



CIUDADANÍA Y VALORES
FUNDACIÓN

ILEGALIZACIÓN DE PARTIDOS Y RÉGIMEN ELECTORAL

Por *Javier Tajadura*

**Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad del País Vasco**

Abril 2010



La Fundación Ciudadanía y Valores como institución independiente, formada por profesionales de diversas áreas y variados planteamientos ideológicos, pretende a través de su actividad crear un ámbito de investigación y diálogo que contribuya a afrontar los problemas de la sociedad desde un marco de cooperación y concordia que ayude positivamente a la mejora de las personas, la convivencia y el progreso social

Las opiniones expresadas en las publicaciones pertenecen a sus autores, no representan el pensamiento corporativo de la Fundación.

Sobre el autor

Javier Tajadura Tejada es Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad del País Vasco desde 1996. Ha sido profesor de Derecho Internacional en el C.A. de la UNED en Navarra desde 1994 hasta 2005 y Magistrado Suplente del Tribunal Superior de Justicia de Navarra desde 2000 hasta 2004.

Es autor de de numerosas monografías: La V República francesa (Pamplona, 1996); El Preámbulo Constitucional (Granada, 1997); El principio de cooperación en el Estado Autonómico (Granada, 1998, 2ª edición, 2000); La cláusula de supletoriedad del derecho estatal (Madrid, 2000); El Derecho Constitucional y su enseñanza (Lima, 2001); Partidos Políticos y Constitución (Madrid, 2004), etc., y ha publicado más de 70 artículos en revistas científicas y capítulos de libros en obras colectivas de España, México, Argentina, Perú, Francia e Italia.

Es miembro del Consejo de Redacción de la Revista de Estudios Políticos, Revista de Derecho Político, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional.

Fue miembro del Grupo de Trabajo sobre la Reforma de la Constitución creado por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y el Consejo de Estado durante la VIII Legislatura.

Ilegalización de partidos y régimen electoral

Javier Tajadura Tejada
Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad del País Vasco.

SUMARIO: 1. Constitucionalización y constitucionalidad de los partidos políticos. 2. La propuesta de reforma de la LOREG. 2. 1. La ampliación del plazo para recurrir las candidaturas. 2. 2. Un nuevo supuesto de “incompatibilidad sobrevenida”. 2. 3. La gestión ordinaria de los municipios sin gobierno local. 3. Los límites de la representación política.

1. Constitucionalización y constitucionalidad de los partidos políticos.

El protagonismo de los partidos políticos es uno de los rasgos característicos del Estado Constitucional de nuestro tiempo. Los partidos políticos han sido, son todavía y serán durante mucho tiempo, según todos los indicios, los actores principales de la lucha por el poder. En este sentido, la constitucionalización de los partidos políticos refleja una de las tendencias características del Derecho Constitucional contemporáneo y es una de las más cualificadas manifestaciones del carácter pluralista del Estado.

Ahora bien, como es bien sabido, para que los ordenamientos estatales se hicieran eco de la relevancia de los partidos políticos, del papel que desempeñaban en la realidad constitucional, hubo que vencer numerosos obstáculos y fuertes objeciones. Hubo que esperar a la segunda postguerra mundial para que el reconocimiento jurídico de los partidos por parte de los ordenamientos estatales alcanzará su máximo nivel, puesto que serán objeto de una regulación específica tanto en los Textos constitucionales como en las leyes que los desarrollan.

En este sentido, el fenómeno de la constitucionalización de los partidos políticos solamente cobra significado tras la operada por el artículo 49 de la Constitución italiana de 1947: “Todos los ciudadanos tienen derecho a asociarse libremente en partidos políticos para concurrir con método democrático a determinar la política nacional”. Tras ella, y en esa línea, el artículo 21 de la Ley Fundamental de Bonn dispone que: “Los partidos cooperarán en la formación de la voluntad política del pueblo”. En similares términos el artículo 4 de la Constitución francesa de 1958 afirma: “Los partidos y los grupos políticos concurren a la expresión del sufragio” y, el art. 10 de la Constitución portuguesa de 1976 proclama que “Los partidos concurren a la organización y expresión de la voluntad popular”¹.

El artículo 6 de la Constitución española de 1978, se sitúa en esa senda: “Los partidos políticos expresan el pluralismo político, concurren a la formación y a la manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a la ley. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos”.

¹ Un estudio detallado del derecho comparado de partidos en CORCUERA, J, TAJADURA, J. y VIRGALA, E.: *La ilegalización de partidos políticos en las democracias occidentales*, Dykinson, Madrid, 2008.

Ahora bien, la constitucionalización de los partidos implica de una u otra forma, con mayor o menor intensidad, el establecimiento también por parte de los propios Textos constitucionales, de límites a la creación o actividades de los partidos y de controles judiciales sobre los mismos. Nos encontramos con dos principios jurídicos fundamentales en lo que al régimen de los partidos se refiere, principios que pueden, en ocasiones, colisionar, y entre los que habrá que procurar alcanzar siempre, aunque la empresa sea difícil, un adecuado y correcto equilibrio: por un lado, *el principio de constitucionalización de los partidos que se traduce en la libertad de creación de partidos; por otro, el principio de constitucionalidad de los partidos, que, inevitablemente, exige el control de los mismos.*

La Constitución italiana se limita a exigir que la concurrencia partidista a la determinación de la orientación política nacional se haga con método democrático. Mucho más precisa, la Ley Fundamental de Bonn dispone que “los partidos que por sus fines o por la actitud de sus miembros tienden a desvirtuar o destruir el régimen fundamental de libertad y democracia, o a poner en peligro la existencia de la República Federal de Alemania, serán inconstitucionales. La inconstitucionalidad será apreciada por el Tribunal Constitucional Federal” (art. 21.2). Los textos fundamentales de Francia y Portugal se refieren, por su parte, al respeto a los principios de soberanía nacional y democracia.

El análisis de cuál sea el significado y alcance del principio de constitucionalidad de los partidos en el ordenamiento jurídico español, exige tomar como punto de partida el artículo 6 de la Constitución. El artículo 6 de la Constitución contiene una definición funcional de los partidos políticos, y recoge el principio básico de libertad de los mismos. Por otro lado, asume el principio de constitucionalidad en su doble dimensión: interna, organización y funcionamientos democráticos; y externa, sujeción a la Constitución. Ahora bien, en cuanto a los órganos encargados de garantizar que los partidos cumplen esas condiciones, a falta de disposición específica en el propio artículo 6, es de aplicación como norma general, el artículo 22 relativo al derecho de asociación, que reserva el monopolio del control de las asociaciones a la jurisdicción.

Sobre esta base, claramente insuficiente, habrá de construir el legislador orgánico la disciplina jurídica de los partidos. Y preciso es reconocer que se trata de una tarea, jurídicamente compleja, y políticamente delicada. En este sentido, la legislación sobre partidos vigente hasta 2002, felizmente derogada, venía siendo objeto de una crítica casi unánime por parte de la doctrina. Nadie podía negar la *necesidad de aprobar una nueva legislación sobre partidos que, dada la relevancia de las funciones constitucionales que desempeñan, garantizara la sujeción de aquellos a los principios constitucionales de organización interna y funcionamiento democráticos y de sujeción a la Constitución.* La Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos, constituyó así la primera regulación jurídica del régimen general de los partidos políticos dictada tras la entrada en vigor de la Constitución, y derogó la anterior Ley de partidos (Ley 54/1978, de 4 de diciembre) y los preceptos vigentes de la Ley 21/1976, de 14 de junio, sobre el derecho de asociación política. La nueva ley pretendía, como su mismo Preámbulo pone de manifiesto, desarrollar con una precisión mínima tan importante materia. Precisión que permitiese poner fin a la inseguridad jurídica a la que conducía la anterior regulación, inseguridad que en último término la convertía en ineficaz por su inaplicación práctica. De hecho, bajo la vigencia de la normativa anterior ningún partido fue declarado ilegal.

El Preámbulo de la LO 6/2002 comienza recordando que “la Ley 54/1978, de Partidos Políticos, norma preconstitucional, breve tanto en artículos como en contenidos, ha servido primordialmente para asentar un procedimiento sencillo de constitución en libertad de los partidos políticos, objetivo, por otra parte, no menor en el momento fundacional en que vino a dictarse (...)” Transcurridos casi veinticinco años

desde la aprobación de esta Ley de Partidos todavía vigente, resulta hoy evidente la insuficiencia de un estatuto de los partidos incompleto y fragmentario en el marco de una democracia madura y firmemente consolidada en la que el protagonismo y la significación constitucional de los partidos no ha hecho sino incrementarse”. Por ello, procede ahora su reforma, y como una de las principales razones que junto al transcurso del tiempo y el cambio de las circunstancias de la realidad social y política la justifican, el legislador orgánico advierte de la existencia “en nuestro caso, (de) una coincidencia general sobre la carencia de la legislación actual a la hora de concretar las exigencias constitucionales de organización y funcionamiento democráticos y de una actuación sujeta a la Constitución y a las leyes. Tanto en lo que se refiere al entendimiento de los principios democráticos y valores constitucionales que deben ser respetados en su organización interna o en su actividad externa, como en lo que afecta a los procedimientos para hacerlos efectivos”.

De ello se deduce que, las mayores novedades de la LO 6/2002 se contienen en el capítulo II (De la organización, funcionamiento y actividades de los partidos políticos), del cual derivan a su vez, como lógico corolario, los nuevos preceptos del capítulo III (De la disolución o suspensión judicial de los partidos políticos). Es en dicho capítulo II en el que se concretan los criterios básicos para garantizar el mandato constitucional de que la organización, funcionamiento y actividad de los partidos políticos deben ser democráticos y ajustarse a lo dispuesto en la Constitución y en las leyes, desarrollando, como señala el artículo 9, las funciones que constitucionalmente se les atribuyen de forma democrática y con pleno respeto al pluralismo. Por consiguiente, *la principal novedad que la LO 6/2002 introdujo, es la regulación de la competencia y el procedimiento para la disolución judicial de un partido por no respetar los principios democráticos y los derechos humanos.*

Su punto de partida será el artículo 6 que establece como principios estructurales de la Ley: el principio democrático y de legalidad, principios que se proyectan tanto a la organización y funcionamiento de los partidos como a su actividad² y se concretan en los artículos 7, 8 y 9 de la ley. La constitucionalidad de la Ley fue inmediatamente cuestionada por un sector de la doctrina y por diversos actores de la vida política. Pero el Tribunal Constitucional declaró la constitucionalidad de todos los preceptos legales impugnados (STC 48/2003, de 12 de marzo), en una resolución dictada por unanimidad. El tema, ocioso es recordarlo, no reviste un interés meramente teórico o académico. La nueva disciplina de los partidos produjo como primera e inmediata consecuencia, la activación del procedimiento en ella previsto para la declaración de ilegalidad, y consiguiente disolución, de Batasuna. Procedimiento que culminó con la Sentencia de la Sala Especial del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2003, de ilegalización de Batasuna. Sentencia recurrida sin éxito ante los Tribunales Constitucional y de Estrasburgo.

Es este el marco en el que debemos situar la propuesta de reforma de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General que vamos a valorar a continuación.

2. La propuesta de reforma de la LOREG.

La LO 6/2003 de Partidos Políticos introdujo en la LO 5/1985 del Régimen Electora General una reforma de los artículos 44 y 49. El objeto de la misma era impedir que concurrieran al proceso electoral candidaturas cuya finalidad fuera continuar la actividad de partidos ilegalizados con el consiguiente fraude de ley que ello implicaría. En consecuencia, en el artículo 44. 4 de la LOREG se estableció la prohibición de presentar candidaturas para “las agrupaciones de electores que, de

² “Los partidos políticos se ajustarán en su organización, funcionamiento y *actividad* a los principios democráticos y a lo dispuesto en la Constitución y en las leyes”.

hecho, vengan a continuar o suceder la actividad de un partido político declarado judicialmente ilegal o disuelto, o suspendido”. Por otro lado, con objeto de hacer efectiva esa prohibición, el artículo 49. 5 legitimaba al Gobierno y al Ministerio Fiscal para presentar recursos contra la proclamación de tales candidaturas ante la Sala Especial del Tribunal Supremo prevista en el artículo 61 de la LOPJ.

Ahora bien, la experiencia derivada de los ocho años de vigencia de la ley, ha puesto de manifiesto que esas previsiones resultaban claramente insuficientes para el logro de sus objetivos. Y ello por varias razones. En primer lugar, porque al referirse exclusivamente a agrupaciones de electores, la ley no preveía expresamente la posibilidad de que Gobierno y Fiscalía plantearan recurso contra candidaturas de partidos o coaliciones que continuaran la actividad de un partido ilegalizado³; en segundo lugar, porque el plazo de dos días para interponer el recurso, impedía impugnar aquellas candidaturas cuyo carácter fraudulento se hubiera desvelado con posterioridad a los dos días de su presentación; por último, y este era el tema de mayor gravedad, porque no existía un expediente concreto para privar de su mandato al cargo representativo electo en un partido declarado ilegal.

Así, estos mecanismos no fueron suficientes para evitar que candidaturas del PCTV y de ANV, valiéndose, por un lado, de ciertas carencias y lagunas de la ley, y, por otro, de la falta de voluntad política inicial para instar la ilegalización de ANV como tal partido, pudieran concurrir a diversos procesos electorales y obtuvieran representación en determinadas instituciones autonómicas y locales. Los así electos conservaron su acta de concejal o parlamentario hasta el final de su mandato.

En este contexto, el Consejo de Ministros del pasado 26 de marzo aprobó una importante propuesta de reforma de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General tendente a evitar que la ilegalizada Batasuna –mediante maniobras de intencionalidad fraudulenta, como las empleadas en los casos mencionados- pueda concurrir a las próximas elecciones.

El contenido de la reforma propuesta debe ser valorado, por tanto, partiendo de un análisis previo de cuáles son los problemas que la normativa vigente no ha podido resolver con éxito. Básicamente y como acabamos de señalar, estos se reducen a dos, la imposibilidad de recurrir una candidatura una vez iniciada la campaña electoral, y la dificultad de privar de su acta al electo en una candidatura de un partido declarado ilegal con posterioridad a la elección.

2. 1. La ampliación del plazo para recurrir las candidaturas.

La propuesta de reforma acordada por el Consejo de Ministros del pasado día 26 de marzo, tiene por objeto, afrontar conjuntamente el problema de los plazos para recurrir y el de la falta de mención expresa a la posibilidad de recurrir además de candidaturas presentadas por agrupaciones de electores, las presentadas por partidos y coaliciones. Por un lado, con la reforma propuesta se incluiría expresamente la posibilidad de recurrir candidaturas presentadas por un partido, federación o coalición, además de las presentadas por agrupaciones electorales; y por otro se ampliaría el plazo para la interposición del recurso hasta el cuadragésimo cuarto día posterior a la convocatoria electoral (esto es, hasta ocho días antes de la votación), así como a tres días el plazo del Tribunal Constitucional para resolver los eventuales recursos. La

³ Los Tribunales (Supremo y Constitucional) resolvieron el primer problema mediante una interpretación analógica de la ley que permitió también en esos casos la interposición del recurso contencioso-electoral; ahora bien, el problema derivado de la perentoriedad del plazo persistía.

ampliación de los plazos es una medida que refuerza las garantías de todas las partes implicadas en el proceso.

Obsérvese que, con esta reforma, el Partido Comunista de las Tierras Vascas no hubiera podido concurrir a las elecciones autonómicas de 2005. EL PCTV fue declarado sucesor de Batasuna durante la campaña electoral y con la ley vigente, expirado el plazo, sus candidaturas no pudieron ser recurridas. Por otro lado, la reforma permitiría impugnar candidaturas de un partido legal si estas son utilizadas con la finalidad de eludir las consecuencias de la ilegalización de otro. Un supuesto así podría plantearse, por ejemplo, si Eusko Alkartasuna incluyera en sus listas a personas vinculadas con los proyectos políticos ilegalizados.

2. 2. Un nuevo supuesto de “incompatibilidad sobrevenida”.

Ahora bien, la principal novedad de la reforma propuesta radica en la fórmula prevista para evitar que el representante elegido en una candidatura de un partido declarado ilegal o sucesor o continuador de la actividad de uno ilegalizado, continúe ejerciendo su mandato. Este era el desafío fundamental que la praxis política planteaba al legislador. En este sentido, la propuesta de reforma resuelve el problema mediante un expediente que –en mi opinión– no plantea dudas de constitucionalidad.

Las dificultades para solventar esta situación se derivaban del hecho de que, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el acta (de concejal, diputado...etc.) es de la persona y no del partido. El mandato del representante procede de los electores y el partido no puede provocar su terminación. Por esta razón, para un sector doctrinal, tenían difícil encaje constitucional aquellas pretensiones de privar de su cargo a todos los elegidos en candidaturas de partidos posteriormente ilegalizados, sin una previsión legal expresa, con la sola cobertura de la sentencia de ilegalización. La dificultad (que no imposibilidad absoluta) radicaba por ello, no tanto en el Texto Constitucional como en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el significado y alcance del mandato representativo. E incluso, me atrevo a añadir, en una muy particular interpretación de la doctrina sentada por el Alto Tribunal.

Sea de ello lo que fuere, lo cierto es que esta posibilidad fue expresamente rechazada (al elaborar la Ley de Partidos) por las mencionadas dudas sobre su constitucionalidad.

Como fórmula alternativa, más sofisticada, el gobierno ha articulado un procedimiento distinto para lograr el mismo objetivo: que no haya representantes de una organización terrorista en las instituciones políticas. La propuesta acordada por el Gobierno consiste en incluir en todos los preceptos relativos a las causas de elegibilidad e incompatibilidad (6, 155, 178, 182, 203, 209 y 211) un nuevo supuesto consistente precisamente en el mantenimiento de la vinculación del electo con el proyecto criminal que fundamenta la ilegalización de una determinada formación política.

Como es sabido, la regulación del estatuto jurídico de los parlamentarios (y otros representantes) incluye el establecimiento de las condiciones que impiden ser elegido y, una vez electo, aquellas situaciones que son incompatibles con el ejercicio de la función parlamentaria. La inelegibilidad se refiere al momento anterior a las elecciones e impide ser candidato por hallarse en una situación personal específica ⁴.

⁴ El artículo 6 LOREG recoge una larga lista de causas de inelegibilidad. Entre ellas debe destacarse el ejercicio de distintas funciones públicas: miembros de la Familia Real, Tribunal Constitucional Tribunal de Cuentas, Consejo General del Poder Judicial, Defensor del Pueblo, Altos cargos ministeriales, Magistrados, Jueces y Fiscales en activo, militares y miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad...etc. También los condenados por sentencia firme a pena

La incompatibilidad, como es bien sabido, incide en un momento posterior a la celebración de las elecciones y consiste en que el parlamentario electo no puede encontrarse en ninguna situación que, de acuerdo con la Ley, le impida desempeñar al mismo tiempo el mandato representativo. En el caso de que concurra alguna causa de incompatibilidad deberá optar por una de las funciones incompatibles y renunciar a la otra. Si no ejerce la opción se entiende que renuncia al escaño. Las causas de incompatibilidad son las de inelegibilidad (art. 155.1 LOREG) a las que se añaden otras dos. Según el artículo 67. 1. CE “nadie podrá ser miembro de las dos Cámaras simultáneamente, ni acumular el acta de una Asamblea de Comunidad Autónoma con la de Diputado al Congreso”. Y, finalmente, el art. 155 2. LOREG introduce un nuevo listado: ejercicio de cargos vinculados a entes y empresas públicas.

De todo ello se deduce que los supuestos de incompatibilidad (dejando a un lado el determinado por una condena a prisión por sentencia judicial firme o no según los casos) se refieren todos a una incompatibilidad funcional. Esto es, no se puede desempeñar simultáneamente la función representativa y otra. Desde esta óptica, no se puede negar, que el supuesto que ahora se incluye es distinto. Más que ante una incompatibilidad funcional estamos ante una incompatibilidad política.

El precepto que se pretende añadir es el siguiente:

“Serán incompatibles las personas electas en candidaturas presentadas por partidos, federaciones o coaliciones, declarados ilegales con posterioridad por sentencia judicial firme. La incompatibilidad será firme salvo que el electo formule una declaración expresa e indubitada de separación y rechazo de las causas por las que ha sido ilegalizado su partido”.

Con ello, por un lado, se introduce una previsión legal expresa para privar de su cargo al representante, y por otro, esa previsión no consiste en un automatismo sino en un supuesto de “incompatibilidad sobrevenida” que deja en manos del electo la opción de conservar o no el acta. De esta forma, la ilegalización del partido no conlleva la pérdida automática del cargo, lo que, según algunos autores, podría contradecir la jurisprudencia constitucional sobre la naturaleza, significado y alcance del mandato representativo. Ahora bien, la ilegalización del partido determina que si el electo desea conservar su acta, tenga que manifestar de forma clara su desvinculación de un proyecto que por su carácter violento y antidemocrático fue declarado ilegal. Esto es, se acepta que el electo conserve su acta, pero no de una manera incondicional. El electo por un partido posteriormente ilegalizado puede así continuar ejerciendo su función representativa con la única condición de que se desvincule del proyecto político criminal bajo cuyas siglas concurrió a los comicios.

Por eso la aplicación de esta nueva causa de “incompatibilidad sobrevenida” depende exclusivamente de la voluntad del cargo electo.

Establecido esto, lo que no podemos soslayar es el hecho de que nos encontramos ante un supuesto de incompatibilidad de naturaleza sustancialmente distinta a los hasta ahora existentes. Los supuestos previstos en la LOREG –con la única excepción de la privación de libertad por sentencia judicial- son todos ellos supuestos de “incompatibilidad funcional”, mientras que el nuevo supuesto que nos ocupa, constituye un caso de “incompatibilidad política”.

¿Es constitucionalmente admisible un supuesto tal de incompatibilidad?. A nuestro juicio, y por las razones que expondré en el apartado tercero de este informe, sí. Y lo que es más, no sólo admisible, sino necesario.

privativa de libertad y los condenados por terrorismo, rebelión, o delitos contra las instituciones del Estado aunque la sentencia no sea firme.

2. 3. La gestión ordinaria de los municipios sin gobierno local.

La última de las modificaciones propuestas consiste en modificar el apartado tercero del artículo 182 LOREG para afrontar el hecho de que en Navarra y en el País Vasco, al menos 26 municipios carezcan a fecha de hoy de gobierno municipal.

Dicho precepto prevé que para el caso de fallecimiento, incapacidad, o renuncia de un concejal, la vacante se atribuye al suplente de la lista. En su defecto, la ley prevé que se cubra con cualquier ciudadano mayor de edad que no esté incurso en causa de inelegibilidad.

El precepto no ha servido para cumplir su finalidad en aquellos municipios donde el reinado del terror prevalece sobre el imperio de la ley, y el clima de violencia, intimidación, y coacción determina la negativa de los ciudadanos a ocupar dichos cargos con el lamentable resultado de que la Entidad Local no cuenta con el número mínimo de miembros necesarios para funcionar normalmente.

En este dramático contexto, la reforma propuesta introduce un mecanismo de cierre para estos casos, consistente en encomendar la gestión ordinaria de estos municipios a los órganos que tengan atribuida la competencia sobre régimen local (según los Estatutos de Autonomía y las Leyes básicas del Estado). En el caso del País Vasco, los municipios serían gestionados por la Diputación Foral correspondiente y en el caso de Navarra, por el Gobierno de la Comunidad Autónoma.

3. Los límites de la representación política.

¿Es constitucionalmente admisible privar de su mandato a un electo por un supuesto de incompatibilidad sobrevenida de naturaleza política?. ¿Resulta esta fórmula compatible con la jurisprudencia constitucional sobre el significado y alcance del mandato representativo?. En nuestra opinión, la respuesta a ambos interrogantes es claramente afirmativa.

De la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no cabe deducir, en modo alguno, una suerte de derecho incondicionado o absoluto a la conservación del escaño. Para deshacer ciertos equívocos conviene recordar alguno de los elementos definidores de la doctrina de nuestro Alto Tribunal sobre el mandato representativo.

El Tribunal Constitucional en un conjunto de sentencias dictadas en 1983 dejó temprana y meridianamente claro que el partido político no puede en modo alguno privar de su mandato a un cargo electo. Ahora bien, esta tesis no se fundamentaba en la prohibición del mandato imperativo (art. 67. 1) sino en los derechos fundamentales contenidos en el artículo 23. Y ello porque el origen de esta doctrina está en los recursos planteados contra la aplicación del artículo 11.7 de la derogada ley 39/78 de Elecciones Locales que instauraba en el ámbito local (y el 67. 1 se refiere al ámbito parlamentario) el mandato de partido. Lo que se solicitaba al Tribunal no era la anulación del precepto legal (pretensión para la que los recurrentes no estaban legitimados), sino la reparación de un derecho fundamental lesionado. Aunque ello no impidió al Tribunal realizar un juicio sobre la inconstitucionalidad en abstracto del citado art. 11. 7 . En todo caso, la doctrina sentada en el ámbito local se extendió también a la esfera de los parlamentos. Esta jurisprudencia (atravesada por profundas contradicciones internas) sostiene, entre otras cosas, lo siguiente:

a) “El derecho que la Constitución (art. 23. 1) garantiza a todos los ciudadanos a participar en los asuntos públicos mediante representantes libremente elegidos es un derecho que corresponde a cada ciudadano y que puede ser vulnerado por actos que sólo afecten a cada uno de estos en particular. *La vulneración que resulta del hecho de privar al representante de su función les afecta, sin embargo, a todos simultáneamente y es vulneración del derecho del representante a ejercer la*

función que le es propia, derecho sin el que, como es obvio, se vería vaciado de contenido el de los representados” (STC 10/1983. F.J. 2). Con esta argumentación la teoría clásica de la representación basada en la soberanía nacional y en la prohibición del mandato imperativo sufre una notable conmoción. Evidente resulta que el sujeto de la relación representativa ya no es la nación, sino los electores. Y ello porque la nación como ente abstracto no puede ser titular de derecho fundamental alguno.

b) Con estas premisas, lo que el Tribunal va a analizar es “si dada la conexión necesaria e inmediata que existe entre representación y elección popular, cabe considerar constitucionalmente legítima una organización de la representación en la que los *representantes puedan ser privados de su función por una decisión que no emana de los propios electores*” (FJ2). Y la respuesta la da en el FJ 4, afirmando que los elegidos “*lo fueron para una función que exige que la libre voluntad del representante y, por ende, su permanencia en el cargo, no quede subordinada a ningún poder que no emane de la voluntad popular*”.

Las consecuencias de este pronunciamiento son muy claras. Dado que el partido no es un poder público que emane del pueblo, no está legitimado constitucionalmente para privar de su mandato al cargo electo que concurrió en sus listas. Y con esto el Tribunal consagra una interpretación sobre la posición constitucional de los partidos que no difiere de la mantenida por la teoría clásica de la representación previa al surgimiento del Estado de partidos. El Tribunal prescinde del hecho de que los partidos controlan el acceso a los cargos públicos electivos a través de las candidaturas y de que, por ello, los representantes políticos en cualquier nivel son hombres de partido, y portadores de un determinado programa, sometidos a unas normas estatutarias y disciplinarias. Como con meridiana claridad y evidente acierto ha advertido mi maestro, Antonio Torres del Moral, el programa del partido es la expresión moderna de los antiguos “*cahiers d’instructions*”⁵. El Tribunal sostiene que los representantes políticos son titulares de una función pública a la que no pueden poner término decisiones de entidades, como los partidos, que no son órganos del Estado, ni poderes públicos.

Con independencia del juicio que nos merezca esta doctrina, lo que nos importa ahora subrayar es dos cosas:

a) Por un lado, que el Tribunal está admitiendo a contrario sensu que un poder público (por ejemplo, una sentencia de un órgano del Poder Judicial) sí que puede poner término al ejercicio de la función representativa. Que el acta es de la persona y no del partido quiere decir según el Tribunal que la voluntad de este último no puede privar al representante de su mandato, pero no quiere decir, como sostienen algunos, que el Poder Judicial en el ejercicio de su función jurisdiccional no pueda hacerlo. Y ello no sólo mediante una sentencia penal privativa de libertad sino también mediante una sentencia de ilegalización del partido. Razón esta por la que creemos que la Ley de Partidos podría prever como efecto de la sentencia de ilegalización, la pérdida del mandato del cargo electo, por haber quedado rota la relación representativa. A nuestro juicio esa fórmula es la más coherente ⁶. En todo caso, el

⁵ TORRES DEL MORAL, A.: “Crisis del mandato representativo en el Estado de partidos” en Revista de Derecho Político, núm. 14, 1982. Pág. 17.

⁶ A mayor abundamiento hemos de recordar que en el ordenamiento jurídico alemán –que es el modelo más coherente y perfecto, tanto desde una perspectiva política como jurídica, de defensa de la Constitución y de ilegalización de partidos-, la ilegalización de un partido conlleva como consecuencia la pérdida de sus cargos representativos de todas aquellas personas que fueron en su día elegidos en candidaturas de partidos declarados ilegales con posterioridad. Así lo declaró el Tribunal Constitucional Federal en 1952 en relación a los representantes del partido neonazi, y en 1956 respecto a los comunistas. Modelo este que como explica Caamaño con argumentos que compartimos sería perfectamente asumible en el ordenamiento español.

expediente adoptado por el Gobierno consistente en el establecimiento de un supuesto de incompatibilidad sobrevenida resulta también por las mismas razones constitucionalmente aceptable. Con la diferencia de que en este caso no es la decisión del poder público (Tribunal Supremo) sino la del propio representante la que determina la continuación o no del mandato.

b) Por otro, que al fundamentar el derecho del representante a conservar su acta en el derecho del representado a participar en los asuntos públicos, (y no en la prohibición del mandato imperativo), el Tribunal desvincula al electo del partido para vincularlo al elector. Y desde esta perspectiva de configurar el derecho del representante como un derecho reflejo del de los representados, el problema a afrontar reviste una nueva dimensión. De lo que se trata no es ya de analizar la naturaleza, significado y alcance del mandato, sino de los “límites del derecho a representar/ser representado políticamente”. Razón por la cual he creído oportuno rubricar este epígrafe con el título de “los límites de la representación política”.

Y ¿cuáles son los límites de ese derecho fundamental?. A nuestro juicio, la respuesta es evidente, esos límites coinciden con los límites materiales a la reforma constitucional⁷.

La idea misma de Constitución normativa nos obliga a configurar al Poder de reforma como un poder limitado no sólo procedimentalmente sino también materialmente. Y ello con independencia de que dichos límites hayan sido expresamente dispuestos por el constituyente en las denominadas cláusulas de intangibilidad. Como ha escrito Pedro de Vega en una obra ya clásica, y difícilmente superable, sobre este tema: “Si el principio jurídico de supremacía constitucional impone el reconocimiento de unos límites implícitos formales que se centran, básicamente, en las propias normas reguladoras del procedimiento de reforma, el principio político de soberanía popular condicionará, por su parte, la obligada aparición de unos límites implícitos materiales, cuya fundamentación y desarrollo han de ser deducidos, desde la lógica de la legitimidad, como necesario correlato de los valores materiales y los supuestos políticos en que se inspira y se vertebra el moderno Estado constitucional”. Los principios y valores legitimadores del ordenamiento constitucional tienen que configurarse como zonas exentas al poder de revisión, y adquirir, por tanto, el indudable carácter de límites materiales implícitos a todo poder de reforma⁸. Entender que el artículo 168 de la Constitución otorga al poder de reforma la facultad de modificar totalmente el ordenamiento conduce a consagrar un despropósito que jurídicamente repugna a la lógica global del Estado Constitucional.

Fácilmente se comprenden las consecuencias de proyectar lo anterior al tema que nos ocupa, los límites de la representación política en su dimensión de derecho fundamental: derecho del representante/representado a participar en los asuntos públicos. Si lo anterior tiene algún fundamento, resulta claro que no toda realidad/voluntad política puede ser representada de forma constitucionalmente legítima. Dicho con otras palabras, existen determinados proyectos políticos que por su carácter violento o antidemocrático, y por su pretensión, en definitiva, de subvertir el

CAAMAÑO DOMINGUEZ, F.: El mandato parlamentario, Congreso de los Diputados, Madrid, 1991. Pág. 279.

⁷ La legislación de partidos políticos sólo puede ser cabalmente comprendida como un instrumento de defensa de la Constitución. Desde esta óptica, deben ser reputados inconstitucionales aquellos que pretendan no una reforma constitucional, sino la destrucción de la Constitución. Para una exposición detallada de esta tesis, remito al lector a TAJADURA, J. Partidos Políticos y Constitución, Civitas, Madrid, 2004.

⁸ DE VEGA, P.: La reforma constitucional y la problemática del Poder Constituyente, Tecnos, Madrid, 1991. Pág. 283-284.

orden constitucional, atentando contra sus fundamentos, no tienen derecho a ser representados políticamente. El contenido del derecho a participar en los asuntos públicos por medio de representantes no incluye la facultad de trasladar a los órganos representativos un proyecto político consistente en la destrucción del orden constitucional. Y ello tiene como reflejo que tampoco puede nadie alegar un derecho fundamental a representar ese proyecto.

De ello se deduce que la fórmula jurídica y política más coherente para resolver el supuesto de la privación del mandato de un cargo electo en un partido declarado ilegal es prever de forma expresa en la Ley de Partidos, en los Reglamentos parlamentarios, y en la Ley Electoral, la pérdida del escaño.

Ahora bien, en la medida en que esa opción ha quedado descartada, la fórmula propuesta por el Gobierno resulta útil para lograr el mismo fin. Aunque no deja de plantear una situación paradójica. Siguiendo la lógica derivada de la prohibición del mandato imperativo, el nuevo supuesto de “incompatibilidad sobrevenida” desvincula el destino del representante de la suerte del partido (ilegalizado). Y así, la privación de su mandato a los elegidos en la candidatura de un partido ilegalizado, sólo se produciría en el supuesto de que aquellos, conscientemente, decidiesen no desvincularse de las causas que motivaron la ilegalización del partido. Ahora bien, ello implica una mutación de la relación representativa de mucho mayor calado que repercute, inexorablemente, en el derecho de los representados. Al desvincularse del proyecto político ilegalizado, el representante conserva su mandato a costa de traicionar expresamente la confianza de los representados que, hay que entender que lo eligieron, precisamente como representante del proyecto ilegalizado. Se pretende obviar así el dato evidente de que la sentencia de ilegalización de un partido afecta necesariamente al derecho a participar en los asuntos públicos de aquellos electores que lo apoyaron. Y ello porque la sentencia supone el reconocimiento expreso de unos límites a ese derecho a ser representados. Como consecuencia de ello (y no al revés), esto es, porque no se tiene derecho a ser representado para destruir el orden constitucional, el representante debe verse privado de su mandato.

Con la fórmula propuesta por el gobierno, se admite que el electo de un partido ilegalizado continúe ejerciendo su mandato, desvinculado ya no sólo del partido con el que concurrió a las elecciones, sino lo que resulta más sorprendente, de los propios electores que lo votaron. El representante puede continuar ejerciendo un mandato que -desvinculado tanto del partido ilegal con el que concurrió a las elecciones, como de los propios electores que lo apoyaron por propugnar un programa al que ha debido renunciar expresamente para conservar su escaño- se configura como absolutamente libre. Ahora bien, la existencia de esa libertad absoluta, de esa falta de vinculación con una realidad a la que representar (sea el partido, el programa o los electores) priva al mandato de este representante de todo fundamento jurídico y político.

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

La propuesta de reforma de la LOREG acordada por el Consejo de Ministros del pasado 26 de marzo, merece una valoración positiva. Se trata de una reforma no sólo oportuna sino necesaria. Pretende dar respuesta a un problema que desde un punto de vista teórico puso tempranamente de manifiesto mi maestro, Antonio Torres del Moral, y que, desde un punto de vista práctico, se manifestó en la vida política española a partir del año 2003. El problema capital, al que se enfrenta la reforma, no es otro que cómo articular la pérdida del mandato por declaración de

inconstitucionalidad del partido.⁹ Evidente resulta que la aceptación incondicionada de los efectos jurídicos derivados de la prohibición del mandato imperativo nos conduciría a un escenario en el que la única forma de privar de su mandato al electo sería llevar a cabo un procesamiento criminal e individual de cada representante. Y ello no siempre resultaría posible. Entonces, como advierte Torres del Moral, nos encontraríamos con el paradójico resultado de la perpetuación parlamentaria de un partido previamente declarado inconstitucional.

Para evitar este resultado, y una vez que se descarta atribuir a la sentencia de ilegalización el efecto de privar a los electos por un partido ilegalizado de su mandato, el gobierno ha optado por el establecimiento de un supuesto de la incompatibilidad sobrevenida en virtud del cual: **“Serán incompatibles las personas electas en candidaturas presentadas por partidos, federaciones o coaliciones, declarados ilegales con posterioridad por sentencia judicial firme. La incompatibilidad será firme salvo que el electo formule una declaración expresa e indubitada de separación y rechazo de las causas por las que ha sido ilegalizado su partido”**.

Esta fórmula es compatible con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional puesto que desvincula el destino del representante de la suerte de su partido, y porque tiene por objeto garantizar el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos a través de sus representantes. La paradoja es que para salvar el mantrenimiento de esa relación, esto es, la continuidad del mandato, se exige al representante que renuncie a las causas que determinaron la ilegalización del partido, que es tanto como decir al proyecto político por el que obtuvo el respaldo de sus electores. Formalmente el derecho de estos a ser representados no se ve afectado. Materialmente, la desvinculación del representante del proyecto ilegalizado, afecta inexorablemente al derecho de los electores a ser representados. No puede ser de otra manera.

Sea de ello lo que fuere, lo importante es dejar claro que el crimen, el totalitarismo, el racismo, el nacional-socialismo, el comunismo totalitario, el fundamentalismo religioso...etc no es susceptible de una representación política constitucionalmente legítima. La representación política, como toda categoría jurídica, está sometida a límites. El derecho a ser representado políticamente como derecho fundamental también.

La propuesta de reforma de la LOREG que hemos comentado establece un expediente para garantizar la eficacia de esos límites.

⁹ TORRES DEL MORAL, A.: “Crisis del mandato representativo en el Estado de partidos” en Revista de Derecho Político, núm. 14, 1982. pág. 22.