas. Ha de implicar una aprobación de la concreta actividad terrorista y consistir en una incitación a la perpetración de hechos delictivos determinados. Es decir, ser delito.

271...Eso exige una cuidadosa verificación sin que pueda estimarse que las conductas de un partido político se encuentran contaminadas *a priori* por una coincidencia ideológica con una organización terrorista, ni que sea posible interpretarlas todas ellas en clave de apología del terrorismo bajo la premisa de que todo lo que beneficia a sus ideas beneficia también a los fines perseguidos por los terroristas o al revés.

272...Ese partido político ha de tener un margen de actuación para exponer su proyecto,. Sobre todo cuando el debate político gira en torno a la reivindicación del derecho del pueblo vasco a determinar libremente su inserción o separación del Estado y el partido político que defiende de forma radical una idea secesionista cuenta con una base electoral que apoya su actuación política. Y ello sin desconocer ni restar gravedad a la evidente incidencia del fenómeno terrorista sobre su actividad y en la del resto de partidos políticos que defienden otras ideas, especialmente en aquellos cuyos dirigentes y cargos electos son objetivo de los atentados de la banda armada y víctimas de un acoso ignominioso que afecta, también, a su familia y a su entorno social más próximo.

#### 4.1 Sobre la existencia de una injerencia.

273...Para el enjuiciamiento que nos proponemos debemos seguir la doctrina del TEDH en los asuntos de lo que se ha venido a denominar la cuestión turca, ya que ha sido ese país el que ha sido demandado en más ocasiones como consecuencia de la adopción de distintas medidas que implicaban la disolución de un partido político (SSTEDH de 30 de enero de 1998, *Partido Comunista Unificado de Turquía contra Turquía*; 25 de mayo de 1998, *Partido Socialista contra Turquía*; 8 de diciembre de 1999, *Partido de la Libertad y la Democracia contra Turquía*; 31 de julio de 2001, *Partido de la Prosperidad contra Turquía*; 9 de abril de 2002, *Yazar y otros contra Turquía*; 11 de junio de 2002, *Partido de la Democracia contra Turquía* y; 13 de febrero de 2003, *Partido de la Prosperidad contra Turquía*).

274...Jurisprudencia que, según, el Tribunal Constitucional Español avala el ajuste de la LOPP al CEDH con las precisiones y añadidos que ha efectuado en su Sentencia de 12 de marzo de 2003. Criterio que, por supuesto, no compartimos en absoluto.

275...El TEDH ha partido de la idea de que una asociación, incluido un partido político, debería poder hacer campaña a favor de un cambio de la legislación o de las estructuras legales o constitucionales del Estado, a condición, a) de que los medios utilizados para ello sean, desde todo punto de vista, legales y democráticos y b) que el cambio propuesto sea, él mismo, compatible con los principios democráticos fundamentales (STEDH de 31 de julio de 2001, *Caso Partido de la Prosperidad y otros contra Turquía*, ap. 46).

276...El examen por fuerza ha de ser diferente si lo que se aduce como motivo de disolución son los medios (partiendo de la legitimidad del proyecto se trataría de precisar las actividades incompatibles con la legalidad democrática, y sobre todo los límites de la libertad de expresión) o el cambio propuesto (aquellas ideologías incompatibles con los valores subyacentes al CEDH que conforman el patrimonio común de ideales y de tradiciones políticas de los Estados Europeos como eran en el caso de los partidos ilegalizados en Turquía, la *Charia* o la *Yihad*).

277...Y también ha sido diferente la conclusión a la que ha llegado el TEDH cuando se ha pronunciado sobre los asuntos que le habían sido sometidos.

278...El TEDH ha sido especialmente riguroso a la hora de enjuiciar las que, en opinión del Estado turco, constituían actividades incompatibles con la legalidad democrática (manifestaciones, actos, declaraciones, etc..) para pronunciarse de forma unánime que la disolución por esos hechos implicaba una violación del artículo 11 CEDH (SSTEDH de 30 de enero de 1998, *Partido Comunista Unificado de Turquía contra Turquía*; 25 de mayo de 1998, *Partido Socialista contra Turquía*; 8 de diciembre de 1999, *Partido de la Libertad y la Democracia contra Turquía*; 9 de abril de 2002, *Yazar y otros contra Turquía* y; 11 de junio de 2002, *Partido de la Democracia contra Turquía*).

279...Sólo en aquellos asuntos en los que lo debatido era el proyecto político (SSTEDH 31 de julio de 2001, *Partido de la Prosperidad contra Turquía* y; 13 de febrero de 2003, *Partido de la Prosperidad contra Turquía*), más en concreto la instauración de un régimen basado en la *Charia* y la *Yihad* (propias de la Ley Islámica), ha afirmado que la disolución del partido afectado era conforme al artículo 11 CEDH (aunque en el primer asunto con una votación muy ajustada) porque ese programa no respeta la democracia o tiende a la destrucción de ésta así como de los derechos y libertades que reconoce y además era elevada la posibilidad de que ese proyecto incompatible con los principios, valores y, en definitiva, los derechos consagrados en el CEDH, se pudiera instaurar desde las propias instituciones, ya que el partido afectado no era marginal sino mayoritario.

280...La LOPP asume que todos los Proyectos políticos son legítimos, entre otros, el que preconiza el reconocimiento del derecho de autodeterminación, la separación de una parte del territorio e incluso sostiene la existencia de un pueblo vasco distinto del español, pero al establecer los motivos de disolución, como ocurría en los casos de los Kurdos, la simple manifestación de cualquier tipo de coincidencia con una organización terrorista que también persigue esos objetivos es suficiente para que se califique que actúa de una forma incompatible con la defensa democrática de esas ideas, lo cual es contrario a las exigencias que impone el artículo 11 CEDH tal y como quedó establecido en las Sentencias mencionadas.

#### **4.2. Injerencia prevista por la Ley.**

281...El CEDH señala al exigencia de la previsibilidad de la ley en dos circunstancias: en primer lugar, en la definición de las actuaciones prohibidas por las leyes

penales (doctrina consagrada en el marco del artículo 7); en segundo lugar, en los casos en los que la injerencia en el ejercicio de ciertos derechos fundamentales está autorizada (artículos 8 a 11).

282...Y el examen no difiere en exceso al alumbrar idénticas garantías que se pueden resumir en la exigencia de *lex praevia*, *certa*, y *stricta* (en el derecho español además *lex scripta*).

283...En nuestro caso resulta ineludible un doble enjuiciamiento, ya que dos han sido las vulneradas, de un lado, la previsibilidad de la ley en su vertiente de *lex praevia*, de otro lado, la calidad de la Ley en su vertiente de *lex certa*.

#### **4.2.1 La retroactividad de la LOPP.**

284...Desde la perspectiva de la ley previa el CEDH establece un derecho fundamental a que la predeterminación normativa de las restricciones (o conductas ilícitas) y sus consecuencias (o sanciones correspondientes) se efectúe *ex ante*, con anterioridad a la producción del supuesto de hecho al que se anudan. Éste ha de estar definido con la mayor precisión posible en la correspondiente ley, y conlleva lógicamente la prohibición de una aplicación retroactiva de la misma.

285...Lo que decíamos acerca de la redacción de la Disposición transitoria Única LOPP ante el Tribunal Constitucional Español no se ha visto refutado sino que, al revés, fue plenamente confirmado en su STC de 12 de marzo por más que acudiera a un juego de palabras para alumbrar un concepto novedoso, la "trayectoria" anterior del partido para justificar la valoración de conductas realizadas con anterioridad a la entrada en vigor de la LOPP. Un concepto que debe ser rechazado, como elemento valorativo pues reintroduce la retroactividad sancionadora o restrictiva del derecho fundamental que el artículo 9.3 CE prohíbe en consonancia con el CEDH.

286...Y ello porque no es posible tomar en cuenta conductas que no merecían reproche alguno hasta la aprobación de la LOPP, esto es jurídicamente intrascendentes, ni siquiera para enjuiciarlas en la medida en que definen una "trayectoria" o "forma de ser".

287...La Disposición Transitoria Única LOPP, decíamos, persigue asegurar la aplicación de su disciplina a un partido político, aún cuando se constituya otro "en fecha inmediatamente anterior o posterior" a la de entrada en vigor de la Ley, que continúe o suceda su actividad. Semejante precisión no se entiende si no es porque el legislador quiere que se enjuicie su trayectoria previa y se sentencie su disolución.

288...La retroactividad de una norma, a tenor del propio artículo 2.3 del Código Civil no exige que expresamente se disponga, basta que aquélla contenga preceptos que ordenen la proyección de sus efectos respecto de situaciones anteriores agotadas para poder identificar un contenido retroactivo.

289...Es cierto que la Disposición Transitoria Única.2 tiene como finalidad la delimitación de un supuesto de fraude de ley pero, de acuerdo con la literalidad de su enunciado, al prever su aplicación a un partido político que se constituya "*en fecha inmediatamente anterior...*" a la entrada en vigor de la LOPP, tiene un contenido retroactivo innegable, en el sentido material señalado.

290...Y, en este punto, la LOPP transgrede el límite del artículo 9.3 CE porque, según lo expuesto, dicha Ley es (precisamente en el artículo 9 que es el que se conecta con la Disposición Transitoria Única.2) restrictiva del derecho de asociación política y, por tanto, una recta aplicación de aquél precepto constitucional veda al legislador la posibilidad de aplicar la ley a un hecho (la creación de un partido) producido, antes de su entrada en vigor, y para anudar una consecuencia claramente restrictiva como es su disolución.

291...Tal previsión implica, también, por ese mismo motivo, una vulneración del CEDH en cuanto a la garantía de previsibilidad sobre la respuesta y consecuencias que puedan derivarse de un acto o una omisión, sin que la sanción pueda tomar como presupuesto conductas que en el momento de su realización no constituirían objeto de reproche alguno (como hemos razonado en este escrito, antes de la entrada en vigor de la LOPP, no sólo no existía en el ordenamiento un mecanismo como el que contempla el artículo 9 de la LOPP sino que la corriente doctrinal mayoritaria entendía que la Constitución no admitía un sistema de control de la actividad de los partidos políticos como el que ahora se ha establecido).

292...A la vista de tales argumentos el Tribunal Constitucional, si bien niega que puedan enjuiciarse actividades o conductas anteriores a la LOPP, admite que a efectos de determinar la significación de las posteriores y "valorar su relevancia en el conjunto de la conducta del partido de que se trate (y exclusivamente a esos efectos, pues tener en cuenta la conducta anterior a la entrada en vigor de la Ley como base de la ilegalización sería inconstitucional por incurrir en la retroactividad prohibida por el art. 9.3 CE), pueda tomarse en consideración lo que la Ley llama "trayectoria" (art. 9.4 LOPP), que puede comprender comportamientos producidos con anterioridad a la entrada en vigor de la ley; pero, eso no comporta ninguna clase de retroactividad prohibida por la Constitución".

293...La Constitución Española, como hemos reiterado, garantiza la irretroactividad de las normas desfavorables, en general, en su art. 9.3 y de las penales, en concreto, en su art. 25.1, que configura el principio como un derecho fundamental subjetivo para el ciudadano. Asimismo, el principio está contemplado en el art. 11.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en el art. 7.1 CEDH y en el art. 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.

294...La irretroactividad garantizada despliega sus efectos cuando, desde una perspectiva fáctica, la nueva Ley "penal" afecta a los presupuestos del delito o falta o de las penas o medidas de seguridad. Y desde una perspectiva legal, se precisa que la ley posterior cambie o altere la regulación jurídica preexistente en sentido perjudicial.

295...Pues bien, es indiscutible que la garantía de irretroactividad de las normas penales o restrictivas de derechos contenida en el CEDH impide que pueda valorarse una conducta posterior a la luz de comportamientos anteriores. Es claro que estos no pueden tener otra significación que la que tuvieron hasta la fecha de aprobación de la LOPP y que ésta no puede darles otra distinta a los concretos efectos de declarar la disolución de un partido político.

296...Es más, si se traen a enjuiciamiento a efectos de determinar la significación de las actividades y valorar su relevancia, como afirma el Tribunal Español, eso implica que serán tenidas en cuenta como circunstancias concurrentes para ponderar la "gravedad" lo que constituye, ya que así aparece descrito, un elemento inherente del tipo infractor, puesto que sin su concurrencia no podría cometerse la infracción.

297...En la operación jurídica de subsunción de la conducta antijurídica no pueden traerse, para integrar el presupuesto de hecho, comportamientos antes no prohibidos y, por tanto, enteramente lícitos y libres.

298...Y si se considera que su papel es más modesto como meras circunstancias modificativas de la culpabilidad que producen un efecto agravante (o atenuante, esto no sería problemático, porque la retroactividad favorable no suscita ningún problema), también tenían que haber estado previamente delimitadas en la Ley y resultar previsibles a sus destinatarios.

#### **4.2.2.- La falta de previsibilidad de las conductas.**

299...Es cierto que que la indeterminación de las conductas referidas en el apartado 2 del artículo 9 LOPP fue parcialmente depurada por el apartado 3 del mismo artículo, pero el Tribunal Constitucional Español consciente de la gravedad de la medida ha acabado por consagrar una situación difícilmente compatible con las garantías del CEDH.

300...Conforme a su interpretación, que tiene aquí una virtualidad creadora de derecho, al emitir una sentencia interpretativa vinculante, y extraer del artículo 9 LOPP la norma aplicable, dos son las ideas nucleares que es preciso retener:

- a) las conductas enumeradas en el artículo 9.3 LOPP no son sino especificación o concreción de los supuestos básicos de ilegalización que, en términos genéricos, enuncia el art. 9.2 de la propia Ley; de tal manera que la interpretación y aplicación individualizada de tales conductas no puede realizarse sino con vinculación a los referidos supuestos contenidos en el art. 9.2, y;
- b) no basta la realización de uno solo de los comportamientos descritos en la Ley. Se exige, por el contrario, que se realicen “de forma reiterada y grave” (art. 9.2) o por “repetición o acumulación” (art. 9.3). Y las conductas cuya reiteración o acumulación se exige abundan en la idea de gravedad y continuidad en el tiempo. El art. 9.2 a) habla de “vulnerar sistemáticamente”; ni siquiera, pues, de vulneraciones reiteradas, sino de infracciones desarrolladas por sistema. El art. 9.3 c) se refiere a la acción de “incluir regularmente” en los órganos directivos y

listas electorales a personas condenadas por delitos de terrorismo, siendo también aquí clara la idea de comportamientos dilatados en el tiempo y en línea de continuidad.

301...Respecto al primer punto, la exigencia de *lex certa* comporta, en primer lugar, un mandato frente al legislador, el de taxatividad, según el cual han de configurarse las leyes llevando al cabo el "máximo esfuerzo posible" para garantizar la seguridad jurídica, es decir, para que los destinatarios puedan conocer de antemano el ámbito de lo prohibido y prever, así, las consecuencias de sus acciones.

302...Con todo, ni siquiera cuando el legislador procede a efectuar las especificaciones del artículo 9.3 LOPP, ya que la descripción del artículo 9.2 LOPP es tremendamente abierta y deja un campo prácticamente ilimitado, cumple las exigencias de previsibilidad.

303...El propio TC español lo reconoce abiertamente:

*"los supuestos comprendidos en el art. 9 no tienen el grado de concreción que resultaría de haberlos delimitado en términos puramente descriptivos. Como se dijo en la STC 136/1999, de 20 de junio, nos encontramos ante una constante en los que al derecho comparado se refiere en materia de legislación antiterrorista, es decir, la previsión de un tipo muy poco específico de colaboración o apoyo a grupos terroristas, condicionado por la necesidad de no dejar fuera, dentro de lo posible, ninguna forma o variedad de respaldo individual o social al fenómeno terrorista" (FJ 30). Dijimos entonces que la tutela frente al terrorismo comportaba un coste en la determinación de la conducta; pero, atendiendo a las consideraciones expuestas, ese coste no nos aboca a una situación en la que resulte imprevisible para los partidos calcular las consecuencias jurídicas de su conducta" (FJ 11 STC de 12 de marzo de 2003).*

304...Tal declaración, teniendo su explicación, máxime a partir del 11 de septiembre de 2001, no puede traducirse en un cheque en blanco ni ser excusa para la derogación *ad casum* de las garantías del Estado de Derecho. Así, siendo indiscutible que un Estado democrático debe luchar con todos los medios a su alcance contra las amenazas que representan los actos de terrorismo, siempre ha de hacerlo cumpliendo las obligaciones que contrajo al ratificar la CEDH, es decir,



empleando única y exclusivamente los medios compatibles con éste. A ello responde el artículo 11.2 CEDH.

305...La preocupante relajación de las garantías de las libertades individuales y colectivas que ha traído la reacción frente a tan trágicos, injustos y crueles atentados tampoco exime a los Estados signatarios del CEDH a meter en el saco de la lucha contra el terrorismo internacional cuanto les venga en gana y, en todo caso, han de responder ante el TEDH de las concretas medidas que adopten invocando el artículo 11.2 CEDH. Será el TEDH el que determine si tenían o no el amparo del Convenio, pero lo hará tras examinar los hechos y las medidas.

306...No olvidemos que ante los citados ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001 las reacciones de la comunidad internacional han llegado a motivar que, por ejemplo, el Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas formulara la Declaración de 26 de noviembre de 2001 precisamente para recordar la vigencia y el carácter irrenunciable de las obligaciones contraídas por los Estados en materia de derechos humanos.

307...No ignoramos que toda norma, y también las restrictivas de derechos y libertades fundamentales, pueden admitir variadas interpretaciones y que incluso el TEDH ha señalado que podría ser deseable cierta flexibilidad que permitiera a los tribunales internos hacer evolucionar el derecho en función de lo que ellos juzgaran ser medidas necesarias en interés de la justicia (STEDH de 27 de marzo de 1996, *Caso Goodwin contra el Reino Unido*).

308...Con todo, lo que no es posible es que la vaguedad permita cualquier interpretación sobre los supuestos y los límites previstos por la norma. Si así fuera se esfumaría la garantía de predeterminación que debe observar el legislador.

309...El proceso de subsunción de los hechos probados en los preceptos aplicables está limitada por las pautas de interpretación que rigen en una determinada comunidad jurídica. Entre esas reglas o criterios tradicionales de interpretación figura, sin duda, como límite infranqueable de toda actividad interpretativa, el deber de respetar el tenor literal de los preceptos, de modo que no cabe deducir de un enunciado legal ninguna norma contraria al posible sentido lingüístico del precepto o, más claramente, «al sentido propio de sus palabras» (art. 3.1 CC). Así lo ha declarado también el Tribunal Constitucional Español en numerosas resoluciones

al afirmar que esa actividad interpretativa no puede «ignorar o desfigurar el sentido de los enunciados legales meridianos» (SSTC 22/1985, 222/1992 y 341/1993), ni «reconstruir una norma que no está debidamente explicitada en el texto» (STC 11/1981).

310...Ciertamente, dada la vaguedad de los términos y la ambigüedad de las proposiciones que con frecuencia utilizan los legisladores, a nadie se le oculta que éste es un límite de contornos imprecisos. Pese a ello, es evidente que ese límite ha sido indudablemente rebasado en el presente caso.

311...La ambigüedad calculada de la LOPP es patente. La utilización de distintos predicados para identificar la acción sancionable resulta proverbial: promover, justificar o exculpar [art. 9.2 a)], fomentar, propiciar o legitimar [art. 9.2 b)], complementar y apoyar [art. 9.2 c)], dar apoyo [art. 9.3 a)] acompañar [art. 9.3 b)], colaborar [art. 9.3 f)], apoyar [artículo 9.3 g)], promover, dar cobertura o participar [artículo 9.3 h)], dar cobertura [artículo 9.3 i)].

312...Cada subapartado parece identificar acciones distintas y, sin embargo, no existen diferencias entre todas ellas, más allá de las terminológicas, o por lo menos no somos capaces de encontrarlas, ni lo que es más importante, ante su enorme imprecisión, desvelar el contenido concreto de la conducta que se reprime, tanto en los supuestos genéricos como en los específicos.

313...En cuanto a los primeros, los genéricos, no vemos la forma de discernir entre los supuestos de la letra b) ("fomentar, propiciar o legitimar la violencia como método para la consecución de objetivos políticos o para hacer desaparecer las condiciones precisas para el ejercicio de la democracia, del pluralismo y de las libertades políticas") y los de la c) ("complementar y apoyar políticamente la acción de organizaciones terroristas para la consecución de sus fines de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, tratando de someter a un clima de terror a los poderes públicos, a determinadas personas o grupos de la sociedad o a la población en general, o contribuir a multiplicar los efectos de la violencia terrorista y del miedo y la intimidación generada por la misma") del artículo 9.2, porque, en vez de describir una conducta, enuncian un resultado atribuible a un amplio e incierto elenco de acciones.

314...Más difícil aún es encontrar las conductas singulares perseguibles en los supuestos específicos cuando se emplean formulaciones plagadas de vaguedades y enormemente confusas en las que se ha optado por nuevos conceptos y categorías jurídicas que rehuyen las penales pese a ser ese el campo natural de represión en el que se ubican, como el Tribunal Constitucional Español ha reconocido.

315...En efecto, mientras los conceptos y categorías jurídicas penales se caracterizan por tener unos contornos cuya delimitación precisa se ha ido fijando y consolidando con su aplicación por los Jueces y Tribunales durante muchos años, las de la LOPP abren campos interpretativos inexplorados, y aunque aparentemente parecen llamar a supuestos homogéneos o equivalentes es evidente que eso no es así.

316...En el caso de la letra a) del artículo 9.3, hay que decir que no es lo mismo dar apoyo político expreso a las acciones terroristas (e incurrir en el delito de apología del terrorismo) que dar apoyo político tácito al terrorismo (¿a que conducta omitente se refiere el legislador?). Tampoco es lo mismo legitimar (los discursos de ensalzamiento de actividades delictivas como forma de promoción u apoyo) que exculpar o minimizar (invitan a una interpretación subjetiva y puede llevar a confundir como supuestos de ilicitud lo que no son sino manifestaciones legítimas de la pluralidad democrática). En realidad esta conducta parece solaparse con la descrita en la letra h) (Promover, dar cobertura o participar en actividades que tengan por objeto recompensar, homenajear o distinguir las acciones terrorista o violentas o a quienes las cometen o colaboran con las mismas), sino fuera porque, ya que ocupa un motivo diferente, pretende conceptuarse como un supuesto distinto.

317...El caso de la letra b) del artículo 9.3 ("Acompañar la acción de la violencia con programas y actuaciones que fomentan una cultura de enfrentamiento y confrontación civil ligada a la actividad de los terroristas, o que persiguen intimidar, hacer desistir, neutralizar o aislar socialmente a quienes se oponen a la misma, haciéndoles vivir cotidianamente en un ambiente de coacción, miedo, exclusión o privación básica de las libertades y, en particular, de la libertad para opinar y para participar libre y democráticamente en los asuntos públicos"), suscita innumerables interrogantes.

- 318...¿Son ilegales determinados programas políticos porque al tener una coincidencia ideológica con los objetivos políticos de un grupo terrorista fomentan una cultura de enfrentamiento civil?. ¿Pueden ser ilícitas determinadas ideas o perseguible la expresión de determinadas opiniones, cuando no son estrictamente apologéticas del delito y del delincuente, porque provocan un clima o una sensación de indefensión, miedo o exclusión?.
- 319...Hay que destacar el rechazo de la doctrina penal a las incriminaciones de hechos, normalmente de expresión o de opinión, aunque no solo, encuadrables en los denominados ilícitos de "clima social" (los denominados "*Klimaschutzdelikte*" o "*reati di clima*" en las expresiones alemana e italiana respectivamente). Las hipótesis de ilícitos de clima social son incompatibles con el derecho penal de un Estado constitucional democrático.
- 320...A nuestro entender, a lo sumo, tanto esta letra b) como la letra i) (Dar cobertura a las acciones de desorden, intimidación o coacción social vinculadas al terrorismo o la violencia"), podrían incluir conductas delictivas y no cualesquiera otras, conductas que impliquen actos de colaboración con las actividades o las finalidades de un grupo terrorista, dentro de la cláusula residual del 576 CP ("cualquier otra forma equivalente de cooperación, ayuda o mediación, económica o de otro género, con las actividades de las citadas bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas").
- 321...El tipo penal también es amplio, pero por lo menos parece identificar conductas materiales eficaces para el favorecimiento de la actividad delictiva y entre ellas, los Tribunales españoles ya han incluido, precisamente al enjuiciar la conducta del partido directamente concernido por la Ley las referidas en las letras d) ["utilizar como instrumentos de la actividad del partido, conjuntamente con los propios o en sustitución de los mismos, símbolos, mensajes o elementos que representen o se identifiquen con el terrorismo o la violencia y con las conductas asociadas al mismo"] y e) ["ceder, a favor de los terroristas o de quienes colaboran con ellos, los derechos y prerrogativas que el ordenamiento, y concretamente la legislación electoral conceden a los partidos políticos"], tal y como lo ha interpretado la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 29 de noviembre de 1997 [Ar. 8535], interpretación corroborada por la STC 136/1999 [FJ 26].

322...Tampoco resulta fácil comprender a qué conductas se refiere la LOPP en los supuestos contemplados en los apartados f) y g) del artículo 9.3, y el razonamiento del Tribunal Constitucional Español (FJ 11 de la STC de 12 de marzo de 2003) sobre los mismos resulta poco esclarecedor cuando afirma:

*"La Colaboración habitual con grupos que actúan de forma sistemática de acuerdo con una organización terrorista o apoyan el terrorismo, debe ser entendida como directamente referida a la específica colaboración con el terrorismo a la que se refiere el art. 9.3 f). De modo que lo que se describe como presupuesto de la ilegalización no es ninguna clase de ayuda genérica sino aquella específica dirigida a apoyar en concreto la colaboración con el terrorismo. Se trata, pues, de una especie de "complicidad en la complicidad" que no cabe duda de que puede incluirse en el marco del art. 9.2.*

*Precisado el apartado f) queda, a la vez, delimitado el campo de aplicación del g). El apoyo desde las instituciones a que se refiere el apartado g) es el apoyo específicamente dirigido a asociaciones que, directa o indirectamente, amparan el terrorismo o la violencia y, justamente, con el objetivo de reforzar esa actividad ilegítima. Sólo entendida así, la conducta descrita en el apartado g) puede inscribirse en el marco establecido por el art. 9.2."*

323. Es jurídicamente inaceptable que se cumpla el presupuesto de hecho, esto es, que un partido político colabore habitualmente con una entidad o grupo que desarrolle actividades terroristas, ya que si realmente esto es así, tendría que haber sido disuelto por las causas previstas en el artículo 515 del Código Penal, al incurrir en el delito de asociación ilícita. La conducta típica antijurídica no podría darse. Lo mismo sucede con la que describe la letra g) ya que menos concebible es aún que un partido apoye desde las instituciones que gobierna a una organización terrorista. De ser cierta su colaboración, que tendría que acreditarse en un juicio con todas las garantías, los Tribunales del orden Penal deberían acordar su disolución.

324. Obviamente, sin sentencia penal que lo declare no se puede llegar a atribuir a determinadas asociaciones ser colaboradoras de las actividades terroristas, ni se puede asignar de forma sustitutiva esa función a las Posiciones Comunes 2001/930/PESC y 2001/931/PESC adoptadas el 27 de diciembre de 2001 por el Consejo de la Unión Europea, puesto que como advirtió la DTEDH de 23 de mayo de 2002, *Caso Segui y otros*, únicamente formulan para los Estados miembros una

obligación de cooperación judicial y policial, que no se dirige a los individuos ni les afecta directamente (tampoco a los grupos que se mencionan).

325. La LOPP nace con un objetivo, el de ilegalizar a un partido político, por ello, suma supuestos de ilicitud penal, tomando en cuenta la casuística judicial acumulada sobre miembros del partido que se desea ilegalizar, estableciendo una conexión directa con la actividad de este, con actividades que se presume desarrolla ese partido político muy difíciles de probar. Por ello establece presunciones legales y supuestos que nada tienen que ver con conductas delictivas, pero que constituyen elementos de su actividad política que han suscitado un abierto rechazo en la opinión mayoritaria de la sociedad española.

326. Respecto al segundo elemento de la previsibilidad, hemos de insistir en que ésta está refrendada con una ley que no da un criterio seguro de cuando una actividad es lícita y cuando no.

327. Una vez enunciado por el Tribunal Constitucional que "ninguna de las conductas descritas en el art. 9 determina aisladamente la disolución" la pregunta inevitable es la relativa a cuándo se habrá rebasado el margen de tolerancia.

328. En primer lugar, cabe cuestionarse, cómo es posible que una vez declarado que las conductas del artículo 9.3 constituyen especificaciones del artículo 9.2, una sola de ellas conduzca a la ilegalización (el Tribunal Constitucional reconoce sibilinamente la escasa entidad de algunas). Y si una sola no es suficiente, ¿Bastará con que se reitere? o ¿será preciso que se den varios de los supuestos típicos descritos por el artículo 9.3 LOPP?. Y si en realidad no se distinguen demasiado, ¿será suficiente incluir un misma conducta en varias causas?.

329. De otra parte, se sobreañade a esa situación el hecho de que quien tenga que hacer la oportuna valoración sea el Gobierno del Estado que se constituye (junto al Ministerio Fiscal) en garante del sistema democrático, ya que deberá apreciar cuándo procede promover el proceso de ilegalización de un partido político opositor.

#### **4.3.- Legitimidad del fin perseguido.**

330...Esta parte no cuestiona que la regulación pueda tener objetivos legítimos si pretende establecer una protección frente a las actividades terroristas. El TEDH ha afirmado la importancia de la lucha contra el terrorismo y el derecho legítimo de las sociedades democráticas de protegerse contra las acciones de organizaciones terroristas (por todas, STEDH de 27 de noviembre de 1997, *Caso Zana contra Turquía*).

#### **4.4.- Necesaria en una sociedad democrática y proporcionada al fin legítimo perseguido.**

331...Conviene extraer de las SSTEDH ciertos principios comunes que son de aplicación al caso.

- a) El Estado, último garante del pluralismo, tiene la obligación, en el terreno político, de organizar a intervalos razonables, conforme al artículo 3 del Protocolo núm. 1, elecciones libres con escrutinio secreto, en condiciones que garanticen la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo. Tal expresión no podría concebirse sin el concurso de una pluralidad de partidos políticos que representen las corrientes de opinión que existen en la población de un país. Repercutiendo éstos no solamente en las instituciones políticas, sino también a todos los niveles de la vida en sociedad, aportan una contribución irremplazable al debate político, que se encuentra en el centro mismo de la noción de sociedad democrática (*Caso Partido Comunista unificado*, ap. 44).
  
- b) Una de las principales características de la democracia reside en la posibilidad que ofrece de resolver mediante el diálogo y sin recurso a la violencia, los problemas con que se enfrenta un país, y eso incluso cuando molestan. La democracia se nutre en efecto de la libertad de expresión. Así, una formación política no puede verse molestada por el simple hecho de querer debatir públicamente la suerte de una parte de la población de un Estado y mezclarse en la vida política de éste a fin de encontrar, dentro del respeto a las normas democráticas, soluciones que puedan satisfacer a todos los actores implicados. Ahora bien, el hecho de que un proyecto político pase por incompatible con los principios y las estructuras actuales de un Estado no lo hace contrario a las normas democráticas. Pertenece a la esencia de la democracia permitir la propuesta y la discusión de proyectos políticos diversos, incluso los que

cuestionan el modo de organización actual de un Estado, siempre que no tiendan a atentar contra la misma democracia (Sentencia *Partido Comunista unificado*, ap. 57; Sentencia *Partido Socialista*, aps. 45-47; Sentencia *ÖZDEP*, ap. 44).

- c) La disolución de un partido político por el solo hecho de compartir postulados con una organización terrorista no se encuentra amparada por el Convenio. El TEDH ha afirmado que la defensa de determinados principios no contrarios a los fundamentos de la democracia por parte de una formación política, sosteniendo los actos del terrorismo, disminuiría la posibilidad de tratar las cuestiones relativas a ello en el marco de un debate democrático y permitiría a los movimientos armados monopolizar la defensa de estos principios, lo que estaría totalmente en contradicción con el espíritu del artículo 11 y con los principios democráticos en los que se funda (STDEH de 9 de abril de 2002, caso *Yazar y otros*).

332...A la vista de estos principios, hay que responder a la cuestión de si la disolución de un partido político por las conductas que contempla la LOPP pueden ser considerada "necesaria en una sociedad democrática" para alcanzar uno o varios de los fines legítimos expuestos en el artículo 11.2 CEDH y más precisamente si la disolución responde a una necesidad social imperiosa y es proporcionada al fin legítimo perseguido.

333...Hay que decir que para el Tribunal Constitucional Español, todas las conductas reúnen "singular gravedad" y se concede relevancia, a efectos de erigirlas en causas de disolución, puesto que "evidenci(a)n una decidida incompatibilidad con los medios pacíficos y legales inherentes a los procesos de participación política para los que la Constitución demanda el concurso cualificado de los partidos políticos" (FJ 12 STC de 12 de marzo de 2003).

334...De forma coherente con la postura que hemos mantenido siempre, no se pone en cuestión que la disolución sea una medida proporcionada si se trata de un partido que hace apología de los métodos violentos y del terrorismo. Ese es, precisamente, el interés que está respaldado por el Código Penal, que ha protegido convenientemente los demás derechos fundamentales en juego y establecido aquellas restricciones a su ejercicio que la Constitución no tolera, sin que pueda ser objeto de represión, cualquier otra dimensión en la que se



manifieste. Ese es, a nuestro entender, el punto de equilibrio que surge de la ponderación inherente a la existencia de derechos en concurrencia.

335...La LOPP provoca, sin embargo, un desequilibrio entre ellos, porque con el pretexto que va a acometer la configuración jurídica de los partidos lo que hace es detenerse en las limitaciones, dando el carácter de necesidad social imperiosa a lo que con claridad no lo es.

336...En realidad, no se ve cuál es la necesidad de un mecanismo como la LOPP existiendo una protección penal. No negamos que la disolución tenga carácter necesario cuando un partido incurra en un delito de asociación ilícita, lo que no vemos justificado es que esa medida severa se aplique a partidos que preconizan ideas o realizan actividades que "molestan, chocan o inquietan", cuando no incitan propiamente al uso de la violencia haciendo apología de métodos violentos y terroristas.

337...Como dijimos ante al Tribunal Constitucional, y este no lo ha negado sino que lo ha corroborado en su argumentación, una parte importante de las conductas del artículo 9.3 LOPP se encuentran tipificadas en el Código Penal ya que son subsumibles en los delitos de apología del terrorismo (artículo 578 CP) o colaboración con banda armada (artículo 576 CP).

338...Si esto es así, es evidente que la reiteración de acciones penales ejercitadas contra miembros de un partido por ese tipo de comportamientos susceptibles de conectarse con su actividad política, al producirse en el ámbito o al amparo de la misma, conducirían a su ilegalización penal.

339...En ese sentido, hay que rechazar también que la ilegalización pueda ser debida a una valoración que no sea estrictamente de las actividades de los dirigentes y órganos del partido.

340...La LOPP permite ilegalizar simplemente por las actitudes repetidas de sus afiliados, al margen del partido y, por tanto, sin conexión alguna con éste (artículo 9.4 LOPP). Desde luego, la responsabilidad del partido se debe exigir por los hechos que le puedan ser imputados al actuar como tal partido y no de forma indiscriminada por cualquier hecho que sea imputable exclusivamente a sus

miembros. Es necesario acreditar que la actuación de éstos se hace por cuenta de aquél.

341...Igualmente, la LOPP no distingue entre los partidos y sus representantes electos, ya que para apreciar y valorar las actividades del artículo 9 se tendrán en cuenta "las resoluciones, documentos y comunicados", así como "las manifestaciones, actuaciones y compromisos públicos" de sus Grupos Parlamentarios y municipales (artículo 9.4).

342...Esa claro que los partidos políticos y los grupos parlamentarios y municipales son algo jurídicamente distinto, a pesar de las estrechas relaciones políticas entre ellos.

343...Los parlamentarios y los cargos electos no pueden ser tratados como si fueran una mera proyección de un partido político, ya que los titulares de los cargos públicos representativos son las personas elegidas y no los partidos a los que pertenecen y a los que "deben" (políticamente) su elección (SSTC 5/1983, 10/1983;..), y resulta "indudable la relativa disociación conceptual y de la personalidad jurídica e independencia de voluntades presente entre ambos (partidos políticos y Grupos Parlamentarios), de forma que no tienen por qué coincidir sus voluntades (...) aunque los segundos sean frecuentemente la lógica emanación de los primeros" (STC 36/1993).

344...Es disociación hace que, por ejemplo, la desaparición de un partido político sea indiferente para los cargos elegidos que continúan desempeñando su mandato aun en el supuesto de que su partido o un estimable número de electores les retiren públicamente la confianza.

345...Pues bien, es evidente que, como mínimo, habrá que distinguir aquellas actuaciones que se inscriban en el ejercicio de la actividad representativa (los parlamentarios incluso gozan de inviolabilidad a la hora de expresar opiniones o de emitir su voto que se define constitucional y legalmente como personal e indelegable) de aquellas otras que se inscriban en la actividad partidista, únicas que podrán tomarse en consideración.

346...Por último, también es confusa la amalgama y equiparación que la LOPP hace entre partidos políticos e instituciones. Si los grupos parlamentarios y municipales

son una realidad distinta a los partidos políticos ¿Qué decir de las instituciones? por mucho que las gobiernen los representantes que han sido elegidos a través de los mismos.

347...En suma, no se aprecia la necesidad de tipificar conductas que son penalmente punibles ni anudar a su comisión una medida que se encuentra ya establecida para corregirla.

348...Lo que hay que rechazar es que junto a conductas que constituyen ilícitos penales se añadan otras que no lo son y que además, por sí mismas, disgregadas de las anteriores, ni implican una actividad que vulnera gravemente los principios democráticos de forma comparable a las anteriores ni la disolución que llevan aparejada "por la repetición o acumulación de alguna" de ellas, constituye una necesidad imperiosa en una sociedad democrática, existiendo además otras alternativas menos lesivas que la disolución, siendo por ello desproporcionada en relación con los fines perseguidos.

#### 4.4.1 Apoyo tácito.

349...La apología no puede expresarse, como es patente, de modo encubierto, por medio de alegorías o circunloquios, ni tampoco de forma implícita.

350...Esa punibilidad del apoyo tácito, desde la perspectiva del artículo 11.2 CEDH no resulta aceptable, al suponer una restricción ilegítima de la libertad de asociación y de expresión, ya que no cabe extraer una consecuencia jurídica de un silencio pues nadie está obligado a expresar sus ideas ni de forma coherente puede sufrir sanción por ejercer ese derecho. En ningún caso la no condena de una acción criminal puede servir como forma de justificación, exculpación o legitimación de los atentados contra el régimen democrático de libertades ni puede valorarse como elemento probatorio acreditativo de que la acción política del partido que, como no podía ser de otra forma, es reflejo de la que desarrollan sus dirigentes y órganos estatutarios, se sustenta en connivencia con la violencia, el terror, la discriminación, la exclusión y la violación de los derechos y las libertades.

351...Frente a la rotundidad con la que nos expresamos, el Tribunal Constitucional tras señalar que no le corresponde "ahora" determinar si la mera ausencia de condena puede ser o no entendida como apoyo implícito al terrorismo, añade que lo cierto

es "es que la legitimación de las acciones terroristas o la exculpación o minimización de su significado antidemocrático y de la violación de derechos fundamentales que comportan puede llevarse a cabo de modo implícito, mediante actos concluyentes, en determinadas circunstancias, siendo claro que, en tales supuestos, no puede hablarse de vulneración de la libertad de expresión." (FJ 10 STC de 12 de marzo de 2003).

352...Aún siendo conscientes que es minoritaria la opinión que expuso el Juez Bonello en el Voto Particular de la STEDH de 8 de julio de 1999, *Caso Baskaya y Okçuoglu* contra Turquía, podemos decir que, en una gradación, es la más garantista en supuestos como el que nos ocupa. Decía el citado Juez lo siguiente:

"Considero que, en una sociedad democrática, las autoridades nacionales están autorizadas para sancionar a las personas que incitan a la violencia únicamente cuando esta incitación puede crear «un peligro claro y real». Cuando la invitación a recurrir a la fuerza es puramente intelectual, abstracta y lejana, en el espacio y en el tiempo, al lugar en el que la violencia reina o pudiera producirse, debe prevalecer el derecho fundamental a la libertad de expresión.

Tomo de uno de los más eminentes especialistas en Derecho Constitucional de todos los tiempos su opinión acerca de las acciones que tienden a desestabilizar el orden público: «Debemos ejercer constantemente nuestra vigilancia frente a los intentos de limitación de la expresión de opiniones que aborrecemos o consideramos macabras, a menos que estas opiniones amenacen con interferir en los objetivos legítimos e imperiosos perseguidos por la ley, de manera tan inminente, que sea preciso intervenir inmediatamente para salvar el país» (Juez Oliver Wendell Holmes en *Abrahams v. United States*, 250 US 616 (1919), pg. 630).

Un Estado no puede aprovecharse de la defensa de la libertad de expresión para impedir o prohibir los discursos que predicán el recurso a la fuerza, salvo que dicho discurso pretenda o corra el riesgo de pretender incitar a la comisión de un delito inminente contra la ley o a llevar a cabo uno (*Asunto Brandenburg v. Ohio*, 395 US 444 (1969), pg. 447). Todo es cuestión de inminencia y grado (*Asunto Schenck v. United States*, 294 US 47 (1919), pg. 5210).

Para que se establezca una constatación de peligro claro y real que justifique una restricción a la libertad de expresión, hay que demostrar, o bien que se espera una explosión inminente de gran violencia o que alguien hubiere incitado a ello, o bien

que la conducta del demandante en el pasado dé lugar a creer que el hecho de que defiende la violencia desembocará inmediatamente en actos graves (*Asunto Whitney v. California*, 274 US 357 (1927), pg. 376).

No me parece evidente que uno cualquiera de los términos reprochados al demandante, por muy evocadores de muerte que puedan parecer a algunos, hayan podido constituir una amenaza anunciadora de efectos devastadores e inmediatos sobre el orden público.

Tampoco me parece evidente que la represión instantánea de estas expresiones fuera indispensable para salvar a Turquía. No crearon ningún peligro, todavía menos un peligro claro e inminente. A falta de esto, si garantizara la condena del demandante por los tribunales penales, el Tribunal apoyaría la subversión de la libertad de expresión.

En resumen, «un peligro que se desprende de un discurso sólo puede resultar claro y real si la realización del mal temido es tan inminente que corre el riesgo de producirse antes de que pueda tener lugar una discusión completa. Si se tiene el tiempo de denunciar, mediante un debate, las mentiras y los errores, de evitar el mal mediante la educación, entonces el remedio consiste en conceder más tiempo a la palabra, y no en imponer el silencio por la fuerza (Juez Louis D. Brandeis en *Whitney v. California*, 274 US 357 (1927), pag. 377).

353...El siguiente escalón estaría constituido por la Opinión sostenida por los Jueces Plam, Tulkens, Fischbacha y Greve, en ese mismo asunto.

"En nuestra opinión, en esta serie de asuntos contra Turquía, la mayoría analiza la cuestión planteada bajo el ángulo del artículo 10 concediendo demasiado peso a los términos empleados en la publicación y no demasiado al contexto en el que han sido utilizados y a su posible impacto. Es innegable que las palabras en cuestión pueden parecer desproporcionadas, casi violentas. Pero en una democracia, como lo señaló el Tribunal, incluso las palabras «desafiantes» pueden contar con la protección del artículo 10.

Para estar todavía más de acuerdo con la protección de la que se beneficia el discurso político en la jurisprudencia del Tribunal, hay que concentrarse menos sobre el tono ardiente de los términos empleados y más sobre los diferentes aspectos del contexto en el que han sido pronunciados. Este lenguaje ¿pretendía excitar o incitar a la violencia? ¿Había un riesgo real de que tuviera este efecto en la práctica? Para responder a estas cuestiones, hay que proceder a una

apreciación cuidadosa de numerosos elementos que componen el conjunto de cada asunto. Hay que hacerse otras preguntas. El autor del texto ofensivo, ¿tenía un puesto influyente en la sociedad de forma que ampliara el impacto de estos propósitos? El texto en litigio, ¿ocupaba un lugar en un gran periódico o en otro medio, con el fin de acentuar el efecto de las expresiones incriminatorias? Esos términos, ¿han sido pronunciados lejos de la zona de conflictos o en un lugar cercano?

Sólo realizando un examen atento del contexto en el que las palabras aparecieron se puede establecer una distinción entre los términos que chocan y ofenden -que tienen la protección del artículo 10- y los que no merecen ser tolerados en una sociedad democrática."

354...Finalmente, estaría la opinión mayoritaria que refleja la Sentencia de la que se extrae la idea de que el CEDH no admite la prevalencia de la libertad de expresión cuando de los términos empleados y el contexto en que se inscriben se consideren incitadoras a la violencia (contra una persona o un agente público o un sector de la población). También distingue cuando se trata de un caso aislado, ya que sería suficiente con tomar una medida que afectara en concreto al responsable, o de una reiteración en el tiempo de declaraciones de ese tipo, porque entonces éstas reflejan "necesariamente las ideas o metas que imperan en el ideario de la asociación demandante".

355...Pues bien, en ningún momento, el TEDH ha barajado la hipótesis de que esa incitación a delinquir puede llevarse a cabo de modo implícito. Cuesta trabajo pensar cuáles pueden ser esos actos concluyentes que llaman a la sublevación o el levantamiento sin hacer un llamamiento expreso. A nuestro entender, incitación y silencio son dos términos que en pura lógica son excluyentes entre sí pues dialécticamente se contraponen. Lo que no sale del interior, lo que no se exterioriza, se queda en el campo íntimo e incoercible de la conciencia y el pensamiento individual, y por ello mismo no puede tener consecuencia alguna, incluso es legítimo que el motivo para no hacerlo sea el temor a las consecuencias que pudiera tener su pública expresión, porque en tal caso la amenaza de la respuesta punitiva habría obtenido su propósito preventivo.

356...Pero, incluso si se da significado al silencio haciéndolo equivalente a la aceptación del crimen o de la amenaza terrorista, ha de recordarse que el TEDH ha advertido que las palabras desafiantes, las opiniones exageradas, la hostilidad

manifestada con respecto a las actuaciones del Gobierno o la utilización de palabras tales como "resistencia", "lucha" y "liberación" (STEDH *Caso Incal contra Turquía*, ap. 50) no son suficientes para tomar esa severísima medida.

357...Obviamente, no se le puede negar a un partido político el derecho a guardar silencio o a formular propuestas alternativas o dirigidas a contextualizar un determinado hecho en lo que define o califica como un conflicto complejo o dar su opinión sobre las razones de lo que ha sucedido, aunque esas explicaciones ofendan la sensibilidad de la opinión mayoritaria.

358...Por último, no tiene explicación que una conducta no merezca ninguna respuesta legal (que solo podría ser penal), cuando la realiza un particular o una asociación cualquiera y que, sin embargo, tratándose de un partido político, lleve a la más grave y extrema como es su disolución. El miembro de un partido de la oposición no tiene que tener una restricción mayor a la hora de defender el ideario de aquél que un ciudadano normal o integrante de otro tipo de asociación. Todo lo contrario, la democracia se nutre de la libertad de expresión y los partidos políticos cumplen un papel esencial para conformar la opinión pública.

#### 4.4.2 Inclusión de penados en los órganos directivos y listas electorales.

359...La letra c) del art. 9.3 señala como conducta merecedora de la ilegalización del partido la inclusión regular "en sus órganos directivos o en sus listas electorales personas condenadas por delitos de terrorismo que no hayan rechazado públicamente los fines y los medios terroristas".

360...De esa circunstancia, creemos que en modo alguno se puede extraer como consecuencia directa la disolución de un partido político. Tampoco lo cree el Tribunal Constitucional (FJ 13 STC 12 de marzo de 2003).

361...En primer lugar, como ya señalamos ante dicho Tribunal, tal vez podría asumirse que pudieran establecerse, en abstracto, sendas restricciones de esa naturaleza en el régimen general de los partidos políticos y no como elemento a valorar para decretar la disolución de un partido ya constituido como aquí sucede.

362...Para ello habría que modificar la Ley electoral y establecer una nueva causa de inelegibilidad, para privar del derecho de sufragio pasivo a quien haya sido condenado por delito de terrorismo y en tanto no haya obtenido su rehabilitación.

363...Tal posibilidad, para que no sea contraria al artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, conforme a la Observación general aprobada por el Comité de Derechos Humanos de la ONU el 12 de julio de 1996, debe basarse en criterios objetivos y razonables ya que "la realización efectiva del derecho y la posibilidad de presentarse a cargos electivos garantiza que todas las personas con derecho a voto puedan elegir entre distintos candidatos" (ap 15).

364...La otra reforma afectaría a la propia LOPP, a lo dispuesto en el artículo 8.2 letras a) y b), para negar que todos los afiliados tengan iguales derechos y deberes, en particular, a participar en las actividades del partido y en los órganos de gobierno y representación, y a ser electores y elegibles para los cargos del mismo.

365...Las razones son obvias, así se protegerían los derechos de los demás afiliados que no se verían afectados por una disolución derivada de un motivo que en modo alguno les atañe.

366...Las garantías serían mayores: no creemos que sea más favorable mantener aparentemente intactos los derechos de los condenados por la comisión de un delito grave (tanto como afiliados como ciudadanos titulares del derecho de participación política), a cambio de que caiga sobre el partido una sospecha de connivencia terrorista y una amenaza de disolución.

367...La tacha de la medida por ser desproporcionada es aplicable en este caso ya que la alternativa expuesta es "palmariamente de menor intensidad coactiva y de una funcionalidad manifiestamente similar a la que se critique por desproporcionada" (STC 161/1997, F11).

368...Hay que convenir que la respuesta del Tribunal Constitucional a las objeciones que formulamos no aclara mucho las cosas.

369...La LOPP no describe conductas que se consideran incompatibles con el sistema democrático sino que, si seguimos la explicación del Alto Tribunal, establece una



serie de presunciones legales, que responden a la categoría de las presunciones *iusuris tantum*, pues admiten prueba en contrario.

*"La utilización de penados por terrorismo incluyéndolos de manera regular en puestos directivos y en listas electorales, puede suponer la expresión de solidaridad con los métodos del terror que no se cohonestan con las exigencias que la CE impone a un partido político. Por su parte, la previsión de que esa circunstancia sólo puede valorarse si los penados no han "rechazado públicamente los fines y los medios terroristas" no puede interpretarse como la obligación de realizar una retractación de sus actividades pasadas. El precepto sólo tiene proyección hacia el futuro y en relación con el partido político en el que los penados se integren como directivos o candidatos, convirtiendo en causa de disolución el empleo de forma regular de personas de las que quepa presumir, fundadamente, una afinidad con los métodos del terror, no con las ideas y programas que, eventualmente, puedan también perseguir organizaciones terroristas. Se juzga, debe insistirse en ello, a partir de una trayectoria de conjunto dilatada en el tiempo y materializada, mediante la reiteración de esta concreta conducta, en la convicción, alcanzada en un proceso judicial, de que el partido que así actúa vulnera la legalidad en términos incompatibles con la continuidad de su reconocimiento como partido".*

370...Lo que se hace es invertir la carga de la prueba y obligar al partido a demostrar que, a pesar de que materialmente se da la circunstancia prevista en la LOPP, ésta es inocua. La presunción de inocencia queda así gravemente erosionada.

371...Existe, asimismo, un salto cualitativo considerable si reparamos en que conforme al régimen general de las asociaciones la presencia en los "órganos de representación, o cualquier miembro activo, (que) haya sido condenado por sentencia firme por pertenencia, actuación al servicio o colaboración con banda armada, en tanto no haya cumplido completamente la condena, si no hubiese rechazado públicamente los fines y los medios de la organización terrorista a la que perteneció o con la que colaboró o apoyó o exaltó" implica la negativa a que la asociación perciba ayuda alguna, económica o de cualquier otro tipo de los poderes públicos (ex artículo 4.6 de la LODA).

372...Esto es, aunque no creemos que sea admisible establecer una suerte de contagio o contaminación a la asociación del pasado de uno o más miembros ni que su acceso a órganos directivos suponga aval alguno a sus actos anteriores ya purgados a través de la correspondiente pena, ello no determina la ilicitud de la

asociación, ni su disolución. En definitiva nuevamente es mayor la exigencia con respecto a los partidos políticos.

373...Ta vez pueda irritar la participación en la vida pública y la presencia en los medios de comunicación, como representantes de un partido o como cargos electos, de personas que han sido condenadas por la comisión de crímenes execrables, pero esa irritación, que es humanamente comprensible, no puede servir para que se les imponga, una vez que han cumplido la condena, una restricción o limitación adicional de sus derechos.

374...Es más, la participación en las actividades que desarrolla un partido político puede hacer pensar, fundadamente, que ya no aprueban los métodos terroristas y los rechazan, que han llegado al convencimiento de que es posible perseguir los mismos fines conforme a las exigencias de la legalidad democrática.

375...La desaparición de un partido político con el que pudiera tener una afinidad ideológica mayor puede hacer que sea inviable su incorporación con normalidad a la actividad política como un ciudadano más.

#### 4.4.3 Doble militancia.

376...También es objeto de la atención de la LOPP, como conducta acreditativa de que con su actividad el partido político vulnera los principios democráticos, ex artículo 9.3 c), el "mantener un amplio número de sus afiliados doble militancia en organizaciones o entidades vinculadas a un grupo terrorista o violento, salvo que hayan adoptado medidas disciplinarias contra estos conductentes a su expulsión".

377...De entrada, puede decirse lo mismo que hemos dicho en el caso anterior. la LOPP podría impedir, si lo estima necesario, la simple afiliación o pertenencia a un partido político de personas que hubieran sido condenadas por delitos de terrorismo.

378...Lo que no puede hacerse es extraer consecuencias de un hecho, la doble militancia, que escapa por completo de la voluntad del partido político, que no puede, por tanto, convertirse en su garante, para ser responsable del comportamiento delictivo de uno o más de sus afiliados.

- 379...La simple militancia en un partido político, teniendo en cuenta las múltiples facetas de la condición humana, puede ser un hecho absolutamente inocuo para explicar muchos comportamientos y, desde luego, cuando estos son delictivos, hay que pensar que lo es. Salvo que se desconfie de determinadas ideas y se prejuzquen como peligrosas para conjeturar que quien simpatiza con ellas siente por ese solo hecho una clara inclinación por el crimen.
- 380...Para la imputación de responsabilidad a una persona jurídica no es suficiente una mera relación o afinidad de carácter ideológico, entre el autor de la infracción y la persona colectiva, como se da en los casos de militancia partidista.
- 381...Como presupuesto básico debe tratarse de personas individuales cuya ligazón externa con la persona jurídica sea estrecha y esté caracterizada por una nota de permanencia y relevancia que la haga idónea para situar la infracción dentro del dominio normal de la actividad de la persona jurídica.
- 382...La infracción del partido político sólo puede derivar de un acto comisivo de sus órganos estatutarios o sus dirigentes, ya que són los únicos que se pueden servir del potencial delictivo de la persona jurídica. Es la posibilidad de valerse de ese potencial lo que se quiere combatir al establecer la responsabilidad de las personas jurídicas.
- 383...En la opinión del Tribunal Constitucional español esto es irrelevante. Determinados partidos políticos están bajo sospecha y han de disiparla, expulsando a los afiliados que hayan sido condenados por su integración en organizaciones terroristas, pues de lo contrario, se imputa su actividad a la persona jurídica. La duda sobre su ilicitud se convierte en certeza a los efectos de la aplicación de la LOPP.
- 384...Hay en la LOPP, una nueva inversión de la carga de la prueba, se presupone la connivencia ("fácilmente deducible del hecho de que un número significativo de sus afiliados estén integrados en organizaciones terroristas") y para descartarla, el partido tiene que demostrar que no patrocina ni incita ni encubre a esos criminales, y además ha de hacerlo tal y como la LOPP lo ordena (con su expulsión), sin que sea posible otra fórmula alternativa igualmente válida a esos efectos.

385...Otra cosa distinta es que los comportamientos delictivos se produzcan en el seno de la actividad que desarrolla un militante como integrante de los órganos de ese partido. En tal caso el partido no es más que un instrumento para su comisión, pero claro está, una vez que se haya probado que eso es así ya está prevista la respuesta penal por asociación ilícita conforme al artículo 515 del Código Penal.

#### 4.4.4 Colaboración con Entidades o Grupos.

386...En lo que se refiere a la conducta que describe la letra f) del artículo 9.3, ya hemos adelantado que desde el punto de vista material es difícil concebir que se pueda colaborar habitualmente con una asociación ilegal de carácter delictivo, puesto que si lo es, será disuelta, frustrándose la comisión de la conducta perseguida en un estadio que no se puede calificar ni de tentativa.

387...Obviamente antes de que se haya declarado formalmente la colaboración con banda armada del grupo asociativo implicado, el partido político no tiene medios de saber que constituye una asociación ilícita y, por tanto, nada se le podría reprochar, salvo que sea una especie de complicidad en la complicidad.

388...Por su parte la letra g) ("apoyar desde las instituciones en las que se gobierna, con medidas administrativas, económicas o de cualquier orden, a las entidades mencionadas en el párrafo anterior") obliga a enjuiciar la actividad institucional de los cargos electivos, cuando éstos han sido elegidos por el cuerpo electoral al que representan y son titulares de un cargo que en modo alguno pertenece al partido (STC 10/1983). Implica, por tanto, una intromisión ilegítima en el derecho de participación en los asuntos públicos como *ius in officium* (artículo 23.2 CE). De otro lado, el fin indeseado que se quiere evitar ya se encuentra protegido en el artículo 4.6 LODA.

389...Este argumento, que lo hemos reiterado utilizando exactamente los mismos términos que expusimos en nuestra demanda ante el Tribunal Constitucional, no ha merecido su consideración y lo ha ignorado sin ofrecer explicación alguna.

390...Esa disociación, entre cargo y partido, no puede en modo alguno soslayarse, ya que tiene consecuencias muy importantes.

391...De un lado, si determinados cargos electivos son incompatibles con determinadas condenas, establecida esa incompatibilidad con arreglo a criterios objetivos y razonables, deberían ser las disposiciones legales las que previeran el cese, así como los "procedimientos justos y equitativos" para ello (Observación general aprobada por el Comité de Derechos Humanos de la ONU el 12 de julio de 1996, en relación al artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, ap. 16).

392...De otro lado, el partido no cuenta con ningún mecanismo para destituir a los titulares de los cargos electos cuando los ejerzan indebidamente por lo que no puede actuar eficazmente estableciendo restricciones a su actividad.

393...En un Estado democrático que impone el respeto a los representantes elegidos por sufragio universal en cuanto poderes emanados de la voluntad popular, no resulta congruente ni lógico que a pesar de que sólo responden ante el electorado que los ha elegido sus actividades sirvan para enjuiciar a un partido político.

394...Los órganos estatutarios y dirigentes de un partido político no están en condiciones de impedir que los cargos electos, salvo que ellos mismos reúnan esa doble condición, no cometan infracciones en el ejercicio de su función representativa por lo que desencadenar la respuesta punitiva contra el partido hará que este deba soportar sus consecuencias sin que tenga ninguna culpa.

395...En el caso de que un individuo se valga de una persona jurídico pública para perpetrar la conducta antijurídica, teniendo en cuenta que evidentemente un ente público no podría ser sujeto de una pena, además de la respuesta penal que le correspondería personalmente al individuo infractor, se podrían establecer mecanismos de orden jurídico público que afectasen al propio cargo conllevando su destitución.

396...No es posible ampliar el círculo de personas idóneas para la práctica de una infracción por parte del partido político, cuando la consecuencia es que la respuesta punitiva no afecta a la concreta actividad de cuyo ejercicio se ha servido la persona física para cometerla ni compele a ejercerla conforme a derecho. En ese contexto la sanción a imponer mal puede ejercer función preventiva alguna.

#### **4.5 Conclusiones.**

- 397...Toda esta serie de consideraciones apuntan a la conclusión mantenida ante el Tribunal Constitucional español: las razones para la disolución no son suficientes, tal vez podrán ser pertinentes pero no constituyen una necesidad social imperiosa.
- 398...Tampoco esa insuficiencia se resuelve con la estratagema de que la disolución es el resultado de una suma de todas ellas, cuando no se da criterio aplicativo alguno más allá del genérico e inespecífico consistente en su acumulación o reiteración (texto introductorio del artículo 9.3 LOPP).
- 399...Los artículos 9.2 y 10.2 c) LOPP aluden a conductas realizadas de forma reiterada y grave. Ahora bien, en tanto que las conductas del artículo 9.3 son especificación de las conductas genéricas a las que alude el artículo 9.2, en todas ellas ha de concurrir el rasgo de la gravedad, de lo contrario no tendría sentido la concreción que efectúa, esto es habrá de ser por fuerza congruente con su punto de partida.
- 400...Estando la gravedad implícita en las conductas que relaciona el artículo 9.3 LOPP (aunque lo esté en distinto grado todas se relacionan de forma conjunta y no se da criterio alguno para especificar cuál es el valor relativo de cada una de ellas), tendrá que ser el número el factor decisivo que permitirá decidir si la conducta es impune o por el contrario es preciso que se active el proceso de ilegalización del partido.
- 401...No hay que confundir finalmente, la reiteración o acumulación de determinadas conductas que pueden dar lugar a una causa de disolución con la reiteración y acumulación de distintas causas. Ni siquiera en este punto es clara la LOPP, dejando abiertas cualesquiera interpretaciones interesadas se quieran hacer.
- 402...Reiterando lo ya dicho ante el Tribunal español, hay una restricción desmedida de las actividades de un partido político, y además existe una valoración idéntica de todas las causas, pese a ser de forma notoria de muy distinta intensidad e importancia (ni siquiera el CP acompaña la misma pena para aquellas conductas que se encuentran en él tipificadas) sin que a la vista de la respuesta punitiva, la disolución, quepa atemperarla a la entidad de los actos que se juzgan. La Ley no permite la imposición de una sanción proporcionada a las circunstancias del caso.

- 403...Es esencial cuidar la proporcionalidad entre las conductas que se contemplen como determinantes de la ilegalidad y el carácter traumático que la declaración de ilegalidad de un partido puede tener en un sistema democrático.
- 404...Desde luego, no pueden considerarse suficientes si es posible establecer alternativas con un coste menor para los derechos en conflicto como hemos tenido ocasión de demostrar.
- 405...En efecto, cabe arbitrar medidas intermedias para conductas que no revistan la gravedad que justifica la disolución de los partidos, así, antes de que se alcance el número potencialmente merecedor de la ilegalización podría establecerse una medida disuasoria o preventiva, con una intensidad menor, para contribuir a evitar que el partido siga por una vía que de persistir le conducirá irremisiblemente a su disolución.
- 406...Siendo uno de los valores esenciales de un Estado democrático el pluralismo político, el normador debe buscar siempre una solución basada en la mayor protección y efectividad real del principio axiológico de la pluralidad de ideologías.
- 407...No ha sido así en este caso, por el contrario, el legislador ha querido relativizar su valor y facilitar el control de la disidencia política con un mecanismo que permite juzgar a partir de meras presunciones o sospechas, en un contexto además de gran incertidumbre acerca de los límites. Se desconoce cuándo la actividad es lícita y cuándo no, hasta dónde llega, en fin, la permisividad. Y la concreción a esa pregunta está en manos del partido o partidos mayoritarios, que son los que pueden poner en marcha el proceso ilegalizador.
- 408...Es preciso, en suma, que el TEDH ponga remedio a esta conculcación del derecho a la libertad de asociación que afecta a los "dirigentes, candidatos, cargos electos y afiliados" de los partidos políticos, e impida la vigencia de la LOPP en la medida en que constituye una injerencia que no responde a una necesidad social imperiosa ni es proporcionada al fin legítimo perseguido, como hemos tenido ocasión de argumentar largamente.

#### IV. EXPOSICIÓN RELATIVA A LOS REQUISITOS DEL ARTÍCULO 35 DEL CONVENIO.

16. *Decisión interna definitiva (fecha y naturaleza de la decisión, órgano judicial u otro que la ha dictado)*

Sentencia del Tribunal Constitucional Español nº 48/2003, de 12 de marzo, competente para conocer de los asuntos que relaciona el artículo 161.1 de la Constitución Española, entre ellos, los recursos de inconstitucionalidad contra Leyes por violación de los derechos y libertades fundamentales.

Han sido agotados los recursos internos en el Estado Español. Conforme al artículo 164.1 de la Constitución Española, las Sentencias del Tribunal Constitucional se publican en el Boletín Oficial del Estado con los votos particulares, si los hubiere. Tienen el valor de cosa juzgada a partir del día siguiente de su publicación y no cabe recurso alguno contra ellas.

La Demanda se formula dentro de los seis meses a partir de la fecha de la resolución interna definitiva. La Sentencia del Tribunal Constitucional que agota todas las vías internas, fue notificada el 12 de marzo de 2003 y publicada en el Boletín Oficial del Estado ese mismo día, teniendo plenos efectos a partir del día siguiente, el 13 de marzo de 2003, por tanto, cuando se presenta esta Demanda no ha precluido el plazo de seis meses.

La demanda no es anónima, es compatible con el Convenio y se funda en el mismo. La Demanda se dirige contra "actos" cuya responsabilidad incumbe a una autoridad pública (el Parlamento Español que aprobó la LOPP y el Tribunal Constitucional Español que sentenció su conformidad con los derechos y libertades fundamentales reconocidos por la Constitución Española) del Reino de España, Alta Parte contratante que ha ratificado el Convenio.

17. *Otras decisiones (citadas por orden cronológico indicando, para cada una, su fecha, su naturaleza y el órgano judicial u otro que la ha dictado)*

No existe ninguna otra decisión judicial recurrida, si bien en aplicación de la LOPP, se ha dictado casi inmediatamente a la Sentencia del Tribunal Constitucional e invocando los argumentos esgrimidos por dicho Tribunal en defensa de la



constitucionalidad de la LOPP, la Sentencia de 27 de marzo de 2003 de la Sala Especial del Tribunal Supremo del artículo 61 de la LOPJ, que declara la ilegalidad de los partidos políticos Herri Batasuna, Euskal Herritarrok y Batasuna.

18. *¿Disponía el/la demandante de un recurso que no ha ejercitado? ¿En caso afirmativo, qué recurso y por qué no lo ha ejercitado?*

No disponía de ningún otro recurso.

## **V. EXPOSICIÓN SOBRE EL OBJETO DE LA DEMANDA.**

19. En mérito a los fundamentos de hecho y de derecho expresados en esta Demanda esta parte solicita del Tribunal Europeo de Derechos Humanos dicte una Sentencia por la que se declare:

- a) Que la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 48/2003, de 12 de marzo, por la que se desestima el recurso de inconstitucionalidad entablado 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, apartado 2, de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos, se dictó con infracción del derecho a un tribunal imparcial reconocido por el artículo 6 del CEDH.
- b) Que el artículo 5.6, artículo 9, el Capítulo III (artículos 10 a 12) y la Disposición Transitoria Única, apartado 2, de la Ley Orgánica 6/2002, infringen los artículos 6, 7 y 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Y se ordene al Reino de España a que la acate, adoptando las medidas que, conforme al ordenamiento interno, sean precisas para que queden sin efecto tanto la Sentencia del Tribunal Constitucional citada como las previsiones de la Ley Orgánica objeto de impugnación, en tanto que violan los derechos y libertades reconocidos por el Convenio o sus Protocolos, así como todas las actuaciones que se hubieran sustanciado en aplicación de los preceptos incompatibles con el Convenio, velando el Comité de Ministros por su ejecución.

## **VI. OTRAS INSTANCIAS INTERNACIONALES QUE ESTÉN CONCOCIENDO O HAYAN CONOCIDO DEL CASO.**

20. Las quejas que se formulan en esta Demanda no han sido sometidas a otra instancia internacional de investigación o resolución de quejas.

## **VII. LISTA DE DOCUMENTOS APORTADOS EN LA DEMANDA.**

21. Listado de documentos:

- 1) Certificación del Acuerdo adoptado por el Consejo de Gobierno Vasco para promover esta Demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
- 2) Certificación que acredita la pertenencia a los Servicios Jurídicos Centrales del representante legal del Gobierno Vasco.
- 3) Ley 54/1978, de 4 de diciembre, de Partidos Políticos.
- 4) Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1984 y 31 de mayo de 1986.
- 5) Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos.
- 6) Escrito de Demanda interpuesto por el Gobierno Vasco contra la LOPP.
- 7) Auto de fecha 20 de noviembre de 2002 del Pleno del Tribunal Constitucional que desestima la pretensión de recusación de su Presidente.
- 8) Escrito de fecha 4 de febrero de 2003 del Gobierno Vasco por el que se reitera la solicitud de recusación formulada contra el Presidente del Tribunal Constitucional.
- 9) Auto de fecha 19 de febrero de 2003, del Pleno del Tribunal Constitucional por el que se desestima la recusación del Presidente del Tribunal Constitucional y Voto Particular suscrito por cinco Magistrados.
- 10) Sentencia del Tribunal Constitucional nº 48/2003, de 12 de marzo.
- 11) Sentencia de 27 de marzo de 2003 de la Sala Especial del Tribunal Supremo del artículo 61 de la LOPJ, que declara la ilegalidad de los partidos políticos Herri Batasuna, Euskal Herritarrok y Batasuna, su disolución, la cancelación de sus respectivas inscripciones en el Registro de Partidos Políticos, ordenado que cesen de inmediato en todas las actividades y la apertura de un proceso de liquidación patrimonial.
- 12) Auto de fecha 26 de agosto de 2002 del Juzgado Central de Instrucción nº 5 de Madrid de la Audiencia Nacional, dictado en el Sumario 35/02.

### VIII.- DECLARACIÓN Y FIRMA.

22. Declaramos en conciencia y con lealtad que las informaciones que constan en el presente formulario de demanda son exactas.