

1. El tránsito hacia (y la lucha por) la democracia militante en España

1.1. INTRODUCCIÓN

El de democracia “militante” es uno de esos conceptos cuya imprecisión le hace idóneo para evocar muchas cosas. Es algo que ocurre a menudo con los conceptos de las ciencias sociales y, especialmente, en el ámbito del derecho constitucional y demás disciplinas circundantes. Militantes suelen denominarse aquellas democracias que cuentan con medios de defensa para “plantar cara” a quienes aprovechan las posibilidades abiertas por un sistema de libertad para todos, con el fin de intentar destruirlo. En términos de *ingeniería constitucional*, sus señas genéticas están en la Constitución alemana y son consecuencia directa de las circunstancias históricas que precedieron a su aprobación en 1949.

El problema es que actualmente sería difícil encontrar democracias que carecieran de instrumentos de defensa de sus propios valores. Allí donde hay mecanismos de vigilancia y punición —algo apreciable en todas partes sin necesidad de ser entusiasta de Foucault—, hay con seguridad formas de poner coto a quienes amenazan la vigencia de tales valores. La calificación de la democracia como militante no se refiere, sin embargo, a esa clase de defensa genérica. Alude más bien a formas específicas de protección, que actúan en la dirección opuesta a la de un sistema de libertades gracias al cual es posible concebir, expresar y aspirar a ver plasmado cualquier proyecto político. En sus manifestaciones concretas, semejante clase de defensa plantea siempre

INTRANSIGENCIA CONSTITUCIONAL

difíciles cuestiones de validez jurídica; también de legitimidad política y de racionalidad desde el punto de vista de sus resultados prácticos.

En este capítulo comenzamos por discutir los criterios seguidos tradicionalmente para calificar como militante a una democracia. A nuestro juicio, el hecho de que la fórmula siga apareciendo como “la fórmula alemana” para luchar contra la destrucción de la democracia impide ver hasta qué punto están hoy generalizadas formas muy diversas de democracia militante. La secuencia histórica que va desde la caída de la República de Weimar hasta las dos célebres sentencias de 1952 y 1956 del Tribunal Constitucional alemán (mediante las que los partidos nazi y comunista fueron prohibidos, en aplicación del art. 21 de la *Grundgesetz*) tiende a encasillar el concepto de democracia militante en coordenadas muy diferentes a las actuales.

En otro apartado nos preguntamos si el sistema de defensa de la democracia, estatuido en 1978 por la Constitución española, cabía ser calificado de militante. Como se deduce del título del trabajo, intentamos explicar las razones por las cuales dicho sistema no funcionó como tal durante bastantes años. Analizamos luego en qué ha consistido el “tránsito” que da título al trabajo, cuya principal plasmación se encuentra en la nueva Ley de Partidos de 2002. Y finalmente situamos dicha ley en su dinámica de aplicación efectiva durante los últimos meses, caracterizando el nuevo “escenario” abierto por la prohibición de *Batasuna* como una lucha por la reafirmación de la democracia militante.

1.2. LA GENERALIZACIÓN DE LA DEMOCRACIA MILITANTE

El concepto de democracia militante procede, como es sabido, del título del trabajo que Karl Loewenstein publicó en 1937 desde su exilio norteamericano.¹ Es un concepto de combate, concebido para agitar las conciencias frente a la *legalistic self com-*

¹ Loewenstein, Karl, “Militant Democracy and Fundamental Rights”, en *The American Political Science Review*, vol. XXXI, núm. 3, pp. 417 y ss., y vol. XXXI, núm. 4, pp. 638 y ss., ambos de 1937.

El tránsito hacia (y la lucha por) la democracia militante en España

placency de unas democracias ingenuas e incapaces de advertir que sus reglas estaban siendo —en palabras de Loewenstein— el “caballo de Troya a cuyos lomos el enemigo invade la ciudad”.

El trabajo no entra en polémica con las ideas que Carl Schmitt venía difundiendo desde algunos años atrás. Loewenstein no quiere hacer teoría; simplemente describe un proceso, advierte sobre lo que él considera como un riesgo inminente y reclama actuaciones de urgencia para impedirlo. Carl Schmitt, en cambio, hace teoría e identifica —antes de ser “coronado” como jurista oficial del *Reich*— lo que él cree que es la fuente del problema. En *Legitimität und Legitimität*, publicado en 1932, vincula las posibilidades de defensa de la democracia a la existencia de un núcleo constitucional inquebrantable y resistente a la reforma. Schmitt denunció la falta de sustancia política de la Constitución de Weimar; y años más tarde, en contraste con tal indiferentismo y tras haber pasado por el trauma de los procesos de Núremberg, creyó ver plenamente confirmada sus tesis en la cláusula de irreformabilidad del artículo 79.3 de la Constitución alemana de la posguerra.²

Hoy sabemos que la defensa de la democracia es una cuestión abierta, como pocas, a las falsas “ilusiones del jurista”. La experiencia del periodo de entreguerras acredita que las medidas que entonces se adoptaron, o fueron inútiles o fueron triviales. Y ello por la simple razón de que su efectividad estuvo condicionada, en proporción inversa, al grado de asentamiento y apoyo de que gozaban los grupos objeto de las medidas.³

Pero siendo más amplia nuestra experiencia y abundando los “estudios de caso”, no deja de sorprender que las categorías de fondo continúen tan aferradas a las construcciones doctrinales de los años treinta del siglo pasado. Nuestro modo de abordar el gran dilema de toda sociedad abierta, el de los límites de su apertura y el de la protección frente a quienes tienen como obje-

² Véase la “Introducción”, escrita por Carl Schmitt, a una edición del libro publicada en 1968, y a partir de la cual se realizó la versión española; *Legitimität und legitimidad*, Madrid, Aguilar, 1971, pp. IX-X.

³ Remito a los diferentes trabajos, entre ellos, Capoccia, Giovanni, “Defending Democracy: Reactions to Political Extremism in Inter-war Europe”, en *European Journal of Political Research*, vol. 39, núm.4, 2001, pp. 431 y ss.

INTRANSIGENCIA CONSTITUCIONAL

tivo acabar con ella, se inclina hacia planteamientos en términos de *todo o nada*. “Todo” significa democracia de límites estrictos, sustantiva en fundamentos expuestos y beligerante en extremo a la hora de defenderlos. “Nada” quiere decir democracia de procedimientos, con resonancias *kelsenianas*, y neutral e indiferente hacia los fines.

Tales construcciones dicotómicas llevan a olvidar que entre un extremo y otro hay espacio para categorías intermedias. Y difícilmente encontraremos en la práctica de nuestros días ejemplos que respondan con nitidez a los modelos “ideales” de democracia *sustantiva* o democracia *de procedimientos*. El trabajo de los politólogos estadounidenses Fox y Nolte, sobre “Democracias intolerantes”, es un buen ejemplo de hasta qué punto puede ser deformante seguir aplicando modelos que existen solo sobre el papel.⁴ El estudio aplica a los mencionados modelos de democracia —sustantivas y de procedimientos— las variables tolerante/militante. Y de ahí resultan democracias de procedimiento (*procedural democracies*): *tolerantes* (Reino Unido) y *militantes* (Estados Unidos); e igual para las democracias sustantivas (*substantive democracies*): *tolerantes* (Francia) y *militantes* (Alemania). Una dicotomía cuya línea de separación está justamente, como lo estaba en Carl Schmitt, en la posibilidad, o falta de ella, de reformar cualquier precepto de la Constitución.

Haciendo abstracción de lo que hayan podido cambiar las cosas a raíz de los atentados terroristas del 11 de septiembre en suelo estadounidense, uno se pregunta si lo que falla no es el lugar sobre el que tendemos a depositar la mirada. La reforma es un instrumento para la supremacía constitucional. Convierte, como diría Ackerman, a las democracias en democracias *dualistas* (*dualist democracies*), con carriles diferentes para transitar por los momentos de la política “ordinaria” y por los momentos extraordinarios de la política “constitucional”.⁵ La reforma introduce estrictas garantías democráticas en el caso de estos últimos,

⁴ Fox, Gregory y Nolte, Georg, “Intolerant Democracies”, en *Harvard International Law Journal*, vol. 36, núm. 1, 1995, pp. 1 y ss.

⁵ Ackerman, Bruce, *We the People, Transformations*, Cambridge, Harvard University Press, 1998, cap. I (Higher Lawmaking).

El tránsito hacia (y la lucha por) la democracia militante en España

pero es dudoso que de su diseño formal o de su virtualidad práctica puedan derivarse argumentos decisivos para cualificar el sentido y las inclinaciones de la vida democrática a cuya defensa sirve. Y ello por no hablar de lo difícil que es hallar ejemplos en los que la reforma haya sido un parapeto eficaz frente a procesos de destrucción de la Constitución.

Volviendo a los modelos: ¿no da qué pensar que la *tolerante* Francia pueda disolver asociaciones políticas mediante simples decretos del Consejo de Ministros (*Décrets*), mientras que la *militante* Alemania necesita poner en marcha un complejo procedimiento ante el Tribunal Constitucional? Entre 1936 y 2003, Francia había prohibido no menos de 80 asociaciones políticas. Y Alemania, por su parte, parece haber hecho de los procedimientos de defensa de los artículos 18 (abuso de derecho como causa de la privación individual de determinados derechos) y 21.2 de la Constitución (prohibición de partidos contrarios al orden liberal-democrático), curiosidades históricas u objetos de museo a los que el paso del tiempo no parece haber sentado muy bien.⁶

Democracias sustantivas, en el sentido de protegidas frente a la reforma de partes esenciales de la Constitución, son hoy las menos. De los 44 miembros actuales (2003) del Consejo de Europa, solo 14 tienen disposiciones de ese carácter (Armenia, Azerbaiyán, Bosnia-Herzegovina, Chipre, Francia, Alemania, Grecia, Italia, Moldavia, Noruega, Portugal, Rumania, Turquía y Ucrania). En las demás, siguiendo procedimientos más o menos complejos, se puede reformar todo.

⁶ El episodio de la (frustrada) prohibición del neonazi Partido Nacional Democrático, NPD, resuelto definitivamente con la sentencia desestimatoria del Tribunal Constitucional, de 18 de marzo de 2003, así parece atestiguarlo. Los datos de Francia están tomados del documento parlamentario *Rapport fait au nom de la Comisión d'Enquête sur les agissements, l'organisation, le fonctionnement, les objectifs du groupement de fait dit "Département Protection Sécurité"*, disponible en <http://www.assemblee-nat.fr/dossiers/dps/r1622p03.asp> A la relación de grupos prohibidos incluida en tal documento, que está cerrada en mayo de 1999, hay que añadir la decretada en agosto de 2002 contra el movimiento de extrema derecha *Unité Radicale*, a la que pertenecía el autor del intento de atentado contra Chirac, del 14 de julio de dicho año.

INTRANSIGENCIA CONSTITUCIONAL

Pero ello nada tiene que ver con las formalidades, requisitos y prohibiciones que suelen establecerse con respecto a los partidos políticos. Aquí la regla es la inversa: la gran mayoría de las constituciones exigen que los partidos sean de una determinada manera y les prohíben defender ciertas cosas. El repertorio es amplísimo. Va desde la exigencia positiva de respeto a los principios de la soberanía nacional, la integridad territorial, el pluralismo político y el Estado de derecho, hasta prohibiciones específicas de muy diferente tipo: por ejemplo, “resucitar” ciertos partidos, defender objetivos de carácter exclusivamente regional, poner en peligro el principio de separación entre Iglesia y Estado, promover la violencia, incitar al odio racial o religioso, etcétera.

Recientes documentos e informes oficiales del Consejo de Europa permiten ver hasta qué punto es amplio dicho repertorio.⁷ También posibilitan comprobar que el problema de la defensa de la democracia frente a la actividad de los partidos ya ha dejado atrás la secuencia histórica que empezaba en Weimar y terminaba en 1956 con la ilegalización del Partido Comunista de Alemania (KPD) por el Tribunal Constitucional Federal alemán. Hoy podemos hablar de una generalización de formas de defensa que se concretan, sobre todo, en un sistema de variadas limitaciones al derecho de asociación política. Dichos límites suelen venir expresados en términos negativos y a través de una relación “cerrada” de supuestos. Pero tampoco son infrecuentes las exigencias “positivas” de respeto y lealtad hacia determinados valores.

Todo ello es consecuencia de unas circunstancias políticas muy distintas de aquellas que, en plena Guerra Fría, justificaban la reafirmación democrática contra los totalitarismos de uno u otro signo. La extensión y diversidad de supuestos tiene que ver

⁷ Véase European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), *Guidelines on Prohibition and Dissolution of Political Parties and Analogous Measures*, adopted at its 41st plenary session, Venecia, 10-11 de diciembre de 1999, disponible en [http://www.venice.coe.int/docs/2000/CDL-INF\(2000\)001-e.html](http://www.venice.coe.int/docs/2000/CDL-INF(2000)001-e.html) Más recientemente, puede verse también la resolución 1308, 2002 del Consejo de Europa, sobre “Restrictions on Political Parties in the Council of Europe Member States”, disponible en <http://assembly.coe.int/Documents/AdoptedText/TA02/ERES1308>

El tránsito hacia (y la lucha por) la democracia militante en España

con las necesidades particulares de cada caso concreto. Pueden responder al deseo de consolidar la transición hacia la democracia después de décadas de gobierno autoritario de un solo partido. También pueden ser instrumentos de salvaguarda frente a tendencias de desintegración territorial; o bien, como ocurre en los Estados de más larga tradición democrática, ser medidas de combate contra quienes cuestionan o atacan aquellos valores que hacen posible la vida en común.

Por suerte para nosotros, ninguna declaración de derechos se nos muestra hoy sujeta al riesgo de transformarse, como consecuencia de sus supuestos excesos *libertarios*, en el “pacto suicida” del que hablara el juez estadounidense Robert Jackson en un caso de 1949.⁸ Los peligros parecen derivar más bien de la inoperancia del legislador o de su falta de acierto a la hora de configurar el contenido de los derechos. Pero tal riesgo queda bastante neutralizado mediante los mecanismos de defensa “normalizada” de la Constitución. Y además, los controles transnacionales de naturaleza política —Unión Europea y Consejo de Europa— y el sistema de recursos ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) limitan las posibilidades de abuso.

De hecho, hoy puede hablarse de un claro paralelismo entre la opción por un tipo de democracia *sustantiva y militante*, como la que aparece en importantes textos internacionales, y la tendencia hacia la generalización de la misma opción en las constituciones y en la práctica de los países de nuestro entorno.⁹

⁸ “There is danger —escribió Jackson en su opinión discrepante— that, if the Court does not temper its doctrinaire logic with a little practical wisdom, it will convert the constitutional Bill of Rights into a suicide pact”, Corte Suprema de Estados Unidos, *Terminiello vs. City of Chicago*, 337 U.S., 1949, 1, 13.

⁹ Remito de nuevo al trabajo de Fox y Nolte sobre las *Democracias intolerantes*. A los autores se les antoja significativo el ejemplo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como el del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En ambos, la prohibición de abuso de derecho (arts. 30 del Pacto, y 17 del Convenio), combinado con la sistemática relativa a los límites de los derechos, ha dado lugar a elaboraciones jurisprudenciales que cabría calificar de “militantes”. Hoy sería ineludible completar la lista con una referencia al art. 54, que cierra la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

INTRANSIGENCIA CONSTITUCIONAL

1.3. EL SISTEMA ESPAÑOL DE DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN Y SUS INCOHERENCIAS

La transición hacia la democracia se hizo en España en un periodo relativamente corto y con unos resultados que podemos calificar de óptimos. Ello fue posible gracias a una estrategia de reformas efectuadas paso a paso que llevaron finalmente a la aniquilación del entramado jurídico y político en el que se apoyaba el régimen de Franco. Un ingrediente esencial para el éxito del proceso fue la voluntad generalizada de consenso entre quienes lo impulsaban “desde arriba”, a fin de ganar credibilidad quienes estaban en la oposición, para no comprometer el resultado final que todos deseaban.

El objetivo de cerrar para siempre las divisiones del pasado, mediante el compromiso y el acuerdo, fue aún más intenso durante los meses que transcurrieron desde la celebración de las primeras elecciones democráticas (junio de 1977) hasta la aprobación de la Constitución en el referéndum de diciembre de 1978. Se trataba de ganar para ella la función que raras veces pudo cumplir entre nosotros: la de un símbolo integrador en el que todos se reconocieran.¹⁰

Pero toda Constitución digna de tal nombre, además de símbolo de integración, ha de actuar como instrumento normativo. Y la voluntad de incluir y sumar acuerdos da a veces como resultado cierta ambigüedad e inconsistencia en lo que se deja escrito.

Me parece que algo así puede decirse del sistema de defensa de la democracia que se aprecia en la Constitución. Su artículo 1 “proclama” valores superiores: libertad, igualdad, justicia y pluralismo político. También habla de la dignidad de la persona, con sus derechos inviolables como “fundamento del orden político y de la paz social” (art. 10.1). Un lenguaje “fuerte”, en el mismo frontispicio del texto constitucional, que no se corresponde con

¹⁰ Una idea que aparece reiteradamente en las contribuciones de los siete autores del anteproyecto constitucional (Cisneros, Fraga, Herrero de Miñón, Peces-Barba, Pérez-Llorca, Roca Junyent y Solé), recogidas en el libro *20 años después. La Constitución cara al siglo XXI*, Madrid, Taurus, 1998.

El tránsito hacia (y la lucha por) la democracia militante en España

el indiferentismo que denotan sus disposiciones de reforma. Estas dividen la Constitución en dos: una parte es más fácil de reformar que la otra. Pero esto es solo a primera vista, porque en lo que es más difícil de reformar (el Título Preliminar, el núcleo de los derechos fundamentales más importantes y las disposiciones relativas a la Corona), los requisitos son tan exigentes que, en realidad, parecen concebidos para evitar la reforma. Ello por no hablar de la absurda inclusión de la *revisión total* como un supuesto “tipificado” de reforma.

Afirmar una cosa y la contraria al mismo tiempo —todo es reformable, pero hay cosas tan difíciles de reformar que es mejor no intentarlo— es un síntoma de esquizofrenia política. En el horizonte inmediato, la aplicación del artículo 168 de la Constitución no aparece como plausible. Pero en el terreno de la hermenéutica jurídica, el peso de los argumentos tradicionales otorgó durante muchos años a dicho artículo una importancia decisiva, hasta el punto de convertir en meras formalidades “vacías”, y de imposible verificación práctica, todo aquello que el artículo 6 de la Constitución exige a los partidos políticos.

Este artículo les pide una estructura interna y un funcionamiento democráticos. Una ley de 1978, aprobada casi al mismo tiempo que la Constitución, también se los exigía. Y además permitía la disolución judicial de los partidos en dos supuestos: 1. cuando incurrieran en supuestos tipificados como de asociación ilícita en el Código Penal, y 2. cuando su organización o actividades resultaran contrarias a los principios democráticos.

Entre 1978 y 2002, tales disposiciones nunca fueron aplicadas, pero tras la aprobación de la nueva Ley de Partidos, en junio de 2002, el Parlamento se apresuró a solicitar ante el Tribunal Supremo la ilegalización del partido *Batasuna*. Se trata de un partido con existencia legal desde 1978, cuya línea política de proximidad a (¿o simbiosis con?) los objetivos y a los medios empleados por el grupo terrorista ETA no ha variado desde entonces. El paso del sistema constitucional español hacia la democracia militante es, sobre todo, una cuestión de cambio profundo en la actitud general frente a quienes apoyan o justifican políticamente la violencia terrorista.

INTRANSIGENCIA CONSTITUCIONAL

Los excesos en las actitudes tolerantes frente a los enemigos de la democracia suelen ser síntoma de escasa tradición democrática. Así lo demuestra, al menos, un trabajo donde se analizan las actitudes frente al radicalismo político de extrema derecha en 12 países europeos.¹¹ La actitud mantenida frente a *Batasuna* encaja perfectamente en tal diagnóstico. Durante casi 25 años se pensó que cuanto más tolerante se fuera, más se iban a debilitar las supuestas razones de justificación del terrorismo. En el régimen jurídico de los partidos, ello se tradujo en la imposibilidad de extraer consecuencia alguna de la falta de lealtad u hostilidad frente a las reglas del juego democrático.

Los argumentos de interpretación constitucional empleados hasta ahora para alcanzar ese resultado distan de ser convincentes. En una Constitución abierta a la reforma de todos sus artículos, han dicho los jueces, no hay fines prohibidos. Y en tales condiciones, la vinculación a la Constitución no puede ser para los partidos más exigente de lo que lo es, con carácter general, para los ciudadanos y para los poderes públicos (art. 9.1 de la Constitución). Por eso, el Tribunal Constitucional quitó cualquier valor sustantivo al requisito de jurar o prometer acatamiento a la Constitución, incluido en las normas parlamentarias, y permitió que los miembros electos de *Batasuna* manipularan la fórmula a su antojo.¹²

No acatar la Constitución, o hacerlo de mala gana “por imperativo legal”, es de por sí un síntoma de deslealtad y “juego sucio” que podría haber sido suficiente para poner en marcha los mecanismos prohibitivos de la Ley de Partidos. Pero durante muchos años de pasividad *tolerante*, nadie quiso profundizar en lo que la Constitución quiso decir al exigir a los partidos una actuación democrática.

La pasividad política, y no los rasgos “genéticos” del texto constitucional, es la que nos llevó hacia el gran dilema de todos estos años. Tal dilema ha sido: o represión penal por actividades

¹¹ Duch, Raymond M. y Gibson, James L., “«Putting Up With» Fascism in Western Europe: A Comparative, Cross-Level Analysis of Political Tolerance”, en *Western Political Quarterly*, núm. 45, 1992, pp. 237 y ss.

¹² Véanse las sentencias del Tribunal Constitucional 101/1983, y 119/1990.

El tránsito hacia (y la lucha por) la democracia militante en España

criminales del partido, o falta absoluta de cualquier control, preventivo o *ex post*, relacionado con las actitudes políticas del mismo. Lo primero está estrechamente relacionado con los principios de responsabilidad individual y aplicación taxativa de la ley penal. Lo segundo se ha considerado incompatible con los imperativos de un régimen de libertad en el derecho de asociación y con las exigencias derivadas de la libertad ideológica y de expresión. Así que el resultado ha sido amparar con todas las garantías constitucionales la conducta de quienes han venido haciendo de la complicidad política con el asesinato, y con los demás delitos de los terroristas de ETA, un ingrediente esencial de su oferta a los electores. Y también ha llevado a financiar generosamente esa conducta con recursos públicos.

El paso hacia la democracia militante representa el intento de acabar con ese sinsentido.

1.4. LA NUEVA LEY DE PARTIDOS

Desde su fundación en 1968, la banda terrorista ETA ha causado en España más de 800 muertes.¹³ El asedio del terrorismo fue muy intenso mientras se elaboró la Constitución, pero la única respuesta que esta dio fue la posibilidad de la suspensión, a título individual, de ciertas garantías. Diversas leyes han desarrollado esa posibilidad, la última de ellas en 1988. Todas fueron cuidadosamente discutidas y tuvieron que superar un estricto control por parte del Tribunal Constitucional.¹⁴

La Ley de Partidos, aprobada en junio de 2002, es también una norma relacionada con la persistencia del terrorismo en la política española. Pero no se trata de una ley cuya justificación resulte evidente en función de los objetivos que persigue. Esto diferencia a la Ley de Partidos de la serie de leyes antiterroristas aprobadas en desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución. En

¹³ **Nota de 2018:** entre 1968 y 2010, la acción terrorista de ETA causó 854 víctimas mortales. Tras proclamar la suspensión de la lucha armada, ETA anunció su disolución definitiva en mayo de 2018.

¹⁴ Entre otras, sentencias del Tribunal Constitucional español 25/1981, 199/1987 y 71/1994.

INTRANSIGENCIA CONSTITUCIONAL

estas últimas hay una clara razón instrumental: debilitar ciertas garantías para hacer más eficaz la persecución penal de ciertos delitos. En la Ley de Partidos, en cambio, la justificación por los fines —contribuir a la lucha contra el terrorismo— no parece tan convincente como la justificación basada en principios.

De hecho, un argumento central en el discurso de quienes se oponen a la ley es que la prohibición de partidos no es nunca un medio eficaz para aminorar la violencia terrorista o acabar con ella. Y en apoyo a semejante modo de ver las cosas, se aduce a veces, como contraste, el proceso de paz en Irlanda del Norte. En la “vía irlandesa”, la capacidad del partido *Sinn Féin* para actuar *de facto* como portavoz político del IRA fue esencial para el éxito de las negociaciones. En el caso del País Vasco, ETA se avino a “decretar” una tregua entre septiembre de 1998 y enero de 2000, pero no renunció durante esta a la “legitimidad de las pistolas” ni demostró pragmatismo ideológico alguno. *Batasuna* no pudo actuar entonces como el *Sinn Féin* español. Pero eso no significa que se debilitara la percepción de una clara simbiosis entre el grupo armado (ETA) y el brazo político (*Batasuna*). Al contrario, acentuó la sensación de dependencia del segundo con respecto del primero.

Para situarse en el contexto, no hay que olvidar que la totalidad de los miembros de la *Mesa Nacional* —algo así como el Comité Ejecutivo de *Batasuna*— habían sido condenados por el Tribunal Supremo, en diciembre de 1997, por el delito de colaboración con banda armada.¹⁵ En 1999, el Tribunal Constitucional anuló la condena, pero no porque considerase como no probado el delito de colaboración, sino porque la pena prevista para el mismo en el Código Penal vulneraba por entonces, a juicio del Tribunal, el principio de proporcionalidad, al no ser susceptible de aplicación gradual en función del tipo de colaboración prestada.¹⁶

¹⁵ Los hechos que dieron lugar a la condena de los miembros de la *Mesa* de *Batasuna* consistieron en la difusión de un video, durante la campaña electoral de 1996, en el que tres terroristas de ETA, cubiertos con capuchas, explicaban los puntos de vista *oficiales* de la organización respecto a la situación política del País Vasco.

¹⁶ Véase la sentencia del Tribunal Constitucional 136/1999. Los miembros de *Batasuna* habían sido condenados a siete años de prisión.

El tránsito hacia (y la lucha por) la democracia militante en España

El final de la tregua representó el fracaso de la alianza del nacionalismo no violento, representado por PNV-EA, con el entramado de *Batasuna*-ETA. Y terminó también con la esperanza de que los terroristas se avinieran a dejar las armas. En diciembre de 2000, un acuerdo “por las libertades y contra el terrorismo”, suscrito por el PP y el PSOE, hablaba ya de la posibilidad de impulsar reformas legales contra las “actitudes y comportamientos que constituyeran objetivamente colaboración o incitación al terrorismo”. Un primer fruto del acuerdo fue la reforma del Código Penal para hacer mucho más nítida la definición del delito de exaltación del terrorismo. Con ello se hizo posible la persecución penal de los promotores de homenajes a los terroristas, una conducta habitual en *Batasuna*, practicada notoriamente el mismo año 2000 por su portavoz y máximo dirigente a raíz de la muerte de cuatro miembros de ETA mientras manipulaban una bomba.

Otro de los objetivos de la reforma del Código Penal, a la que acabamos de referirnos, fue proteger a las víctimas de los delitos terroristas, y a sus familiares, frente a aquellos actos capaces de producir en ellos sentimientos de “descrédito, menosprecio o humillación”.¹⁷ Este punto de vista, que se refiere a la dignidad de determinadas personas, atañe a los requisitos morales mínimos que se piden al orden democrático de una “sociedad civil”. Esta se nos aparece hoy en el espacio europeo como una nueva abstracción, cuyas condiciones básicas de existencia pueden dar razones para prohibir partidos sobre bases que no son exactamente las de la democracia militante. Así lo analiza con detalle un excelente trabajo sobre los paradigmas justificativos —anti-extremismo, republicanismo *negativo* y “sociedad civil”— de la prohibición de partidos.¹⁸

¹⁷ Art. 578 del CP: El enaltecimiento o la justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos [de terrorismo] o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares, se castigará con la pena de prisión de uno a dos años.

¹⁸ Niesen, Peter, “Anti-Extremism, Negative Republicanism, Civic Society: Three Paradigms for Banning Political Parties”, en *German Law Journal*, vol. 3, núm. 7, disponible en <http://www.germanlawjournal.com>

INTRANSIGENCIA CONSTITUCIONAL

La voluntad de introducir estándares mínimos de moralidad política en el régimen jurídico de los partidos fue uno de los argumentos de más peso a la hora de justificar la nueva ley. Durante los meses que precedieron a su aprobación, los impulsores de esta la presentaron como una exigencia que la democracia española no podía dejar de atender por más tiempo. Además, muchos de quienes pusieron más entusiasmo en la defensa de la ley dijeron desconocer o no tener preocupación por las consecuencias inmediatas que pudiera producir la ilegalización de *Batasuna*.

Estrictamente hablando, la ley decepciona si se contempla como lo que su nombre anuncia. No es una ley que aspire a regular de manera completa el régimen de los partidos. Falta absolutamente todo cuanto atañe a la financiación de estos y no es lo suficientemente detallada a la hora de desarrollar el requisito de la democracia interna. En cambio es prolija, hasta lo exasperante, en la regulación de las conductas que pueden dar lugar a una declaración de ilegalidad.¹⁹ Lo que se pide a los partidos es que respeten los valores constitucionales, “expresados en los principios democráticos y en los derechos humanos”. Y de ahí descienden los supuestos en los que cabe la declaración de ilegalidad, cuando las actividades de los partidos representen una amenaza para los principios democráticos.

Durante la elaboración de la ley se suprimieron algunas causas de ilegalización que fueron consideradas demasiado ambiguas y/o excesivas.²⁰ Tras la depuración parlamentaria, lo que ha quedado en la ley es la prohibición de conductas que, *de forma reiterada y grave*, acrediten simpatía con respecto a los actos violentos o de carácter terrorista. Aunque la ley también se refiere a

¹⁹ Remito a los diferentes análisis ya publicados sobre la ley; entre ellos, el de Luis María Díez Picazo, “Sobre la constitucionalidad de la Ley Orgánica de Partidos Políticos”, disponible en <http://www.aranzadi.es/online/publicaciones/aja/diario/activos/d050203/coment.html> y el de Eduardo Virgala, “Los partidos políticos ilícitos tras la LO 6/2002”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núms. 10-11, 2002, pp. 203 y ss.

²⁰ Concretamente, las que se referían a “fomentar un clima social degradado de enfrentamiento y exclusión”, así como a “apoyar a agrupaciones alternativas a las instituciones constitucional y legalmente establecidas”.

El tránsito hacia (y la lucha por) la democracia militante en España

la prohibición de conductas que supongan “exclusión o persecución de personas por razón de su ideología, religión o creencias, nacionalidad, raza, sexo u orientación sexual”, son las conductas relacionadas con el terrorismo las únicas que se contemplan de manera exhaustiva. Así, a título de ejemplo, cuando se habla de “promover, justificar o exculpar los atentados contra la vida o la integridad de las personas”; “fomentar, propiciar o legitimar la violencia como método para la consecución de objetivos políticos”; “apoyar políticamente la acción de organizaciones terroristas”; “colaborar habitualmente con entidades o grupos que actúan de forma sistemática de acuerdo con una organización terrorista”; “utilizar [...] símbolos o mensajes o elementos que representen o se identifiquen con el terrorismo”; “dar apoyo político expreso o tácito al terrorismo”, o “incluir regularmente en sus órganos directivos o en sus listas electorales personas condenadas por delitos de terrorismo”.

Como puede comprobarse, la lista de conductas es amplia, repetitiva y manifiestamente mejorable desde el punto de vista de la certeza jurídica. Pero el objetivo de la ley es bien concreto y determinado. Podría resumirse en la idea de que la nueva ley exige a los partidos políticos un *precompromiso democrático* expresado en un claro distanciamiento con respecto al terrorismo. Y para ello les prohíbe hacer determinadas cosas y también les obliga a hacer otras, por ejemplo, adoptar medidas disciplinarias contra cualquiera de sus afiliados con doble militancia en organizaciones vinculadas a un grupo terrorista o violento.

En agosto de 2002, un nuevo atentado mortal de ETA, acompañado de la habitual reacción frente a él por parte de *Batasuna*, dio ocasión para que el Congreso de los Diputados ejercitara la acción de ilegalización prevista en la Ley de Partidos ante el Tribunal Supremo. Y simultáneamente, determinadas actuaciones penales seguidas desde hace tiempo en la Audiencia Nacional contra miembros de *Batasuna*, por el delito de colaboración con banda armada, llevaron a la suspensión cautelar de dicho partido y al cierre de sus sedes.

En la demanda de ilegalización se describe la larga historia de connivencia política de *Batasuna* con ETA desde que el partido, con ese u otros nombres, comenzó a actuar públicamen-

INTRANSIGENCIA CONSTITUCIONAL

te en 1978.²¹ También se aporta abundante material probatorio. Por su parte, los abogados de *Batasuna* basaron su defensa en la inexistencia de vinculación orgánica entre dicho partido y ETA; aduciendo también que la Ley de Partidos es una ley “de caso único” dirigida *ex profeso* contra ellos, y que atenta contra sus derechos fundamentales y determinadas garantías constitucionales básicas.

El Estado democrático de derecho tiene unos componentes y exigencias vinculantes para todos. A los jueces les impone razonar sus decisiones con base en una técnica jurídica cuidadosa y meditada. Su aplicación del derecho es siempre susceptible de control, y en este caso no solo de un control *último e interno* por parte de la justicia constitucional, sino también de carácter transnacional. Pero, por muy sofisticada que haya llegado a ser la técnica jurídica de la libertad en el Estado democrático, nunca podrá ser ciega ante lo que es evidente para cualquiera con someros conocimientos de la vida política española. Y aquí tan evidente es para todos que la Ley de Partidos se hizo con el fin de ilegalizar *Batasuna*, como notorio que *Batasuna* y la organización terrorista ETA han mantenido conexiones organizativas y estratégicas que van mucho más allá de la mera coincidencia ideológica.

1.5. DESDE EL “TRÁNSITO” HACIA LA “LUCHA” POR LA DEMOCRACIA MILITANTE

Para entender la complejidad del escenario político y jurídico abierto por la iniciativa de ilegalizar *Batasuna*, es preciso tener en cuenta varios factores. En el plano jurídico, la cuestión sigue abierta. Y ello no solo porque el asunto ha emprendido ya, por iniciativa del Gobierno vasco, el camino hacia el TEDH, sino porque el propio Tribunal Constitucional español tendrá que volver a pronunciarse en los próximos meses sobre el fondo del problema. La razón de ello es que el sistema español hace compatible, como de sobra es sabido, un control abstracto sobre la constitu-

²¹ Está disponible en <http://www.basque-red.net/cas/bat/doc/dil.htm> donde, en cambio, falta la contestación presentada por la representación de *Batasuna*.

El tránsito hacia (y la lucha por) la democracia militante en España

cionalidad de la ley, con una defensa concreta de los posibles derechos fundamentales vulnerados en el momento en el que la ley se aplica. Algo que en el caso presente puede dar lugar a decisiones de fondo reiterativas, sobre todo si tenemos en cuenta que, en el periodo entre marzo y mayo de 2003, se emitieron cuatro importantes decisiones judiciales sobre la prohibición de *Batasuna* y sus consecuencias prácticas: la del Tribunal Constitucional en el recurso interpuesto contra la ley por el Gobierno vasco, la del Tribunal Supremo resolviendo la demanda de ilegalización, y de nuevo las del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional en el conflicto planteado por la impugnación en el País Vasco de determinadas listas electorales, en las elecciones locales de mayo de 2003.²²

En el terreno político, las elecciones locales de mayo de 2003 permitieron no solo descartar aquellos vaticinios que pronosticaron, tras la prohibición, la imposibilidad de celebrar los comicios en condiciones normales, sino comprobar cuál ha sido el impacto de la prohibición sobre el clima político y el comportamiento electoral en el País Vasco.

Un argumento jurídico que aparece reiteradamente en la primera de las decisiones del Tribunal Constitucional, así como en la del Tribunal Supremo, es que la ley en absoluto supone un paso hacia la democracia militante. Con ello se paga tributo a la concepción más tradicional de tal idea y se pretende demostrar que, puesto que en la Constitución todo es reformable, todo puede defenderse, siempre que los medios para hacerlo sean legales. Consecuentemente, se insiste mucho en que lo que la ley penaliza es la colaboración material con el terrorismo, demostrada no a través de actos singulares, sino mediante una clara actividad persistente en el tiempo. Y ambas —especialmente la del Tribunal Supremo— hacen un considerable esfuerzo probatorio para demostrar que *Batasuna* había incurrido en tal tipo de conducta, incluso tomando solo como referencia temporal el periodo que se inició tras la aprobación de la ley en junio de 2002.

²² Sentencias del Tribunal Constitucional, 12 de marzo de 2003 y 8 de mayo de 2003, y sentencias del Tribunal Supremo, 27 de marzo de 2003 y 3 de mayo de 2003.

INTRANSIGENCIA CONSTITUCIONAL

El punto débil de una línea argumental sólidamente trabada radica en la insistencia de resaltar que la ley no persigue ideas. Entonces, ¿qué pasa si un partido considera legítima la violencia terrorista frente a otro tipo de violencia, institucional, de clase o de cualquier otro tipo? ¿Resulta apropiado seguir diciendo que la Constitución sería neutral, incluso en tal caso? ¿O es que cabría una reforma constitucional que hiciera de la violencia un instrumento legítimo? Uno de los puntos más discutidos de la ley es el considerar el rechazo a condenar atentados como una muestra de apoyo tácito al terrorismo (art. 9.3 *a* de la ley). Si tal cosa sucede sin que se demuestre al mismo tiempo una colaboración más fuerte, es difícil mantener que la ley no está penalizando un tipo de expresión, de odio si se quiere, pero perfectamente legítima desde los condicionantes de un sistema de libertad de expresión.

En realidad, el paso que la ley refleja es la justificada respuesta a una situación insostenible. Sus concretas cláusulas prohibitivas del artículo 9 parecen hechas a la medida para expulsar de la escena política a un partido asociado mediante vínculos personales, ideológicos y organizativos, a un grupo terrorista. Y vista así, bien pudiera ocurrirle que acabara haciendo de todo cuanto atañe al grueso de su contenido, una ley de caso único. Frente a los reproches jurídicos basados en ello, el Tribunal Constitucional recurre a la diferencia entre la *occasio* de la ley, esto es, las razones políticas que llevaron a su aprobación, y la *ratio* de la misma, esto es, el contenido objetivo de una ley que desarrolla en términos generales lo que el artículo 6 de la Constitución exige a los partidos políticos.

Pero el paso hacia la militancia contra la complicidad con el terrorismo no se completa mediante una simple ley y su aplicación *ad casum*. Luego hay que ejecutar las decisiones judiciales y extraer las consecuencias que se derivan de la prohibición de un partido que venía gozando de considerable apoyo electoral en las circunscripciones del País Vasco.²³

²³ Tomando como base las elecciones locales de 1999, el porcentaje de votos a *Batasuna* fue de 27.49% en Guipúzcoa, 16.24% en Vizcaya y 13.91% en Álava.

El tránsito hacia (y la lucha por) la democracia militante en España

La respuesta de *Batasuna* frente a la prohibición fue instaurar una llamada “Plataforma por la Autodeterminación” y promover, de cara a las elecciones, candidaturas *independientes* en la mayoría de las circunscripciones del País Vasco. La ley electoral así lo autoriza, pero la nueva Ley de Partidos Políticos también había previsto tal contingencia, añadiendo a la ley electoral un párrafo prohibiendo la presentación de candidaturas a “agrupaciones de electores que, de hecho, vengán a continuar o suceder la actividad de un partido declarado judicialmente ilegal” (art. 44.4 de la Ley Electoral, conforme a la redacción dada al mismo por la Disposición Adicional 2ª de la Ley de Partidos). Ello dio lugar a una nueva batalla judicial, que tuvo que ser resuelta con la rapidez propia de la justicia electoral y que dio lugar a dos nuevas decisiones del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, anulando la mayoría de las listas, con el argumento de que las mismas incluían un buen número de candidatos que habían sido candidatos de *Batasuna* en anteriores elecciones. Esto ocurría, según el Tribunal Supremo, en 241 de las 249 listas “independientes” recurridas por el Fiscal, pero el Tribunal Constitucional rebajó el cómputo hasta 225 listas, por entender que un solo candidato en el total de la lista o una vinculación con *Batasuna* muy alejada en el tiempo no era razón suficiente para anular la entera candidatura.

La consiguiente campaña de *Batasuna*, en favor del uso de papeletas nulas, permite especular acerca del apoyo que el partido declarado ilegal aún conserva en el País Vasco. En las elecciones locales de 1999, *Batasuna* obtuvo un total cercano a los 272 000 votos, incluyendo los resultados obtenidos en el País Vasco y en Navarra. Y en las de 2003, sumando el voto nulo de ambas regiones, la cifra se redujo a 145 850, de los que 127 335 correspondieron al País Vasco. Esas son cifras globales que se prestan a poca discusión. Otra cosa es el cálculo de quien fue el principal beneficiario de la prohibición, pues lo cierto es que en las elecciones de mayo de 2003, todos los partidos que concurrieron a las elecciones en el País Vasco —y de modo especialmente acusado los nacionalistas “legales”— experimentaron un incremento en su porcentaje de voto y en el número de representantes en los ayuntamientos.²⁴

²⁴ Ciñéndonos al País Vasco, la coalición nacionalista PNV-EA incrementó su porcentaje sobre el total de voto válido, desde el 34.16 en 1999 hasta

INTRANSIGENCIA CONSTITUCIONAL

Para no llevar esta contribución más allá de los límites razonables, no entraremos en tal debate. Simplemente añadiremos que la prohibición de *Batasuna* no parece haber reforzado significativamente la posición de supremacía que ya ostentaba la coalición PNV-EA. Dicha coalición nacionalista viene gobernando en el País Vasco, sola o junto con otros partidos, desde la celebración de las primeras elecciones autonómicas en 1980. Su ambigüedad con respecto al fenómeno terrorista forma parte de una estrategia de confrontación con los partidos “españolistas”, que ha encontrado en la prohibición una nueva y fructífera causa. Su falta de colaboración institucional para lograr una completa ejecución de la sentencia está en la base del enfrentamiento abierto entre el Tribunal Supremo y el Parlamento vasco —donde *Batasuna* cuenta con siete escaños—, motivado por la negativa de este a disolver el grupo parlamentario formado por los representantes de *Batasuna*. Las argucias legales utilizadas para ello —básicamente la defensa de la autonomía parlamentaria y la falta de una previsión expresa en el Reglamento de la Cámara— importan menos que la deslealtad política manifestada por una posición a la que los propios miembros de *Batasuna* pudieron contribuir mediante sus votos.

La cuasiruptura institucional capitaneada por el nacionalismo vasco ha culminado en un plan de reforma del Estatuto de Autonomía —en realidad de reforma de la Constitución por falsa vía—, en el que se da un “salto en el vacío”, para convertir la posición del País Vasco en un “Estado libre asociado” a España.²⁵ Durante la campaña electoral, los terroristas de ETA rechazaron el (llamado) plan Ibarretxe y pidieron el voto para las candidaturas “independientes” anuladas por los jueces. El rechazo del plan se basa sobre todo en que este se refiere solo a las tres provincias del País Vasco, mientras que ETA mantiene su aspiración a reunificar todos los territorios vascos dispersos en el Estado español

el 43.83 en 2003, y de 1 135 concejales a 1 601; el Partido Socialista, PSE-PSOE, de 18.88 a 22.08, y de 243 a 296; el Partido Popular, de 17.49 a 18.71, y de 223 a 232; e Izquierda Unida, de 4.38 a 7.90, y de 26 a 79.

²⁵ Sobre las implicaciones jurídicas y políticas del plan, véanse las contribuciones incluidas en el libro *Estudios sobre la Propuesta política para la convivencia del Lehendakari Ibarretxe*, Oñate, IVAP, 2003.

El tránsito hacia (y la lucha por) la democracia militante en España

—las tres provincias vascas más Navarra— y en el Estado francés —territorios de Behenafarroa, Lapurdi y Zuberoa—, para convertirlos en un Estado plenamente independiente. Además, desmintieron que hubieran acordado una tregua encubierta, aunque su comunicado deja entrever sus dificultades para reubicarse en el nuevo escenario producido por la prohibición de *Batasuna*; algo que puede resumirse en la pragmática idea de que el balance entre lo que ETA aporta a *Batasuna* y su entorno, y lo que esta tiene que pagar por su relación con ETA, ha comenzado a ser negativo.

1.6. CONCLUSIÓN

No es previsible que las demandas que *Batasuna* tiene pendientes ante el Tribunal Constitucional obtengan resultados distintos a los que ya conocemos. El acceso del caso al TEDH tampoco parece que pueda alterar la decisión de prohibir, ratificada por los jueces españoles.²⁶ Especialmente si tenemos en cuenta que los tribunales españoles —Supremo y Constitucional— se apoyaron extensamente en la jurisprudencia de Estrasburgo. Con ocasión de un buen número de prohibiciones de partidos políticos llevadas a cabo por Turquía, el TEDH ha tenido, en efecto, ocasión en los últimos años de ocuparse detenidamente de cuándo la prohibición de un partido resulta legítima desde el punto de vista de los estándares de protección asegurados por el Convenio. Ese mismo 2003, la importante decisión de la Gran Sala, en el caso *Partido de la Prosperidad vs. Turquía*, confirma las tesis que el Tribunal ha venido manteniendo.²⁷

El clima post 11 de septiembre favorece sin duda un entendimiento del sistema de libertades donde no cabe connivencia alguna con el fenómeno terrorista. El Gobierno de Aznar —apoya-

²⁶ **Nota de 2018:** el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno vasco contra la Ley de Partidos fue desestimado en la STC 48/2003. Por su parte, el TEDH dictó sentencia en junio de 2009, en el caso *Herri Batasuna y Batasuna vs. España*, declarando conforme al Convenio la aplicación de la Ley de Partidos realizada por las autoridades españolas.

²⁷ Véase la decisión de la Gran Sala, 13 de febrero de 2003, así como la recaída en el caso *Yazar, Karatas, Aksoy and People's Labour Party (HEP) vs. Turkey*, 36 *European Human Rights Reports*, 2003, 6, especialmente párrs. 47-49.

INTRANSIGENCIA CONSTITUCIONAL

do en esto por la oposición— ha sido especialmente beligerante en difundir la idea de que *Batasuna* y ETA son la misma cosa. Y fruto de ello, ha conseguido que tanto el Departamento de Estado estadounidense como la Unión Europea incluyan a *Batasuna* en sus respectivas “listas negras” de organizaciones terroristas. Paralelamente a tales esfuerzos diplomáticos, que han incluido rápidas respuestas a editoriales de prestigiosos periódicos sobre el “problema vasco”,²⁸ el Gobierno ha impulsado una ley para hacer frente al problema de la financiación del terrorismo, que el Parlamento aprobó con amplísima mayoría.²⁹

La resistencia de la argumentación jurídica para calificar como militante a una democracia que ha decidido emplearse a fondo en la lucha contra el terrorismo no puede entenderse sino como el tributo que seguimos pagando a construcciones doctrinales propias de una época que ya no es la nuestra. Lo que a nosotros nos corresponde, como ciudadanos comprometidos con nuestro estilo de vida, es estar vigilantes para que la lucha contra el terrorismo no se convierta en una “carta blanca” letal para el Estado de derecho.

²⁸ Me refiero al Editorial del *International Herald Tribune*, 25 de junio de 2003, (“Dealing with the Basques”), y a la respuesta de la ministra Ana Palacio, publicada en el mismo periódico el 2 de julio de 2003.

²⁹ Ley 12/2003, de 22 de mayo, de prevención y bloqueo de la financiación del terrorismo. Hay que destacar, asimismo, la Ley Orgánica 1/2003, de 10 de marzo, para la garantía de la democracia en los Ayuntamientos y la seguridad de los Concejales. La ley introduce reformas en una serie de leyes ordinarias y orgánicas, entre ellas la Ley de Bases del Régimen Local, para adicionar al supuesto de disolución de las corporaciones locales, cuando las mismas actúen de manera gravemente lesiva para el interés general, la presunción *iuris et de iure* de que tal es el caso de los ayuntamientos que adoptan reiteradamente acuerdos, o incurren en actuaciones, que demuestren complicidad o apoyo, expreso o tácito, con el terrorismo.