

LA DUDOSA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LIMITACIONES DEL DERECHO DE SUFRAGIO PASIVO PREVISTAS POR L.O. 6/2002, DE PARTIDOS POLÍTICOS. COMENTARIO A LAS SSTs DE 3 DE MAYO Y A LA STC 85/2003, DE 8 DE MAYO

Por OCTAVIO SALAZAR BENÍTEZ

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN: CRÓNICA DE UNOS «EFECTOS» ANUNCIADOS.—2. LA GARANTÍA DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN EL RECURSO CONTRA LA PROCLAMACIÓN DE CANDIDATOS: 2.1. *La naturaleza del recurso del art. 49 LOREG.* 2.2. *La posible vulneración del derecho a un juez imparcial.* 2.3. *La compleja salvaguarda de las garantías procesales.* 2.4. *La afectación de otros derechos fundamentales.*—3. LA POSIBLE VULNERACIÓN DEL DERECHO DE SUFRAGIO PASIVO: 3.1. *El contenido esencial del derecho de sufragio pasivo y los límites de su configuración legal.* 3.2. *La continuidad de los partidos ilegalizados: Pruebas indiciarias e inelegibilidad parcial.* 3.3. *La desnaturalización de las agrupaciones de electores.* 3.4. *¿Un sistema de «democracia militante»?*—4. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN: CRÓNICA DE UNOS «EFECTOS» ANUNCIADOS

Era de esperar que tras la aprobación de la LO 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos (en adelante, LOPP), publicada en el *BOE* núm. 154, de 28 de junio de 2002 (1), los efectos de la ilegalización de Batasuna centraran

(1) Sobre el proceso de elaboración de esta ley, véase ROBERTO L. BLANCO VALDÉS: «La nueva ley de partidos. A propósito de la ilegalización de Batasuna», *Claves de razón práctica*, núm. 124, 2002, págs. 23-31. Un análisis detallado de la ley puede verse en E. VIRGALA FORURIA, «Los partidos políticos ilícitos tras la LO 6/2002», *Teoría y Realidad Constitucional*, núms. 10-11, 2.º semestre 2002, 1.º semestre 2003, págs. 203-262.

el debate de la campaña de las elecciones municipales de 25 de mayo de 2003 (2). Proceso electoral que, en esta ocasión con más intensidad que en anteriores convocatorias, se situó en un marco de referencia nacional en el que los dos grandes argumentos fueron las políticas del gobierno central en cuestiones como la crisis del *Prestige* o la guerra de Iraq, y la anulación de las candidaturas que suponían una continuidad con Batasuna (3).

Al margen de los criterios de oportunidad política que llevaron a la aprobación de una ley de partidos que tenía como principal objetivo la ilegaliza-

(2) La aprobación de esta Ley se sitúa en el marco de una política anti-terrorista pactada entre los partidos mayoritarios, que se ha ido traduciendo en una serie de consecuencias de hondo calado jurídico y político. En el marco de dicha política también se aprobó la *LO 1/2003, de 10 de marzo, para la garantía de la democracia en los Ayuntamientos y la seguridad en los concejales*, que respondía a los mismos objetivos, es decir, la defensa del sistema democrático frente a las «amenazas» de opciones políticas que utilizan como medio la violencia o que apoyan a organizaciones violentas. Igualmente habría que recordar que, en plena campaña electoral, en concreto el 20 de mayo, la Sala especial del TS (art. 61 LOPJ) hizo públicos los autos acumulados núms. 6 y 7/2002, por los cuales declaraba la disolución del Grupo Parlamentario Araba, Biskaia eta Guipuzkao Socialista Aberzaleak y, en consecuencia, expedía requerimiento al Presidente del Parlamento Vasco para que la Mesa procediera a dicha disolución. Ésta es exigida en cuanto que la continuidad de tales Grupos Parlamentarios suponía un «abuso de personalidad» previsto en el apartado *b)* del inciso 1 del art. 12 de la LO 6/2003, reguladora de los Partidos políticos, como manifestación específica del genérico fraude de ley previsto en el apartado 4 del art. 6 del Código Civil. La fundamentación jurídica del fallo se apoya, por una parte, en el principio de que en un Estado de Derecho todos los poderes están subordinados a la ley y en la garantía consistente en que todas las sentencias han de ser cumplidas como exigencia de una tutela judicial efectiva. De ahí que la Sala se halle «apoderada, e incluso obligada legalmente, en el concreto caso que nos ocupa y en pura línea de ejecución de la sentencia dictada, para acordar por sí la disolución del Grupo Parlamentario, sin mengua del principio de separación de poderes». Por otra parte, el Auto se apoya en una más que discutible concepción de la naturaleza de los grupos parlamentarios, de los que se afirman que carecen de personalidad jurídica diferenciada y que guardan una estrecha vinculación con los partidos políticos, recordando la interpretación del TC según la cual los Grupos son «emanación de los Partidos Políticos» (ATC de 15 de enero de 1986). Véanse las reflexiones de EDUARDO VIRGALA sobre la complejidad que presenta la disolución del Grupo Parlamentario «Araba, Bizkaia, Guipúzcoa Sozialista Abertzaleak» prevista en el Auto de 26 de agosto de 2002 dictado por el Juzgado central de instrucción núm. 5, «Los partidos políticos ilícitos tras la LO 6/2003», cit., págs. 237 ss.

(3) Por ejemplo, JAVIER PÉREZ ROYO publicaba en *El País* un artículo el domingo 11 de mayo titulado «Elecciones Vascas», en el que argumentaba que «nos encontramos ante unas elecciones municipales y autonómicas en cierta medida falsificadas, en la medida en que parecen unas elecciones vascas, en las que casi lo único que estaría en juego es la política antiterrorista. Parecería que casi lo único que cuenta en estas elecciones es la ilegalización de Batasuna, su inclusión en la lista de grupos terroristas elaborada por el Departamento de Estado de los Estados Unidos y la anulación de las candidaturas presentadas por las agrupaciones de electores en las provincias vascas y en Navarra como consecuencia de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional».

ción de Batasuna (4), y que provocó una fuerte polémica doctrinal (5), alguno de los efectos de dicho proceso plantean algunas dudas en cuanto a su legitimidad constitucional (6). Me refiero, en concreto, a la anulación de un total de 241 candidaturas llevada a cabo por el Tribunal Supremo en sus sentencias de 3 de mayo de 2003, que resolvieron la impugnaciones realizadas por el Gobierno y el Ministerio Fiscal de acuerdo con el nuevo apartado 4 del art. 44 LOREG. La Disposición Adicional Segunda de la LOPP había añadido dicho apartado, según el cual no podrían presentar candidaturas las

(4) Debemos recordar que una de las razones en las que se basaba el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno Vasco contra la Ley de Partidos era que determinados preceptos la convertían en una ley de carácter singular. La STC 48/2003 argumenta en su FJ 14 que la ley impugnada es una ley general formal y 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». Aunque el propio TC no puede desconocer las razones que llevaron a la mayoría parlamentaria a adoptar dicha ley. Así, recogiendo las palabras del Abogado del Estado, reconoce que «“no cabe negar, puesto 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, que ha dado lugar al primer supuesto de aplicación del procedimiento del art. 11 LOPP, en trámite cuando estas líneas se escriben”. Ello, sin embargo, no abona la calificación de la Ley como una ley de caso único».

(5) Como ha afirmado J. GARCÍA ROCA: «la represión legal de un partido es siempre un rompecabezas». «La problemática disolución del Partido de la Prosperidad: Estado Constitucional y control de las actuaciones de partidos fundamentalistas», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 65, mayo-agosto 2002, pág. 322. Véanse en dicho artículo (págs. 322-323) las distintas opiniones doctrinales que desde un primer momento suscitó el Proyecto de LOPP.

(6) La cronología de este proceso fue la siguiente: Seis días después del atentado de ETA en Santa Pola (Alicante), que tuvo lugar el 4 de agosto de 2002, el Gobierno pactó con el PSOE la convocatoria para el 26 de agosto de un pleno extraordinario del Congreso en el que abordarían la ilegalización de Batasuna. A primeros de septiembre la fiscalía general del Estado y el Gobierno presentaron sus demandas de ilegalización. Dos días después, el Supremo notificó la demanda a Batasuna y la emplazó a comparecer ante la Sala. El 10 de octubre, Batasuna acude al Supremo para oponerse a su ilegalización y recusó a la magistrada Milagros Calvo por falta de imparcialidad. Posteriormente se recusaría al presidente del Supremo y a los magistrados Clemente Auger y Ángel Rodríguez. A mediados de noviembre, el Supremo aceptó la recusación de Rodríguez. Auger aceptó dejar el caso y se rechazaron las dos recusaciones. El 8 de enero de 2003 se celebró la primera sesión pública. El Supremo inicia las deliberaciones el 12 de marzo y, cinco días después, se hizo público el fallo en el que ilegalizaba a Batasuna. En dicha sentencia, se ordenaba además la cancelación de HB, Euskal Herriarrok y Batasuna en el Registro de Partidos y el cese inmediato de sus actividades. Casi paralelamente, el TC hacía pública la sentencia en la que resolvía el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno Vasco contra la LOPP (STC 48/2003, de 12 de marzo). El 7 de abril la Fiscalía General y la Abogacía del Estado pidieron al Supremo la ejecución de la sentencia. Dos semanas más tarde, el Supremo ordenó disolver los grupos parlamentarios de Batasuna en Euskadi.

agrupaciones de electores que, de hecho, vinieran a continuar o suceder las actividades de un partido político declarado judicialmente ilegal y disuelto. Esta previsión está íntimamente conectada con lo previsto en el apartado b) del art. 12 LOPP en cuanto a los efectos de la disolución: «*Los actos ejecutados en fraude de ley o con abuso de personalidad jurídica no impedirán la debida aplicación de ésta. Se presumirá fraudulenta y no procederá la creación de un nuevo partido político o la utilización de otro ya inscrito en el Registro que continúe o suceda la actividad de un partido declarado ilegal y disuelto*».

Los representantes de las 241 candidaturas anuladas presentaron otros tantos recursos de amparo ante el TC, que serían resueltos en la sentencia 85/2003, de 8 de mayo, en la que sólo se otorgaría el amparo a 16 listas.

Este procedimiento de anulación de candidaturas plantea ciertas dudas en cuanto a su legitimidad constitucional ya que, de hecho, impide el ejercicio de derecho de sufragio pasivo a ciudadanos que no se hallan privados de su capacidad electoral pasiva ni están incurso en una de las causas de inelegibilidad establecidas por la ley. Son, pues, muchos los interrogantes que plantea el nuevo apartado del art. 44 LOREG y la decisión adoptada por el TC en virtud del procedimiento del art. 49 LOREG (7). Interrogantes que afectan al contenido esencial del derecho de sufragio pasivo y a los límites que ha de tener la capacidad de configuración del mismo por el legislador. Incluso cabría plantearse la incidencia de dichas medidas en el derecho de sufragio activo, pues ambos «son aspectos indisociables de una misma institución, nervio y sustento de la democracia: el sufragio universal libre, igual, directo y secreto (arts. 68.1 y 69.1 CE)» (STC 24/90). De ahí que la vulneración del derecho de sufragio pasivo suponga siempre una vulneración también del derecho de sufragio activo (8). En este sentido, habría que recordar que, en concreto, en nueve municipios navarros no se pudieron celebrar las elecciones municipales ante la ausencia de candidaturas (9).

(7) Hay que tener en cuenta que, sorprendentemente, el art. 44.4 LOREG no fue impugnado por el Gobierno Vasco cuando recurrió la LOPP ante el TC. Por lo tanto, la STC 48/1993 se limitó a legitimar la regulación por dicha ley de determinados supuestos de fraude de ley que encubran la continuidad con un partido disuelto.

(8) JAVIER PÉREZ ROYO: *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pág. 481.

(9) En concreto no se pudieron celebrar las elecciones en Anue, Bakaiku, Bera, Donamaria, Etxarri-Aranatz, Imotz, Iturmendi, Urdiain y Ziordia. En estos municipios se aplica lo previsto en el art. 181 LOREG, es decir, en el plazo de 6 meses ha de procederse a la celebración de elecciones parciales en dichas circunscripciones. Si, como es de prever por las circunstancias políticas de dichos municipios, en esta nueva convocatoria tampoco se presenta candidatura alguna, se procede al nombramiento de una Comisión Gestora.

El comentario de las sentencias del Tribunal Supremo de 3 mayo de 2003 y de la sentencia del Tribunal Constitucional 85/2003, de 8 de mayo, me servirán para subrayar algunos de estos interrogantes y para plantear algunas dudas con respecto a la constitucionalidad de las medidas en cuestión. La fundamentación jurídica de ambas sentencias se centró en dos aspectos que van a constituir el eje de mi reflexión. De una parte, la posible vulneración de garantías procesales que plantea el procedimiento del art. 49 LOREG. De otra, las limitaciones del ejercicio de derecho de sufragio pasivo.

2. LA GARANTÍA DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN EL RECURSO CONTRA LA PROCLAMACIÓN DE CANDIDATOS

2.1. *La naturaleza del recurso del art. 49 LOREG*

Como sabemos, la Constitución española optó por un sistema de control judicial de las elecciones (art. 70.2), siguiendo la línea ya marcada por el Real Decreto-Ley 20/1977, de normas electorales (10). El cúmulo de garantías jurisdiccionales previstas, al permitirse no sólo acudir a los tribunales ordinarios sino también recurrir en amparo ante el TC, se debe al excesivo celo del constituyente a la hora de proteger el proceso electoral, sobre todo tras una historia que había estado plagada de manipulaciones y corruptelas (11). La LOREG concretó cinco supuestos de revisión judicial en el ámbito electoral: el recurso judicial contra las resoluciones en materia censal de las Delegaciones Provinciales de la Oficina del Censo electoral recaídas durante el periodo de actualización mensual (art. 38.5); el recurso ante el Juez de Primera Instancia contra las resoluciones de la Oficina del Censo electoral recaídas durante el periodo electoral (art. 40); el recurso ante el Juzgado contencioso-administrativo contra la proclamación de candidaturas y candidatos (art. 49); el recurso contencioso-administrativo contra las resoluciones de la Junta Electoral Central sobre materia de encuestas y sondeos (art. 69.6) y el recurso contencioso electoral contra los acuerdos de las Juntas Electorales sobre proclamación de electos (art. 109). A éstos habría que sumar la po-

(10) Sobre esta opción del constituyente, véase ARTEMI RALLO LOMBARTE: *Garantías electorales y Constitución*, CEPC, Madrid, 1997, págs. 133 ss.

(11) M. SATRÚSTEGUI GIL-DELGADO: «Las garantías del Derecho Electoral», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 20, 1990, pág. 97. F. FERNÁNDEZ SEGADO califica esta actitud constituyente de «hipergarantista». «Los recursos contra la proclamación de candidaturas y candidatos en la LO 5/1985, de Régimen Electoral General», *Poder Judicial*, núm. 31, septiembre 1993, pág. 61.

sibilidad de recurrir en amparo ante el TC, el cual se ha convertido en una especie de última instancia en materia electoral, pese a que ni constitucional ni legalmente se le atribuye dicha posición (12).

En concreto, el recurso del art. 49 LOREG tiene como objeto los defectos o irregularidades de las candidaturas. Están legitimados para interponerlo cualquier candidato excluido y los representantes de las candidaturas proclamadas o cuya proclamación hubiera sido denegada. Se plantea ante el Juzgado de lo contencioso-administrativo. Al insertarse en el procedimiento electoral, sus plazos son muy breves. Ha de presentarse en el plazo de dos días a partir de la publicación de las candidaturas proclamadas y la resolución habrá de producirse en los dos días siguientes a la interposición del recurso. La LOREG no establece nada con respecto a los posibles contenidos de la sentencia. Entiendo que serían los que preveía el art. 74.5 del Decreto Ley 20/77: inadmisibilidad del recurso, validez de la proclamación de los candidatos o candidaturas o invalidez de la proclamación y, en su caso, de la exclusión de las candidaturas afectadas (13). La resolución tiene el carácter de firme e inapelable, sin perjuicio del procedimiento de amparo ante el TC, el cual deberá solicitarse en el plazo de dos días, debiendo el Tribunal dictar sentencia en los tres días siguientes.

La Disposición Adicional 2.^a LOPP introdujo un nuevo apartado en dicho artículo, por el cual los recursos previstos en el art. 49 LOREG serían también de aplicación a los supuestos de proclamación o exclusión de candidaturas presentadas por las agrupaciones de electores que, de hecho, vinieran «a continuar o suceder la actividad de un partido político declarado judicialmente ilegal y disuelto, o suspendido» (art. 44.4 LOREG). Se introducen dos especialidades en este caso. El recurso ha de interponerse ante la Sala especial del Tribunal Supremo regulada en el art. 61 LOPJ. Se legitima para la interposición de recurso a los mismos sujetos que pueden, conforme a lo

(12) Este sistema de recursos no ha dejado de merecer críticas. Por ejemplo, FRANCISCO BASTIDA sostuvo que «la LE fracasa allí donde son más necesarias las garantías judiciales. De manera injustificada e inconstitucional se limita el acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa ordinaria, se desconoce la existencia de la Ley 62/78, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona y no se hace un esfuerzo de imaginación y organización para ampliar los supuestos objeto de recurso contencioso-electoral». «Ley electoral y garantías judiciales», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 7, 1986, pág. 52. Un análisis de los distintos recursos previstos en la LOREG puede verse en ANGELA FIGUERUELO BURRIEZA: «Los recursos constitucionales del procedimiento electoral», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 24, 1991, págs. 108-132. Véase también M.^a VICENTA GARCÍA SORIANO: *Jueces y magistrados en el proceso electoral*. CEPC, Madrid, 2000.

(13) OCTAVIO SALAZAR BENÍTEZ: *El candidato en el actual sistema de democracia representativa*. Comarcas, Granada, 1999, pág. 164.

dispuesto en el art. 11.1 LOPP, solicitar la declaración de ilegalidad de un partido, es decir, el Gobierno y el Ministerio Fiscal.

De acuerdo con estas previsiones, la Sala Especial del Tribunal Supremo, en sus sentencias de 3 de mayo de 2003, resolvió los recursos 1/2003, interpuesto por la Abogacía del Estado, y 2/2003, interpuesto por el Ministerio Fiscal, contra los acuerdos de proclamación de candidaturas dictados por las Juntas Electorales de Zona de las provincias de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, y por la Junta Electoral Provincial de Navarra, todos ellos de fecha 28 de abril de 2003.

Una de las cuestiones que se analizan en las sentencias del TS es la naturaleza del recurso que regula el art. 49 LOREG, sobre el que se plantean dudas de constitucionalidad por la posible vulneración de garantías procesales. El Supremo deja bien claro que el art. 49 articula un recurso que pretende cohonestar «el interés general existente en la tramitación continuada y armónica del procedimiento electoral, y al propio tiempo la presencia de un control judicial sobre lo actuado por la Administración electoral y la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona» (14). De ese carácter sumario se derivan la brevedad del plazo para efectuar alegaciones, la restricción en los medios probatorios que pueden ser propuestos por las partes o la no obligación de traslados dirigidos a preservar el principio de contradicción (15). Tampoco aprecia la Sala infracción del derecho a la doble instancia, por no existir norma alguna, nacional o supranacional, que imponga tal derecho en materia electoral.

Ésta será la posición mantenida por el TC en su sentencia 85/2003, de 8 de mayo, la cual resuelve los recursos de amparo electorales promovidos por

(14) Debemos recordar que la doctrina, en general, ha criticado la regulación de este recurso. Por ejemplo, FRANCISCO J. BASTIDA FREJEDO: «Ley electoral y garantías judiciales», cit., pág. 47; F. FERNÁNDEZ SEGADO: «Los recursos contra la proclamación de candidaturas y candidatos en la LO 5/85, de Régimen Electoral General», cit., pág. 67.

(15) Como ha señalado ARTEMI RALLO, «limitándose este precepto (el art. 49 LOREG) a establecer que el recurrente formulará en el acto de interposición del recursos las alegaciones pertinentes y los elementos de prueba oportunos, el órgano judicial no puede limitarse, a la vista de lo alegado, a pronunciar sentencia en el plazo señalado, sino que deberá habilitar las actuaciones procesales que den satisfacción a las exigencias constitucionales del art. 24.1 de la Constitución y, en particular, como parece inexcusable, deberá recabar de la Junta Electoral pertinente el expediente administrativo y dar audiencia a los interesados». *Garantías electorales y Constitución*, cit., pág. 161. En este sentido, las sentencias del Supremo comentadas argumentan que, pese a que el art. 49 LOREG no establece de modo expreso la obligación de conferir traslado alegatorio a las partes demandadas en el procedimiento, la Sala, en garantía de los derechos de contradicción, decidió otorgarles un trámite de audiencia y procedió a trasladarles los recursos y documentación adjunta a los mismos, mediante su puesta a disposición en la Secretaría de la Sala para su examen.

determinadas agrupaciones y diversos integrantes de las candidaturas presentadas por aquéllas a las elecciones municipales y a las de las Juntas Generales de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya y al Parlamento de Navarra, y que impugnaban las citadas SSTs de 3 de mayo de 2003.

2.2. *La posible vulneración del derecho a un juez imparcial*

Los demandantes de amparo fundamentan en gran parte sus recursos en las violaciones que del derecho a la tutela judicial efectiva pueden darse en el procedimiento previsto en el art. 49 LOREG (16). Entre ellas, vuelven a plantear la vulneración del derecho al juez imparcial (art. 24.2 CE) al atribuir la competencia para resolver los recursos contra la proclamación de candidaturas a la Sala Especial del art. 61 LOPJ (17). Los recurrentes ya habían cuestionado ante el Supremo la imparcialidad de dicha Sala al haber dictado la sentencia de 27 de marzo de 2003 en la que se ordenaba la disolución de los partidos con los que se plantea la continuidad de las agrupaciones enjuiciadas. El Supremo entiende que dicha atribución está justificada preci-

(16) En concreto, junto a los extremos que analizo más detenidamente, los recurrentes estiman vulnerados los derechos de defensa y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), a utilizar los medios de prueba pertinentes, de presunción de inocencia y a ser informado de la acusación ya que, pese a no tratarse de un proceso penal, se está imputando a los miembros de las agrupaciones de electores seguir las órdenes de ETA, a través de AuB, o quizás, directamente, la comisión de delitos previstos en los art. 515 y siguientes del Código Penal, y por haberse utilizado como elemento probatorio el Auto del Juzgado Central de Instrucción n. 5, de 30 de abril de 2003, al tratarse de un auto de procesamiento y no de una sentencia condenatoria.

(17) Debemos recordar que uno de los aspectos más controvertidos de la LOPP es la atribución a la Sala Especial del Tribunal Supremo regulada en el art. 61 LOPJ la disolución de un partido cuando vulnere los principios democráticos (art. 10.5 LOPP). Por ejemplo, FRANCISCO RUBIO LLORENTE defendió que fuera el TC el que asumiera dicha competencia dada la dimensión constitucional del problema. «Los límites de la democracia», *El País*, 26 de abril de 2002. También se pronunció en contra MARC CARRILLO: «Desafortunada y traumática», *El País*, 21 de abril de 2002. ROBERTO BLANCO VALDÉS llamó la atención sobre los problemas jurídicos y políticos que plantearía la atribución de dicha competencia al Tribunal Constitucional. «La nueva ley de partidos...», cit., pág. 28. EDUARDO VIRGALA defiende la constitucionalidad de la atribución al Supremo. «Los partidos políticos ilícitos tras la LO 6/2002», cit., pág. 220. El mismo Consejo de Estado en su Dictamen sobre el Anteproyecto de LOPP manifestó sus dudas sobre la atribución a la Sala Especial del Supremo, aunque consideró correcta la opción del legislador. Véase al respecto SANTIAGO SÁNCHEZ GONZÁLEZ, «Extracto comentado del “Informe del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de la LO de Partidos Políticos”, emitido el 18 de abril de 2002», *Teoría y Realidad Constitucional*, núms. 10-11, 2.º semestre 2002-1.º semestre 2003, págs. 727-738.

samente porque el Tribunal tiene que enjuiciar si existe o no esa continuidad, que es el elemento decisivo para anular las candidaturas. El FJ 7 de la STC 85/2003 recuerda que la imparcialidad ha de preservarse en su doble vertiente, subjetiva y objetiva, que atienden respectivamente a las relaciones del juez con las partes en litigio y con el *thema decidendi* (STC 52/2001, de 26 de febrero, FJ 3). De acuerdo con esta doctrina, entiende que «la imparcialidad objetiva se refiere al objeto del proceso y asegura que el Juez o Tribunal no ha tenido un contacto previo con el *thema decidendi* y, por tanto, que se acerca al objeto del mismo sin prevenciones en su ánimo».

Es discutible en el caso que nos ocupa defender la «distancia objetiva» de la Sala especial del Tribunal Supremo. Es evidente que existe una conexión, al menos «objetiva», desde el momento en que la razón que legitima la anulación de candidaturas es la continuidad con un partido político declarado judicialmente ilegal y disuelto por esa misma Sala. Y cuando incluso el propio Tribunal Supremo ha utilizado como medios probatorios de esa continuidad la enumeración de actividades del art. 9.4 de la LOPP. Evidentemente hay una conexión con el objeto de ambos procesos y, aunque el TC afirme lo contrario, es posible, por tanto, la preterdeterminación del fallo.

2.3. *La compleja salvaguarda de las garantías procesales*

El TC rechaza las vulneraciones del derecho a la tutela judicial efectiva que alegan los recurrentes, amparándose en las notas de celeridad y perentoriedad propias del recurso previsto en el art. 49 LOREG. Se recuerda la doctrina mantenida en sentencias como la 93/1999, de 27 de mayo, o la 48/2000, de 24 de febrero, según la cual «el proceso electoral es, por su propia naturaleza, un procedimiento extremadamente rápido, con plazos perentorios en todas sus fases y tanto en su vertiente administrativa como en los recursos jurisdiccionales que se establecen para el control de la regularidad de todo el proceso». El TC insiste en que al tratarse de un procedimiento extremadamente rápido, se requiere, tanto en su vertiente administrativa como la jurisdiccional, «una extrema diligencia, puesto que se ha decidido hacer compatible el derecho a la tutela judicial efectiva de las recurrentes, con la necesidad de cumplir los plazos establecidos para, a su vez, cumplir los de la globalidad del proceso electoral correspondiente». De la misma manera, reitera que estas características del proceso, así como el principio de concentración de las fases de alegaciones y prueba que inspiran su regulación, y que se traduce en la inexistencia de una específica fase probatoria, determinan que el derecho a la prueba quede modulado por la necesidad de observar los plazos preclusivos (FJ 13).

Lo que sí es cierto es que tal vez nunca se pensó que en el marco del art. 49 LOREG se planteara un número tan elevado de recursos como en esta ocasión (241) y de la envergadura jurídica y política de los que estamos analizando. No cabe duda de que resolver tal cantidad de recursos, y analizar una por una todas las candidaturas impugnadas en unos plazos tan breves, puede ofrecer dudas, al menos, con respecto a las exigencias derivadas del art. 24 CE. Sobre todo si tenemos en cuenta las «sutilezas» que pueden plantear algunos de los medios probatorios de la continuidad de las candidaturas con los partidos disueltos (18).

El voto particular que formula la magistrada D.^a Emilia Casas Baamonde a la STC 45/1983 llama la atención sobre estas dificultades, las cuales pueden desembocar en una paradoja: «la de que la garantía jurídica que el legislador ha incrustado en el comprimido calendario electoral (art. 49.5 LOREG) podría llegar a enervar la constitucionalmente necesaria tutela judicial efectiva sin indefensión que puede reclamarse sobre cualquier derecho o interés legítimo, máxime sobre los derechos fundamentales de participación en asuntos públicos y acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos con los requisitos señalados por las leyes (art. 23.1 y 2 CE)». La magistrada duda de que las garantías del proceso del art. 49 LOREG satisfagan esos derechos mínimos de defensa.

El voto particular también subraya cómo el TC, para intentar salvaguardar las garantías procesales, modifica su doctrina anterior sobre el amparo electoral, según la cual el recurso de amparo electoral debe considerarse un recurso de amparo más y no «una instancia de apelación» (por todas, STC 24/1990, de 15 de febrero, FJ 2) (19). El TC reconoce en el FJ9 que, dada la peculiaridad del amparo electoral en los supuestos del art. 44.4 LOREG, es

(18) El TC sí reconoce que se produjo una inicial irregularidad procesal, ya que las demandadas y documentos a ellos acompañados no fueron trasladados a los afectados por la impugnación. El traslado se substituyó por un examen de las actuaciones en la secretaria del TC dentro de un breve plazo, que finalizaba a las quince horas del día 2 de mayo. En todo caso, estima que no se produjo un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa, ya que los recurrentes pudieron realizar las alegaciones que consideraron oportunas rebatiendo la cuestión fundamental planteada en el recurso: la conexión de la agrupación electoral con las actividades de los partidos políticos ilegalizados conforme al art. 44.4 LOREG.

(19) Se ha subrayado unánimemente la conversión del Tribunal Constitucional, de hecho, en un Tribunal electoral, en una especie de segunda instancia que puede enjuiciar la actuación de los órganos judiciales más allá de lo que no sea violación de derechos fundamentales o libertades públicas. Véase, al respecto, OCTAVIO SALAZAR BENÍTEZ: *El candidato en el actual sistema de democracia representativa*, cit., pág. 202, y la bibliografía ahí citada. Véanse también ARTEMI RALLO LOMBARTE: *Garantías electorales y Constitución*, cit., págs. 117 ss; y FRANCISCO CAAMAÑO DOMÍNGUEZ: *El derecho de sufragio pasivo. Prontuario de jurisprudencia constitucional, 1981-1999*. Aranzadi, Elcano, 2000, pág. 65.

necesaria «una flexibilización» de sus límites. Incluso en el FJ 11 deja muy claro que el amparo electoral ofrece la oportunidad de formular nuevas alegaciones, «con pleno conocimiento de las cuestiones planteadas en el proceso originario» (20). Este cambio de criterio queda plasmado en el FJ 30, en el que, como analizaré más adelante, efectúa la valoración de determinadas pruebas aportadas ante él. Posición que contrasta con el plano externo en el que parece situarse el TC, que advierte en el FJ 27 que «no puede contradecir o revisar» lo acreditado en las sentencias impugnadas «por desenvolverse en el terreno propio de la legalidad ordinaria» (21).

El TC también rechaza, amparándose en la perentoriedad de los plazos y en la naturaleza del proceso electoral, la queja relativa a la imposibilidad de designar Abogado y Procurador del turno de oficio (FJ 19). Tampoco estima vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva porque el TS no diera detallada respuesta a determinadas alegaciones. El TC recuerda su jurisprudencia en la que se sostiene que «la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva no exige una respuesta explícita y pormenorizada a todas y a cada una de las alegaciones que se aducen como fundamento de la pretensión, pudiendo ser suficiente a los fines del derecho fundamental invocado, en atención a las circunstancias particulares del caso, una respuesta global o genérica a las alegaciones formuladas por las partes que fundamente la respuesta a

(20) El TC ha mantenido una doctrina similar en pronunciamientos anteriores. Así, en la STC 79/1989, señaló que «si bien no corresponde a este Tribunal, en general, la revisión de la interpretación del derecho electoral realizada por las Juntas Electorales y las Salas competentes en el procedimiento contencioso-electoral, en su condición de "intérprete supremo de la Constitución", debe revisar si a ello es instado en vía de amparo, si la interpretación de la legalidad configuradora de los derechos fundamentales se ha llevado a cabo *secundum Constitutionem* y, en particular, si dados los hechos apreciados por el órgano judicial, la aplicación de la legalidad ha podido afectar a la integridad del derecho fundamental aquí comprometido (art. 23.2)».

(21) El propio TC había reconocido previamente que no podía entrar a conocer, de acuerdo con el art. 44.1.b) LOTC, de los hechos que dieron lugar a los procesos en los que se produjeron las alegadas lesiones de derechos fundamentales aducidas en las demandas de amparo (SSTC 13/1992, de 6 de febrero, FJ 1; 46/1982, de 12 de julio, FJ 1; 43/1992, de 30 de marzo, FJ 3; 143/1991, de 1 de julio, FJ 1). (FJ 6). Sin embargo, el TC matiza inmediatamente dicha afirmación: «lo que no significa, sin embargo, que deba abstraerse de las consecuencias jurídicas que el órgano judicial extrae de tales hechos cuando, viéndose afectado un derecho fundamental, aquellas consecuencias resulten desproporcionadas o supongan para el derecho fundamental en cuestión una injerencia, sacrificio o menoscabo en modo alguno justificado, razonable o simplemente acorde con la naturaleza de la infracción producida (STC 130/1991, de 6 de junio, FJ 4), ni que le esté impedido el conocimiento de los hechos en el sentido de la ilustración o análisis reflexivo de los antecedentes que puede resultar positivo e incluso necesario para fundar su decisión (STC 46/1982, de 12 de julio, FJ 1)».

la pretensión deducida, aun cuando se omita una respuesta singular a cada una de las alegaciones concretas no sustanciales».

Igualmente se rechazan las denuncias relativas a toda serie de elementos del proceso del art. 49 LOREG, tales como la constitución incorrecta de la relación jurídico-procesal al no haber sido demandadas las Administraciones emisoras de los Acuerdos impugnados; la unificación en una sola resolución de cuestiones referidas a entidades que carecen de cualquier vínculo orgánico entre ellas; la falta de celebración de vista en el contencioso electoral, sin la posibilidad de interponer recurso contra las sentencias recaídas en el mismo; o la falta de ratificación de los informes policiales utilizados como elementos de prueba.

2.4. *La afectación de otros derechos fundamentales*

El TC desestima las alegaciones relativas a otros derechos fundamentales que, en este caso sí con mayor claridad, no pueden entenderse vulnerados en el procedimiento del art. 49 LOREG. En este sentido, estima que las invocaciones tanto de la libertad ideológica como del derecho de asociación no guardan relación objetiva con lo fundamentado y resuelto por el TS y, por lo tanto, no habrían de ser examinadas por él. También rechaza la invocación del principio de igualdad (art. 14 CE) por no haberse aplicado la mencionada previsión legal a otras agrupaciones de electores, ya que, de acuerdo con una reiterada doctrina jurisprudencial, el derecho a la igualdad sólo puede entenderse como igualdad en la legalidad (SSTC 37/1982, de 16 de junio, FJ 3; 29/1987, de 6 de marzo, FJ 7; 127/1988, de 24 de junio, FJ 4; 131/1988, de 4 de julio, FJ 4).

Tampoco se estima vulnerado el principio de irretroactividad de las normas sancionadoras o restrictivas de derechos políticos y civiles (arts. 9.3 y 25.1 CE), el cual es invocado ya que, como consecuencia de la ilegalización de unos partidos políticos, se eliminan listas que incluyen personas que pertenecieron a estos partidos cuando eran legales. El TC entiende que en modo alguno cabe apreciar en las sentencias impugnadas una aplicación retroactiva del art. 44.4 LOREG.

De manera igualmente rotunda, rechaza que se haya producido una vulneración de las garantías del art. 24 CE en relación con el derecho a la intimidad (art. 18 CE). Los recurrentes en amparo alegaron que en el proceso contencioso-electoral se admitieron como pruebas datos personales de los candidatos que afectan a su intimidad y a su libertad ideológica (art. 16 CE). Datos como los relativos a la participación de los candidatos en comicios anteriores, a los que habría accedido la guardia civil y la policía para realizar

sus informes sin solicitar la correspondiente autorización de los afectados. Como bien señala el FJ 21 de la sentencia, los datos que utilizan las sentencias para acreditar la relación de los candidatos con los partidos ilegalizados son esencialmente su presencia en las candidaturas de esos partidos en procesos electorales anteriores, los cargos que eventualmente ocuparon en representación de las fuerzas políticas ilegalizadas, o la pertenencia a tales partidos como militantes o dirigentes. No puede entenderse que esos datos afecten a la intimidad de los candidatos. No sólo por el hecho de que la actividad política se desarrolle en la esfera pública, sino porque la propia legislación electoral atribuye a determinadas actuaciones de los ciudadanos en los comicios un carácter público. En concreto, ordena la publicación de las candidaturas presentadas y proclamadas en el Boletín Oficial de la Provincia (art. 47 y 187.4 LOREG) así como la de los electos en el BOE (art. 108.6 LOREG). Estos argumentos avalan igualmente el rechazo de la pretendida violación del derecho fundamental a la protección de datos alegada por los recurrentes en amparo (art. 18.4 CE).

Finalmente, y tal y como plantea la magistrada Emilia Casas en el voto particular a la STC 85/2003, la sentencia no aclara los efectos de la resolución judicial dictada en el proceso frente los acuerdos de proclamación de candidaturas y candidatos por las Juntas Electorales del art. 49 LOREG. En concreto, puntualiza que «las constricciones de las garantías procesales, legítimamente impuestas para permitir el adecuado desarrollo del proceso electoral concreto, no permiten, precisamente por la desaparición de esta razón justificadora, que los presupuestos de la decisión adoptada puedan ser tenidos en otros procedimientos, singularmente en otros procesos electorales, como vinculantes o inmodificables para la decisión que en ellos de pronuncie. En otras palabras, debe ser posible, que cualesquiera afectados por la sentencia desvirtúen en aquellos procedimientos, mediante la utilización de los medios de defensa y prueba que estén a su disposición, la realidad de los señalados presupuestos.» Si se entienda lo contrario, se estaría expandiendo la «inelegibilidad parcial» que proclama la sentencia, sin cobertura legal y sin las necesarias garantías procesales. Algo que iría en contra de la Constitución y del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

3. LA POSIBLE VULNERACIÓN DEL DERECHO DE SUFRAGIO PASIVO

3.1. *El contenido esencial del derecho de sufragio pasivo y los límites de su configuración legal*

Pero es, sin duda, la posible vulneración de los derechos a participar en los asuntos públicos directamente o por medio de representantes (art. 23.1 CE), en relación con el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes (art. 23.2 CE), la que ha de centrar necesariamente mis reflexiones. Y no sólo por lo cuestionable de las opciones del legislador, sino también por lo discutible de las argumentaciones que utilizan tanto el Tribunal Supremo como el Constitucional para justificar la anulación de más de doscientas candidaturas.

Debemos recordar que la STS de 27 de marzo de 2003, que declaró la ilegalidad de los partidos políticos Herri Batasuna, Euskal Herritarrok y Batasuna, basó su fallo en que los citados partidos no habían desarrollado una actividad respetuosa con el pluralismo ni se habían conducido de forma democrática, habiéndose demostrado que habían ejecutado una estrategia preconcebida y diseñada por la banda terrorista ETA. La misma sentencia advertía que la actividad de los partidos ilegalizados no podría continuar en el futuro bajos otros «ropajes jurídicos» Algo que se desprendía de lo dispuesto en el art. 12.1.b) de la LOPP, que considera fraudulenta «la creación de un nuevo partido político o la utilización de otro ya inscrito en el Registro que continúe o suceda la actividad de un partido declarado ilegal o disuelto» (22).

El TS basa la legitimidad constitucional de la anulación de dichas candidaturas en la concepción del sufragio pasivo como un «derecho de configuración legal», al señalar el art. 23.2 CE que el mismo se ejercita de acuerdo «con los requisitos que señalen las leyes». Concepción reiterada por el TC en sentencias como la 185/1999, de 11 de octubre, en la que se ha insistió en el «amplio margen de libertad» de que dispone el legislador para regular el ejercicio del derecho, es decir, para configurar el sistema mediante el cual se

(22) Este precepto fue uno en los que el Gobierno vasco apoyó su consideración de la LOPP como una «ley de caso único» y, por tanto, inconstitucional. Sin embargo, la STC 48/2003 rechazó esa argumentación y, en concreto, en relación al art. 12.1.b) sostuvo en su FJ 15 que «el art. 12.3 LOPP atiende al caso de un partido ya disuelto en aplicación de la Ley misma y cuya continuidad fraudulenta a través de otra formación se pretende evitar mediante la adopción de las correspondientes medidas en sede judicial. Nada puede oponerse a todo ello en términos de generalidad y abstracción, pues la previsión examinada es aplicable a cualquier supuesto de disolución de cualquier partido, sin agotarse, por tanto, en un caso singular e irrepetible».

produce en la práctica el acceso a los cargos públicos representativos (23). Margen de libertad que, en todo caso, habrá de respetar el «contenido esencial» del derecho (24).

El Supremo sostiene que la LO 6/2002 respeta dicho contenido esencial, ya que se limita «a impedir que puedan concurrir a un proceso electoral agrupaciones de electores que de hecho intenten continuar o suceder la actividad de un partido judicialmente ilegalizado y disuelto que es, precisamente lo que respecto de los tres partidos políticos demandados hizo la sentencia de esta Sala de 27 de marzo de 2003, por su reiterada vulneración de los principios básicos constitucionales, plasmados en las conductas expresadas en el art. 9 de aquella Ley». Tanto las sentencias del Supremo como la del Constitucional mantienen que la exclusión de dichas agrupaciones del proceso electoral no implica una vulneración del derecho de sufragio pasivo de aquellas personas que, integradas en una de las candidaturas anuladas, no tenían restringida por ninguna causa su capacidad electoral pasiva. Esta limitación estaría justificada por la finalidad de «*salvaguardar principios esenciales de nuestro sistema democrático*». Por lo tanto, estaríamos ante un claro ejemplo de lo que Antonio Baldasarre ha denominado concepto *relativo* del «contenido esencial» de los derechos. Es decir, la anulación de estas candidaturas refleja la idea de que el contenido esencial de un derecho debe responder a un equilibrio entre su contenido y sus límites internos, y los de otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos. Equilibrio que ha de traducirse en la necesidad de una justificación de los límites basada en juicios de razonabilidad y proporcionalidad (25). Las dudas, en este caso, se plantean con respecto a la proporcionalidad.

(23) JAVIER GARCÍA ROCA sostiene, en relación precisamente con el derecho de acceso a los cargos públicos representativos, que la categoría de «derechos de configuración legal» es «extremadamente *peligrosa*, ya que puede autorizar un vaciamiento legal del derecho fundamental, al producirse un solapamiento entre sus supuestos e imprecisos contenidos, esencial y adicional, el segundo de los mismos plenamente disponible por el legislador». *Cargos públicos representativos. Un estudio del art. 23.2 de la Constitución*, Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 187.

(24) Como señala MANUEL PULIDO QUECEDO, «en los llamados *derechos de configuración legal* el límite del *contenido esencial* de los derechos (art. 53.1 CE) sigue constituyendo *valladar infranqueable* para el legislador ordinario que no podrá deconstitucionalizar al mismo a través de los procesos de inconstitucionalidad y del recurso de amparo». *El acceso a los cargos y funciones públicas. Un estudio del art. 23.2 de la Constitución*, Civitas, Madrid, 1992, pág. 64.

(25) ANTONIO BALDASARRE: «Diritti inviolabili», *Enciclopedia del Diritto*, tomo XI, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1989, págs. 1-43. Citado por J. GARCÍA ROCA: en *Cargos públicos representativos...*, cit., pág. 154. En este sentido, GARCÍA ROCA llama la atención de que, de acuerdo con esta tesis, puede producirse la desnaturalización o vaciamiento de un derecho (*ibidem*, pág. 155).

Creo que aquí se encuentra la mayor debilidad de la argumentación del Supremo, ya que la anulación de candidaturas provoca que un conjunto de ciudadanos y ciudadanas, sin tener restringido el derecho de sufragio pasivo, no pueden ejercerlo. Porque debemos recordar que el ejercicio del derecho de sufragio pasivo se hace efectivo mediante la presentación de candidaturas en los diferentes procesos electorales a través de los sujetos y de los procedimientos que la ley electoral establece (art. 44 LOREG). Se estaría afectando, por tanto, el contenido esencial del derecho, que ha de ser la única «cláusula admisible de intangibilidad» admisible en un sistema democrático (26).

3.2. *La continuidad de los partidos ilegalizados: Pruebas indiciarias e inelegibilidad parcial*

La LOPP basa la posibilidad de anulación de candidaturas en la existencia de una sucesión o continuidad «de hecho» de las agrupaciones de electores con los partidos ilegalizados. Esta continuidad, sostiene el Supremo, deberá declararse sólo si se ha acreditado debidamente la concurrencia de las circunstancias que la justifiquen y, en caso de duda, conforme a la doctrina reiterada por el TC, habrá que realizar una interpretación *pro* ejercicio del derecho fundamental. Así, entre otras, habrán de valorarse las circunstancias que el propio art. 44.4 LOREG menciona («*A estos efectos, se tendrá en cuenta la similitud sustancial de sus estructuras, organización y funcionamiento de las personas que los componen, rigen, representan y administran las candidaturas, de la procedencia de los medios de financiación o materiales, o de cualesquiera otras circunstancias relevantes que, como su disposición a apoyar la violencia o el terrorismo, permitan considerar dicha continuidad o sucesión*»). Además deberán tenerse en cuenta todas aquellas que permitan apreciar de hecho la continuidad o sucesión, tales como la denominación, las siglas y los símbolos expresados en la presentación de la candidatura, la posible participación o contribución de los partidos disueltos en la promoción de las agrupaciones de electores o en la elaboración o diseño del programa electoral de aquéllas. Igualmente podrán valorarse los elementos de hecho que menciona el art. 9.3 de la LOPP, así como la presencia entre los electores agrupados y promotores de las candidaturas vinculadas a los partidos políticos disueltos o las sanciones administrativas y las condenas penales por delitos tipificados en los títulos XXI a XXIV del Código Pe-

(26) FRANCISCO BASTIDA: *De las defensas y aperturas de la Constitución*, ponencia presentada en el I Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España, celebrado en Toledo, 21 de noviembre de 2002 (pendiente de publicación).

nal. Con respecto a estos últimos datos, el TC señaló en su sentencia 48/2003, de 12 de marzo (FJ 13), que «la utilización de penados por terrorismo, incluyéndolos de manera regular en puestos directivos y en las listas electorales, puede suponer la expresión de solidaridad con los métodos de terror». En todo caso, es evidente que la condena penal ha de conllevar, o puede hacerlo, la privación del sufragio de la persona que ha sido condenada (27). Los interrogantes se plantean cuando los efectos de esa condena se hacen extensivos a otras personas a las que se les impide ejercer un derecho fundamental.

En este punto, hay que tener en cuenta que el art. 9.3 fue uno de los más controvertidos de la Ley de Partidos, incluso tras la «depuración» que eliminó alguno de los vicios que presentaba en su redacción inicial, al enumerar una serie de conductas que supondrían la penalización de «fines», «pretensiones» o «programas» que han de tener cabida en un sistema plural (28). En concreto, habría que recordar la polémica que planteó la redacción del apartado a) en el que se incluye el apoyo «expreso o tácito» del terrorismo. Es evidente la dificultad de enjuiciar qué se entiende por ese «apoyo tácito», al margen de que puede dar lugar a la «penalización» de las supuestas consecuencias que se anudan a silencios o inactividades, lo cual puede implicar una clara vulneración de libertades básicas como la ideológica o la de expre-

(27) En este sentido, la LO 1/2003, de 10 de marzo, para la garantía de la democracia en los ayuntamientos y la seguridad en los concejales, modifica el art. 6.2 LOREG, estableciendo que son inelegibles: A) Los condenados por sentencia firme, a pena privativa de libertad, en el período que dure la pena. B) Los condenados por sentencia, aunque no sea firme, por delitos de rebelión, de terrorismo, o contra las instituciones del Estado, cuando la misma haya establecido la pena de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo en los términos previstos en la legislación penal.

(28) Con respecto a la redacción de esas causas en el Anteproyecto de LOPP, fueron unánimes las críticas por parte de la doctrina. MANUEL ARAGÓN, por ejemplo, sostuvo que el modo en el que estaban tipificadas algunas de las causas de disolución podrían albergar motivos solamente ideológicos, es decir, actitudes y no actuaciones. «Sin serios reparos jurídicos», *El País*, 21 de abril de 2002. También MARC CARRILLO: «Desafortunada y traumática», *El País*, 21 de abril de 2002; y ROBERTO BLANCO VALDÉS: «La nueva ley de partidos...», cit., pág. 30. FRANCISCO RUBIO LLORENTE sostuvo que la competencia de disolución debería corresponder al Tribunal Constitucional dada la dimensión constitucional del problema. Ello llevaría a que los ilícitos no se redactaran de manera tan estricta al no considerarse como tipos penales sino como auténticas inconstitucionalidades. «Los límites de la democracia», *El País*, 26 de abril de 2002. Un análisis detallado de las causas que enumera el art. 9 LOPP puede verse en EDUARDO VIRGALA: «Los partidos políticos ilícitos tras la LO 6/2002», cit., págs. 249 ss. LEONARDO ÁLVAREZ ÁLVAREZ sostiene la inconstitucionalidad del art. 9.3 LOPP en cuanto que acaba conduciendo a la ilicitud de ideologías contrarias a la CE. «Lealtad constitucional y partidos políticos», *Teoría y realidad constitucional*, núms. 10-11, 1.º semestre 2002-2.º semestre 2003, pág. 465.

sión (29). En todo caso, la STC 48/2003 defendió la constitucionalidad de dicho precepto, aunque con una argumentación no exenta de sombras. Así, en el FJ 10 sostuvo que las conductas enumeradas en el art. 9.3 LOPP son una especificación de los supuestos básicos de ilegalización enunciados en el art. 9.2, por lo que no cabe entender que, al configurarlos como supuestos a partir de los cuales puede llegarse a la disolución de un partido, se hayan vulnerado las libertades ideológica, de participación, de expresión o de información (30). Con respecto al apoyo «tácito» al terrorismo, el mismo fundamento jurídico sostiene 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» (31).

En relación a la actividad probatoria de esa «continuidad» entre las candidaturas y los partidos disueltos, también plantea algunas dudas la utilización de pruebas «indiciarias», o también denominadas en el art. 386 LEC

(29) Esa misma fórmula vuelve a utilizarse en la *LO 1/2003, de 10 de marzo, para la garantía de la democracia en los Ayuntamientos y la seguridad de los concejales* al incluir entre las decisiones gravemente dañosas para el interés general que, de acuerdo con el 61 LRBR, pueden legitimar la disolución de una Corporación local por el Consejo de Ministros «los acuerdos o actuaciones de los órganos de las corporaciones locales que den cobertura o apoyo, expreso o *tácito*, de forma reiterada y grave, al terrorismo o a quienes participen en su ejecución, lo enaltezcan o justifiquen y los que menosprecien o humillen a las víctimas y sus familiares».

(30) Como señalara ROBERTO BLANCO, tras la nueva redacción, el art. 9 se limita a establecer las conductas no penales (y nunca las ideas, pretensiones o programas) por las que un partido podrá ser disuelto. La mejor prueba de ello es que todas las acciones se relacionan siempre con la violencia o el terrorismo. «La nueva ley de partidos...», cit., pág. 30.

(31) Creo que este pronunciamiento presenta un difícil encaje con la doctrina mantenida por el TEDH en relación a la disolución de partidos por su conexión con actividades terroristas. En concreto, la STEDH de 9 de abril de 2002, *Partido del Trabajo del Pueblo (HEP) y otros contra Turquía*, consideró violado el art. 11 del Convenio Europeo por considerar que la disolución del citado partido, basada fundamentalmente en las declaraciones públicas de sus dirigentes que se entendieron como «apología del terrorismo». El TEDH entiende que no hubo una apreciación aceptable de los hechos y que la medida era desproporcionada pues no puede identificarse la defensa de determinados principios con el terrorismo ni tampoco cabe dicha identificación con la formulación de severas críticas a las fuerzas de seguridad en su lucha contra los grupos terroristas. Véase al respecto JAVIER GARCÍA ROCA: «La problemática disolución del Partido de la Prosperidad ante el TEDH: Estado Constitucional y control de las actuaciones de partidos fundamentalistas», cit., pág. 316. EDUARDO VIRGALA sostiene que debió eliminarse dicha referencia al apoyo «tácito», «Los partidos políticos ilícitos tras la LO 6/2002», cit., pág. 251.

«presunciones judiciales». Estas pruebas han sido definidas en las SSTS de 3 mayo de 2003 como «medios probatorios que, a partir de un hecho admitido o probado permiten presumir la certeza de otro, siempre que entre el admitido o demostrado y el presunto exista un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano».

En sentencias como la 237/2002, de 9 de diciembre, el TC, recogiendo la jurisprudencia del TEDH, ha admitido este tipo de pruebas. Pruebas en la que «la exigencia de razonabilidad del engarce entre lo acreditado y lo que se presume cobra una especial trascendencia». La única manera de distinguir las meras sospechas o conjeturas es que dicho «engarce lógico» esté asentado en una «comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes». El problema es que, ante supuestos como el que comentamos, en los que los criterios de oportunidad política son ineludibles, puede resultar complejo delimitar esos «criterios colectivos vigentes». Es decir, la frontera entre las meras sospechas o conjeturas y las pruebas indiciarias es tan delgada, que no debería abusarse de éstas cuando la consecuencia puede ser la limitación de un derecho fundamental (32).

Las dudas se plantean, por ejemplo, cuando la presencia en una lista de un condenado a la pena de inhabilitación para el sufragio pasivo o de un ciudadano que hubiera accedido a un cargo público a través de una candidatura de uno de los partidos disueltos, «contamina» al resto de componentes de esa lista. Supone una interpretación de, cuando menos, dudosa constitucionalidad por su incidencia en el ejercicio del derecho fundamental de sufragio, ya que supone extender la falta de capacidad electoral pasiva a otras personas en las que no concurre el supuesto de hecho que legitima dicha privación (33). Deberíamos recordar cómo el TC ha reiterado que el derecho de

(32) Las pruebas que utiliza el TS son los informes de la Guardia Civil y de la Policía Nacional; documentos internos sobre las elecciones locales o los criterios para la formación de las listas, instrucciones internas o documentos periodísticos; las importantes coincidencias que se dan entre personas que pertenecían a los partidos cuya ilegalidad ha sido declarada y que concurren como candidatos en las listas cuya proclamación se impugna; la presencia de candidatos que han mantenido con los partidos ilegalizados y disueltos, vínculos de entidad suficiente como para inferir razonablemente de ellos que su presencia en las candidaturas proclamadas responden al propósito de desarrollar bien desde las Juntas Electorales, bien desde los Ayuntamientos, bien desde el Parlamento Navarro, caso de resultar elegidos, el proyecto político impulsado por los partidos disueltos. Igualmente se tuvo en cuenta la presencia en las nuevas candidaturas de las mismas personas que venían asumiendo cometidos de especial relevancia en los partidos políticos ilegalizados y disueltos, o tenían con ellos una particular vinculación.

(33) Éste es uno de los argumentos en que se apoyan los recurrentes en amparo: «La circunstancia de que uno o algunos de los candidatos incluidos en las listas de cada agrupación

sufragio pasivo es «a tenor del art. 70.1 CE, un derecho ciudadano configurado por las leyes y delimitado negativamente por la ausencia de causas de inelegibilidad, que se inserta en el marco del art. 23.2, de este modo, desde este parámetro, *no podrá negarse a quien, estando en el pleno uso de sus derechos políticos, no está incurso en causa de inelegibilidad...*» (FJ 4, STC 45/1983, de 25 de mayo).

Es decir, el derecho de acceso a los cargos públicos representativos es un derecho cuya titularidad corresponde a cada ciudadano, en cuanto máxima expresión de la igualdad propia de una democracia (34). Otra cosa es que el ejercicio de ese derecho se realice de manera colectiva a través de las asociaciones o colectivos a los que la ley reconoce la capacidad de presentar candidaturas en los procesos electorales. La interpretación del TC parece sugerir que, en este caso, estamos ante un derecho de la candidatura en su conjunto de la que se predica o no una hipotética *capacidad electoral*. Esta interpretación sería además difícil de casar con la reiteradamente mantenida por el TC desde las sentencias 5/1983 y 10/1983 en cuanto a la titularidad de los cargos públicos representativos, según la cual el derecho de participación política corresponde a los ciudadanos y no a los partidos políticos. Es decir, vendría a desconocerse que la relación de representación política se configura jurídicamente sobre personas físicas. Relación que, no lo olvidemos, viene a suponer la máxima expresión de la ciudadanía.

La STC 85/2003 parece apoyar inicialmente esta posición cuando en su FJ 23 señala que, de acuerdo con la LOPP, los efectos de la disolución judicial de un partido no pueden ir más allá de las previsiones del art. 12.1. Es decir, han de limitarse al cese inmediato de su actividad y a la apertura de un proceso de liquidación de su patrimonio. Por lo tanto, la disolución no afecta a los derechos individuales de sus dirigentes y afiliados, «cuyas conductas no han sido objeto de enjuiciamiento en el proceso de disolución más que a los fines de aquilatar la trayectoria del partido, finalmente incurso en las causas de disolución establecidas en los arts. 9 y 10 de la Ley». Por tanto, la di-

de electores haya formado parte de una candidatura presentada en anteriores procesos electorales por partidos políticos entonces legales, o que ocupasen en éstos cargos directivos, no pueden justificar la privación a estos candidatos de su derecho de sufragio pasivo, ni la de los que les acompañan en la lista electoral».

(34) «En los demás derechos todos los ciudadanos somos iguales en lo que a la titularidad se refiere. La titularidad expresa la ciudadanía, esto es, la igualdad. El ejercicio la individualidad, esto es, la diferencia. En el derecho de participación somos exactamente iguales todos tanto en la titularidad como en el ejercicio... A través del ejercicio del derecho de participación política, directamente o a través de representantes, cancelamos *voluntariamente* nuestra individualidad y afirmamos nuestra ciudadanía». JAVIER PÉREZ ROYO: *Curso de Derecho Constitucional*, cit., pág. 476.

solución de un partido político no ha de comportar «la privación del derecho de sufragio, activo o pasivo, de quienes fueron sus promotores, dirigentes o afiliados». Esta privación sólo puede producirse como consecuencia de un procedimiento judicial específicamente centrado en la conducta o en las circunstancias de personas físicas, las cuales sólo pueden verse privadas de su derecho sufragio pasivo si en ellas concurren algunas de las causas fijadas en el art. 6 LOREG.

Sin embargo, el TC matiza esas conclusiones. Con un razonamiento algo confuso, el FJ 24 de la STC 85/2003 comienza afirmando que el art. 44.4 LOREG, introducido por la DA 2.^a LOPP no incorpora «una causa de inelegibilidad». Ahora bien, inmediatamente puntualiza que es posible en este caso hablar de una «causa de inelegibilidad *parcial*».

El TC introduce un concepto nuevo, que además contradice su doctrina anterior sobre el derecho de sufragio pasivo. Las causas de inelegibilidad, tasadas por el legislador, no pueden ser más que «totales», en cuanto que si afectan a un ciudadano concreto le impide el ejercicio de su derecho a ser elegible (35). No tiene mucho sentido decir que «las personas que figuran en la agrupación no proclamada pueden ejercer su derecho de sufragio pasivo a través de otra candidatura» porque, de hecho, una vez concluidos los recursos previstos por el legislador electoral, es materialmente imposible que se incorporen a otra candidatura. Por lo tanto, se está privando de manera absoluta del derecho de sufragio pasivo a las personas que figuran en las candidaturas anuladas. Porque debemos recordar que el sufragio pasivo es «una capacidad virtual, la cual deviene sólo efectiva sólo al concatenarse a una pluralidad de actos volitivos, consistentes en las decisiones del sujeto de presentar la propia candidatura y en la intención de un partido o de una organización política de incluirlo en calidad de candidato en una lista» (36). Es decir, el ejercicio del derecho pasa necesariamente por los procedimientos que el legislador ha establecido para acceder a los cargos públicos representativos. La aplicación del art. 44.4 LOREG vendría si no a privar de la capacidad electoral pasiva a determinadas personas, sí a impedir, como de hecho ha sucedido, su ejercicio. Lo cual supone en definitiva privación del derecho pues no tiene sentido deslindar la mera titularidad formal del ejercicio efectivo de aquél.

(35) La «imaginación» de la doctrina nunca había llegado a un concepto como éste. El criterio que suele utilizarse mayoritariamente es la distinción entre inelegibilidades absolutas y relativas, según afecten a todas o sólo a algunas circunscripciones del Estado. Ésa es la distinción que se desprende también de los supuestos incluidos en el art. 6 LOREG.

(36) GIANCARLO ROLLA: *Manuale di Diritto Pubblico*, Giappichelli editore, Torino, 1994, pág. 195.

Por otra parte, este supuesto no encaja en lo que unánimemente se ha subrayado como finalidad de las causas de inelegibilidad, que no es otra que proteger el libre y democrático uso del derecho de sufragio activo, evitando cualquier perturbación (37). Es decir, las inelegibilidades tratan de garantizar la regularidad del proceso electoral excluyendo del mismo a las personas que, por su posición, podrían influenciar la libre voluntad de los electores (38). En el caso que nos ocupa, no se dan, obviamente, estas circunstancias y, al contrario, lo que se provoca como efecto indirecto es la imposibilidad de que determinados ciudadanos puedan ejercer su derecho de sufragio activo al privarles de una opción política que ha contado con un respaldo electoral importante en las últimas décadas (39).

3.3. *La desnaturalización de las agrupaciones de electores*

El propio TC reconoce en el FJ 24 que «la sola idea de que el partido pueda prolongarse o continuarse en algo no sea un partido político y el hecho de que a esa posibilidad se anude una restricción, siquiera parcial, del libre ejercicio del derecho de sufragio puede plantear algunas dudas de constitucionalidad». Y estas dudas se plantean en un doble sentido. En primer lugar, dice el Constitucional, «porque la *continuidad*, por definición, sólo puede lograrse entre categorías homogéneas, de tal manera que un partido disuelto sólo puede prolongarse en una entidad con las funciones que le confía el art. 6 CE». En segundo lugar, «es discutible que, más allá de la continuidad formal, pueda perseguirse también la continuidad material del partido (mejor: de las funciones que definen a los partidos como tales) cuando algunas de esas funciones se formalizan en entidades que, además de no ser partidos políticos, son instrumento para el ejercicio de un derecho fundamental distinto del derecho de asociación y del derecho de creación de parti-

(37) Véase, por ejemplo, ELOY GARCÍA: «Inelegibilidad política e incompatibilidad parlamentaria», *Sistema*, núms. 118-119, 1994, pág. 113.

(38) Además, y como nos recuerda JAVIER GARCÍA ROCA, las inelegibilidades «no pueden estar fundadas en criterios que quepa considerar en sí mismos odiosos y discriminatorios, cuales pueden ser la pertenencia a una etnia, o la condición femenina, o quienes profesen determinada religión o ideología, etc. O, simplemente, criterios desprovistos de una justificación objetiva, proporcionada y razonable respecto de una medida tan grave como es la exclusión del sufragio pasivo». J. GARCÍA ROCA: *Cargos públicos representativos...* cit., pág. 161.

(39) Debemos tener en cuenta que, de manera inmediata a la anulación de las candidaturas, la plataforma AuB creó una Comisión de Garantías para hacer un seguimiento de las elecciones. Su objetivo principal era contabilizar los votos nulos que conseguirían las candidaturas anuladas.

dos políticos. Concretamente, son instrumento directo del derecho de participación política (art. 23 CE)». Esto es lo que sucede con las agrupaciones de electores, que son la vía mediante la que los ciudadanos pueden participar en los asuntos públicos o, más estrictamente, presentar candidaturas sin contar con el respaldo de un partido. Los partidos y las agrupaciones de electores no son, pues, realidades equivalentes ni siquiera equiparables. Por ello, concluye el TC, «la diversidad ontológica entre los dos términos respecto de los cuales se predica la continuidad es tan absolutamente radical que el tránsito entre ellos sólo puede ser fruto de la *artificiosidad más forzada*» (cursiva mía).

Pareciera que el TC fuera a concluir admitiendo las candidaturas y contradiciendo las argumentaciones del Supremo por la clara vulneración que suponen del derecho de sufragio pasivo. Pero inmediatamente el TC da un giro en sus razonamientos y concluye: «el precepto en cuestión admite una interpretación constitucionalmente conforme en la medida en que, considerando en el conjunto del sistema normativo en el que se integra, su sentido no es el propio de una causa restrictiva del derecho de sufragio pasivo, sino el de un mecanismo de garantía institucional con el que pretende evitarse, justamente, la desnaturalización de las agrupaciones de electores como instrumentos de participación ciudadana». El TC utiliza una categoría tan imprecisa como la de «garantía institucional» y avanza un argumento de frágil consistencia: la desnaturalización de las agrupaciones de electores.

El propio TC ha recordado que las agrupaciones de electores son instrumentos de participación política de los ciudadanos de carácter temporal, constituidos al margen de la disciplina partidista. Por tanto, es muy arriesgado concluir que determinadas agrupaciones están desvirtuando la naturaleza y el sentido que les ha otorgado la LOREG y el propio TC (por ejemplo, en la sentencia 16/1983, de 10 de marzo) Una naturaleza que está definida por dos notas: son un instrumento de presentación de candidaturas al margen de los partidos y tienen su vida constreñida a un concreto proceso electoral. Las candidaturas cuya validez se está discutiendo responden claramente a esos caracteres. Una vez disueltos los partidos que eran cauce de expresión de un determinado proyecto político, cabe entender como una consecuencia *casi* natural que los ciudadanos se organicen por la única vía que la ley les posibilita para participar en un proceso electoral.

El TC apoya su decisión en una valoración conjunta de todas las agrupaciones, «de cuya suma resulta, materialmente, un entramado equivalente a un partido político». Se tiene en cuenta que la pluralidad de agrupaciones enjuiciadas se han organizado alrededor de una entidad común, con el que objetivo de obviar las consecuencias de la disolución de un partido cuya continuidad se pretende manera fraudulenta. De esta forma, dichas agrupa-

ciones «trascenderían la condición que les es propia como instrumento de participación política y se convertirían en elemento necesario para la comisión de un acto fraudulento». Lo decisivo para el TC es que se pruebe que «las agrupaciones electorales cuya proclamación se deniega operan materialmente como componentes constitutivos de un partido *de facto* y no como verdaderos instrumentos de participación política que agotan su sentido en la actualización del ejercicio del derecho de sufragio pasivo por parte de los particulares que en ellas se agrupan» (FJ 28). El gran error de este argumento es que, incluso en el caso de que se demuestre que las agrupaciones actúen como continuación de un partido, también están actuando como instrumentos de participación política y de ejercicio del derecho de sufragio pasivo de quienes forman parte de ellas. Y ésta es su característica esencial, su característica *primaria* podríamos decir, mediante la cual se está posibilitando el ejercicio de un derecho fundamental. Además se entiende que cada una de las candidaturas propuestas por una agrupación de electores es, por su propia naturaleza, independiente de cualquier otra, y su ámbito ha de ser el de la circunscripción electoral correspondiente, sin que sea posible una candidatura colectiva extensiva a más de una circunscripción (Acuerdo Junta Electoral Central de 30 de enero de 1980). Por lo tanto, debe demostrarse la conexión entre ellas y las *intenciones* fraudulentas de sus promotores.

Para el TC es decisiva «la presencia de candidatos que han tenido relación con los partidos disueltos en una proporción superior o cercana al 50 por 100, que se sitúan, además, predominantemente, en puestos relevantes de su respectiva candidatura, que en la actualidad ocupan cargos electivos obtenidos en listas presentadas por los partidos ilegalizados, que desempeñan un papel protagonista o de relevancia en la concertación de la trama defraudatoria articulada alrededor de plataformas constituidas con el designio de burlar los efectos de la STS de 27 de marzo de 2003...». En ese enjuiciamiento es fundamental el porcentaje de candidatos vinculados a las formaciones ilegalizadas, la naturaleza y relevancia de esa vinculación, la importancia del papel desempeñado por cada uno de aquellos candidatos en las distintas candidaturas analizadas — uno de cuyos datos expresivos es su posición en la lista electoral —, el desempeño de cargos públicos relacionados con los partidos o la existencia de condenas penales. El propio TC subraya la necesidad de extremar el rigor en el enjuiciamiento en cuanto que el resultado es el sacrificio del ejercicio de un derecho fundamental y reconoce que no basta la sola presencia de un candidato afectado por esa vinculación para apreciar la «concertación defraudatoria» y, por lo tanto, perjudicar al resto de candidatos. En todo caso, como apuntaba con anterioridad, dicho «rigor en el enjuiciamiento» es muy difícil de asegurar si tenemos en cuenta que el

Tribunal Constitucional tuvo que resolver 241 recursos, sobre otras tantas candidaturas, en sólo tres días (40).

En cuanto que estamos hablando, como el propio TC reconoce, del sacrificio del ejercicio de un derecho fundamental, me parece excesivo que se extienda la restricción del sufragio pasivo a todos los componentes de una lista, «contaminados» por la presencia de determinados individuos de los que se ha probado su conexión con los partidos políticos disueltos. Creo que, más acorde con la naturaleza del derecho de sufragio, habría sido precisar dichas circunstancias como causas de inelegibilidad y que, por lo tanto, afectasen a personas concretas, de manera que su presencia en una lista obligaría a cambiar esos candidatos pero no conllevaría la anulación de toda la candidatura. Por otra parte, también es muy cuestionable que quien ha mantenido una relación determinada en el pasado con un partido disuelto, quede para siempre «marcado» por ese vínculo y se le impida presentarse en una lista como candidato. Esta argumentación llevaría al absurdo de que la presencia en una lista, por ejemplo, de un inhabilitado para ocupar un cargo público implicara la privación del derecho de sufragio pasivo del resto de candidatos.

La «fragilidad» del sistema diseñado por la LOPP se pone de manifiesto desde el momento en que, en el FJ 30, la STC estima los recursos de amparo de tres agrupaciones cuyas listas el TS había anulado. En concreto, admite la candidatura Maeztuko Aukera Candidatura Independiente, basándose en que dicha agrupación había participado ya en dos procesos electorales en el pasado en competencia con el partido disuelto, además de que constaba su apoyo a la condena de un atentado terrorista suscrita por el Ayuntamiento de

(40) La situación más paradójica se produjo cuando, justo después de hacerse pública la sentencia del TC, una de las personas incluidas en una de las listas admitidas fue detenida en Francia por presunta conexión con actividades terroristas. En un reciente pronunciamiento, el TC parece contradecir la doctrina mantenida inicialmente. Me refiero a la STC de 10 de octubre de 2003, que resuelve el recurso de amparo electoral presentado por la Agrupación de Electores «Llerri Taldea» contra la Sentencia de la Sala Especial del art. 61 LOPJ del TS de 5 de octubre de 2003, dictada en el recurso interpuesto contra el Acuerdo de la Junta Electoral de Zona de Pamplona (29-9-03), por el que se denegó la candidatura de dicha Agrupación al Concejo de Astiz, Ayuntamiento de Larraun (Navarra). La Sala Especial del TS había puesto de manifiesto que dicha candidatura estaba integrada por una persona de la que ya se había apreciado vinculación con los partidos políticos ilegalizados. En concreto, don José Miguel Azpiroz Satrústegui había encabezado en las pasadas elecciones locales la candidatura «LARRAUNGO AHOTSA» al Municipio de Larraz, que fue anulada por las SSTS de 3 de mayo de 2003, y que asimismo figuró como candidato en las elecciones locales de 1999 por EH. En esta ocasión, el TC otorga el amparo y declara que la Agrupación de electores «Herri Taldea» ha visto vulnerado su derecho a la participación política ya que la disolución de un partido no comporta la privación del derecho de sufragio, activo o pasivo, de quienes fueron sus promotores, dirigentes o afiliados.

Arraia- Maeztu. Este último argumento vuelve a plantear la duda, ya debatida en relación a los supuestos de disolución de partidos, de cómo valorar el apoyo no expreso al terrorismo, por ejemplo, en el caso de que una fuerza política no haya suscrito un documento de condena de un acto violento.

En el mismo fundamento jurídico estima los recursos interpuestos por las agrupaciones electorales Herriarengatik y Anueko Indarra. En este caso se considera acreditado que habían concurrido a las elecciones municipales de 1995 y 1999 en competencia con los partidos disueltos. También sirve de base al TC para su resolución que el número 2 de la candidatura sea fundador y militante del partido político Aralar, constituido en el año 2001 como consecuencia de un proceso de escisión de los partidos disueltos. El primer argumento, llevada a su extremo, llevaría al absurdo de que un partido o agrupación que concurren en anteriores comicios con un partido disuelto, aunque compartiera con él parte de su proyecto ideológico, no debería tener obstáculos para presentar candidaturas. El segundo argumento supone una especie de «contaminación positiva» pues se alude a la presencia de un candidato como elemento determinante para deducir que no existe continuidad con los partidos disueltos. Ambos me parecen argumentos muy frágiles frente a lo que debería ser la interpretación más favorable al ejercicio del derecho de sufragio pasivo. Además de que, como ya he señalado, esta estimación viene a romper con la doctrina mantenida por el TC sobre la naturaleza del amparo electoral, tal y como evidencia el voto particular formulado a la sentencia.

3.4. ¿Un sistema de «democracia militante»?

De acuerdo con todo lo expuesto, no creo que en este caso el TC haya realizado la interpretación más favorable al ejercicio del derecho que es la que debe prevalecer en esta materia, como reiteradamente ha venido señalando en su jurisprudencia (por ejemplo, la STC 76/1987). Ha prevalecido una interpretación favorable a la garantía de los métodos y principios democráticos. Es decir, en este caso, el buscado equilibrio entre «la libertad inherente al máximo grado de pluralismo con el respeto a los derechos humanos y la protección de la democracia», proclamado en la Exposición de Motivos de la LOPP, se ha inclinado a favor de ésta última. No cabe duda de que el propósito del legislador es el expresado con rotundidad en la Exposición de Motivos de la LO 1/2003, de 10 de marzo, para la garantía de la democracia en los Ayuntamientos y la seguridad de los concejales: «Hacer efectiva la voluntad política expresada por quienes tienen plena confianza en que el sistema democrático garantiza la adecuada convivencia de nuestra sociedad,

y con ello el derecho que la Constitución otorga a todos los ciudadanos, obliga a modificar determinadas normas de nuestro ordenamiento jurídico de manera que se permita hacer realidad la decisión de aislar a los terroristas, garantizando una mayor eficacia en el uso de los recursos de los que puede disponer nuestro sistema político».

Habría que recordar cómo el Gobierno Vasco impugnó algunos de los preceptos contenidos en los arts. 9, 10, 11 y 12 LOPP por entender que vulneraban los derechos fundamentales de libertad ideológica, participación, expresión e información, en la medida en que consagraban una «democracia militante». La STC 48/2003 en su FJ 10 concluyó que, en ningún momento, la LOPP establece la exigencia de una vinculación positiva a los principios constitucionales, sino que se limita a exigir el simple respeto de los mismos. Por otra parte, tampoco se hace referencia a programas o ideologías como base de la disolución de un partido sino que la LOPP únicamente persigue actividades de colaboración o apoyo al terrorismo o a la violencia (41). Por lo tanto, «no se abre ningún resquicio a lo que se ha llamado “democracia militante”».

En este punto, he de manifestar mi desacuerdo con la posición del TC y de la mayor parte la doctrina (42). Creo que la LOPP está consagrando en definitiva un sistema de «democracia militante» en la medida en que toda ella se articula en función de la defensa de un «orden constitucional de valores», de unos principios esenciales del sistema democrático y articula una serie de mecanismos para expulsar del mismo a todos aquellos que atenten

(41) Como ya he señalado, no han faltado posiciones que han entendido que la LOPP no sólo regula conductas sino también fines. Es el caso, por ejemplo, de FRANCISCO BASTIDA, en la ponencia «De las defensas y aperturas de la Constitución», cit.

(42) Véase, como ejemplo de esta posición mayoritaria, la opinión de ROBERTO BLANCO: «El carácter enteramente revisable de la Constitución de 1978 haría lícito constitucionalmente en nuestro ordenamiento aspirar a cualquier objetivo político no delictivo, siempre que para la consecución del mismo no se realicen actividades contrarias a principios democráticos a los derechos humanos en los precisos términos previstos en la ley». «La nueva ley de partidos...», cit., pág. 31. En relación a estos argumentos, creo que es discutible el vincular el sistema de «democracia militante» con la existencia de «cláusulas de intangibilidad» de la Constitución (véase, por ejemplo, MANUEL ARAGÓN: «Sin serios reparos jurídicos», cit.), pues, en definitiva, la reforma agravada que prevé la CE viene a funcionar realmente como un límite a la reforma. Además, ese carácter enteramente revisable de nuestro sistema es lo que, en relación a la integración de los nacionalismos, que es el problema de fondo que late en las medidas comentadas, parece ponerse en entredicho con determinadas políticas que optan por una lectura de la estructura territorial del Estado español y descartan otras por incompatibles con la CE. Niega también el establecimiento de un sistema de «democracia militante» EDUARDO VIRGALA: «Los partidos políticos ilícitos tras la LO 6/2002», cit., pág. 211. Sobre esta cuestión véase LEONARDO ÁLVAREZ ÁLVAREZ: «Lealtad constitucional y partidos políticos», cit., págs. 446 ss.

contra los mismos. Si analizamos, por ejemplo, el texto literal del artículo de la Constitución alemana relativo a los partidos políticos y que ha servido de base para construir toda la teoría de la «democracia militante» con la redacción de algún precepto de la LOPP descubrimos que son prácticamente coincidentes. El art. 21.2 de la Ley Fundamental de Bonn considera inconstitucionales a aquellos partidos que, «ya sea en sus objetivos, ya por el comportamiento de sus seguidores, se propongan *dañar o eliminar el orden fundamental liberal y democrático, o pongan en peligro la existencia de la República Federal Alemana*» (43). Por su parte, el art. 9.2 LOPP dispone que un partido 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*». El único matiz diferenciador que podría señalarse es que mientras que el art. 21.2 del texto alemán se refiere expresamente a los «objetivos», la LOPP habla únicamente de «actividad» de los partidos que vulnere los principios democráticos. Sin embargo, también del art. 9.2 puede desprenderse una valoración de los fines u objetivos ya que se alude a la *finalidad* que se pretende con dicha actividad y que ha de estar relacionada con el deterioro o la destrucción del régimen de libertades. Por lo tanto, y al margen de la más o menos estéril discusión sobre si nuestra Constitución acoge o no un sistema de «democracia militante», sí que es evidente que la LOPP se fundamenta en la defensa de unos determinados valores que, por otra parte, la propia CE deja muy claros en artículos como el 1, el 2 o el 10 (44). La propia calificación como «constitucionalistas» que los propios partidos políticos defensores de una determinada política territorial han hecho suya evidencia, al menos, la pretensión de establecer determinados mecanismos de defensa del sistema constitucional frente a posiciones que pretenden la revisión de algunos de sus aspectos.

4. CONCLUSIONES

1.^a El apartado 4.º añadido al art. 44 LOREG por la DA 2.^a de la LOPP, plantea varios interrogantes en torno a su constitucionalidad por su inciden-

(43) Véase el análisis que de dicho artículo hace ALICIA HINAREJOS PARGA: «La prohibición de partidos políticos como mecanismo de defensa del Estado», *Teoría y Realidad constitucional*, núms. 10-11, 2.º semestre 2002-1.º semestre 2003, págs. 470 ss.

(44) IGNACIO DE OTTO sostuvo la posibilidad de deducir del art. 9.1 CE un principio de democracia militante si con la expresión «Constitución» nos referimos no al ordenamiento constitucional positivo sino al orden constitucional subyacente a los preceptos que integran aquél. *Defensa de la Constitución y partidos políticos*, CEC, Madrid, 1985, pág. 13.

cia en el «contenido esencial» del derecho de sufragio pasivo. Un derecho cuyo ejercicio es regulado por el legislador con el límite de respetar su «contenido esencial». Es decir, la libertad de configuración legal no puede en ningún caso provocar un vaciamiento del derecho. En este sentido hay que interpretar las causas de inelegibilidad establecidas en la LOREG, cuya razón de ser obedece a la protección de un interés general —la pureza del proceso electoral y, más en concreto, la libertad del elector— y que han de ser interpretadas restrictivamente.

2.^a La STC 85/2003 ha considerado que la privación del derecho de sufragio pasivo a los miembros de las candidaturas anuladas por el Supremo vendría a constituir una «inelegibilidad parcial». Concepto impreciso y difícilmente admisible pues las inelegibilidades son absolutas, es decir, los afectados por ellas no pueden ejercer el derecho de sufragio pasivo en el proceso electoral correspondiente.

3.^a El punto más débil de la argumentación del Constitucional es la demostración de la conexión de las agrupaciones de electores que se están enjuiciando con los partidos disueltos. Una demostración que exigiría una detenida actividad probatoria que difícilmente puede realizarse en los reducidos plazos tanto del recurso contra la proclamación de candidaturas como del amparo electoral. El legislador electoral nunca pudo haber imaginado que en el ámbito del recurso del art. 49 LOREG hubieran de valorarse tal número de impugnaciones y relativas a circunstancias tan complejas, sobre todo desde el punto de vista probatorio. Se confirma, pues, la deficiente regulación de dicho recurso y la dificultad de que en él se satisfagan plenamente las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva, por más que el propio TC haya proclamado reiteradamente que las mismas han de extender también a este tipo de procesos.

4.^a En la argumentación que realiza sobre esta conexión, el TC también plantea una discutible doctrina sobre las «agrupaciones de electores», de tal forma que llega a vaciar de contenido lo que es, de acuerdo con la ley, su finalidad esencial. Es decir, la concepción de las agrupaciones como la vía a través de la cual los ciudadanos pueden participar en un proceso electoral al margen de los partidos. Con independencia de cual sea su proyecto político. Sin valorar en qué medida pueden continuar o no los objetivos de un partido existente con anterioridad. Lo esencial es su carácter temporal y la independencia entre ellas, siendo muy discutible que los poderes públicos entren a valorar el porqué de su creación, los antecedentes de sus miembros o su mayor o menor vinculación con otras fuerzas políticas. No son, pues, los ciudadanos que han utilizado dicho instrumento los que las han desnaturalizado, sino que es el propio TC el que lo hace al añadirles una serie de exigencias y, sobre todo, al valorar las intenciones o los objetivos de aquéllas. Incluso

cabe entender como una consecuencia lógica que si un partido es disuelto las personas que pretenden defender el mismo proyecto político constituyan una agrupación. Lo complicado es probar que hay una continuidad en los métodos. Lo único que, como bien dispone la Exposición de Motivos de la LOPP, debe ser controlable por los poderes públicos en un sistema pluralista. Métodos que, en otras cosas, no pueden someterse inicialmente a enjuiciamiento pues la vida de la agrupación electoral comienza con la presentación de las correspondientes candidaturas.

5.^a Es muy discutible que la sola presencia de una persona de la que quede suficientemente acreditada su conexión con los partidos disueltos pueda legitimar la anulación de toda la candidatura. Supone extender una privación de un derecho fundamental, ligado estrictamente a la persona y a su condición de ciudadano, a otros sujetos en los que en principio no se dan las circunstancias que legitimarían dicha restricción. Además, se está juzgando la posible incidencia que esa candidatura y, en su caso, los futuros electos pueden tener en la «salud» de nuestro sistema democrático (45). Se están valorando intenciones en función de la actuación de algunos de los miembros de la candidatura que se proyectan sobre los demás (46). Por todo ello, no creo que se haya realizado la interpretación más favorable al ejercicio del derecho de sufragio pasivo.

6.^a El TC justifica estas limitaciones en nombre del mantenimiento de los principios fundamentales del sistema democrático y de la garantía de las condiciones de un marco pluralista. E incluso aunque el propio Tribunal en la sentencia 45/2003 niega que en nuestra Constitución se haya definido un sistema de «democracia militante», sus argumentaciones, sobre todo en la STC 85/2003, parecen corroborar todo lo contrario (47). En definitiva, las

(45) Estaríamos ante un ejemplo de lo que LEONARDO ÁLVAREZ denomina «contenido preventivo» del principio de «lealtad constitucional», «Lealtad constitucional y partidos políticos», cit., pág. 466.

(46) El mismo interrogante que se plantea J. GARCÍA ROCA en su comentario sobre la STEDH relativa a la disolución del Partido de la Prosperidad de Turquía: «Obsérvese que el juicio consiste en sustancia en imputar al partido unas “consecuencias remotas”: la previsible puesta en peligro de la democracia, en virtud de la actuación de algunos de sus dirigentes. Estamos ante un juicio de intenciones. Posiblemente, una presunción con inversión de la carga de la prueba, ya que es el partido quien tiene que acabar por convencer de que no es inconstitucional, porque no hará en el futuro ciertas cosas». «La problemática disolución del Partido de la Prosperidad...», cit., pág. 324. En ese sentido, la minoría disidente del fallo de la Corte Europea subrayó que no había pruebas directas, formales y convincentes, y que los indicios indirectos aportados no justificaban por sí mismos una medida tan drástica (*ibidem*, pág. 325).

(47) Algunos párrafos de la Exposición de Motivos de la LOPP apoyan esta tesis. Por ejemplo, cuando se pretende ilegalizar aquellos partidos de los que haya constancia de «una

medidas analizadas serían las más clara expresión de lo que Häberle ha denominado «paradoja del pluralismo»: «allí donde aparezcan teorías o estrategias antipluralistas que supongan momentos prácticos en los que se gestione la propia esencia del pluralismo, será la propia constitución pluralista la que deberá ponerse en guardia y contrarrestar tales efectos mediante toda una gama de procedimientos regulados y preestablecidos» (48). Lo que ocurre es que la conciliación de dos imperativos como la salvaguarda de los derechos individuales y la defensa del orden democrático no siempre es fácil (49). Como ha señalado García Roca, al comentar la sentencia del TEDH de 30 de enero de 1998, *Partido Comunista Unificado (TBKP) y otros contra Turquía*, «el control de los partidos por los Estados debe ser estricto y se mueve en un margen reducido, siempre sometido además a una revisión europea si las partes la instan. Y el TEDH admite tomar en cuenta, como finalidad legítima a la que atienda la restricción de la libertad, las dificultades de un Estado en la lucha contra el terrorismo, pero esa razón no es por sí misma una patente de corso que justifique una medida desproporcionada, en ausencia de mayores razones y pruebas, dentro de lo que debe ser un control jurídico estricto del asociacionismo político» (50).

No cabe duda, como comentaba al principio, que las previsiones de la LOPP relativas a la ilegalización y disolución de partidos, y las consecuencias que a ellas se anudan, responden a unos clarísimos objetivos políticos apoyados por los dos partidos mayoritarios a nivel nacional. Una política de lucha contra el terrorismo que pretende, a través de instrumentos como el analizado, el aislamiento de los terroristas y de todo el entramado que puede darle cobertura, impidiendo que utilicen a su favor los mecanismos que el sistema democrático pone a disposición de todas las fuerzas políticas (51).

reiteración o acumulación de acciones que pongan de manifiesto inequívocamente toda una trayectoria de quiebra de la democracia y de ofensa a los valores constitucionales, al método democrático y a los derechos de los ciudadanos».

(48) PETER HÄBERLE: *Pluralismo y Constitución. Estudios de Teoría de la Constitución de la sociedad abierta*, Tecnos, Madrid, 2002, págs. 115-116.

(49) Como bien señaló IGNACIO DE OTTO: «el famoso postulado según el cual no puede haber libertad para los enemigos de la libertad es, a pesar de su simplicidad aparente, fuente de innumerables dificultades y contradicciones, aunque no sea más que por la necesidad de conciliar la neutralidad del Estado, fundamento de la libertad política, con la limitación de ésta y del pluralismo precisamente para defender ese fundamento». *Defensa de la Constitución y partidos políticos*, cit., pág. 19.

(50) JAVIER GARCÍA ROCA: «La problemática disolución del Partido de la Prosperidad ante el TEDH: Estado constitucional y control de las actuaciones de partidos fundamentalistas», cit., pág. 313.

(51) La primera consecuencia ha sido la no participación de los colectivos que de alguna manera amparaban al terrorismo en las elecciones municipales. No creo, sin embargo, que di-

Otro debate, que nos llevaría a valorar criterios de estricta oportunidad política, es si esta serie de medidas van a contribuir a resolver el problema pendiente de la integración del nacionalismo vasco. Comparto plenamente con Raúl Morodo los temores que expresaba cuando la LOPP era sólo un Anteproyecto: el riesgo de que la exclusión lleve a una mayor radicalización política y social y a una «orfandad legal de un sector de la opinión pública» y de que nos deslicemos «hacia la filosofía del *ius imperii*, en su zona del protectorado, con su «eje del mal» ascendente, nuevo *nomos* de la tierra, en donde una buena finalidad (lucha contra la violencia y el terrorismo) se solapa con medios muy dudosamente constitucionales o eficaces: la diabolización del adversario, convertido en enemigo interior y exterior, reabre la vieja teología de la Historia y amoral razón de Estado, frente a las conquistas del Estado de derecho» (52). Desde el punto de vista estrictamente jurídico, me limito a subrayar el riesgo de emplear procedimientos legales para reprimir cierta disidencia política (53). La dificultad de justificar restricciones de derechos fundamentales en nombre de la protección del sistema democrático. Algo que el proceso de ilegalización de HB y, sobre todo, de anulación de las candidaturas presentadas por agrupaciones de electores de las que ha quedado demostrada, tanto para el Tribunal Supremo como para el Constitucional, su conexión con aquél, ha puesto de manifiesto.

cha exclusión contribuya excesivamente a la solución de los problemas que plantea el País Vasco. Habría que recordar, por ejemplo, que la plataforma AuB, cuyas candidaturas fueron anuladas, creó una Comisión de Garantías para hacer un seguimiento de las elecciones y para, entre otras cosas, contabilizar los votos nulos que conseguirían las candidaturas suspendidas por el TC. Según sus cálculos, se elevaron a 153.497 en Euskadi y Navarra. A esas cifras habría que unir los 14.934 votos obtenidos por candidaturas cuya concurrencia sí permitió el TC. Los resultados oficiales del Ministerio del Interior fijan el número de votos nulos en 127.335 en el País Vasco y 18.515 en Navarra, lo que suma un total de 145.850. En las municipales de 1999, Euskal Herritarrok obtuvo 272.000 votos. PNV y EA, juntos o en solitario, han sido los partidos más votados en 37 localidades de las 43 del País Vasco en las que gobernaban los radicales. Los votos que tradicionalmente recibía la izquierda radical se han trasvasado en gran parte al PNV.

(52) RAÚL MORODO: «Derecho de partidos: un proyecto de ley polémico», *El País*, 17 de abril de 2002.

(53) KIRCHHEIMER habla, en este sentido, de «un atajo en busca de la justicia», citado por J. GARCÍA ROCA: «La problemática disolución...», cit., pág. 327.