

Coords.
B. Aláez Corral
A. Arias Castaño
M. A. Presno Linera
P. Requejo Rodríguez
I. Villaverde Menéndez

ESCRITOS EN HOMENAJE A

FRANCISCO J. BASTIDA FREIJEDO



Universidad de Oviedo

2021



Reconocimiento-No Comercial-Sin Obra Derivada (by-nc-nd): No se permite un uso comercial de la obra original ni la generación de obras derivadas.



Usted es libre de copiar, distribuir y comunicar públicamente la obra, bajo las condiciones siguientes:



Reconocimiento – Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el licenciadore:

Aláez Corral, B.; Arias Castaño, A.; Presno Linera M. A.; Requejo Rodríguez, P.; Villaverde Menéndez, I. (Coords.) (2021). *Escritos en homenaje a Francisco J. Bastida Freijedo* Universidad de Oviedo.

La autoría de cualquier artículo o texto utilizado del libro deberá ser reconocida complementariamente.



No comercial – No puede utilizar esta obra para fines comerciales.



Sin obras derivadas – No se puede alterar, transformar o generar una obra derivada a partir de esta obra.

© 2021 Universidad de Oviedo

© Los autores

Algunos derechos reservados. Esta obra ha sido editada bajo una licencia Reconocimiento-No comercial-Sin Obra Derivada 4.0 Internacional de Creative Commons.

Se requiere autorización expresa de los titulares de los derechos para cualquier uso no expresamente previsto en dicha licencia. La ausencia de dicha autorización puede ser constitutiva de delito y está sujeta a responsabilidad.

Consulte las condiciones de la licencia en: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/legalcode.es>



Esta Editorial es miembro de la UNE, lo que garantiza la difusión y comercialización de sus publicaciones a nivel nacional e internacional

Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo

Edificio de Servicios - Campus de Humanidades

33011 Oviedo - Asturias

985 10 95 03 / 985 10 59 56

servipub@uniovi.es

www.publicaciones.uniovi.es

ISBN: 978-84-18482-26-7

DL AS 1901-2021

Sumario

Presentación	11
La acomodación constitucional de la secesión: el caso español	13
Benito ALÁEZ CORRAL	
Lealtad constitucional y partidos políticos	61
Leonardo ÁLVAREZ ÁLVAREZ	
El régimen electoral del Principado de Asturias	91
Alberto ARCE JANÁRIZ	
La Sedition Act de 1798 y el libelo sedicioso: la criminalización de la libertad de expresión	111
Abel ARIAS CASTAÑO	
Voluntad general y representación en el constitucionalismo iusracionalista	141
Ignacio FERNÁNDEZ SARASOLA	
La constitucionalización del programa político bolchevique en 1918	167
Antonio-Filiu FRANCO PÉREZ	
El ciudadano en la reforma de la Constitución: la participación directa	179
Patricia GARCÍA MAJADO	
Régimen electoral («maquiavélico») y sistema de partidos (con sesgo mayoritario)	207
Miguel A. PRESNO LINERA	

El procedimiento de reforma de la Constitución española y las minorías parlamentarias	241
Paloma REQUEJO RODRÍGUEZ	
La (des)igualdad por razón de sexo/género en el espacio público (de un Estado) social	267
María Ludivina VALVIDARES SUÁREZ	
Los derechos del público: la revisión de los modelos clásicos de «proceso de comunicación pública»	313
Ignacio VILLAVERDE MENÉNDEZ	

LEONARDO ÁLVAREZ ÁLVAREZ

Seguramente no haya mejor lugar que un libro homenaje, como que el aquí se publica en honor al profesor Francisco Bastida Freijedo, para reabrir ese baúl de los recuerdos que el inexorable y silencioso paso del tiempo, aderezado por la frenética visión de futuro que impone la vida universitaria, acaba cerrando inconsciente e injustamente. Reabrirlo es siempre un acto de justicia que nos permite apreciar con perspectiva que lo que muchos somos hoy como profesionales es gracias a juristas como Bastida.

Este trabajo publicado en 2003 en el número 10-11 de la *Revista Teoría y Realidad Constitucional* bajo el título «Lealtad constitucional y partidos políticos» ha sido seguramente el que mejor refleje la impronta que dejaron en mi formación las enseñanzas de Bastida. En noviembre 2002 se celebraría en Toledo el I Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España. Con el Título «La defensa del Estado», se centraba en analizar, entre otros aspectos, la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de partidos políticos.

Bastida era uno de sus ponentes principales y decidí intervenir como comunicante en la mesa que él integraba. El primer borrador de mi trabajo que le presenté unos meses antes planteaba un análisis de la Ley de Partidos a partir de una categorización clásica, la distinción entre la defensa del Estado y la defensa de la Constitución. La primera, vinculando la democracia a la defensa de los procedimientos y la segunda a la de valores, con la consecuente ilegalización de sus enemigos. Esa categorización me servía, primero, para adscribir a nuestra la Constitución al primer modelo, como consecuencia de la posibilidad total de su reforma, y después, para, a partir de ello, deducir un principio hermenéutico desde el que proceder al análisis del art. 9.2 de la Ley de Partidos.

Y lo cierto es que ese planteamiento que le presenté inicialmente pensé que era coherente, ya que el legislador, al menos en apariencia, había decidido ilegalizar en el enunciado del art. 9.2 las conductas y no los fines perseguidos de los

partidos. Entendía que el art. 9.2 de la Ley era la directa plasmación de aquel principio deducido de la posibilidad de reforma total de la Constitución. Pero Bastida, con la lectura del texto de mi comunicación, enseguida me hizo ver que mi propuesta caía en la trampa de lo evidente, a lo que invitaba, desde luego, el legislador de partidos. Por entonces Bastida ya había publicado en 1998 uno de los trabajos que quizás mejor hayan reflejado su pensamiento académico: «La soberanía borrosa: la democracia».

El arte de Bastida fue siempre distorsionar y replantear aquello a lo que en apariencia nos llevaban a ver las construcciones categoriales clásicas. Como él entendía, para poder ver con nitidez el problema, en vez de enfocar la lente, en ocasiones era necesario desenfocarla. Cuando la imagen se convertía en borrosa, como su teoría de la democracia, saltaban a la luz los verdaderos problemas. Hay que reconocer que no le faltaba razón. La visión que le había presentado en el texto inicial de mi comunicación era seguramente una imagen fija y quizás deliberadamente enfocada de un problema. Pero él intuyó con razón, que no me permitía ver los auténticos problemas en los que incurría el legislador de la Ley de Partidos.

Me hizo darme cuenta de la parcial inutilidad de las categorías clásicas de la defensa del Estado y defensa de la Constitución -ligadas respectivamente a los modelos de democracia procedimental y militante- para llevar el análisis que me proponía. Para él toda democracia era militante en un determinado grado, por la simple razón de que no hay democracia que no aspire a defenderse a sí misma. Y aplicando su teoría de la borrosidad, me enseñó que las categorías clásicas de la democracia procedimental y la militante eran «dos líneas negras bien definidas» ubicadas en los extremos, pero que entre ellas había una importante distancia unida, según sus palabras, por una «gran escala de grises». En efecto, el problema, según Bastida, era ver hasta qué punto una democracia, por naturaleza militante, podía seguir manteniendo su militancia sin trasvasar aquel límite no tolerado por nuestra Constitución: la imposibilidad de ilegalizar ideologías contrarias a la democracia.

Así pude comprobar que el verdadero problema de la Ley de partidos no era tanto el art. 9.2, sino, en realidad, el art. 9.3. Era en esa disposición donde el legislador se introducía en el bosque de la borrosidad de Bastida, en la escala de grises entre la democracia puramente procedimental que la ley pretendía mostrar, en apariencia, asépticamente en el art. 9.2 y la ilegalización de los enemigos de la democracia. Conforme a esas ideas planteé justamente el texto definitivo de mi comunicación, que posteriormente, y de manera más extensa, publiqué en la *Revista Teoría y Realidad Constitucional*.

Caminando por los senderos de Bastida llegué a la conclusión de que la militancia introducida por la Ley trasvasaba todas las escalas de grises posibles de la militancia, y llegaba a una totalmente incompatible con nuestra Constitución. Y lo hacía, según mi parecer, a través de la técnica de las presunciones, entre otras cosas, imputando *iuris et de iure* a determinadas ideologías su necesaria persecución a través de medios violentos. A través del carácter naturalmente ilícito de éstos, se acaba irradiando de manera indirecta la ilicitud a determinadas ideologías, prohibiéndoles cualquier ámbito en el que poder manifestarse pacíficamente.

La STC 48/2003, que enjuició la constitucionalidad de la Ley Orgánica 6/2002 y otras posteriores que resolvieron distintos recursos de amparo interpuestos contra las resoluciones judiciales que aplicaron la citada ley disolviendo diferentes partidos, no le dieron razón a mi trabajo. Seguramente no por azar, se la dieron a Bastida. Ratificaron su tesis de que la Ley había conseguido mantenerse en esa amplia escala de grises que distanciaba los extremos de la democracia procedimental y la militante.

Todas esas enseñanzas me ayudaron considerablemente a dar un gran impulso a mi tesis doctoral sobre el concepto de lealtad constitucional, que hundía originariamente sus raíces teóricas precisamente en la defensa de la Constitución y en la democracia militante. En ese trabajo, que defendería finalmente en 2005, traté de demostrar precisamente cómo sí podía existir lealtad constitucional en una Constitución totalmente reformable. Lo que nunca podré saber es si mis planteamientos llegaron finalmente tan lejos y me alejé nuevamente de la borrosidad, del mundo de lo relativo, que siempre me enseñó Bastida. Sobre ello habré de seguir reflexionando en el futuro gracias a sus enseñanzas.

Lealtad constitucional y partidos políticos*

Leonardo Álvarez Álvarez

1. Introducción

La LO 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos –en adelante LPP– constituye un tema de una gran trascendencia política y jurídica. La LPP –en lo que a su finalidad se refiere– encarna la exigencia de un orden jurídico de defenderse frente a comportamientos que constituyan una infracción de sus normas. Sin embargo, la técnica de la ilegalización de partidos ofrecida por la LPP como defensa frente a aquella infracción normativa puede conducir a capitales problemas de estabilidad del Estado democrático. La disolución de los partidos políticos en Alemania en 1952 y 1956 ha supuesto suprimir la forma que permitió identificar a los individuos que pretendían atentar contra el Estado. Ello solo condujo a que tal actividad se desplegara desde ese momento mediante organizaciones clandestinas de difícil o imposible control para el Estado. En ello se explica la opción de no volver a utilizar la técnica de la ilegalización frente a partidos cuya radicalidad superó la de los prohibidos durante la década de los cincuenta. La ilegalización de los partidos políticos representa una exigencia de la defensa del Estado democrático, pero al mismo tiempo, un capital obstáculo para la eficacia de la misma. Al margen de la solución más efectiva para la defensa del ordenamiento democrático –en realidad de difícil respuesta– lo que pretende analizar el presente trabajo es

* Trabajo publicado en la revista *Teoría y Realidad Constitucional*, n.ºs 10-11, 2002-2003, págs. 445-468.

cuál es la naturaleza de la defensa del orden democrático dispuesta en la Constitución de 1978, esto es, frente a qué naturaleza de comportamientos pretende protegerse. Una vez determinado ello se examinará si la defensa dispuesta por la LPP resulta compatible con la establecida en el texto constitucional de 1978.

2. El concepto de lealtad constitucional

a) *El principio de eficacia del ordenamiento jurídico*

El ordenamiento jurídico se concibe, ante todo, como un orden social, esto es, como un complejo de normas que tienen por objeto regular las relaciones entre individuos.¹ En ese sentido, el ordenamiento jurídico desempeña una función equiparable al orden político o al moral que, de igual manera, regulan relaciones interindividuales.² Sin embargo, el carácter distintivo de las normas que conforman el ordenamiento jurídico –y que permite diferenciarlas de las que integran otros órdenes sociales– reside en que la regulación de las relaciones entre individuos tiene lugar mediante la determinación de las condiciones de ejercicio de la fuerza física –órgano, procedimiento y supuesto de hecho–.³ No obstante, esta regulación de las relaciones entre individuos solo puede considerarse válida, y por tanto diferenciada de la realizada por los demás órdenes sociales, si posee un fundamento autónomo de validez.⁴ Ello es lo que se expresa precisamente con el concepto de soberanía, cualidad que, predicada del ordenamiento jurídico, alude a que la validez de sus normas no deriva de ningún otro orden normativo superior a él.⁵ Sin embargo, la soberanía no se presenta exclusivamente como una cuestión de validez –deber ser–. Para que se pueda hablar de un ordenamiento jurídico diferenciado de otros órdenes sociales, esto es, de un ordenamiento soberano, además de poseer su propio fundamento de validez, aquel debe ser, a grandes rasgos, eficaz –ser–. De tal modo, la eficacia de sus normas se presenta como condición de validez del ordenamiento jurídico en su conjunto.⁶

El problema fundamental reside en determinar el necesario grado de eficacia para poder afirmar la validez del ordenamiento jurídico. Con independencia de cuál sea este grado –en realidad, difícilmente cuantificable por su definición

¹ Véase H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, ed. Franz Deuticke, Viena, 1976, pág. 25.

² Véase H. Kelsen, *ibid.*, pág. 60.

³ *Cfr.* H. Kelsen, *ibid.*, pág. 34 y ss.

⁴ *Cfr.* H. Kelsen, *ibid.*, pág. 200 y ss. En los denominados «ordenamientos jurídicos preestatales» – con los que se alude a los sistemas jurídicos que se dieron hasta el siglo XVI– existieron normas reguladoras del ejercicio de la fuerza física, aunque estas no conformaron por sí mismas un ordenamiento jurídico ya que se integraron en órdenes religiosos y morales, véase J. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, ed. Julius Springer, 3.^a edición, 5.^a reimpresión, Berlín, 1929, págs. 321-323. Ello se explica a partir del hecho de que la validez de las normas reguladoras de la fuerza física se condicionó a un criterio de justicia, fundamento de validez del ordenamiento moral, véase H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, *op. cit.*, pág. 61 y ss., 65.

⁵ Véase H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, ed. Max Gehlen, Bad Homburg, Berlín, Zurich, 1966, pág. 103 y 104.

⁶ *Cfr.* H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, *op. cit.*, pág. 219; *Allgemeine Staatslehre*, *op. cit.*, pág. 18 y 19.

en términos de ser- parece claro que el principio teórico de eficacia no puede ponerse en duda, de igual manera, por la ineficacia de las normas que ocupan un rango inferior en el ordenamiento que la que afecte a su fundamento mismo de validez, esto es, a la Constitución. En realidad, un ordenamiento difícilmente puede ser eficaz si su fundamento de validez no resulta también eficaz.⁷ Sin embargo, la eficacia de la norma fundamentante no puede medirse con arreglo a la totalidad de disposiciones que la conforman sino tan solo a partir de sus normas fundamentales, de aquellas que determinan su identidad.⁸ La concepción de la Constitución como fundamento de validez de las normas del ordenamiento jurídico exige en la determinación de su eficacia deba tenerse en cuenta precisamente la eficacia de aquellas normas que regulan la creación de normas, en particular, las que inciden en la forma de Estado y en la forma de gobierno. En ese sentido, la eficacia de los principios estructurales se presenta como una cuestión fundamental para poder construir el principio teórico de eficacia del ordenamiento.

b) *La lealtad constitucional como plasmación normativa del principio de eficacia del ordenamiento jurídico*

Cuando el principio de eficacia del ordenamiento jurídico deja de presentarse como un principio de carácter teórico -ser- y pasa a concebirse como una pretensión normativa de la norma constitucional -deber ser- se convierte en principio de lealtad constitucional. En ese sentido, el principio de lealtad constitucional expresa la pretensión dogmática de la Constitución de dotar de eficacia a sus principios fundamentales.⁹ De tal modo, el principio de lealtad constitucional no se concibe como una norma jurídica sino como un principio interpretativo que debe ser tenido en cuenta para determinar el contenido normativo de las normas positivas que conforman el ordenamiento jurídico.¹⁰ El principio de lealtad niega amparo normativo a actividades que menoscaben o puedan menoscabar -según tal principio adquiera un contenido represivo o preventivo- la eficacia de las

⁷ Cfr. H. Kelsen, «Vom Geltungsgrund des Rechts» en H. Klekatsky, R. Marcic, H. Schambeck (eds.), *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, ed. Europa, Viena, Francfort, Zúrich, 1968, pág. 1422.

⁸ Es claro que la eficacia de la Constitución española de 1978 no puede enjuiciarse a partir de los arts. 4 y 5 en los que se establecen los colores de la bandera o la capitalidad del Estado, respectivamente.

⁹ Por ello se ha calificado a la lealtad constitucional como un instituto de carácter *reflexivo*, esto es, dispuesto, por la Constitución para su propia defensa, cfr. E. Denninger, «Der Schutz der Verfassung» en E. Benda, W. Maihofer, H. J. Vogel (eds.), *Handbuch des Verfassungsrechts*, ed. De Gruyter, Berlín, Nueva York, 1983, pág. 1294; N. Luhmann, *Soziologische Aufklärung 5. Konstruktivistische Perspektiven*, ed. Westdeutscher, Opladen, 1990, pág. 15 y 16.

¹⁰ El principio de lealtad constitucional es el que se encuentra implícito en la construcción doctrinal del principio de efectividad de los derechos fundamentales que se presenta como un principio interpretativo que tiene por objeto dotar de eficacia a tales normas. En concreto, este principio de efectividad es la causa de la denominada dimensión objetiva de los derechos fundamentales, cfr. R. Thoma, «Allgemeine Bedeutung der Grundrechte» en H.-C. Nipperdey (edit.), *Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung*, vol. I, ed. Keip, Francfort, 1975, pág. 9; C. G. Pestalozza, «Kritische Bemerkungen zur Grundrechtsauslegung», *Der Staat*, n.º 4, 1963, pág. 444.

normas que determinan los principios estructurales.¹¹ Es por ello que no cualquier infracción normativa –al margen de que esta sea considerada como ilícita– constituya una vulneración del principio de lealtad constitucional sino tan solo aquella que lesione la eficacia misma de los principios estructurales.

3. El principio de lealtad constitucional como instituto de defensa de la Constitución y de defensa del Estado

El principio de lealtad constitucional puede concebirse como instituto de defensa de la Constitución o de defensa del Estado. En realidad, a tal distinción subyace la atribución al objeto del principio de lealtad constitucional una diferente naturaleza jurídica.¹² Con el concepto *defensa de la Constitución* se alude a un principio interpretativo que sirve a la inmutabilidad frente al cambio de las materias sobre las que descansa el documento constitucional positivo.¹³ De tal modo, el principio de defensa de la Constitución niega amparo normativo a actividades que, aun en observancia de las normas positivas, tengan como finalidad suprimir las materias subyacentes al texto constitucional.¹⁴ La defensa de la Constitución implica, por tanto, declarar ilícitos fines aun cuando los medios utilizados sean en sí correctos. Es por ello que la defensa de la Constitución se dirige frente a los enemigos y no simplemente infractores.¹⁵ Como se puede percibir, la defensa de la Constitución solo adquiere sentido con arreglo a un concepto material de Constitución, esto es, allí donde se distingue entre normas positivas y determinadas materias que no resultan coincidentes en su naturaleza jurídica con aquellas.¹⁶ En puridad, defensa de la Constitución y lealtad constitucional no constituyen sino dos caras de una misma moneda. La defensa de la Constitución expresa, en realidad, una pretensión de eficacia permanente de las materias que subyacen al texto constitucional. El principio de defensa de la Constitución constituye, por tanto, un principio de lealtad constitucional que tiene por objeto materias que no tienen carácter jurídico-positivo y sobre las que, además –a consecuencia de

¹¹ Ello puede apreciarse gráficamente en el principio de lealtad federal –*Bundestreue*–. Merced al mismo, se declaran antijurídicos los comportamientos de los miembros del Estado federal que, aun ejerciendo competencias propias, menoscaben el funcionamiento del principio estructural del federal, véase BVerfGE. 1, 299 (315), de 11 de mayo de 1952; 12, 205 (254), de 28 de febrero de 1961; 34, 9 (44), de 26 de julio de 1972; 39, 96 (108 y ss.), de 4 de marzo de 1975; 40, 96 (125), de 10 de junio de 1975; 41, 291 (308 y 310), de 10 de febrero de 1976; 61, 149 (205), de 19 de octubre de 1982; 81, 310 (337), de 22 de mayo de 1990). En la doctrina véase J. Isensee, «Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz» en J. Isensee y P. Kirchhof (edits.), *Handbuch des Staatsrechts*, vol. iv, ed. CF Müller, Heidelberg, 1990, pág. 596.

¹² Un aspecto que conducirá a conferir «fundamentalidad» –erigiéndose en objeto del principio de lealtad constitucional– a diferentes normas.

¹³ Véase C. Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, ed. Duncker & Humblot, Berlín, 1985, pág. 15.

¹⁴ Cfr. E. Denninger, «Verfassungstreue und Verfassungsschutz», VVDStRL, n.º 37, 1978, pág. 18.

¹⁵ Véase I. de Otto Pardo, *Defensa de la Constitución y partidos políticos*, ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, pág. 15.

¹⁶ Cfr. G. Röllecke, «Verfassungstreue und Schutz der Verfassung» en *idem*, *Augeklärter Positivismus Ausgewählte Schriften zu den Voraussetzungen des Verfassungsstaates*, ed. CF Müller, Heidelberg, 1995, pág. 167.

su naturaleza suprapositiva-, pesa una garantía de intangibilidad.¹⁷ El objeto del principio de lealtad constitucional cambia radicalmente donde éste se conciba como un instituto de defensa del Estado. El concepto *defensa del Estado* engloba un conjunto de normas y principios que tienen como finalidad la protección frente a la infracción de normas positivas¹⁸ -al margen de si éstas se presentan inmodificables o no-. Donde el principio de lealtad constitucional se conciba como un instituto de defensa del Estado su objeto se encuentra conformado por normas jurídicas positivas. De tal manera, la lealtad constitucional como defensa del Estado sirve a la eficacia de normas positivas.¹⁹ En ese sentido, la lealtad constitucional no responde frente a enemigos sino exclusivamente frente a infractores.

4. El principio de lealtad constitucional en la Constitución española de 1978

a) *Fundamento del principio de lealtad constitucional*

El principio de lealtad constitucional en la Constitución española de 1978 aparece como una exigencia dogmática de su concepción como norma jerárquicamente suprema. Tal supremacía se presenta como consecuencia de las notas de

¹⁷ El problema que presenta esta concepción del principio de lealtad constitucional como instituto de defensa de la Constitución deriva del concepto material de Constitución sobre el que aquel se construye, en particular, del particular modo de atribuir la «fundamentalidad» a determinadas normas. Para la doctrina material, se atribuye el carácter de «fundamental» -por determinar la identidad de la Constitución- a cualquier norma -evidentemente de carácter no positivo- que subyazca al texto constitucional, al margen de si tiene o no el carácter de principio estructural. Así, por ejemplo, en la teoría integracionista de Constitución, los símbolos -además de los principios estructurales- forman parte de aquellas normas sobre las que el texto constitucional descansa, presentándose como objeto del principio de lealtad constitucional, *cf*: R. Smend, «Verfassung und Verfassungsrecht» en *idem*, *Staatsrechtlichen Abhandlungen*, ed. Duncker & Humblot, Berlín, 1968, pág. 217 y 218. Así, en el contexto de la Ley Fundamental de Bonn de 1949 se ha llegado a afirmar que la capitalidad del Estado alemán en Berlín constituye una decisión que pertenece a la subjetividad del pueblo y que ha permanecido subyacente incluso frente a la división de las dos Alemanias, *cf*: R. Scholz, «Der Status Berlins» en J. Isensee y P. Kirchhof (edits.), *Handbuch des Staatsrechts*, vol. 1, ed. CF Müller, Heidelberg, 1987, pág. 356. Sin embargo, esta precisión material del objeto de la lealtad constitucional conduce a resultados incompatibles con este concepto mismo, en particular, erigir a la bandera o a la capitalidad del Estado en objeto de eficacia. La pretensión de eficacia que expresa la lealtad constitucional solo cobra sentido lógicamente respecto a una determinada organización, *cf*: P. Haberle, «Effizienz und Verfassung», *AöR*, n.º 98, 1973; J. Isensee, «Dienst nach Vorschrift als vorschriftswidriger Dienst», *JZ*, n.º 5, 1971, pág. 75; W. Leisner, *Effizienz als Rechtsprinzip*, ed. JCB. Mohr, Tübinga, 1971, pág. 8.

¹⁸ *Cfr*: D. Rauschning, *Die Sicherung der Beachtung der Verfassungsrecht*, ed. Gehlen, Berlín, 1969, pág. 14.

¹⁹ En este caso, se permite construir el objeto del principio de lealtad constitucional de un modo conciliable con la pretensión de eficacia que encarna aquel principio. Si la Constitución se concibe como una norma de derecho positivo, las normas que conforman la identidad de la Constitución, no pueden ser sino los principios estructurales. De este modo se excluye que puedan adquirir el carácter de fundamentales normas que no pueden presentarse en realidad como objeto de la lealtad constitucional, tal y como ocurre en la teoría material. La atribución del carácter de fundamental a los principios estructurales resulta coherente con la eficacia de una organización inherente a la lealtad constitucional. Esa es precisamente la función de los principios estructurales: organizar y estructurar la creación normativa.

fuerza activa y fuerza pasiva que la norma constitucional de 1978 ha pretendido autoatribuirse frente a las demás normas del ordenamiento jurídico. Con el concepto de fuerza activa se expresa la cualidad de la norma constitucional de –en caso de contradicción– producir la derogación de la norma que la contraviene. Por el contrario, la noción fuerza pasiva alude al efecto de persistencia en la validez de la Constitución frente a las normas que la contravengan.²⁰ La construcción del principio de lealtad constitucional a partir de las categorías fuerza activa y fuerza pasiva –contenido de la supremacía constitucional– se explica a partir de la consecuencia de la *indisponibilidad* que aquellas notas confieren a las normas incluidas en el documento constitucional.²¹ La pretensión de la Constitución de sustraer las normas incluidas en la forma constitucional a la facultad normativa del poder público manifiesta su intención de conferirles eficacia. Allí donde falte la nota de la indisponibilidad del texto constitucional no cabe hablar de lealtad constitucional, toda vez que la eficacia de sus normas se halla condicionada a la voluntad del poder público.²² Eso es lo que permite explicar que el principio de lealtad constitucional– como instituto jurídico-positivo– solo haya podido construirse con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, cuando las Constituciones comienzan a erigirse en normas jerárquicamente supremas. De tal manera, el principio de lealtad en la Constitución española de 1978 se construye fundamentalmente a partir de las normas en las que se expresan las notas de fuerza activa y fuerza pasiva, en particular en los arts. 9.1 –en este caso consagrada de manera general–, y 161.1, entre otras.

b) Objeto del principio de lealtad constitucional: la posibilidad de reforma total de la Constitución y la concepción del principio de lealtad como instituto de defensa del Estado

En la precisión del objeto del principio de lealtad constitucional desempeña un papel capital el art. 168 de la Constitución en el que se admite que la misma

²⁰ Cfr. I. de Otto Pardo, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, ed. Ariel, Barcelona, 1987, pág. 14 y 15

²¹ Cfr. R.Thoma, «Allgemeine Bedeutung der Grundrechte», *op. cit.*, pág. 8 y 9.

²² Eso es lo que aconteció en el contexto de la Constitución de Weimar de 1919 que permitió que fuese reformada por vía legislativa –art. 76–. En ese sentido, no puede hablarse de una norma jerárquicamente suprema, esto es, indisponible frente al poder público, en concreto frente al legislador, cfr: P.Badura, «Verfassungsänderung, Verfassungswandel, Verfassungsgewohnheitsrecht» en J. Isensee y P. Kirchhof (edits.), *Handbuch des Staatsrechts*, vol. VII, ed. CF Müller, Heidelberg, 1992, pág. 59 y 60. Esta distinción entre el poder constituyente constituido y poder legislativo impidió que pudiese ser construido un principio de lealtad constitucional. Sin embargo, no han faltado teorías proclives a articular tal principio a partir del texto de 1919. No obstante, la indisponibilidad sobre la cual indispensablemente tiene que construirse el principio de lealtad constitucional se articuló no sobre la base de una jerarquía positiva sino con arreglo a la rigidez del procedimiento de reforma de la Constitución –art. 76– que sometió la reforma constitucional a una mayoría de 2/3, cfr: R.Thoma, «Allgemeine Bedeutung der Grundrechte», *op. cit.*, pág. 8. El problema que se deriva de ello es que la rigidez de una norma nada dispone acerca de su posición en el ordenamiento, cfr: I. de Otto Pardo, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, *op. cit.*, pág. 63. Por ello del concepto de rigidez constitucional no puede deducirse la nota de la indisponibilidad de las normas de la Constitución, a partir de la que se construye el principio de lealtad.

pueda ser reformada en su totalidad. Ello se presenta como un argumento capital para negar que el principio de lealtad constitucional en la Constitución española pueda concebirse como un instituto de defensa de la Constitución. La distinción entre normas positivas y determinadas materias que no resultan coincidentes en su naturaleza jurídica con ellas solo puede resultar admisible si se parte del carácter inmodificable de las materias que subyacen al documento constitucional.²³ De tal modo, la posibilidad de reforma total de la Constitución se presenta como el argumento fundamental para afirmar que la Constitución española ha pretendido concebirse a sí misma como norma de derecho positivo.²⁴ En ese sentido, el objeto del principio de lealtad no puede sino determinarse en las normas positivas que conforman el texto constitucional, en particular, en aquellas que precisan los principios estructurales. Es por ello que el objeto del principio de lealtad constitucional lo conforman los principios de Estado de derecho, Estado democrático, Estado social, el principio autonómico -art. 1.1- y la forma parlamentaria de gobierno -art. 1.3-. Todo ello conduce a que el principio de lealtad constitucional en la Constitución española se presente como un instituto de defensa del Estado y no de defensa de la Constitución.²⁵ De tal modo, en el ordenamiento español solo cabe la defensa frente a los infractores de sus normas y no contra sus enemigos. Pero, además, precisamente porque tal normatividad positiva reconoce la posibilidad de reforma total de la Constitución, las normas del ordenamiento solo pueden presentarse como límites a la acción y no como límites a los fines mediante ella perseguidos.²⁶ Con ello se niega también la posibilidad de que, en base a normas positivas, puede llegarse a la consecuencia a la que conduce la defensa de la Constitución: la ilicitud de sus enemigos.²⁷ Precisamente porque cualquier opción política puede llegar a formar parte de la Constitución, en un orde-

²³ Acerca de esta exigencia inherente a las teorías materiales de Constitución véase B. Aláez Corral, *Los límites materiales a la reforma de la Constitución española de 1978*, ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, pág. 61 y ss.

²⁴ Otros datos que permiten avalar tal conclusión pueden ser las notas formales de la unidad documental y la rigidez y la pretensión de la Constitución de identificarse con las normas positivas que conforman su texto constitucional -arts. 161, 168-, *cf.* B. Aláez Corral, *ibid.*, pág. 268.

²⁵ *Cfr.* I. de Otto Pardo, *Defensa de la Constitución y partidos políticos*, *op. cit.*, págs. 35 y 36.

²⁶ Esta conclusión se percibe implícitamente en el razonamiento del profesor Punset Blanco, quien reconoce la necesidad de compatibilizar la tutela decidida del funcionamiento del principio democrático con la posibilidad de reforma total de la Constitución y, consecuentemente, con la persecución de cualesquiera fines políticos. En el razonamiento del profesor Punset se avanza ya claramente la distinción aquí planteada entre la lealtad constitucional como defensa del Estado y como defensa de la Constitución *cf.* «Los veinte primeros años de la ciencia española del Derecho Constitucional», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 108, 2002, pág. 235. Sobre ello puede consultarse más en profundidad el estudio del mismo autor.

²⁷ La intangibilidad de determinadas materias, presupuesto de la construcción material de la defensa de la Constitución, resulta también compatible con su carácter jurídico-positivo (un análisis de esta cuestión dogmática puede apreciarse en E. Wegge, «Zur normative Bedeutung des Demokratieprinzips nach art. 79. 3 Abs. 3 GG». *Ein verfassungsdogmatischer Beitrag zur Rationalität des Rechts*, ed. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1996, pág. 27 y ss.). Sin embargo, la ilicitud de los enemigos de tales materias no puede considerarse, en puridad, como expresión de un principio de defensa de la Constitución ya que el carácter distintivo de este es la naturaleza jurídico-positiva de su objeto. El principio de lealtad respecto de normas jurídico-positivas debe considerarse como un instituto de defensa del Estado.

namiento democrático, los sometidos al mismo deben estar en condiciones de poder perseguirlos.²⁸

5. La plasmación normativa del principio de lealtad constitucional frente a los partidos políticos en el art. 6 CE

a) *El art. 6 CE como fundamento de la distinción entre el principio de lealtad constitucional y el mandato de respeto a la Constitución y a la ley*

El art. 6 CE dispone respecto de los partidos políticos que su *estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos*. En lo que se refiere al necesario funcionamiento democrático, si lo que se pretendió fue que los partidos – de conformidad con el mandato de sujeción al derecho positivo establecido en el art. 9.1 – no pudiesen infringir aquellas normas positivas en las que se consagra el principio democrático, aquella exigencia carece de todo sentido. Para ello hubiese bastado el mandato de *respeto a la Constitución y a la ley* prescrito en el mismo art. 6 CE. El único modo coherente de dotar de sentido a la exigencia de funcionamiento democrático de los partidos es concebirla como la plasmación normativa del principio de lealtad constitucional. En ese sentido, la cláusula «funcionamiento democrático» de los partidos políticos constituiría el presupuesto legitimador para negar amparo normativo a actividades de los mismos que –cumpliendo o aun incumpliendo las normas– menoscaban la eficacia del principio democrático. De tal manera no cualquier infracción de las normas reguladoras del principio democrático supone una vulneración de la cláusula funcionamiento democrático de los partidos –lo es por contra del mandato de respeto a la Constitución y a la ley– sino tan solo aquella que pueda lesionar el funcionamiento mismo del principio democrático. Pero es que, además, solo en base a esta interpretación del mandato de funcionamiento democrático puede justificarse la plasmación en el art. 6 de una cláusula, como la del respeto a la Constitución y a la ley, que no constituye sino la reiteración del mandato de sujeción al derecho positivo dispuesto en el art. 9.1. La expresa alusión al instituto de la sujeción en el art. 6 CE solo puede justificarse como legitimación de una ilicitud disímil a la generada por el principio de lealtad constitucional. En definitiva, el art. 6 CE articula dos diferentes supuestos de ilicitud de los partidos políticos, el primero, basado en la *infracción* de la Constitución y la ley –sujeción al derecho positivo– y, el segundo, en el *menoscabo* del principio democrático –lealtad constitucional–.

Una vez precisado esto, resulta necesario resaltar que el art. 6 CE, como plasmación normativa del principio de lealtad, ha erigido en objeto de los partidos de forma exclusiva el principio democrático y no el resto de principios estructurales de la Constitución. En lo que aquí interesa, la configuración constitucional del principio democrático, como consecuencia de la posibilidad de reforma total

²⁸ Cfr. I. de Otto Pardo, *Defensa de la Constitución y partidos políticos*, op. cit., pág. 27; M. Aragón Reyes, *Constitución y democracia*, ed. Tecnos, Madrid, 1989, pág. 49 y 50; F.J. Díaz-Revorio, *La Constitución como orden abierto*, ed. Mc-Graw-Hill, Madrid, 1997, pág. 22.

de la Constitución, se concibe desde un punto de vista procedimental. Como ha puesto de relieve el TC en la STC 122/1983, de 16 de diciembre,

La fidelidad a la Constitución... puede(n) entenderse como el compromiso de aceptar las reglas de juego político y el orden jurídico existente en tanto existe y a no intentar su transformación por medios ilegales. La fidelidad, en esta línea interpretativa, no entraña una prohibición de representar y de perseguir ideales políticos diversos de los encarnados en la Constitución..., siempre que se respeten aquellas reglas de juego. (FJ 7.º).

Es por ello que, en base al principio de lealtad constitucional, solo puede declararse la ilicitud de los partidos políticos por la adopción de medios antidemocráticos y no los fines por ellos perseguidos, consustancial esto último a una democracia militante.²⁹

b) La ilicitud penal de los partidos como respuesta a la infracción del mandato de respeto a la Constitución y a la ley

La concreción normativa del mandato de respeto a la Constitución y a la ley de los partidos políticos se halla en la legislación penal a la que remite el art. 22.2 CE en el que se consagra uno de los límites al ejercicio del derecho de asociación, del que los partidos son consecuencia.³⁰ El art. 22.2 dispone que las asociaciones que persigan fines o adopten medios tipificados como delito son ilegales. El legislador penal ha reputado, en primer lugar, asociaciones penalmente ilícitas de las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión –art. 515.1.º–. Si bien perseguir fines delictivos –art. 22.2 CE– y tener por objeto cometer algún delito –art. 515.1.º CP– no son expresiones formalmente equivalentes, materialmente ambas dicciones parecen resultar coincidentes. Fin delictivo y objetivo delictivo no pueden sino referirse a un mismo supuesto.³¹ En ese sentido, en base al art. 515.1.º, se desplaza la concreción normativa de la cláusula tener por objeto cometer algún delito –o si se quiere, perseguir fines delictivos (art. 22.2.º CE)– al resto de disposiciones del CP a las que el art. 515.1.º remite de

²⁹ Véase J. Becker, «Die Wehrhafte Demokratie des Grundgesetzes» en J. Isensee y P. Kirchhof (eds.), *Handbuch des Staatsrechts*, vol. VII, *op. cit.*, pág. 312.

³⁰ Véase F.J. Bastida Freijedo, «La relevancia constitucional de los partidos políticos y sus diferentes significados. La falsa cuestión de la naturaleza jurídica de los partidos» en J. J. González Encinar (coord.), *Derecho de partidos*, ed. Espasa Calpe, Madrid, 1992, pág. 82 y ss.; M. A. Presno Linera, *Los partidos y las distorsiones jurídicas de la democracia*, Ariel, Barcelona, 2000, págs. 42 y 43.

³¹ Una postura crítica respecto a esta posibilidad resulta adoptada por De Otto para el que, sobre el análisis de la regulación penal realizada en el antiguo Código Penal de 1973 en el que el tipo penal ahora analizado era objeto de idéntica redacción, niega que tener por objeto cometer algún delito y perseguir fines delictivos puedan referirse a una misma cuestión, *cf.* *Defensa de la Constitución y partidos políticos*, *op. cit.*, pág. 66). La tesis favorable a la equiparación entre la ilicitud constitucional del art. 22.2 e ilicitud penal del art. 515.1.º encuentra un amplio apoyo en la doctrina penalista, *cf.* F. Muñoz Conde, *Derecho Penal. Parte especial*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 788 y 789; M. Cobo del Rosal y J. Boix Reig, *Comentarios a la legislación penal*, Edersa, Madrid, 1982, pág. 138).

un modo tácito. De acuerdo con ello, deben considerarse asociaciones penalmente ilícitas, por ejemplo, las que tengan por objeto la comisión de homicidios³² o la apología de la violencia, contempladas como actividades delictivas en los arts. 138 y 510.1 CP, respectivamente. En lo que aquí interesa, la ilicitud penal prescrita en el art. 515.1.º -en desarrollo del art. 22.2.º- concibe como ilícitos los partidos políticos que adopten actividades contrarias a las normas constitucionales, en el caso de los tipos penales analizados, al art. 15 CE -derecho a la vida e integridad física-. Esta misma infracción de normas constitucionales se sanciona penalmente en los arts. 515.2.º, 3.º y 4.º en los que se conciben como ilícitas las asociaciones que adopten medios violentos -art. 515.3.º- o las que puedan llegar a emplearlos -las bandas armadas, organizaciones y grupos terroristas (art. 515.2.º) y las asociaciones de carácter paramilitar (art. 515.4.º)-. Por el contrario, el derecho al honor del art. 18 de la Constitución es el que parece protegerse en el art. 515.5.º en el que se conciben como asociaciones ilícitas las que promuevan el odio o la violencia -en este último caso se tutela de igual modo el art. 15- contra personas, grupos o asociaciones por su ideología, religión o creencias entre otros casos. En virtud de todo ello, los supuestos de ilicitud establecidos en la legislación penal, a los que remite el art. 22.2.º CE, son la respuesta a la infracción de las normas constitucionales en las que se regula el principio democrático, en definitiva, del instituto de la sujeción. Sin embargo, el condicionamiento de la ilegalidad de las asociaciones por la CE a los supuestos de ilicitud penal no pudiera significar la delegación en el legislador la posibilidad de articular un principio de lealtad respecto de las asociaciones. La ausencia de una cláusula en el art. 22 CE, como la relativa al funcionamiento democrático de los partidos del art. 6 CE,³³ excluye la posibilidad de articular legislativamente un principio de lealtad frente a las asociaciones.³⁴ Ello solo resulta posible -además de los partidos- frente a los sindicatos de trabajadores, asociaciones empre-

³² Si bien en este caso la asociación entraría posiblemente en el supuesto de asociación terrorista contemplado en el art. 515.2.º.

³³ Pero es que además en el art. 22 ni siquiera se establece frente a las asociaciones el mandato de respeto a la Constitución y a la ley impuesto en el art. 6 respecto de los partidos. Como ha quedado dicho anteriormente, esta cláusula utilizada en el art. 6, reiteración del mandato de sujeción del art. 9.1, solo puede explicarse en su pretensión de distinguir entre lealtad y sujeción. Su ausencia en el art. 22 no implica lógicamente que las asociaciones no se encuentren sujetas al derecho positivo, consecuencia inherente al carácter normativo de la CE, sino a la ausencia respecto de ellas de un principio de lealtad constitucional.

³⁴ De tal modo se excluye en España una regulación civil como la contenida en la Ley de Asociaciones alemana de 1964, en cuyo art. 3.1 se dispone la ilicitud de las asociaciones cuyos fines y actividades sean contrarias a la legislación penal o sean contrarias al orden constitucional (BGBl. I, S. 593, BGBl III S. 2180-1). Esto resulta posible a consecuencia de la construcción de un principio de lealtad constitucional frente las asociaciones en el art. 9.2 de la Ley Fundamental de Bonn con una dicción idéntica a la expresada en la Ley. La ausencia en la CE de un presupuesto legitimador en el art. 22 como el art. 9.2, permite explicar la ausencia en la LO 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación, de un supuesto parecido al consagrado en la regulación legal alemana. En el art. 2.4 de la LO 1/2002 se establece exclusivamente un mandato de respeto al ordenamiento jurídico al afirmar que *la constitución de asociaciones y el establecimiento de su organización y funcionamiento se llevarán a cabo dentro del marco de la Constitución, de la presente Ley Orgánica y del resto del ordenamiento jurídico*.

sariales y los colegios profesionales a los cuales la CE exige en los arts. 7 y 36 respectivamente, un funcionamiento democrático.

c) *Los supuestos de ilicitud civil de los partidos como respuesta frente al menoscabo del principio democrático*

Si el Código Penal –por remisión del art. 22.2.º CE–, en concreto el art. 515, representa la sanción frente a la infracción del mandato de respeto a la Constitución y a la ley dispuesto frente a los partidos en el art. 6 de la Constitución, la LO 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos –en adelante LPP– constituye la repuesta respecto de la vulneración del principio de lealtad constitucional. En su art. 9.2 se 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, mediante alguna de las siguientes conductas, realizadas de forma reiterada y grave*. En ese sentido, la ilicitud dispuesta por la LPP no tiene lugar cuando se adopten las conductas, sin más, previstas en los apartados a, b y c del art. 9.2 –muchas de ellas reconducibles a los supuestos de ilicitud penal del art. 515– sino cuando las mismas sean realizadas, como dispone la LPP, de *forma reiterada y grave*. De tal modo, no cualquier infracción de normas constitucionales –como es el caso del art. 15 tutelado mediante la tipificación como ilícitos en el art. 9.2 a, b y c los atentados contra la vida o integridad de las personas–³⁵ se ubica dentro del supuesto de ilicitud de la LPP sino tan solo aquella que pueda menoscabar el funcionamiento mismo del principio democrático. Por ello, la LPP no supone la respuesta frente a la inobservancia del mandato de respeto a la Constitución y a la ley del art. 6 CE sino a la vulneración del principio de lealtad constitucional.

Sin embargo, la ilicitud penal y civil de los partidos políticos no difiere en exclusiva por la diferente naturaleza de las actividades consideradas antijurídicas –infractoras de la Constitución y la ley o las que menoscaben el principio democrático–. Mientras en la legislación penal la ilicitud pesa sobre actividades independientemente de los fines que se persigan –al margen del art. 515.5.º como se verá posteriormente–, la LPP exige del aplicador de la ley tener en cuenta, también, los fines a los que se dirige la actividad partidista. Como se

³⁵ Las concretas actividades declaradas ilícitas por el art. 9.2 son, en concreto, las siguientes:

- a. Vulnere sistemáticamente las libertades y derechos fundamentales, promoviendo, justificando o exculpando los atentados contra la vida o la integridad de las personas, o la exclusión o persecución de personas por razón de su ideología, religión o creencias, nacionalidad, raza, sexo u orientación sexual.
- b. Fomentar, propiciar o legitimar la violencia como método para la consecución de objetivos políticos o para hacer desaparecer las condiciones precisas para el ejercicio de la democracia, del pluralismo y de las libertades políticas.
- c. Complementar y apoyar políticamente la acción de organizaciones terroristas para la consecución de sus fines de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, tratando de someter a un clima de terror a los poderes públicos, a determinadas personas o grupos de la sociedad o a la población en general, o contribuir a multiplicar los efectos de la violencia terrorista y del miedo y la intimidación generada por la misma.

dispone en el art. 9.2 LPP, la ilicitud civil de los partidos no tiene lugar exclusivamente cuando se adopten las *actividades* reguladas en el art. 9.2 a, b y c sino cuando las mismas sirvan a la supresión del principio democrático. En ese sentido, hay que admitir la posibilidad de que existan partidos políticos ilícitos penalmente –por emplear medios delictivos– pero no desde un punto de vista civil al no tener como finalidad suprimir el principio democrático. De este modo, frente a los partidos que no tengan como pretensión subvertir los presupuestos democráticos del Estado solo cabe la ilicitud penal.

6. La concreción del principio de lealtad constitucional en la LO 6/2002, de 27 de junio, de partidos políticos. La construcción tácita de un principio de defensa de la Constitución

Una vez determinada la concepción constitucionalmente adecuada del principio de lealtad constitucional en la Constitución española de 1978, el análisis debe centrarse en este punto en analizar si la precisión de los supuestos de hecho de vulneración del principio de lealtad realizada por el legislador es conciliable con la configuración constitucional de tal principio. La LPP surge inicialmente con la finalidad de erigir al principio democrático –conforme a la concepción procedimental que adquiere el mismo en la Constitución– en límite a las actividades de los partidos políticos y no a las finalidades políticas perseguidas. Ello se deja claro en su Preámbulo en el que se establece que

resulta necesario identificar y diferenciar con toda nitidez aquellas organizaciones que defienden y promueven sus ideas y programas, cualesquiera que estas sean, incluso aquellas que pretendan revisar el propio marco institucional, con un respeto escrupuloso de los métodos y principios democráticos, de aquellas otras que sustentan su acción política en la connivencia con la violencia, el terror, la discriminación, la exclusión y la violación de los derechos y de las libertades.

En ese sentido, se pretende compatibilizar, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional,³⁶ la posibilidad de supresión de la democracia con la necesidad de que tal cosa deba realizarse de conformidad con los principios democráticos. A pesar de ello, los supuestos de ilicitud de los partidos se articulan a partir de la nada afortunada dicción del art. 9.1 LPP de que sus actividades *deberán respetar... los valores constitucionales, expresados en los principios democráticos, y en los derechos humanos*. El art. 9.1 presenta una gran similitud con los enunciados propios de una democracia militante vinculada a valores que –como expresión de un principio de lealtad como defensa de la Constitución– declara ilícitas las actividades que, aun en observancia de la legalidad positiva, pretendan subvertir los valores subyacentes al documento constitucional.³⁷ El art. 9.1 suscita

³⁶ Véase el epígrafe 4 a).

³⁷ Este mandato de respeto a los principios democráticos es la norma que se deduce del enunciado normativo del art. 21.2 de la Ley Fundamental de Bonn en el que se dispone que los *partidos políticos*

una problemática similar a la que ha conducido en la doctrina el art. 4 de la Constitución francesa de 1958 en el que se impone a los partidos un mandato de respeto a los principios de la soberanía nacional y la democracia.³⁸ Sin embargo, la concreción normativa del mandato de respeto a valores constitucionales en el art. 9.2 permite soslayar, al menos en un principio, este resultado favorable a una democracia militante y a un principio de lealtad constitucional como de defensa de la Constitución en el art. 9.1. En dicha disposición se establece que

un partido político será declarado ilegal cuando su actividad vulnere los principios democráticos particularmente cuando con la misma persiga deteriorar o destruir el régimen de libertades o imposibilitar o eliminar el sistema democrático mediante alguna de las siguientes conductas realizadas de forma reiterada y grave...

En ese sentido, la ilegalidad de los partidos políticos no tiene lugar cuando se persiga deteriorar o destruir el principio democrático -aspecto este que conduciría a un principio de lealtad como defensa de la Constitución- sino su deterioro o destrucción a través de determinadas *conductas* que son las que se declaran ilícitas. En ese sentido, la ilicitud, de conformidad con la concepción del principio de lealtad consagrado en la norma constitucional, no pesa sobre los fines partidistas sino sobre el particular modo en que ellos resultan perseguidos. Para que el art. 9.2 pudiese ser considerado como un instituto de defensa de la Constitución -y como consecuencia también el art. 9.1-, el deterioro o destrucción del principio democrático debiera reputarse ilícito en cualquier caso con independencia de las conductas adoptadas para tal fin,³⁹ cosa que no realiza el art. 9.2 LPP.

Las conductas consideradas ilícitas por la LPP al objeto de deteriorar o destruir el principio democrático se establecen en los apartados a, b y c del art. 9.2, cuyo estudio particularizado se realiza a continuación.

que por sus fines o por la actividad de sus militantes tengan como finalidad menoscabar o suprimir el orden democrático liberal..., son inconstitucionales. Ello lo ha puesto de manifiesto, un modo más evidente, el Tribunal Constitucional Federal alemán al afirmar que *como la pluralidad de ideologías y de intereses puede hacer prácticamente imposible la construcción de una voluntad estatal unitaria, debe entonces exigirse respecto de aquellos llamados a la construcción de la voluntad del Estado al menos un consenso en la afirmación de los valores fundamentales de la Constitución* (BVerfGE. 5, 85 (134), de 17 de agosto de 1956). En la doctrina pueden consultarse los trabajos de J. Lameyer, *Streitbare Demokratie. Eine Verfassungsbermeneutische Untersuchung*, ed. Duncker & Humblot, Berlín, 1978, pág. 28 y ss.; y de E. Denninger, «Verfassungstreue und Schutz der Verfassung», *op. cit.*, pág. 17.

³⁸ Sobre la base del ambiguo enunciado del art. 4, la doctrina ha debatido acerca de la posibilidad de construir un principio de lealtad constitucional frente a los partidos políticos como instituto de defensa de la Constitución o como defensa del Estado, sobre ello véase con carácter general P. Espulgas, «L interdiction des partis politiques», *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n.º 36, 1999, pág. 684 y ss. Sin embargo, la mayoritaria negación de un principio de defensa de la Constitución se ha construido sobre la base de la concepción liberal de los derechos reconocidos en la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789 a la que se remite la Constitución francesa, véase G. Burdeau, F. Hamon y M. Troper, *Droit Constitutionnel*, 25.ª edición, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, París, 1997, pág. 295; J. Giquel, *Droit Constitutionnel et institutions politiques*, 15.ª edición, Montchrestien, París, 1997, pág. 81 y ss.

³⁹ *Cfr.* I. de Otto Pardo, *Defensa de la Constitución y partidos políticos*, *op. cit.*, pág. 15.

- a) *Vulnerar sistemáticamente las libertades y derechos fundamentales, promoviendo, justificando o exculpando los atentados contra la vida o la integridad de las personas, o la exclusión o persecución de personas por razón de su ideología, religión o creencias, nacionalidad, raza, sexo u orientación sexual* (art. 9. 2 a)

El presente supuesto de ilicitud realiza una ponderación –de manera solo similar al tipo penal de apología de la violencia–⁴⁰ entre el derecho fundamental a la libertad de expresión del art. 20.1.º) CE y los derechos a la vida e integridad física consagrados en el art. 15 –*atentados contra la vida o la integridad de las personas* así como la *persecución de personas*–. En lo que aquí interesa, el art. 9.2 a) –al margen de si las conductas excluidas por este del art. 20.1 a) deben considerarse, en realidad, legítimo ejercicio de la libertad de expresión– presenta al derecho del art. 15 CE como un límite a la acción y no a los fines perseguidos mediante ella. Lo que el art. 9.2 a) impide es que los fines partidistas sean difundidos lesionando el derecho a la vida e integridad física, resultando por tanto conciliable con el principio de lealtad constitucional como instituto de defensa del Estado. Mayores problemas suscita, no obstante, la concepción como una actividad ilícita en el art. 9. 2 a) la *exclusión* de las personas por razón de su ideología, religión o creencias, nacionalidad, raza sexo y orientación sexual. Ello constituye un supuesto de ilicitud similar al consagrado en el tipo penal del art. 515.5.º en el que declaran penalmente ilícitas las asociaciones –y, por tanto, los partidos– *que promuevan la discriminación o el odio... contra las personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía*. Parece claro que en el supuesto de ilicitud «exclusión de personas» del art. 9.2 a) –tal y como acontece con la cláusula «odio contra las personas» del art. 515.5.º– hallan cabida expresiones contrarias al derecho al honor del art. 18.1 CE. En ese sentido, el art. 9.2 a) –como también el art. 515.5.º– excluye que los fines de los partidos puedan ser perseguidos a través de actividades que supongan un desmerecimiento de la consideración ajena –honor en sentido objetivo– o la propia estimación personal –honor en sentido subjetivo–. De tal modo, los arts. 9.2 a) y 515.5.º CP erigen al art. 18.1 en límite al modo en que el discurso político se realiza y no a este mismo.⁴¹ Sin embargo, en el supuesto de ilicitud del art. 9.2 a) pueden llegar

⁴⁰ El Código Penal entiende por *apología* la *exposición, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor. La apología solo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito* (art. 18). Sin embargo, el art. 9.2 a) amplía las conductas consideradas apología en el CP. Parece claro que la promoción, justificación o exculpación de atentados contra la vida o la integridad de las personas del art. 9.2 a) LPP no suponen una incitación directa a la comisión de un delito. Solo si los supuestos de ilicitud de la LPP abarcan un mayor número de conductas que las englobadas en el delito de apología cobra sentido un supuesto de ilicitud como el art. 9.2. De otro modo, la LPP remitiría al CP, como lo hace, por ejemplo, en el art. 10.2 a) al determinar la disolución de los partidos que incurran en los supuestos de asociación penalmente ilícita.

⁴¹ Esta concepción del derecho al honor del art. 18.1 como límite al derecho a la libertad de expresión del art. 20.1.º) se percibe en la STC 176/1995, de 11 de diciembre. En la misma se enjuicia la

a incluirse otro tipo de actividades cuya adecuación con la concepción procedimental del principio democrático resulta más dudosa. La concepción de la cláusula «exclusión de personas» en la LPP –como la relativa a la «discriminación y odio» en la legislación penal– no solo permite englobar en ella actividades lesivas del derecho al honor. La «exclusión de personas» se entiende en la LPP en el sentido de *aislamiento social, confrontación civil o cultura de enfrentamiento*, expresiones empleadas en el art. 9.3 b). Esta amplitud del concepto exclusión puede llegar a permitir que, en el supuesto de ilicitud del art. 9.2 a), hallen cabida no solo actividades, en sentido estricto, contrarias al derecho al honor sino doctrinas políticas construidas a partir de la desigualdad del ser humano y la consiguiente pretensión de exclusión y aislamiento de determinados grupos sociales, como el nazismo que, paradójicamente puede llegar a formar parte de la Constitución. De tal manera, aquella disposición viene a erigir el derecho a la igualdad del art. 14 CE en límite al contenido del discurso. En ese sentido, la ponderación realizada por el art. 9.2 a) entre los derechos fundamentales de los arts. 20.1 a) y 14 acaba convirtiendo a la lealtad constitucional en instituto de defensa de la Constitución, contraviniendo la concepción constitucional de aquella.

Esta ponderación incompatible con la configuración constitucional del principio de lealtad constitucional ha resultado compartida por el TC en el caso Violeta Friedmann (STC 214/1991, de 11 de noviembre) en el que se enjuician expresiones de un exdirigente nacionalsocialista en las cuales, además de negar el holocausto, realiza juicios ofensivos en contra del pueblo judío. El TC plantea inicialmente el caso como una colisión entre el derecho fundamental a la libertad de expresión del art. 20.1 –como proyección de la libertad ideológica del art. 16– y el derecho al honor del art. 18.1 (FJ. 1.º). Sin embargo, la negación de la tutela de las expresiones en el art. 20.1 no se articula sobre la base de la concepción del derecho al honor como límite a la forma en que el discurso, proclive al nacionalsocialismo, se realiza. La ilicitud de las expresiones se acaba realizando más bien sobre la base de la desigualdad de la raza humana de la que parte el nacionalsocialismo, doctrina política que pretenden ensalzar las expresiones. Como ha afirmado el TC,

exaltación del nacionalsocialismo realizada mediante un cómic en el que se ridiculiza al pueblo judío. Como aprecia el TC, *en el cómic se relatan una serie de episodios, cuyos escenarios son los campos de concentración nazis, o campos de exterminio, con alemanes de las Schutz-Staffel (SS) y judíos como protagonistas y antagonistas de «conductas... inhumanas, viles y abyectas, con un claro predominio de aberraciones sexuales». «El transporte de prisioneros como si fuera ganado, la burla y el engaño del reparto de jabón antes de entrar en la cámara, el olor del gas y de los cadáveres, el aprovechamiento de restos humanos», con otros muchos episodios se narran en tono de mofa, sazonando todo con expresiones insultantes o despectivas («animales» o «carroña», entre otras). Sobre la base de esta apreciación, el TC afirma que el cómic convierte una tragedia histórica en una farsa burlesca... por buscar deliberadamente y sin escrúpulo alguno el vilipendio del pueblo judío, con menosprecio de sus cualidades para conseguir así el desmerecimiento en la consideración ajena... Para negar el amparo de tales conductas en el derecho del art. 20.1, el TC afirma que la apología de los verdugos, glorificando su imagen y justificando sus hechos, a costa de la humillación de sus víctimas no cabe en la libertad de expresión como valor fundamental del sistema democrático que proclama nuestra Constitución (FJ.º 5).*

así pues de la conjunción de ambos valores constitucionales, dignidad e igualdad de todas las personas, se hace obligado afirmar que ni el ejercicio de la libertad ideológica ni la de expresión pueden amparar manifestaciones o expresiones destinadas a menospreciar o a generar sentimientos de hostilidad contra determinados grupos étnicos, de extranjeros o inmigrantes, religiosos o sociales, pues en un Estado como el español, social, democrático y de Derecho, los integrantes de aquellas colectividades tienen el derecho a convivir pacíficamente y a ser plenamente respetados por los demás miembros de la comunidad social.(FJ 8.º).

Del razonamiento del TC se desprende la fijación del pluralismo político como límite al contenido del discurso.⁴²

En definitiva, el art. 9.2 a), si bien renuncia –como lo hace la LPP– con carácter general a declarar la ilicitud de fines políticos emplea uno de los métodos para construir de forma subrepticia la defensa de la Constitución: la deliberada amplitud del supuesto de ilicitud que permite que, junto a actividades ilícitas, puedan llegar a incluirse otras que manifiestan ideologías contrarias a la Constitución. Por ello, el mejor remedio para evitar esta implícita construcción de un principio de defensa de la Constitución –exigido por otra parte por la concepción procedimental del principio democrático y por la consagración del pluralismo político como uno de los valores superiores del ordenamiento– es tipificar como ilícitas solo actividades que supongan una lesión evidente y directa de otros derechos fundamentales.

b) Fomentar, propiciar o legitimar la violencia como método para la consecución de objetivos políticos o para hacer desaparecer las condiciones precisas para el ejercicio de la democracia, del pluralismo y las libertades políticas

En el art. 9.2 b) se realiza una ponderación análoga a la practicada en el art. 9.2 a). En este caso, entre determinados derechos fundamentales como la libertad de expresión o el derecho de asociación de los arts. 20.1 a) y 22 CE,⁴³ entre otros,

⁴² La articulación del pluralismo político como límite a las finalidades perseguidas se percibe también en la STC 136/1999 sobre la Mesa Nacional de Herri Batasuna. En este caso, la argumentación realizada por el TC toma como punto de partida el instituto de la opinión pública libre que, en la jurisprudencia constitucional, tiene como finalidad favorecer la proyección de pensamientos, ideas y opiniones en el proceso de formación de la voluntad estatal al margen del contenido de aquellas (STC 12/1982, de 31 de marzo). Sin embargo, en el caso, el instituto opinión pública libre se acaba convirtiendo precisamente en un límite al contenido del discurso, véase B. Aláez Corral, «Defensa de la Constitución, libertades de expresión e información y principio de proporcionalidad (A propósito de la STC. 136/1999, de 20 de julio)», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, n.º 15, 1999, pág. 15 y ss. Como sostiene el presente autor, la inadecuada aplicación del principio de proporcionalidad al legislador limitador de los derechos fundamentales realizada en la Sentencia acaba por convertir a los derechos fundamentales en un instrumento al servicio de la opinión pública libre como un valor ubicado por encima del texto constitucional de 1978 (*cf.* págs. 39 y 40).

⁴³ Contrariamente a lo que acontece en el art. 9.2 a) en el que *promover, justificar o exculpar* parece aludir a conductas expresivas, objeto del derecho a la libertad de expresión del art. 20.1 a), *fomentar, propiciar o legitimar* no solo engloba conductas expresivas sino a comportamientos que

y el derecho a la integridad física del art. 15 CE. El art. 9.2 b) lo que excluye de aquellos derechos no son objetivos políticos, sino la utilización de métodos violentos en la persecución de aquellos. De tal manera el art. 9.2 b) se presenta compatible con el principio de lealtad constitucional como instituto de defensa del Estado. Sin embargo, el problema se presenta en el caso de las actividades que la LPP establece (art. 9.3) para verificar la existencia del supuesto de ilicitud contemplado en el art. 9.2 b). Para el art. 9.3 d) debe considerarse *fomentar, propiciar o legitimar la violencia como método para la consecución de objetivos políticos*

Utilizar como instrumentos de la actividad del partido, conjuntamente con los propios o en sustitución de los mismos, símbolos, mensajes o elementos que representen o se identifiquen con el terrorismo o la violencia y con las conductas asociadas al mismo.

Como se puede apreciar, para el art. 9.3 d) lo capital es que los símbolos, mensajes o elementos representen o se identifiquen con determinadas actividades consideradas ilícitas: el terrorismo y la violencia, al margen de su contenido político o ideológico. De este modo, el art. 9.3 d) parece haberse alejado de presupuestos de la defensa de la Constitución. No obstante, la técnica legislativa empleada acaba conduciendo a una ilicitud soterrada de los fines partidistas. El art. 9.3 d) exige, a simple vista, del aplicador de la ley examinar si los símbolos, mensajes y elementos empleados por los partidos se asocian a las actividades ilícitas expresadas en el art. 9.3 d): el terrorismo o la violencia. Sin embargo, el problema que presenta esta disposición, y que acaba conduciendo a la defensa de la Constitución, reside en el juicio previo exigido del aplicador de la LPP para que *identifique* el contenido ideológico del símbolo, mensaje o elemento con las actividades empleadas, de ordinario, en su persecución. El problema es que, realizada tal identificación, ya no resulta posible la distinción entre los fines partidistas y los medios utilizados en su persecución. Lo uno y lo otro no son sino la misma cosa. Es por ello que si los medios utilizados por los partidos se encuadran en los supuestos de ilicitud del art. 9.2 b) –terrorismo, violencia o las conductas asociadas a los mismos– la antijuridicidad no se predica exclusivamente de ellos sino –a consecuencia de la identificación realizada– tácitamente de los fines mismos. Esta proyección de la ilicitud de los medios a los fines, a consecuencia del juicio previo de identificación, acaba impidiendo –contraviniendo la concepción procedimental de democracia– a las ideologías asociadas con el terrorismo y la violencia cualquier ámbito en el cual puedan desplegarse lícitamente.⁴⁴ Es decir,

son objeto de otros derechos fundamentales como el derecho de asociación. Ese puede ser el caso de militantes del partido que colaboren con asociaciones que fomenten o promuevan el uso de la violencia. Ello se percibe en la propia LPP en el art. 9.3 c) en él se dispone que para verificar la concurrencia de los supuestos de ilicitud del art. 9.2 a, b y c, deben tenerse en cuenta, entre otras conductas, la doble militancia de los afiliados del partido *en organizaciones o entidades vinculadas a un grupo terrorista o violento*.

⁴⁴ Una diferente consideración merece el cierre del Estadio Vicente Calderón por la exhibición de símbolos nazis acordado en base al art. 27.2 de la Ley 17/1997, de la Comunidad Autónoma de Madrid, de 4 de julio, de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas que dispone que *podrá*

aquellas ideologías ni siquiera pudieran ser perseguidas al margen de actividades terroristas o violentas –exigencia del principio de lealtad como defensa del Estado–, y no porque fácticamente no pueda ser posible, sino porque el art. 9.2 b) articula una identificación o presunción que no admite prueba en contrario. Esta técnica de la identificación es por la que también ha optado el legislador penal en el art. 607.2. En el mismo se establece la ilicitud penal de *la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que... pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos* –supuestos de ilicitud del art. 607.1–.⁴⁵ De una forma todavía más evidente que el art. 9.2 b), este tipo penal reconoce la ilicitud de los fines políticos cuando se identifiquen, de ordinario, con los medios reputados como delictivos por el art. 607.1. La exigencia derivada de la concepción constitucional del principio democrático de conferir un ámbito de licitud para la expresión de fines políticos solo puede ser conseguido si se renuncia a la técnica de la identificación –como la realizada en el art. 9.3d– y se opta por el examen de la ilicitud de las concretas manifestaciones realizadas.

acordarse el cierre de los locales o establecimientos que cuenten con licencia cuando exista grave riesgo para la seguridad de las personas y bienes o para la salubridad pública. El mismo sentido adoptado por la medida administrativa de la Comunidad de Madrid se percibe en el art. 66.1 de la Ley 10/1990, del Deporte, de 15 de octubre, en el que se dispone *queda prohibida la introducción y exhibición en espectáculos deportivos de pancartas, símbolos, emblemas o leyendas que impliquen una incitación a la violencia.* Como se puede percibir en ellas se asume la técnica de la identificación de los arts. 9.2b) LPP y 607.2 CP; sin embargo, contrariamente a lo que acontece con estas dos últimas disposiciones, la Ley del Deporte, por su propio ámbito de incidencia –los espectáculos deportivos– no niega para las ideologías expresadas en pancartas, símbolos, emblemas o leyendas cualquier ámbito en el cual aquellas puedan desplegarse lícitamente ya que fuera de los acontecimientos deportivos aquellas puede resultar expresadas. En ese sentido, no se trata de una identificación permanente, sino tan solo momentánea motivada por el contexto en el que las ideologías se expresan. Justamente lo contrario es lo que resulta de la LPP, que articula una identificación que no admite prueba en contrario, cercenando cualquier manifestación ideológica que se asocie con la violencia o terrorismo.

⁴⁵ *Los que, con propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, perpetraren alguno de los actos siguientes, serán castigados:*

1. *Con la pena de prisión de quince a veinte años, si mataran a alguno de sus miembros. Si concurrieran en el hecho dos o más circunstancias agravantes, se impondrá la pena superior en grado.*
2. *Con la prisión de quince a veinte años, si agredieran sexualmente a alguno de sus miembros o produjeran alguna de las lesiones previstas en el artículo 149.*
3. *Con la prisión de ocho a quince años, si sometieran al grupo o a cualquiera de sus individuos a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud, o cuando les produjeran algunas de las lesiones previstas en el artículo 150.*
4. *Con la misma pena, si llevaran a cabo desplazamientos forzosos del grupo o sus miembros, adoptaran cualquier medida que tienda a impedir su género de vida o reproducción, o bien trasladaran por la fuerza individuos de un grupo a otro.*
5. *Con la de prisión de cuatro a ocho años, si produjeran cualquier otra lesión distinta de las señaladas en los números 2 y 3 de este apartado.*

- c) *Complementar y apoyar políticamente la acción de organizaciones terroristas para la consecución de sus fines de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, tratando de someter a un clima de terror a los poderes públicos, a determinadas personas o grupos de la sociedad o a la población en general, o contribuir a multiplicar los efectos de la violencia terrorista y del miedo y la intimidación generada por la misma*

El tercero y último supuesto de ilicitud de los partidos se refiere en el art. 9.2 c) al apoyo o complementación de la acción de las organizaciones terroristas. El problema reside en precisar el significado que la LPP atribuye al apoyo y a la complementación de la acción terrorista. De conformidad con lo ya expuesto, tales conceptos no pueden identificarse con promover, justificar o exculpar atentados contra la vida o integridad de las personas (art. 9.2 a) ni con fomentar, propiciar, legitimar la violencia como método de consecución de objetivos políticos (art. 9.2 b). De otro modo, la expresa consagración de un nuevo supuesto como el del art. 9.3 c) carecería de todo sentido. Lo que declara ilícito esta disposición no es una acción directa favorecedora de la actividad terrorista o violencia –ya que ello entraría dentro de los supuestos de ilicitud de los arts. 9.2 a y b)– sino el mero hecho de ofrecer un soporte político e ideológico a la acción de organizaciones terroristas para subvertir el orden constitucional. Tal cosa parece quedar clara en el art. 9.3 a) en el que se pone de manifiesto uno de los requisitos para verificar la existencia del supuesto de ilicitud del art. 9.2 c). En el mismo se alude a *dar apoyo expreso o tácito al terrorismo*. La alusión al *apoyo tácito* –además del expreso que pudiera caer dentro de los supuestos de ilicitud de los arts. 9.2 a y b)– permite afirmar que la ilicitud del art. 9.2 c) se predica del mero soporte político o ideológico a una organización terrorista. Ello se percibe claramente en el art. 9.3 b) en el que se pone de manifiesto uno de los elementos que debe ser tenido en cuenta para verificar la existencia del supuesto de ilicitud del art. 9.2 c). En aquel se declara ilícito

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

Como se puede percibir, la ilicitud se vincula al mero *acompañamiento* de la acción de la violencia con programas que fomenten una cultura de enfrentamiento y confrontación civil. En realidad, la LPP convierte en ilícitos aquellos partidos por su mera coincidencia con los fines de subvertir el orden constitucional propios de una organización terrorista, llegándose así a un resultado favorable a la defensa de la Constitución. Sin embargo, si ello es así parece difícil poder justificar la expresa alusión en el art. 9.3 c) a la *acción de organizaciones terroristas*. Ello se explica por la expresa renuncia de la LPP a ilegalizar directamente ideologías

políticas optando por realizarlo de manera tácita. La alusión a la acción de las organizaciones terroristas se explica por el empleo, al igual que en el art. 9. 2 b), de la técnica de la identificación entre fines y medios. De cualquier modo, el dato más convincente que permite afirmar la pretensión del art. 9. 2 c) de articular un principio de lealtad como instituto de defensa de la Constitución es el art. 9. 3 c) que dispone que debe tenerse en cuenta para afirmar el supuesto de ilicitud del art. 9. 2 c)

Incluir regularmente en sus órganos directivos o en sus listas electorales personas condenadas por delitos de terrorismo que no hayan rechazado públicamente los fines y los medios terroristas, o mantener un amplio número de sus afiliados doble militancia en organizaciones o entidades vinculadas a un grupo terrorista o violento, salvo que hayan adoptado medidas disciplinarias contra estos conducentes a su expulsión.

Esta disposición constituye otro argumento capital para intentar demostrar que el art. 9. 2 c) declara ilícita la mera coincidencia de fines con una organización terrorista y que irradia al partido la ilicitud de los medios utilizados por esta. La obligación que pesa sobre los militantes del partido de rechazar los fines de la organización terrorista y, en caso de negativa, el deber del partido de expulsarles solo puede comprenderse si, tal como acontece, el art. 9. 2 c) declara ilícitos aquellos partidos políticos que, solo por sus fines, coincidan con los propios de una organización terrorista. De tal modo, en el supuesto aquí analizado se articula un principio de lealtad como instituto de defensa de la Constitución.

7. Contenido del principio de lealtad constitucional frente a los partidos políticos

a) El principio de lealtad constitucional hacia abajo

El primero de los modos posibles de determinar el contenido del principio de lealtad constitucional frente a los partidos políticos del art. 6 CE puede realizarse con arreglo a la distinción entre la lealtad constitucional hacia arriba y hacia abajo. Este dualismo expresa respectivamente la proyección de la eficacia de los principios estructurales frente al poder público y particulares.⁴⁶ En lo que se refiere al contenido del principio de lealtad del art. 6 CE, la concepción de los partidos políticos como entidades de naturaleza privada -aun con funciones jurídico-públicas- conduce a atribuir a aquel principio un contenido hacia abajo.

b) El contenido represivo y preventivo del principio de lealtad constitucional

Otra de las clasificaciones que aluden al contenido del principio de lealtad es la que distingue entre un carácter represivo y preventivo. El contenido represivo

⁴⁶ Cfr. U. Scheuner, «Der Verfassungsschutz im Bonner Grundgesetz» en VV.AA. *Um Recht und Gerechtigkeit. Festgabe für Erich Kaufmann*, ed. Kohlhamer, Stuttgart, y Colonia, 1950, pág. 321 y ss.

del principio de lealtad constitucional implica que éste niega amparo normativo a actividades que supongan un menoscabo de la eficacia de los principios fundamentales de la Constitución. Lo capital aquí es que las consecuencias jurídicas del principio de lealtad constitucional se activan una vez que la lesión ha tenido lugar. En ese sentido la función de la lealtad constitucional consiste precisamente en reprimir. Por el contrario, el principio de lealtad constitucional adquiere un carácter preventivo si el mismo priva de cobertura normativa a actividades que puedan llegar a constituir un menoscabo de la eficacia de los principios estructurales. De tal manera, se pretende que su lesión ni siquiera pueda llegar a producirse.⁴⁷ En ese sentido, porque precisamente no hay lesión no existe tampoco infracción normativa. El contenido represivo o preventivo del principio de lealtad constitucional no cabe deducirlo del art. 6 CE donde mediante la cláusula funcionamiento democrático se limita simplemente a negar amparo normativo a actividades contrarias a la eficacia del principio democrático. Si esta eficacia se pone en peligro por la existencia de una lesión o por la mera posibilidad de que tal cosa pueda llegar a producirse es algo que no puede deducirse del art. 6 CE. De tal manera parece que la determinación del carácter preventivo o represivo del principio de lealtad constitucional ha pretendido delegarse en el legislador. De este modo, el análisis contenido del principio del art. 6 CE debe realizarse sobre la base de la regulación contenida en la LPP, en particular, en los particulares supuestos de ilicitud contemplados en el art. 9.2 a, b y c).

El primero de ellos, el art. 9.2 a), establece como presupuesto de ilicitud

vulnerar sistemáticamente las libertades y derechos fundamentales promoviendo, justificando o exculpando los atentados contra la vida o la integridad de las personas

El examen del art. 9.2 a) no debe practicarse de forma exclusiva con arreglo a la fórmula promover, justificar o exculpar a atentados contra la vida o la integridad de las personas. Lo capital para determinar el contenido del principio de lealtad constitucional es la vulneración sistemática de libertades y derechos fundamentales erigida en presupuesto. Precisamente porque se trata de una *vulneración*, para el art. 9.2 a) lo capital es que se produzca una lesión de normas constitucionales, que es la que se declara ilícita. En ese sentido el art. 9.2 a) confiere al principio de lealtad un contenido represivo. No obstante, la vulneración sistemática de derechos fundamentales del art. 9.2 a) se encuentra ausente en los supuestos de ilicitud de los arts. 9.2 b y c). En art. 9.2 b) se postula la ilicitud de actividades que tiendan a *fomentar, propiciar o legitimar la violencia*. En este caso, no se trata, como los delitos de apología de CP, de una actividad que *constituye una incitación directa a cometer un delito*. Parece claro que fomentar, propiciar o legitimar la violencia no presupone una lesión directa de los derechos fundamentales frente a cuya infracción tutela la legislación penal en los delitos de apología. Ello es lo que permite explicar la existencia de unos supuestos de ilicitud como los contemplados en el art. 9 que, si coincidiesen con la regulación penal, carecerían de todo

⁴⁷ Cfr. U. Scheuner, *ibid.*, pág. 325 y 326; K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, ed. CF. Müller, Heidelberg, 1990, pág. 273.

sentido. En realidad, la finalidad del supuesto del art. 9.2 b) es permitir declarar ilegal un partido cuyas actividades puedan llegar a legitimar la violencia. La innecesidad de vinculación directa entre la actividad del partido y la violencia se pone de manifiesto en el art. 9.3 d. en el que para verificar la existencia del supuesto del art. 9.2 b) ha de tenerse en cuenta

Utilizar como instrumentos de la actividad del partido, conjuntamente con los propios o en sustitución de los mismos, símbolos, mensajes o elementos que representen o se identifiquen con el terrorismo o la violencia y con las conductas asociadas al mismo

La ausencia de una vinculación directa entre la actividad partidista y los derechos fundamentales tutelados en el art. 9.2 b) acaban atribuyendo al principio de lealtad constitucional un contenido preventivo.

Contrariamente a lo que acontece en el art. 9.2 a), la vulneración sistemática de libertades tampoco se encuentra en el supuesto de ilicitud contemplado en el art. 9.2 c). Sin embargo, ello no significa que esta disposición no identifique eficacia y lesión. Como ha quedado dicho anteriormente, el art. 9.2 c) viene a sancionar –conforme a presupuestos de defensa de la Constitución– la coincidencia de fines con una organización terrorista. Sin embargo, ello se realiza, como se ha analizado, sobre la base de la imputación a los fines del partido, los medios ilícitos adoptados por una organización terrorista. Al margen de que ello resulta incompatible con la concepción constitucionalmente adecuada del principio de lealtad constitucional, lo capital aquí es que se imputan a los partidos actividades terroristas que constituyen una lesión efectiva de derechos fundamentales. Es por ello que el art. 9.2 c) confiere al principio de lealtad constitucional un contenido represivo, al igual que el art. 9.2 a).

c) *Contenido pasivo del principio de lealtad constitucional*

Otra de las clasificaciones con las que se alude al contenido del principio de lealtad constitucional es la que distingue entre un contenido activo y pasivo. El contenido activo del principio de lealtad constitucional supone erigir a los principios estructurales en objeto de la actividad de los sometidos a la Constitución. En ese sentido, el principio de lealtad exige un comportamiento favorable a la eficacia de su objeto. Por el contrario, el contenido pasivo del principio de lealtad constitucional implica presentar a los principios estructurales en límite al comportamiento de los destinatarios de la Constitución. Con arreglo a estas premisas, la eficacia de su objeto exige una abstención.⁴⁸ El contenido activo o pasivo del principio de lealtad constitucional en la CE debe determinarse con arreglo a la diferente vinculación que poderes públicos y particulares poseen al ordenamiento jurídico. Como ha puesto de manifiesto el TC

⁴⁸ Cfr. J. Lameyer, *Streitbare Demokratie*, *op. cit.*, pág. 41; J. Becker, «Die Wehrhafte Demokratie des Grundgesetzes», *op. cit.*, pág. 335.

La sujeción a la Constitución es una consecuencia obligada de su carácter de norma suprema, que se traduce en un deber de distinto signo para los ciudadanos y los poderes públicos; mientras los primeros tienen un deber general negativo de abstenerse de cualquier actuación que vulnere la Constitución, sin perjuicio de los supuestos en que la misma establece deberes positivos (arts. 30 y 31, entre otros), los titulares de los poderes públicos tienen además un deber general positivo de realizar sus funciones de acuerdo con la Constitución (FJ. 3º).

Es por ello que los particulares, y también los partidos políticos como asociaciones de naturaleza privada, tienen un deber general de abstenerse de actuaciones vulneradoras de la Constitución. En ese sentido, se desprende que para ellos las normas de la Constitución y consecuentemente la particular vinculación realizada por la lealtad constitucional a las que consagran los principios estructurales, se presentan como un *límite* a la actividad de los partidos. Esto se percibe en la regulación realizada por la LPP Promover, justificar o exculpar atentados contra la vida o la integridad de las personas -art. 9. 2 a-, fomentar, propiciar o legitimar la violencia -art. 9.2 b- y complementar y apoyar la acción de las organizaciones terroristas -art. 9.2 c- constituyen normas que gozan de una estructura de prohibición y no de mandato como hubiese requerido el contenido activo del principio de lealtad constitucional. La omisión se presenta para la LPP como una actividad lícita. No ocurre esto, motivo por el cual se plantean problemas de constitucionalidad, en el art. 9. 3 c) en el que se establece que para determinar la existencia de los supuestos de ilicitud de los arts. 9.2 a, b y c) debe tenerse en cuenta el hecho de

Incluir regularmente en sus órganos directivos o en sus listas electorales personas condenadas por delitos de terrorismo que no hayan rechazado públicamente los fines y los medios terroristas, o mantener un amplio número de sus afiliados doble militancia en organizaciones o entidades vinculadas a un grupo terrorista o violento, salvo que hayan adoptado medidas disciplinarias contra estos conducentes a su expulsión.

Al margen de que tal disposición consagra, como se ha visto, un principio de lealtad como instituto de defensa de la Constitución, la misma acaba atribuyendo un contenido activo al principio de lealtad. La exigencia respecto de los militantes de rechazar los fines y los medios terroristas y, en caso de negativa, la obligación del partido de adoptar medidas conducentes a su expresión erige al principio democrático en objeto de su actividad. Como se puede percibir, no solo la acción, sino fundamentalmente la omisión se presenta como presupuesto de la ilicitud articulándose una sumisión de los particulares y partidos políticos contraria a la establecida en la CE.