

**LA APLICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA
DE PARTIDOS POLÍTICOS.
CRÓNICA INACABADA DE LA ILEGALIZACIÓN
DE HERRI BATASUNA, BATASUNA
Y EUSKAL HERRITARROK ***

Enrique ÁLVAREZ CONDE **
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad Rey Juan Carlos

Alexandre H. CATALÀ I BAS
Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universitat de València
Alexandre.Catala@uv.es

SUMARIO: I. LA DISOLUCIÓN DE PARTIDOS POLÍTICOS Y LA LLAMADA DEMOCRACIA MILITANTE.—II. LA LEY ORGÁNICA DE PARTIDOS POLÍTICOS Y LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 48/2003, DE 12 DE MARZO.—III. LA ILEGALIZACIÓN DE HERRI BATASUNA, BATASUNA Y EUSKAL HERRITARROK. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 27 DE MARZO DEL 2003.—IV. LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 5 Y 6/2004, DE 16 DE ENERO.—V. CRÓNICA INCONCLUSA. EL RECURSO ANTE EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.

I. LA DISOLUCIÓN DE PARTIDOS POLÍTICOS
Y LA LLAMADA DEMOCRACIA MILITANTE

La disolución de un partido político es una medida extrema que ha de adoptarse ante casos excepcionales, no olvidemos que, como establece el art. 6 de nuestra Constitución, los partidos expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política. La ubicación de este precepto en el Título Preliminar de nuestra Constitución debe ser

* Desde la remisión de este trabajo hasta su publicación se han producido varias decisiones jurisprudenciales que ha sido imposible incluir. En el próximo número de *Foro* se incorporará un trabajo con la actualización de estos datos.

** Enrique ÁLVAREZ CONDE es autor del libro *El Derecho de Partidos*, Editorial Colex, 2004, en el que ha colaborado Alexandre H. CATALÀ I BAS.

entendido como consecuencia de la importancia que para nuestros constituyentes desempeñaban los partidos políticos en un Estado democrático, a lo cual no resultaba ajeno la necesidad de diferenciarse, desde un primer momento, del anterior régimen político. Con ello, los partidos políticos aparecen regulados no sólo antes que el derecho de asociación política, sino con prioridad a los propios órganos constitucionales y los demás poderes públicos, e inmediatamente después de los grandes principios constitucionales.

La disolución de una formación política es un mecanismo de salubridad democrática y parte de la premisa de que no todo partido político tiene cabida en una democracia. Siendo eso así, hay que determinar cuáles no puede permitirse una democracia, lo que nos lleva, a su vez, a la cuestión recurrente de la llamada democracia militante y si la nuestra es o no un ejemplo de ella.

La teoría de la llamada democracia militante o democracia combativa surge en el período de entreguerras. El caso alemán de la democracia combativa o *die streitbare DemoKratie* es un principio que impregna la Ley Fundamental de Bonn, como reacción a la hipotética neutralidad valorativa de la República de Weimar, que propició la llegada de Hitler al poder. La Ley Fundamental de Bonn recoge como instrumento de defensa, ante partidos políticos con objetivos claramente contrarios al orden constitucional, la prohibición de partidos, *Das Parteiverbot*. El art. 21 establece que serán anticonstitucionales los partidos que por sus objetivos o por el comportamiento de sus afiliados se propongan menoscabar o eliminar el orden constitucional liberal y democrático o poner en peligro la existencia de la República Federal de Alemania. De acuerdo con ello, la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 23 de octubre de 1952 declaró inconstitucional el Partido Socialista del Reich y la de 17 de agosto de 1956 hizo lo propio con el Partido Comunista de Alemania.

La democracia militante, tal y como es concebida por el Tribunal Constitucional alemán, exige una adhesión positiva a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. La cuestión es si caben otros modelos de democracia militante. Si examinamos la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos podemos llegar a una respuesta positiva. El TEDH ha sentado de forma clara y reiterada que sólo los partidos políticos que persigan fines democráticos y lo hagan, a su vez, utilizando medios que también lo sean tienen cabida en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. De la jurisprudencia del TEDH (entre otras, Sentencias Partido Socialista de Turquía de 25 de mayo de 1998, Partido Comunista Unificado de Turquía de 30 de enero de 1998 y Partido de la Prosperidad de Turquía de 30 de julio del 2001) se deduce claramente que los partidos políticos asumen un deber de adhesión democrática, lo que exige que sus proyectos

políticos y los medios para alcanzarlos sean democráticos. El Tribunal de Estrasburgo habla expresamente «de los imperativos de la defensa de la sociedad democrática» y de «la necesidad de conciliarlos con la garantía de los derechos individuales, especialmente la libertad ideológica, la de expresión y la de asociación». Para el TEDH, la democracia es el único sistema compatible con el Convenio. Desde este planteamiento queda claro que no merecen la protección del Convenio los partidos que por sus fines o los medios utilizados se sitúen fuera del marco democrático. Y en este sentido sólo cabe acudir a las Sentencias *News Verlags, GmbH & CoKG c. Austria*, de 11 de enero de 2000, o *Lehideux e Isorni*, de 23 de septiembre de 1998. En esta última afirma, por ejemplo, que «no existe ninguna duda de que, al igual que cualquier otra propuesta dirigida contra los valores que defiende el la justificación de una política pronazi, no puede beneficiarse de la protección del art. 10». Por si quedara alguna duda, el Tribunal se ha encargado de aclarar que intentar utilizar el Convenio para propagar un proyecto no democrático por cauces democráticos supone un auténtico abuso de derecho prohibido por el art. 17 CEDH. Superada esta doble exigencia de medios y fines todos los proyectos son respetables aunque supongan «un cambio de la legislación o de las estructuras legales o constitucionales del Estado».

¿Es la nuestra una democracia militante? El Tribunal Constitucional en su Sentencia 48/2003, de 12 de marzo, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica de Partidos Políticos, responde de forma negativa. El Tribunal señalará, coincidiendo con el Gobierno vasco, que en nuestro ordenamiento constitucional no tiene cabida un modelo de democracia militante en el sentido que el Gobierno vasco le confiere, esto es, un modelo en el que se imponga no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución. Queda claro, pues, que en nuestro caso no tiene cabida un modelo de democracia militante como el defendido por el Tribunal Constitucional alemán. Pero ¿y con el modelo que parece derivarse de la jurisprudencia del TEDH? En la Ley de Partidos Políticos se dice que «cualquier proyecto u objetivo se entiende compatible con la Constitución siempre y cuando no se defienda mediante una actividad que vulnere los principios democráticos o los derechos fundamentales de los ciudadanos» ¿Cualquier proyecto, cualquier objetivo, incluso el que pretenda acabar con la democracia e instaurar un Estado totalitario? La cuestión dista de estar clara. Para el Consejo de Estado la respuesta parece ser afirmativa. En su Dictamen del Anteproyecto de la Ley de Partidos Políticos señalaba que éste, «acertadamente, no ha optado por una defensa extrema de la Constitución, que incluya la conformidad de los partidos con el sistema constitucional en su integridad, y una defensa activa de aquélla por parte de éstos, como es propio de

la llamada democracia militante, sino que, en la línea de la jurisprudencia constitucional (SSTC 101/983 y 122/1983), no impone a los partidos ni a los afiliados una adhesión ideológica ni una conformidad al total contenido de la Constitución, sino, en palabras del Tribunal Constitucional, el compromiso de respetar las reglas del juego político y del orden jurídico existente en tanto existe y el no intentar su transformación por medios ilegales, sin entrañar una prohibición de representar y perseguir ideales políticos diversos de los encarnados en la Constitución y en el Estatuto de Autonomía, siempre que se respeten las reglas del juego».

La postura del Tribunal Supremo parece ir en el mismo sentido. En su Sentencia de 27 de marzo de 2003 afirma que «en nuestro sistema constitucional tienen cabida todas las ideas y todos los proyectos políticos, incluso, en palabras del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencias de 7 de diciembre de 1976 o 13 de febrero de 2003), aquellos que «ofenden, chocan o inquietan». Tienen incluso cabida, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos, aquellas ideas que fueren contrarias al sistema constitucional, pretendan su sustitución o derogación o, desde luego, postulen fórmulas de organización territorial distintas a las elegidas por el constituyente. Por esto último la Sala acepta y hace suya la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 2 de octubre de 2001, en la que se señala que «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».

Sigue diciendo el Tribunal Supremo que «la única exigencia al pluralismo, impuesta por el propio texto constitucional en plena sintonía con el Convenio de 4 de noviembre de 1950, para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, es que la defensa de sus postulados por los partidos debe hacerse respetando la legalidad y por cauces democráticos, nunca a través de la violencia y nunca cercenando derechos fundamentales de los demás, esto es, nunca aprovechándose de un marco constitucional de extrema amplitud para lesionar unos derechos fundamentales de las personas que ostentan un nivel no inferior de protección». A ello cabe replicar que la utilización que hace el Tribunal Supremo de la jurisprudencia del TEDH es parcial, pues olvida que, como hemos señalado *supra*, para el TEDH las ideologías o los proyectos no democráticos no tienen cabida en una sociedad democrática, de tal suerte que quien intente encontrar la protección del CEDH para difundir dichos proyectos o ideologías está cometiendo un abuso de derecho prohibido en el art. 17 CEDH.

La duda no es despejada por la LOPP, que parece centrarse sólo en el análisis de las actividades de un partido político y no en el de su ideología

o proyecto. Como se señala en su propia Exposición de Motivos: «La Ley opta, en primer lugar, por contrastar el carácter democrático de un partido y su respeto a los valores constitucionales, atendiendo no a las ideas o fines proclamados por el mismo, sino al conjunto de su actividad. De este modo, los únicos fines explícitamente vetados son aquellos que incurren directamente en el ilícito penal». Y más adelante añade: «La presente Ley (...) parte de considerar que cualquier proyecto político u objetivo se entiende compatible con la Constitución, siempre y cuando no se defienda mediante una actividad que vulnere los principios democráticos o los derechos fundamentales de los ciudadanos». Así las cosas, el art. 6 LOPP señala que «los partidos políticos se ajustarán en su organización, funcionamiento y actividad a los principios democráticos y a los dispuesto en la Constitución y en las leyes».

Advierte el Tribunal Constitucional en la Sentencia 48/2003 que en el art. 9 LOPP «en ningún momento se hace referencia a programas o ideología, sino a actividades de colaboración o apoyo al terrorismo o la violencia». «No hay, por consiguiente, vulneración alguna de las libertades ideológicas, de participación, de expresión o de información». En este sentido, en el art. 9.1, que exige que los partidos respeten en sus actividades los valores constitucionales, se habla no de ninguna clase de vinculación positiva, sino del simple respeto a los valores constituciones, respeto que ha de guardarse por los partidos en su actividad y que es compatible con la más plena libertad ideológica. Por su parte, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 27 de marzo del 2003, asume lo dicho por el Tribunal Constitucional y añade que «cuando la LOPP exige que los partidos políticos deben respetar “los valores constitucionales” lo hace conectándolo con los principios democráticos y el respeto a los derechos fundamentales a los que ha de responder su actividad y no como exigencia que tienda a limitar o cercenar sus ideas o proyectos políticos». Señala el punto dos del art. 9 que un partido político será declarado ilegal 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 conductas que en él se describen, realizadas de forma reiterada y grave. ¿Cabe de ello deducir, *a sensu contrario*, que tienen cabida en nuestra democracia los partidos políticos que propugnen los mismos objetivos (deteriorar o destruir el régimen de libertades o imposibilitar o eliminar el sistema democrático) por otros medios, incluso democráticos, a semejanza de lo que hizo el nazismo en la República de Weimar?

En la Sentencia 20/1990, de 1 marzo (caso de los mundiales de fútbol y el Rey), el Tribunal Constitucional reconocerá que la libertad de expresión ha de reconocerse con tal amplitud que, incluso, queden bajo su protección

aquellas ideologías que no comparten los valores y bienes defendidos por la Constitución, pues se permite «la libre exposición de los mismos en los términos que impone una democracia avanzada». Así lo ratificará en la STC 176/1995, de 11 de diciembre (caso cómic racista), en los siguientes términos: «Es evidente que al resguardo de la libertad de opinión cabe cualquiera, por equivocada o peligrosa que pueda parecer al lector, incluso las que ataquen al propio sistema democrático. La Constitución —se ha dicho— protege también a quienes la niegan». Igualmente, en la STC 214/1991, de 11 de noviembre (caso Violeta Friedman), amparará las opiniones que negaban la realidad del Holocausto judío en la medida en que las ideas por muy equivocadas que sean no dejan de ser opiniones subjetivas sobre un hecho histórico. En la STC 5/2004, de 16 de enero, por su parte, señalará en relación con los partidos políticos que: «es evidente que la disolución de un partido político, justificada en la expresión de una determinada ideología, supondría, al tiempo, una lesión del derecho a expresar libremente la ideología asumida por el partido, la infracción del derecho a participar de la ideología que libremente quiera asumirse y, finalmente, la conculcación del derecho a asociarse en función de una determinada comunidad ideológica y con el fin de aglutinar alrededor de esta opción, contribuyendo a su formación y manifestación, las voluntades de los ciudadanos en el ejercicio de su derecho de participación en los asuntos públicos».

El art. 607.2 del Código Penal de 1995 abre una incógnita, irresuelta todavía, al sancionar «la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos [de genocidio] o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos». Este precepto entra en contradicción con la doctrina mantenida por el Tribunal Constitucional, principalmente en las SSTC 214/1991, de 11 de noviembre (caso Violeta Friedman) y 176/1995, de 11 de diciembre (caso cómic racista). En este sentido, la Audiencia Provincial de Barcelona planteó en julio de 1999 una cuestión de inconstitucionalidad, pendiente de resolución, a raíz de un asunto que tenía su origen en la condena de un conocido activista neonazi como autor de los delitos contemplados en los arts. 607.2 y 510.1 del Código Penal por la venta en su librería de publicaciones, pósters, etc., de carácter nazi. Mantiene la Audiencia Provincial de Barcelona que «la conducta que sanciona el art. 607.2 del Código Penal no tiene otro contenido que la difusión de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen determinados hechos que la humanidad ha considerado genocidios (...). Con esta interpretación del tipo penal el conflicto con la libertad de expresión resulta claro, pues el tipo penal está sancionando la difusión de ideas y doctrinas, sin que se exija otro elemento, como la incitación a la realización de conductas que supongan la vulneración de los derechos fundamentales de las personas...».

Se ha defendido la constitucionalidad del precepto sobre la base de que es «una norma de ejecución de un tratado internacional» que no sería otra que el art. 20 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, a cuyo tenor «toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley», amén de ser de aplicación los arts. 30 de la Declaración Universal de Derechos Humanos¹, 5.1 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos², 17 del Convenio Europeo de Derechos Humanos³ y II-114 de la Constitución europea⁴, que prohíben, en aplicación de la teoría del abuso del derecho, que los mismos sean utilizados por un Estado o por particulares justamente para llevar a cabo limitaciones injustificadas de los derechos y libertades en ellos proclamados.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que la propia LOPP en su Exposición de Motivos pone de relieve que existen fines, proyectos políticos, vedados a los partidos políticos. ¿Cuáles? Aquellos que incurren en ilícito penal. Y en este sentido debemos acudir al art. 515 CP, que considera ilícitas, por ejemplo, las asociaciones 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»; de manera que no se entiende cómo a continuación de la afirmación de que «los únicos fines explícitamente vedados son aquellos que incurren en el ilícito penal» se diga en la propia Exposición de Motivos que «cualquier proyecto u objetivo se entiende compatible con la Constitución siempre y cuando no se defienda mediante una actividad que vulnere los principios democráticos

¹ «Nada en la presente Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendentes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración».

² «Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él».

³ «Ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de implicar para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo».

⁴ «Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá ser interpretada en el sentido de que implique un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en la presente Carta o a limitaciones más amplias de estos derechos y libertades que las previstas en la presente Carta».

o los derechos fundamentales de los ciudadanos». Esta segunda afirmación contradice la primera, pues no pueden defenderse mediante una actividad que no vulnere los principios democráticos o los derechos fundamentales los proyectos o fines que incurren en ilícito penal. Lo contrario sería tan absurdo como considerar legítimo defender en nuestro país con actividades tales un régimen de *apartheid* en el que los miembros de las minorías étnicas estuvieran recluidos en *ghettos* sin derechos reconocidos.

Pero es que, además, el propio art. 9.2 introduce un elemento teleológico al afirmar que un partido será declarado ilegal cuando su actividad vulnere los principios democráticos, particularmente cuando con la misma *persiga*... Es decir, será declarado ilegal un partido cuyo objetivo, idea o proyecto, sea «deteriorar o destruir el régimen de libertades o imposibilitar o eliminar el sistema democrático» por medio de una actividad que consista en realizar de forma reiterada y grave algunas de las conductas descritas a continuación. Por lo tanto, la Ley anuda la actividad a un fin.

El propio Tribunal Constitucional en la Sentencia 48/2003 pondrá de relieve que, «ciertamente, nuestra Constitución también proclama principios, debidamente acogidos en su articulado, que dan fundamento y razón de ser a sus normas concretas. Son los principios constitucionales, algunos de los cuales se mencionan en los arts. 6 y 9 de la Ley impugnada. Principios todos que vinculan y obligan, como la Constitución entera, a los ciudadanos y a los poderes públicos (art. 9.1 CE), incluso cuando se postule su reforma o revisión y hasta tanto ésta no se verifique con éxito a través de los procedimientos establecidos en su título X. Esto sentado, *desde el respeto a esos principios*, cualquier proyecto es compatible con la Constitución, siempre y cuando no se defienda a través de una actividad que vulnere los principios democráticos o los derechos fundamentales». ¿El respeto a los principios se postula del proyecto en sí o sólo de la actividad para alcanzarlo? En nuestra opinión, la respuesta válida es la primera.

De lo dicho hasta aquí se desprende que no todos los proyectos son válidos, pues no pueden defenderse los proyectos incompatibles con los principios democráticos o los derechos fundamentales que estén tipificados como delito en las leyes penales o los compatibles con ellos que se defiendan por medios no democráticos. Ello lo acerca a los planteamientos del TEDH y a su concepción de democracia militante. En este sentido tal vez fuera necesario una modificación del art. 515 CP que clarificara adecuadamente qué proyectos políticos no tienen cabida en una democracia.

Lo cierto es que la nuestra no es una democracia inerte. Nuestra Constitución no es ideológicamente neutral. La propia redacción del art. 1.1 y el sistema de derechos y libertades por ella reconocidos permiten afirmar la existencia de una ideología democrática dentro de la cual tienen cabida distintas opciones políticas.

II. LA LEY ORGÁNICA DE PARTIDOS POLÍTICOS Y LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 48/2003, DE 12 DE MARZO

La actual Ley de Partidos Políticos plantea el problema de su calificación jurídica. En principio, según el Tribunal Constitucional, se trata de una Ley que no puede ser calificada de norma penal, aunque sí restrictiva de derechos. Algunos sectores doctrinales han calificado como ley singular o de caso único, pues su finalidad no es establecer un régimen de partidos políticos, sino procurar la ilicitud de determinados partidos y, más en concreto, la ilegalización de Herri Batasuna y sus sucesores. La LOPP responde a necesidades políticas concretas: la ilegalización de aquellas formaciones políticas que apoyan a la organización terrorista ETA. El contexto histórico en que se aprueba la Ley de Partidos Políticos no es otro, como se señala en la propia Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo del 2003, que el de la lucha contra el terrorismo y contra aquellos instrumentos políticos y organizaciones que lo apoyan y lo amparan.

El Tribunal Constitucional rechazará que nos encontremos ante una ley singular: «... la ley impugnada no es sólo general formalmente por el modo que se halla formulada; sino que también lo es materialmente, en tanto contempla, en abstracto, una serie de conductas cuya realización en forma reiterada y grave podría determinar la disolución de cualquier partido presente o futuro. La ley no es el resultado de un ejercicio excepcional de la potestad legislativa del Estado, sino que su generalidad y abstracción hacen de ella expresión de un ejercicio correcto y normal de la función normativa»; «... también la ley impugnada responde a las necesidades del tiempo en que se ha dictado, que no es ya el del establecimiento e incipiente consolidación de los partidos políticos, sino el de la garantía del régimen plural de partidos frente a los grupos y asociaciones que pretendan desvirtuarlo con la utilización de medios violentos y al margen de la legalidad». Es una ley que responde a todo un proceso de maduración constitucional: «La percepción por el legislador orgánico de que una formación política determinada pueda ser contraria, en su actividad y comportamientos, al modelo de partido que tiene encaje y cobertura en la Constitución puede perfectamente erigirse en ocasión para la adopción de una ley como la recurrida, pero lo que determinará su constitucionalidad o inconstitucionalidad no será el acierto de esa percepción circunstancial, sino el alcance objetivo de la ley finalmente adoptada, cuya *ratio* no se limita a reflejar las inquietudes de la ocasión, sino que se acomoda a la racionalidad objetivada del ordenamiento constitucional». Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 2003 reitera dichos argumentos, señalando que estamos en presencia de una regulación general y con vocación

de futuro, sin que los efectos o alcance de la norma se agoten en la aplicación al caso concreto.

Dicho lo anterior, puede afirmarse que la LOPP atiende a un fenómeno concreto que es el apoyo al terrorismo. En este sentido lo afirma el Informe emitido por el CGPJ al señalar que «el terrorismo es la realidad sobre la que se articula la estructura del párrafo 3 del art. 8 (como lo evidencia el dato de que en doce ocasiones se menciona), de lo que cabe inferir que, desaparecido el terrorismo de la realidad social por la que, lamentablemente, atraviesa la sociedad española, el art. 8 del Anteproyecto de Ley Orgánica que se informa carecería de sentido y alcance». Aunque en la Exposición de Motivos de la Ley se señala que el objetivo de la misma no es sólo el fenómeno terrorista, sino otro tipo de actividades ilegales tales como justificar el racismo y la xenofobia, a las que también se hace escueta referencia en el punto 2.a) del art. 9, artículo que enumera las actividades que pueden dar lugar a la ilegalización de un partido político, lo cierto es que mientras se describen con minuciosidad las actividades de apoyo al terrorismo que pueden dar lugar a la ilegalización de un partido político no sucede lo mismo con otro tipo de actividades ilegales, que sólo son mencionadas pero no descritas, de tal suerte que difícilmente puede ser utilizada para ilegalizar formaciones políticas que incurran en algún otro tipo de intolerancia grave como el racismo o la xenofobia, en cuyo caso sería necesario acudir al régimen establecido en el Código Penal para las asociaciones ilícitas.

Por lo tanto, la disolución de un partido político no se agota con los supuestos previstos en el art. 9 LOPP, sino que hay que tener presentes también los descritos en el art. 515 CP. Este doble régimen genera confusión, más si tenemos en cuenta que la LOPP, como advierte el Tribunal Constitucional en su Sentencia 48/2003, se proyecta sobre la actividad de los partidos, «no sobre sus fines», mientras que, en cambio, el Código Penal, en dicho precepto, sí hace referencia a fines proscritos que convierten a una asociación en ilícita. La confusión va en aumento desde el momento en que, como reconoce el propio Tribunal Constitucional, algunos de los supuestos contenidos en los dos preceptos son coincidentes. Ahora bien, advertirá el Alto Tribunal que no hay vulneración del principio *non bis in idem*, ya que no existe identidad subjetiva, pues «en el caso de la Ley de Partidos la demandada será una determinada organización política con absoluta independencia de las personas que la componen, mientras que en los supuestos tipificados como delito en el Código Penal los acusados serán personas físicas», y, además, «la identidad de los hechos y el bien jurídico protegido de ningún modo impide que el ordenamiento pueda imponer consecuencias jurídicas diversas desde perspectivas distintas, pues el principio *non bis in idem* solamente se proyecta cuando el mismo sujeto,

por los mismo hechos y desde la misma perspectiva jurídica, resulta penado por dos veces o sometido por dos veces a un procedimiento punitivo», cosa que aquí no sucede porque, según el Tribunal, la disolución impuesta en la Ley de Partidos no es una sanción penal. Es más, el Tribunal no aprecia la concurrencia de un verdadero carácter de pena en la medida de disolución que antes que a un fin retributivo responde a una finalidad de garantía de que la actuación de los partidos políticos respete las condiciones que los definen en tanto que asociaciones cualificadas por la relevancia constitucional de sus funciones, por lo que no nos encontramos ante una sanción retributiva, sino «ante una sanción reparadora que cabe incluir entre aquellas a las que el propio Código Penal niega el carácter de penas», lo que supone, para el Tribunal Constitucional, que no hay una huida del Derecho penal, como se alegaba en el recurso de inconstitucionalidad.

La Ley contempla la disolución como única medida la ilegalización de una formación política, lo que llevó al Gobierno vasco en su recurso de inconstitucionalidad a afirmar que con ello se vulnera el principio de proporcionalidad al no prever otro tipo de sanción. Tanto el TEDH como el Tribunal Constitucional hacen especial hincapié en la necesidad de emplear una especial moderación en la represión de actividades relacionadas con las libertades de expresión y comunicación de los dirigentes de los partidos políticos y son conscientes de que una sanción excesivamente gravosa produce un claro efecto disuasorio en el ejercicio de los derechos y libertades. Así, por ejemplo, en la STC 136/1999, de 20 de julio, con relación a la libertad de expresión de partidos y dirigentes políticos, se señalará que un sacrificio innecesario o desproporcionado provoca «un claro efecto disuasorio del ejercicio de las libertades de expresión, comunicación y participación en la actividad pública, aunque las conductas sancionadas no constituyan ejercicio legítimo de las mismas». Estamos en presencia de un principio relacional en la medida que relaciona medios y fines. Desde esta perspectiva, la desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo puede dar lugar a un enjuiciamiento desde la perspectiva constitucional cuando esa falta de proporción implica un sacrificio excesivo e innecesario de los derechos que la Constitución garantiza. Ello lleva a considerar la finalidad de la limitación como un *prius* lógico de la proporcionalidad. Es decir, antes de aplicar el test de proporcionalidad habrá que analizar cuál es la finalidad de la medida que ha supuesto una injerencia en el derecho garantizado y que ahora es objeto de control. En este caso, y de acuerdo con la Exposición de Motivos de la Ley, el objetivo de la medida, y que, por tanto, justificaría la disolución de un partido político, «es garantizar el sistema democrático y las libertades esenciales de los ciudadanos».

Si bien la ilegalización de una formación política es la única prevista en la LOPP también es cierto que sólo puede producirse la misma cuando,

tal como reza el art. 9 de la Ley, las conductas enumeradas en dicho precepto sean realizadas de forma reiterada y grave, de tal suerte que una acción aislada no puede conllevar tal medida. Concluirá el Tribunal Constitucional que la disolución de un partido político que de forma reiterada y grave realice alguna de las conductas descritas en el art. 9 LOPP es una medida necesaria y proporcional, pues no es constitucionalmente rechazable que un partido que con su actuación ataca al pluralismo, poniendo en peligro total o parcialmente la subsistencia del orden democrático, incurra en causa de disolución. En definitiva, para el Tribunal Constitucional, «se respetan los criterios sentados por la jurisprudencia del TEDH en materia de disolución de partidos políticos (...) que exige como condición de su ajuste al Convenio: *a*) la previsión por ley de los supuestos y causas de disolución (que obviamente se cumple por las normas impugnadas, incluidas en una ley formal); *b*) la legitimidad del fin perseguido (que, como queda dicho, en el caso examinado es la garantía de los procesos democráticos de participación política mediante la exclusión como partido de aquel ente asociativo que no se ajuste a las exigencias que respecto a la actividad, dimanen de la concepción constitucional del partido político), y *c*) el carácter necesario de la disolución en una sociedad democrática.

III. LA ILEGALIZACIÓN DE HERRI BATASUNA, BATASUNA Y EUSKAL HERRITARROK. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 27 DE MARZO DEL 2003

Poco después de la Sentencia del Tribunal Constitucional 48/2003, de 12 de marzo, que desestimaba el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica de Partidos Políticos, el Tribunal Supremo ilegalizaba Herri Batasuna, Batasuna y Euskal Herritarrok en la suya de 27 de marzo.

El Tribunal Supremo, en sintonía con el TEDH (entre otras, SSTEDH Partido de la Prosperidad c. Turquía, de 31 de julio de 2001; Partido de la Democracia c. Turquía, de 10 de diciembre de 2002, y Stankov y la Organización Macedonia Unida Ilinden c. Bulgaria, de 2 de octubre de 2001), parte de que la violencia es un método político ilegítimo. Así, afirma que «ni el talante expansivo del pluralismo político en nuestra Constitución, ni los convenios internacionales suscritos toleran la lesión de los derechos fundamentales de los demás. Una lesión que, sin embargo, aparece al instante en cuanto por un partido político se exhorta a la violencia o ésta se justifica, y, desde luego, con mucha mayor razón, cuando esa violencia es ejercida por grupos terroristas y lo que hace un partido político es otorgarle amparo», por lo que «las invocaciones a la violencia o su justificación, por tanto, no sólo autorizan las restricciones de la actividad de los partidos políticos sino, también, de su libertad adicional de expresión».

La LOPP desarrolla la premisa anterior enumerando en su art. 9 una serie de conductas que, llevadas a cabo de forma grave y reiterada, conllevan la ilegalización de una formación política. El Tribunal Supremo analiza en la Sentencia si las actividades de Herri Batasuna, Batasuna y Euskal Herri-tarrok son encuadrables en los supuestos descritos en dicho precepto. A la hora de abordar un análisis tal, hay que tener en cuenta dos cuestiones. La primera es que, como advierte el Tribunal Constitucional, el precepto sólo tiene proyección hacia el futuro. Al respecto hay que tener en cuenta que, con arreglo al apartado 2 de la Disposición Transitoria única, a los efectos de aplicación del art. 9.4 LOPP (que relaciona los elementos utilizables para apreciar y valorar las actividades que pueden dar lugar a la disolución de un partido político) se considerará fraude de ley «la constitución, en fecha inmediatamente anterior o posterior a dicha entrada en vigor, de un partido político que continúe o suceda la actividad de otro, realizada con la intención de evitar la aplicación a éste de las disposiciones de esta Ley». Para el Tribunal Constitucional, lo anterior no supone una vulneración del principio de irretroactividad consagrado en el art. 9.3 CE, «pues queda claro que lo perseguido, en todo caso, es permitir la aplicación del art. 9.4 LOPP “a las actividades realizadas con posterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley Orgánica”, tal y como advierte la propia Disposición recurrida. Es decir, en ningún supuesto se prevé el enjuiciamiento de actividades y conductas anteriores a la Ley Orgánica 6/2002, de suerte que la Ley considera relevantes únicamente las posteriores a su entrada en vigor». Con otras palabras, «por disposición expresa de la Ley, la totalidad del presupuesto que determina la disolución ha de llevarse a cabo bajo su vigencia. Tanto las actividades aisladamente consideradas como “la continuidad y repetición” a las que se refiere el art. 9.4 al que remite la disposición transitoria son posteriores a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 6/2002». Otra cosa es, continuará diciendo el Alto Tribunal, «que, a efectos de determinar la significación de tales actividades 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».

La segunda cuestión es que a nadie escapa que el legislador tuvo muy en cuenta la actividad pasada de Herri Batasuna a la hora de enumerar las conductas descritas en dicho precepto. Como reconoce el Abogado del Estado, y el propio Tribunal Constitucional recuerda, «no cabe negar, pues-

to que es notorio», que la configuración de buena parte del art. 9 «se ha hecho teniendo en cuenta la trayectoria y actividad de un notorio partido político vasco». Como botón de muestra vale aquí citar su punto 3.e), que estable como actividad ilegal «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», cosa que hizo la Mesa Nacional de HB en las elecciones generales de 3 de marzo de 1996, lo que dio lugar a la STC 136/1999, de 20 de julio, en la que el Tribunal Constitucional negó que tal conducta pudiera encuadrarse en la doctrina del reportaje neutral, pues «en modo alguno puede aceptarse que los dirigentes de una asociación política en campaña electoral estén en una posición de neutralidad respecto del mensaje utilizado cuando transmiten lo que otros dicen en un espacio electoral y ese mensaje sirve para pedir el voto para dicha asociación», concluyendo que la misma no estaba amparada por la libertad de información por más que finalmente concediera el amparo a los demandantes por el hecho de que la sanción impuesta por los Tribunales ordinarios fue desproporcionada.

El Tribunal Supremo no encuentra dificultad en encuadrar muchas de las actividades llevadas a cabo por HB y sus sucesores en los supuestos del art. 9, por lo que declara la ilegalidad de dichas formaciones políticas. Para ello aplica la técnica del levantamiento del velo, cuyo origen se encuentra en la jurisprudencia de los Estados Unidos a través de la *disregard of the legal entity*, constituyendo en este caso, y en palabras del propio Tribunal Supremo, un instrumento idóneo para constatar la auténtica realidad que subyace bajo la apariencia de tres partidos políticos legales —las tres formaciones demandadas en este proceso—, así como para determinar que tras esa veste formal se oculta verdaderamente la organización terrorista ETA, esto es, que Herri Batasuna, Euskal Herritarrok y Batasuna son sólo artificios legales creados por ETA para lograr el complemento político de su propia actividad terrorista, existiendo, por tanto, un único sujeto real que utiliza múltiples ropajes jurídicos.

El Tribunal Supremo observa la existencia de una serie de aspectos de esencial coincidencia entre los tres partidos políticos demandados entre sí y de todos ellos, a su vez, con ETA, que ponen de manifiesto una identidad sustancial entre las tres formaciones en los ámbitos personal, de fines, de estrategias y de actividad, y, asimismo, un riguroso control de todos ellos por la citada banda criminal, razón por la cual concluye afirmando la existencia de un único sujeto real, que es la organización terrorista ETA, que se oculta tras esa apariencia de diversidad de personalidades jurídicas creadas en diferentes momentos en virtud de una «sucesión operativa» previamente diseñada por aquélla. Los aspectos tenidos en cuenta y que resultan probados en la sentencia son:

a) Unidad de diseño creador. La creación de los tres partidos políticos demandados responde a un único diseño, el de ETA, que diseñó lo que podría denominarse gráficamente como una «sucesión operativa» de formaciones políticas legales que le prestaran cobertura jurídica legal y apoyo político de cara a la sociedad, y que le permitieran beneficiarse de las ventajas de operar en el seno de la legalidad constitucional, participando en el «juego electoral» pese a estar realmente al margen de aquélla y ser su objetivo, precisamente, el de la destrucción del sistema constitucional por métodos no democráticos y, por tanto, no permitidos.

b) Desempeño subsiguiente de la misma función. Fue la banda terrorista ETA quien prefiguró un contenido funcional específico, que estimaba era el idóneo para la consecución de sus fines, consistente en un peculiar agregado de tareas. Aquel contenido funcional vino a denominarse Unidad Popular. De una manera absolutamente constante, los distintos partidos políticos demandados han venido asumiendo esa misma función, declarándolo expresamente con frecuencia e intentando regresar a las esencias de aquella misma asignación funcional tantas veces cuantas fueron detectadas desviaciones en su curso.

c) Identidad de personas que ejercen cargos directivos y de representación.

d) Identidad de la persona que procedió a la inscripción constitutiva de Euskal Herritarrok y Batasuna.

e) Reconocimiento expreso por Euskal Herritarrok de su integración en Batasuna.

f) Sucesión de hecho entre los integrantes de grupos parlamentarios y municipales.

g) Sucesión en el uso de sedes y locales.

h) Identidad sustancial de estrategias y programas de actuación.

i) Utilización de anagramas ligados a la actividad de organizaciones terroristas.

IV. LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 5 Y 6/2004, DE 16 DE ENERO

Contra la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo del 2003 se interponen dos recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional que son desestimados por las Sentencias 5 y 6/2004.

Son varios los derechos invocados por los recurrentes. Centrándonos en la STC 5/2004, el Tribunal Constitucional rechaza que en el proceso de ilegalización se haya vulnerado el derecho a un Juez imparcial como consecuencia de la participación del Presidente de la Sala y ponente de

la Sentencia impugnada en la elaboración del informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Partidos Políticos emitido por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, y de las declaraciones por él efectuadas a los medios de comunicación respecto al Anteproyecto referido. Resalta el Tribunal Constitucional que los dos motivos de cuestionamiento de la imparcialidad se refieren a actuaciones relacionadas con la constitucionalidad del Anteproyecto de la Ley Orgánica de Partidos Políticos, que se sitúan en un ámbito de generalidad y abstracción distinto del que es propio del momento aplicativo de la Ley. Habida cuenta de la sumisión de todos los ciudadanos y los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE), es oportuno señalar que la pura afirmación de la constitucionalidad de una ley por un miembro del Poder Judicial (otra cosa sería si se tratase de un miembro del Tribunal Constitucional y en relación con un recurso de inconstitucionalidad), independientemente del foro en el que tenga lugar, no puede suponer en principio motivo de pérdida de su imparcialidad en un ulterior proceso concreto sometido a su jurisdicción, y en el que la ley de que se trate deba ser aplicada.

La participación en la elaboración del informe no puede conducir a apreciar, a la vista de las circunstancias en el mismo concurrentes, la denunciada pérdida de la imparcialidad objetiva, en atención al distinto objeto de una y otra actividad. Se trata, dirá el Alto Tribunal, «de una opinión manifestada cuando la norma ulteriormente aplicada en el proceso judicial en el que recayó la Sentencia ahora impugnada en amparo se hallaba aún en fase de anteproyecto; esto es, antes de que hubiera ni Ley ni proyecto, y, obvio es, antes de que se incoara proceso alguno al amparo de la misma Ley finalmente aprobada», y es que en el informe se efectúa una valoración abstracta y genérica desde una perspectiva constitucional del contenido del Anteproyecto de Ley. Por su parte, el concreto y preciso objeto de los procesos judiciales acumulados en los que recayó la Sentencia impugnada no lo constituyó la constitucionalidad de la LOPP, sino la determinación de si los partidos políticos demandados, a la vista de las alegaciones de las partes comparecientes y de la actividad probatoria por éstas desarrollada en los procesos, se podían encontrar incursos o no en algunos de los supuestos previstos en la Ley Orgánica de Partidos Políticos, que pudieran determinar o no, en aplicación de la misma, su declaración de ilegalidad y consiguiente disolución, por lo que el distinto objeto de una y otra actividad impide entender, así, que existiese una toma de posición previa del Presidente de la Sala acerca de la concreta ilegalización discutida y acordada en los procesos judiciales.

En cuanto a las declaraciones a la prensa, éstas consistieron en un posicionamiento a favor de la constitucionalidad del Anteproyecto de Ley Orgánica de Partidos Políticos. El Tribunal Constitucional pondrá de relieve

que debido a su generalidad y brevedad, así como a la ausencia de conexión directa e inmediata, entre el objeto de las declaraciones —un anteproyecto de ley— y el objeto propio y específico de los procesos en los que recayó la Sentencia ahora impugnada en amparo —la pretendida ilegalización y disolución de determinados partidos políticos— son factores de indudable entidad, que no permiten considerar fundadamente que con las referidas declaraciones el Presidente de la Sala estuviera comprometiendo su criterio respecto a un futuro y concreto proceso de ilegalización y disolución de determinados partidos políticos.

También es rechazada la pretendida vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, se centra en la que se considera indebida aportación al proceso judicial *a quo* de motivos de ilegalización introducidos por el Abogado del Estado, mediante noticias de prensa, una vez concluida la fase alegatoria. El Alto Tribunal constata que el demandante de amparo tuvo la oportunidad procesal de proponer y practicar prueba para desvirtuar los hechos nuevos alegados por el Abogado del Estado.

En cuanto a la alegada vulneración del derecho a la presunción de inocencia, el Tribunal Constitucional advierte que, descartado todo componente sancionador en la ilegalización y disolución previstas en la Ley aplicada al caso, cumple tener presente que los postulados del art. 25 CE no pueden aplicarse a ámbitos que no sean los específicos del ilícito penal o administrativo, siendo improcedente su aplicación extensiva o analógica a supuestos distintos o a actos por su mera condición de ser restrictivos de derechos, si no representan el efectivo ejercicio del *ius puniendi* del Estado o no tienen un verdadero sentido sancionador, por lo que la invocación del derecho a la presunción de inocencia, en los términos en que lo hace el recurrente, queda por completo fuera de lugar. Al respecto advertir que esta afirmación puede no ser compartida por el Tribunal de Estrasburgo, que mantiene una concepción autónoma de lo que es materia penal sin quedar vinculado por la calificación que haya hecho el ordenamiento interno.

En cuanto a la pretendida vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva debido a que algunos de los hechos considerados probados lo fueron con la mera aportación de una noticia de prensa, pone de relieve que dos son elementos a tener en cuenta a la hora de conceder virtualidad probatoria a las informaciones periodísticas: su aportación al proceso por la parte actora y la falta de cuestionamiento por la demandada, que viene a equivaler a su admisión tácita.

Por lo que se refiere a la pretendida vulneración de las libertades de expresión, ideológica y de asociación, el Tribunal Constitucional, tras afirmar que la nuestra no es una democracia militante, advierte que la ilegalización de las formaciones políticas en cuestión es debida a las conductas llevadas a cabo por ellas y, especialmente, por sus dirigentes. Especial men-

ción merece la consideración de la negativa a condenar el terrorismo como apoyo tácito al mismo, cuestión no resuelta por el Alto Tribunal en su Sentencia 48/2003 y que fue apreciada por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 27 de marzo de 2003. Al respecto, afirma el Tribunal Constitucional que «la negativa de un partido político a condenar atentados terroristas puede constituir, en determinadas circunstancias, una actitud de apoyo político tácito al terrorismo o de legitimación de las acciones terroristas para la consecución de fines políticos, por cuanto esa negativa puede tener un componente cierto de exculpación y minimización del significado del terrorismo». Seguirá afirmando el Tribunal Constitucional que «en un contexto de terrorismo, cuya realidad se remonta más de treinta años en el pasado, y en el que la legitimación del terror siempre se ha buscado por sus artífices desde el principio de equivalencia entre la naturaleza de las fuerzas enfrentadas, presentándose como única salida para la resolución de un pretendido conflicto histórico, inasequible a los procedimientos del Derecho, la negativa de un partido a condenar un concreto atentado terrorista, como singularización inequívocamente buscada respecto a la actitud de condena de los demás partidos, adquiere una evidente densidad significativa por acumulación, pues se imbuye del significado añadido que le confiere su alineamiento en la trayectoria observada sobre ese particular por un partido que ha prodigado un entendimiento del fenómeno terrorista que, cuando menos, lo presenta como reacción inevitable a una agresión primera e injusta del Estado agredido por el terror».

La Sentencia 6/2004 tendrá por objeto la alegación de Herri Batasuna de que la ilegalización y disolución por obra de la Sentencia del Tribunal Supremo se han producido sobre la base de hechos y conductas que o bien son imputables a otro partido político, o, de serlo al propio demandante, serían anteriores a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 6/2002, de Partidos Políticos.

En primer lugar, el Tribunal Constitucional niega que la LOPP se haya aplicado retroactivamente, lo que no es incompatible con el hecho de que, a efectos de determinar la significación de las actividades y valorar su relevancia en el conjunto de la conducta del partido, 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.

En segundo lugar, mantiene el Tribunal Constitucional que no se ha ilegalizado al partido recurrente ni por actos anteriores a la entrada en vigor de la Ley ni por imputación de conductas posteriores realizadas por otro partido político, sino que «se ha entendido razonadamente que uno y otro, además de un tercero, constituían un único partido político de

hecho». La ilegalización y consiguiente disolución acordadas por el Tribunal Supremo traen causa, por ello, de hechos propios y posteriores que son enteramente imputables al partido recurrente. Ello es así, dirá el Constitucional, «en virtud de la identidad material que el Tribunal Supremo ha advertido entre los tres partidos ilegalizados, acreditando de manera motivada, razonable y suficiente una continuidad en la identidad sustancial o subyacente de la que éstos han sido sucesivas expresiones; identidad que trascendía a las identidades formalmente separadas de los tres partidos ilegalizados, encontrando en el origen de esa continuidad larvada —y construida con propósito abusivo y fraudulento— el designio de una organización terrorista».

El Tribunal Constitucional viene así a combinar dos elementos. Por una parte, la afirmación de que se trata del mismo partido bajo apariencias diversas. De acuerdo con el Tribunal Supremo, afirmará que se trata de una «identidad material» entre los tres partidos ilegalizados. En segundo lugar, que los hechos enjuiciados lo son con posterioridad a la entrada en vigor de la LOPP. Para ello distingue entre los hechos anteriores a la entrada en vigor de la Ley, lo que llamará «trayectoria», y los hechos acaecidos con posterioridad a dicha entrada en vigor. Al tratarse desde un primer momento de la misma formación política se pueden analizar los actos posteriores a la entrada en vigor de la LOPP a la luz de la trayectoria anterior a la misma. Así lo afirma el Tribunal Constitucional en la Sentencia en los siguientes términos: «Formación a la que, con abstracción de sus distintas formalizaciones en subjetividades autónomas y separadas, debía imputarse la totalidad de los hechos y conductas atribuibles a cada partido político singular y formalmente considerado, sea como configuradores de la trayectoria en la que se ha definido el perfil de aquella formación única (si se trata de hechos y conductas anteriores a la Ley Orgánica 6/2002), sea como actos que, por posteriores a esa Ley, son inmediatamente subsumibles en las causas de disolución en ella establecidas».

Reiterará dicha afirmación en la Sentencia 91/2004: «Quienes relacionados en el pasado con esos partidos, quieran reconstituirlo fraudulentamente con ocasión de sucesivas convocatorias electorales deben contar con el riesgo cierto de que aquella vinculación pueda, pero siempre en unión de otros indicios, erigirse en factor determinante de una convicción judicial que lleve a dar aplicación a la norma contenida en el art. 44 LOREG. Quienes, por el contrario, con esos mismos antecedentes decidan ejercer su derecho de sufragio pasivo sin instrumentalizarlo al servicio de aquella maniobra defraudatoria no habrán de tener, como no lo han tenido, según admite la demandante, otras personas, dificultad alguna para articular candidaturas en otros partidos o para constituir las pertinentes agrupaciones de electores».

V. CRÓNICA INCONCLUSA. EL RECURSO ANTE EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

En estos momentos en Estrasburgo se está escribiendo el último capítulo de esta crónica. No son estas páginas el mejor lugar para lanzar hipótesis sobre lo que puede concluir el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pero sí para describir al menos cuáles van a ser algunas de las cuestiones que analizará el Tribunal a la vista de la demanda presentada por HB, que reproduce en lo esencial la presentada ante el Tribunal Constitucional.

El fenómeno del terrorismo ha sido abordado por los órganos de Estrasburgo. En este sentido, la Comisión Europea de Derechos Humanos señaló, en su Decisión Betty Purcell y otros c. Irlanda, de 16 de abril de 1991, que «la victoria sobre el terrorismo constituye un interés público de primera magnitud en una sociedad democrática». Ello no obstante, lo anterior no autoriza a alterar la esencia de un estado democrático. Efectivamente, tal y como observa también el TEDH en sus Sentencias Klass, de 6 de septiembre de 1978, y Malone, de 2 de agosto de 1984, entre otras, a todo Estado democrático le asiste un derecho legítimo a adoptar las medidas necesarias para luchar contra el terrorismo, pero siempre desde el más estricto respecto al principio de legalidad.

En estas Sentencias, el TEDH dejará claro que si bien la sociedad actual se enfrenta a graves problemas como las amenazas por parte de formas complejas de espionaje y de terrorismo o el aumento de la delincuencia, especialmente la organizada, que hacen necesaria la adopción de mecanismos eficaces de lucha contra los mismos, ello encierra, sin embargo, el peligro de convertir al Estado democrático en un Estado policía. El Tribunal, «consciente del peligro de ver destruir la democracia con el motivo de defenderla», llega a la conclusión de que la necesidad de luchar contra esos peligros potenciales y/o reales para el Estado no supone poder adoptar «cualquier tipo de medidas juzgadas apropiadas por los Estados contratantes», y para evitarlo es necesario que, cualesquiera que sean las medidas a adoptar, existan «garantías adecuadas y suficientes contra los abusos». Es decir, el Estado democrático puede y debe protegerse, pero sin renunciar a su propia esencia democrática.

El derecho de asociación está recogido en el art. 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, a cuyo tenor:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho de fundar con otros sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses.
2. El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la ley, constituyan medidas nece-

sarías, 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 o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos. El presente artículo no prohíbe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos para los miembros de las Fuerzas Armadas, de la Policía o de la Administración del Estado.

La metodología seguida por el TEDH para analizar la adecuación al CEDH de la disolución de Herri Batasuna, Batasuna y Euskal Herriarrok será la siguiente: en primer lugar, examinar si la medida estaba prevista por la ley. De ser el resultado positivo pasará a examinar si la misma perseguía alguna de las finalidades legítimas señaladas en el precepto y, en caso afirmativo, examinará, por último, si la misma era necesaria en una sociedad democrática. De no superar alguno de dichos filtros, el TEDH concluirá que se ha vulnerado el art. 11 y posiblemente el 10, sin pasar a analizar la adecuación de la medida a los restantes.

Para el TEDH, por ley cabe entender Derecho en vigor en un sistema jurídico determinado. No hay que entender el término ley en sentido formal (como disposición general emanada del Parlamento), sino en sentido material, incluyendo no sólo leyes propiamente dichas, sino también disposiciones de rango infralegislativo. En principio, quedan excluidas las disposiciones de carácter interno de la Administración. Se incluye el Derecho no escrito o consuetudinario en clara referencia al ordenamiento inglés. En cuanto a la jurisprudencia, el TEDH la considera incluida en el término ley, pues la misma juega un papel destacado en la Europa continental, hasta el punto de que todas las ramas del Derecho positivo son resultado, en buena parte, de las resoluciones de los Jueces y Tribunales. En un ámbito amparado por el «Derecho escrito», la ley es el texto en vigor tal como los Tribunales competentes lo han interpretado, teniendo en cuenta, en su caso, la constante evolución jurídica.

La ley, en un sistema democrático, ha de reunir determinados requisitos de calidad, lo que exige que la misma sea accesible y previsible. El requisito de accesibilidad requiere que la ley pueda conocerse. El ciudadano debe disponer de suficiente información sobre las normas jurídicas aplicables al caso. Para ello, la ley aplicable ha de estar publicada en los cauces normales de difusión del Derecho en el Estado concreto o, como mínimo, tenerla a disposición de los ciudadanos. Además, ha de ser previsible. La previsibilidad supone claridad en los términos y razonable certeza sobre los casos en que un órgano público puede llevar a cabo una injerencia en el ejercicio de alguno de los derechos objeto de protección.

Hay que tener presente que el Derecho no es algo estático, anclado en un determinado momento histórico, sino que posee un dinamismo intrínseco que le permite adaptarse a los cambios de la sociedad. Para ello,

muchas leyes se sirve de fórmulas genéricas o vagas, cuya interpretación y aplicación depende de la práctica, otorgando de esta manera facultades discrecionales a las autoridades públicas. El Tribunal admite que las leyes otorguen facultades de este tipo. Ello no obstante, los Estados no disponen de una discrecionalidad ilimitada, más si se trata de una cuestión tan trascendental como la disolución de partidos políticos. Ello exige que se sea especialmente riguroso a la hora de describir los supuestos que pueden dar lugar a esta medida.

En el caso de la Ley Orgánica de Partidos Políticos, el TEDH se preguntará si la misma cumple con las exigencias que se derivan del Convenio. Para el Tribunal, una ley que ilegalice una formación política porque dé apoyo al terrorismo se adecua perfectamente al Convenio.

El TEDH va mucho más allá y, como hemos visto, considera que la libertad ideológica, la de expresión o el derecho de asociación política no han de amparar la difusión de ideologías o proyectos políticos incompatibles con la democracia. Recordemos, en este sentido, la STEDH Partido de la Prosperidad, de 31 de julio de 2001, posteriormente confirmada por la Sentencia de la Gran Sala de 13 de febrero del 2003, en la que considera que los fines pretendidos por esta formación política eran incompatibles con el CEDH. Entre dichos fines se encontraban: reinstaurar un régimen teocrático, con lo que ello conlleva, especialmente que el pueblo renuncia al poder legislativo y judicial, y reinstaurar la *Sbaria* o ley musulmana, poniendo fin a la existencia de un único ordenamiento jurídico⁵, teniendo en cuenta, además, que la *Sbaria* no se adecua a los valores democráticos. O la STEDH Lehideux e Isorni, de 23 de septiembre de 1998, en la que afirma que la justificación de una política pronazi no puede encontrar amparo en el Convenio. O, por último, la STEDH Ibrahim Aksoy, de 10 de octubre de 2000, en la que de forma clara advierte que las declaraciones tendentes a propagar la idea de una raza superior no pueden beneficiarse del art. 10 del CEDH. De ahí que, posiblemente, la alegación de la vulneración de estos derechos en base a que la LOPP hace referencia a fines y no sólo a actividades perderá fuerza ante el Tribunal de Estrasburgo,

⁵ Para el TEDH, el sistema multijurídico, tal como lo propone el RP, introduce en el conjunto de las relaciones de derecho una distinción entre particulares fundada en la religión, los categoriza según su pertenencia religiosa y les reconoce unos derechos y libertades no en cuanto tales individuos, sino en función de su pertenencia a una religión. Es lo que se denomina *Millet*, sistema que regía en el Imperio Otomano. Este sistema, obviamente, es incompatible con el *status civitatis* de la persona desde el momento en que un ordenamiento jurídico común a todas las personas es sustituido por regímenes jurídicos particulares, cada uno de los cuales tiene sus propias autoridades judiciales: uno para la mayoría musulmana y otros tantos para cada una de las minorías religiosas, lo que es inconciliable con el Estado de Derecho y con la idea de ciudadano que exige el respeto al principio de igualdad ante la ley y un único poder judicial.

pues para éste no todas las ideologías, no todos los proyectos políticos tienen cabida en democracia, sino sólo los que son respetuosos con los valores democráticos.

El juicio de accesibilidad no ha de tener mayores problemas: se trata de una ley orgánica y por ello accesible a todos los ciudadanos. Más detallado será el juicio de previsibilidad en el que el TEDH analizará si las causas que comportan la disolución de un partido político están descritas de forma clara, creando una razonable certeza en los ciudadanos de cuál es la consecuencia de llevar a cabo las mismas. Aunque el Tribunal Constitucional español puntualiza que la LOPP no es una ley penal ni la disolución una pena retributiva, no es menos cierto que esta medida comporta una injerencia muy grave en una serie de derechos fundamentales, además de incidir directamente en el pluralismo político, base de una democracia, por lo que es de aplicación de forma rigurosa las exigencias que se derivan del principio de legalidad en el ámbito penal, es decir, la claridad y taxatividad en la determinación de las conductas prohibidas y de las sanciones aplicables. Así lo ha entendido el TEDH, que maneja un concepto autónomo de materia penal, independiente de la calificación que le haya dado el ordenamiento interno a una norma a la que no se siente vinculado.

Nuestra doctrina ha criticado la ambigüedad de los términos «principios democráticos» y «derechos humanos»⁶. En el recurso planteado por el Gobierno vasco ante el TEDH tras la aprobación de la LOPP se destaca la falta de previsibilidad de las conductas. La descripción del art. 9.2 es tremendamente abierta y deja un campo prácticamente ilimitado, incumpliendo las exigencias de previsibilidad. «El proceso de subsunción de los hechos probados en los preceptos aplicables está limitado por las pautas de interpretación que rigen en una determinada comunidad jurídica». Para el Gobierno vasco, la ambigüedad calculada de la LOPP es patente. La utilización de distintos predicados para identificar la acción sancionable resulta proverbial. Cada subapartado para identificar acciones distintas y, sin embargo, no existen diferencias entre todas ellas más allá de las terminológicas. No hay forma de discernir entre los supuestos de la letra *b*) y los de la *c*) del art. 9.2, porque, en vez de describir una conducta, enuncian un resultado atribuible a un amplio e incierto elenco de acciones. A diferencia de las conductas penales, la LOPP abre campos interpretativos inexplorados.

Al respecto hay que tener en cuenta que el propio Tribunal Constitucional pone de relieve en su Sentencia 48/2003 la deficiente redacción

⁶ Cfr., a este respecto, E. VIRGALA, «Los partidos políticos ilícitos tras la LO 6/2002», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núms. 10-11, 2003, pp. 246-247, proponiendo su sustitución por la expresión «disposiciones constitucionales, especialmente el Título I»; F. BASTIDA, «Informe al borrador de la LOPP» (<http://constitucion.rediris.es>).

del art. 9. Aunque el TEDH incluye la jurisprudencia en el término ley y así ha considerado que una norma un tanto oscura en su redacción pero clarificada por la jurisprudencia era merecedora de un juicio favorable, posiblemente no tenga en cuenta que la anterior sentencia ayuda a fijar el contenido y alcance de este precepto en la medida en que es posterior al inicio de procedimiento de ilegalización. Curándose en salud, el Tribunal Constitucional, haciendo uso de la jurisprudencia del TEDH, señalará lo siguiente: «Ciertamente, los supuestos comprendidos en el art. 9 LOPP no tienen el grado de concreción que resultaría de haberlos delimitado con términos puramente descriptivos. Como se dijo en la Sentencia 136/1999, de 2 de julio, nos encontramos ante una constante en lo 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. Dijimos entonces que la tutela frente al terrorismo comportaba un coste en la determinación de la conducta; pero, atendiendo a las consideraciones expuestas, este coste no nos aboca a una situación en la que resulte imprevisible para los partidos calcular las consecuencias jurídicas de su conducta». En el mismo sentido se manifestará el Tribunal Supremo en la Sentencia de 27 de marzo de 2004.

Podemos apuntar aquí que, examinados los casos de disolución de partidos políticos llevados ante el TEDH, podemos observar que la legislación de los países demandados, especialmente la Ley núm. 2850, relativa a Partidos Políticos de Turquía, no está redactada en términos tan concretos como la LOPP y aun así el Tribunal de Estrasburgo mantuvo que dicha legislación cumplía con las exigencias de previsibilidad.

Si se supera el filtro anterior, el TEDH examinará si la disolución de las formaciones políticas en cuestión cumplía alguno de los objetivos enumerados en el segundo párrafo del art. 11. Si observamos el *modus operandi* del TEDH, forzosamente concluiremos que éste despacha la cuestión de cuál o cuáles son los objetivos legítimos que se persiguen con la medida litigiosa de forma rápida y escasamente motivada. La falta de motivación de este apartado contrasta, por el contrario, con la amplia extensión con que analiza los requisitos de injerencia prevista por la ley e injerencia necesaria en una sociedad democrática. Ello es debido, en gran parte, a la propia redacción del precepto que contiene una lista extensa y confusa de límites al ejercicio de la libertad de asociación que han sido escasamente concretados posteriormente por el TEDH, por lo que es relativamente fácil ubicar la medida litigiosa en alguno de ellos. Además, el TEDH no se ha preocupado especialmente de definir ni de diferenciar claramente cada uno de los límites que aparecen en dicho párrafo. Ello supone, en relación con el caso aquí analizado, que este requisito será superado fácilmente.

A continuación, el TEDH analizará si la disolución de Herri Batasuna era una injerencia necesaria en una sociedad democrática para salvaguardar los objetivos invocados. Necesaria en una sociedad democrática significa que, para no ser contraria al Convenio, la injerencia ha de corresponder especialmente a una necesidad social imperiosa y ser proporcionada a la finalidad legítima perseguida, que ha de ser alguna de las previstas en el propio precepto. El carácter esencial que para una sociedad democrática revisten los partidos políticos exige que se demuestre, sin ningún género de dudas, que las restricciones aplicadas eran estrictamente necesarias.

El juicio de proporcionalidad por parte del TEDH tendrá en cuenta la existencia de un cierto margen de apreciación a favor de los Estados para decidir sobre la necesidad y la extensión de las injerencias en el concreto Derecho, aunque ello no supone que el TEDH se desentienda del asunto, pues asume, en última instancia, la labor de supervisar la utilización por parte de las autoridades nacionales de dicho margen de apreciación. De esta manera, el propio TEDH advierte que si bien es verdad que los Estados miembros gozan de un cierto margen de apreciación, no es menos cierto que a él le corresponde juzgar si las medidas en que se concreta esa injerencia se justifican y son proporcionadas, de acuerdo con los límites expresados en el párrafo 2 del precepto, o sea, restricciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática para los fines que indica. El análisis de la jurisprudencia del TEDH pone de relieve que, con relación a la libertad de expresión, especialmente en el ámbito político, la libertad ideológica y el derecho de asociación, especialmente política, ese margen de apreciación es reducido. Las excepciones contempladas en el art. 11.2 requieren, con respecto a los partidos políticos, una interpretación estricta, pudiendo únicamente razones convincentes e imperativas justificar restricciones a su libertad de asociación. Advertirá el TEDH que para juzgar en tal caso la existencia de una necesidad en el sentido del art. 11.2, los Estados contratantes sólo disponen de un margen de apreciación reducido, que va a la par de un control europeo riguroso que afecta a la vez a la ley y a las decisiones que la aplican. Ello no obstante, dentro de estos parámetros, lo cierto es que dicho margen de apreciación es más amplio cuando se trata de mensajes o proyectos violentos, racistas o, en general, antidemocráticos.

El Tribunal Constitucional, en la Sentencia 48/2003, de 12 de marzo, ante las alegaciones efectuadas por los recurrentes, concluye que la disolución de un partido político que de forma reiterada y grave realice alguna de las conductas descritas en el art. 9 LOPP es una medida necesaria y proporcional, pues no es constitucionalmente rechazable que un partido que con su actuación ataca al pluralismo, poniendo en peligro total o parcialmente la subsistencia del orden democrático, incurra en causa de diso-

lución. En definitiva, «se respetan los criterios sentados por la jurisprudencia del TEDH en materia de disolución de partidos políticos (...) que exige como condición de su ajuste al Convenio: *a*) la previsión por ley de los supuestos y causas de disolución (que obviamente se cumple por las normas impugnadas, incluidas en una ley formal); *b*) la legitimidad del fin perseguido (que, como queda dicho, en el caso examinado es la garantía de los procesos democráticos de participación política mediante la exclusión como partido de aquel ente asociativo que no se ajuste a las exigencias que respecto a la actividad, dimanen de la concepción constitucional del partido político); y *c*) el carácter necesario de la disolución en una sociedad democrática (acreditado por el examen precedente de las concretas causas de disolución establecidas en la Ley)».

El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 27 de marzo del 2003, analiza, siguiendo la metodología del TEDH, los criterios de previsión legal, necesidad y proporcionalidad de la disolución de Herri Batasuna y sus sucesores. Tras dejar sentado que la medida está prevista por la ley, afirma que la disolución de las formaciones políticas que se acuerda en la presente Sentencia «no sólo puede ser calificada sin violentarse como “necesaria para una sociedad democrática”, sino que, precisamente, se halla encaminada a la preservación de una sociedad en la que ese mismo sistema político impere en su plenitud». En cuanto al juicio de proporcionalidad, señalar que el Tribunal Supremo despacha la cuestión un tanto precipitadamente, sin llevar a cabo una extensa motivación. El Tribunal advierte únicamente que «vista la gravedad de los actos terroristas en nuestro país, hace que la medida tampoco albergue reproche alguno en términos de proporcionalidad» y realiza una ponderación entre el sacrificio del derecho fundamental con los beneficios que con ese sacrificio se ven protegidos, concluyendo que con la disolución de dichas formaciones políticas el beneficio que se obtiene es una inmediata protección de la democracia y los derechos fundamentales (incluidos por más primarios) de los demás, «de modo que debe concluirse que en el caso presente concurren todas las exigencias para que la restricción del derecho a constituir y formar parte de partidos políticos alcance plena legitimidad».

El TEDH analizará la gravedad de los actos de las formaciones políticas, en los que tendrá en cuenta muy especialmente los de sus dirigentes (así lo afirma en la STEDH Partido de la Prosperidad y otros, de 13 de febrero del 2003) y la proporcionalidad de la medida.

En relación a este punto podemos traer a colación el caso del Partido de la Prosperidad, de 31 de julio de 2001, en el que el Tribunal consideró especialmente graves las declaraciones de los dirigentes de este partido a favor de la *Yihad* o guerra santa como método político dirigida a lograr la dominación total de la religión musulmana en la sociedad, en la que

se invoca por los dirigentes del partido la posibilidad del recurso a la fuerza con el fin de superar los obstáculos para alcanzar dicho logro, pues traducían un odio profundo hacia los que se oponen al régimen islámico contrario al CEDH.

En la Decisión de Inadmisibilidad Ruffi Osmani, de 11 de octubre de 2001, el TEDH no amparó al demandante alcalde de una población macedónica de mayoría albanesa que, tras ganar las elecciones, hizo ondear en el ayuntamiento la bandera turca y albanesa al lado de la macedónica y apeló a defender con la vida la bandera y las costumbres albanesas, llamó al sacrificio a sus conciudadanos⁷ y organizó grupos armados para custodiar que la bandera albanesa. El alcalde imputó al Gobierno actos de violencia contra la minoría albanesa y advirtió que estaban dispuestos a luchar y a impedir que se arriara la bandera albanesa. Dos días después de dicho discurso (que tuvo lugar el 24 de mayo de 1997) se desataron violentos disturbios en la zona (el 26 de mayo y el 9 de julio) que el TEDH asoció de forma directa con dicho discurso. En definitiva, la arenga del demandante, en palabras del TEDH: «causó odio, intolerancia y tensiones en una situación interétnica sensible, así como un sentimiento de inseguridad en el resto de la población que revivió la dolorosa memoria de la Segunda Guerra Mundial».

Especialmente trascendente será el caso Zana, de 25 de noviembre de 1997, en el que se examinaba las declaraciones de un dirigente político, antiguo alcalde y relevante personalidad política del sudeste de Turquía, aparecidas en un medio de comunicación, en favor de los movimientos de liberación nacional, y en concreto en favor de Partido de los Trabajadores del Kurdistan (PKK), responsable de un gran número de atentados, y calificando de error las matanzas de mujeres y niños llevadas a cabo por dicho movimiento armado. Lo trascendental del caso es que el Tribunal, aunque considera que las frases son ambiguas, analiza las mismas en el contexto político en que se producen (situación grave debida a los atentados terroristas) y concluye que en dicho contexto las mismas no merecía ser amparadas. Las frases tenidas en cuenta por el TEDH fueron dos: en la primera, el demandante expresaba su apoyo al «movimiento de liberación nacional del PKK», indicando seguidamente que «no está favor de las masacres»; en la segunda, añadía que «todo el mundo puede cometer errores y que es por error que el PKK mata mujeres y niños». El TEDH, ante todo y reconocer, en primer lugar, el carácter esencial de la libertad de expresión

⁷ Las expresiones que no merecieron el amparo del TEDH fueron, entre otras, las siguientes: «sacrificaremos nuestras vidas, pero no la bandera», «nuestros territorios en Macedonia son nuestros. Esto tendría que ser de una vez por todas reconocido. Y en estos territorios nuestras banderas ondearán siempre», «la mano negra del gobierno baña de sangre la Universidad...».

en un sistema democrático; en segundo lugar, el hecho de que se amparan tanto las opiniones inofensivas o favorables como las ofensivas o desfavorables, y, en tercer y último lugar, que los límites a tal derecho han de ser aplicados de forma estricta y convincente, concluye que la sanción no vulneraba el CEDH. Aunque dichas expresiones podían prestarse a diversas interpretaciones eran, en opinión del propio TEDH, en sí mismas contradictorias al respaldar el PKK, pero condenar sus masacres, y ambiguas al calificar de errores las matanzas de mujeres y niños⁸. Además, las declaraciones fueron hechas en un momento en el que se había producido una grave escalada de violencia, por lo que eran susceptibles de enrarecer aún más si cabe el ambiente tenso que en esos momentos se vivía.

De lo anterior se deduce que el TEDH es muy riguroso a la hora de analizar las declaraciones litigiosas, en el sentido de que no ampara aquellas ambiguas que pueden ser interpretadas de diverso modo. Exige, por lo tanto, un distanciamiento claro de las acciones terroristas, de tal manera que no haya lugar a ningún tipo de equívocos. Desde esos planteamientos examinará los hechos considerados probados en la sentencia de ilegalización.

Por último, otra de las cuestiones que tendrá que resolver el TEDH es la alegación de que la ilegalización de estas formaciones políticas ha vulnerado el principio de irretroactividad de la Ley en la medida en que, según los recurrentes, se contemplaron acciones que tuvieron lugar antes de la entrada en vigor de la LOPP. Como hemos señalado, tanto para el Tribunal Supremo como para el Tribunal Constitucional no hay tal retroacción en la medida en que desde un primer momento existe un solo partido encubierto bajo diversas denominaciones cuya actividad analizada es posterior a la entrada en vigor de la LOPP aunque valorándose la trayectoria anterior a la Ley. Señala el art. 7 CEDH que «nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho nacional o internacional». La primera cuestión a dilucidar será si es aplicable dicho artículo, toda vez que, de acuerdo con el Tribunal Constitucional, la LOPP no es una ley penal ni la disolución una pena. Al respecto cabe recordar que el TEDH mantiene una noción autónoma de materia penal independiente de la calificación que haya merecido la cuestión en

⁸ Al respecto puede verse el voto particular del magistrado Jiménez de Parga a la STC 136/1999, de 20 de julio: «No es ocioso recordar, con el TEDH, que si la libertad de expresión ni siquiera ampara la contradicción o la ambigüedad en el repudio del terrorismo hay dichas contradicción y ambigüedad, v. gr., cuando se avala a una organización terrorista, aun desaprobando sus asesinatos, y, pese a esa desaprobación, se los califica como simples “errores” (tal es el supuesto de hecho en el caso Zana, núm. 58), *a fortiori*, ese derecho fundamental tampoco cobija manifestaciones como las aquí enjuiciadas».

el ámbito interno, lo que le ha permitido extender las cláusulas de los arts. 6 y 7 a otro tipo de ámbitos distintos del penal⁹. En el caso *Enkelmann c. Suiza*, de 4 de marzo de 1985, el TEDH sentó que el principio de irretroactividad impide que un acto que no era en el momento de los hechos punible se le pueda atribuir por los Tribunales un carácter penal o que la definición de infracciones existentes se extienda de manera que englobe actos que no constituían en el momento de los hechos una infracción penal. La incógnita está en si convencerá al TEDH la argumentación del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional en el sentido de que se trata desde el primer momento del mismo partido independientemente de las diversas formas que haya adquirido y de que una cosa son los hechos realizados después de la entrada en vigor de la LOPP, el 29 de junio de 2002, y otra cosa son las actividades previas que son tenidas en cuenta como «trayectoria».

⁹ Así lo dejó claro en la STEDH *Öztürk*, de 21 de febrero de 1984: «Si los Estados parte pudiesen, calificando una infracción como administrativa en vez de como penal, evitar que entrasen en juego las cláusulas fundamentales de los arts. 6 y 7, su aplicación quedaría subordinada a su voluntad soberana. Tal posibilidad podría llevar a resultados contrarios a los objetivos del Convenio. Habiendo reafirmado la “autonomía” de la noción “derecho penal” (...), el Tribunal ha de decidir si la infracción administrativa cometida por el demandante responde a dicha materia...».