

IGNACIO GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ
(Coord.)

MECANISMOS DE EXCLUSIÓN EN LA DEMOCRACIA DE PARTIDOS

FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio
FERNÁNDEZ VIVAS, Yolanda
IGLESIAS BÁREZ, Mercedes

PÉREZ-MONEO, Miguel
STOLLEIS, Michael
VÍRGALA FORURIA, Eduardo

Fundación Concordia y Cultura
Centro de Estudios de Partidos
Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2017

ÍNDICE

	Pág.
NOTA PRELIMINAR	11
<i>María Salvador Martínez y Jorge Alguacil González-Aurioles</i>	
PRESENTACIÓN	15
<i>Ignacio Gutiérrez Gutiérrez</i>	
CAPÍTULO I. JUSTICIA POLÍTICA EN ALEMANIA OCCIDENTAL TRAS 1945.....	19
<i>Michael Stolleis</i>	
CAPÍTULO II. LA EXCLUSIÓN POLÍTICA COMO INSTRUMENTO DE LA LUCHA ANTITERRORISTA EN ESPAÑA	31
<i>Eduardo Virgala Foruria</i>	
1. La ilegalización de partidos como mecanismo de defensa del Estado democrático.....	31
2. La ilegalización de partidos en España desde la Constitución hasta la LOPP de 2002.....	38
3. La LOPP de 2002	42
4. La ilegalización de partidos vinculados a la banda terrorista ETA.	45
4.1. La ilegalización de HB, EH y Batasuna (2003-2009).....	45
4.2. El rechazo a la inscripción de ASB (2007)	52
4.3. La ilegalización de ANV (2008-2013).....	54
4.4. La ilegalización del PCTV (2008).....	58
5. La desaparición del terrorismo de ETA en 2011 y la legalización de Sortu (2011-2012)	59
6. Conclusiones	72
7. Bibliografía utilizada.....	73

	Pág.
CAPÍTULO III. EVOLUCIÓN (E INVOLUCIÓN) DE LA IDEA DE PARTIDO POLÍTICO EN LA HISTORIA ESPAÑOLA	81
<i>Ignacio Fernández Sarasola</i>	
1. Introducción	81
2. El rechazo de los partidos políticos.....	82
2.1. El rechazo liberal.....	82
2.2. El rechazo conservador	86
3. El reconocimiento de los partidos bajo un sistema bipartidista ..	89
3.1. Los presupuestos para la percepción del bipartidismo	89
3.2. La identificación de los partidos con grupos parlamentarios	91
3.3. El bipartidismo en régimen de turno	93
3.4. El bipartidismo matizado: la idea de un partido regulador.	95
3.5. El bipartidismo como realidad: idea sociológica de los partidos.....	98
3.6. La recomposición del bipartidismo: partidos de coalición.	99
4. Los partidos políticos en un sistema pluripartidista	101
4.1. Interés e ideología como base programática.....	101
4.2. Los partidos políticos como ensayos de Nación y de Estado	103
4.3. Los partidos «universalistas» como reflejo social (partidos de clase) y religioso (partidos confesionales).....	105
4.4. El partido educativo	107
5. La reducción de los partidos a un sistema unipartidista	109
5.1. La lógica irracional del partido único y sus primeras manifestaciones.....	109
5.2. Partido único como antesala del bipartidismo turnista	110
5.3. Partido único contra el pluripartidismo.....	113
6. <i>Postscriptum</i> : ¿una nueva idea de partido para el siglo XXI? Partidos «de casta» y «partidos populistas»	115
 CAPÍTULO IV. LA PROHIBICIÓN DE PARTIDOS POLÍTICOS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.....	 119
<i>Mercedes Iglesias Báez</i>	
1. Origen y evolución de la prohibición de partidos políticos en la jurisprudencia del TEDH. El carácter excepcional de la democracia militante en el Consejo de Europa.....	119
2. Los principios de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de prohibición de partidos políticos y los «contrapesos» a la democracia militante	123
3. El test de convencionalidad de la prohibición de partidos políticos del art. 11.2 CEDH	129
3.1. Previsión en la ley de la medida limitativa.....	130

	Pág.
3.2. Persecución de un fin legítimo	132
3.3. Medida limitativa «necesaria en una sociedad democrática»	132
CAPÍTULO V. LA EXCLUSIÓN INDIRECTA DE PARTIDOS: EL TRATO DESIGUAL	141
<i>Yolanda Fernández Vivas</i>	
1. Introducción	141
2. Sistema electoral.....	143
2.1. La presentación de candidaturas	143
2.2. La delimitación de la circunscripción electoral.....	145
2.3. El establecimiento de barreras electorales.....	150
2.4. La fórmula electoral	152
3. Sistema de financiación de los partidos políticos.....	155
4. Una pequeña reflexión final	159
CAPÍTULO VI. LA EXCLUSIÓN EN EL INTERIOR DE LOS PARTIDOS: PLURALISMO, DEMOCRACIA INTERNA Y CONTROL JURISDICCIONAL	161
<i>Miguel Pérez-Moneo</i>	
1. Introducción	161
2. El pluralismo en los partidos políticos.....	162
3. Democracia interna: los derechos de los afiliados.....	167
3.1. En el ingreso.....	169
3.2. En la participación en los procesos internos	171
3.3. En la expulsión.....	173
4. Jurisprudencia constitucional sobre conflictos endoasociativos.	175
5. La STC 226/2016, ¿el inicio de una línea divergente?	181

NOTA PRELIMINAR

El libro que el lector tiene ahora en sus manos inaugura una colección de estudios jurídicos sobre los partidos políticos que pretende impulsar la investigación y el debate académico sobre la función de los partidos en el Estado democrático y sobre su régimen jurídico constitucional.

Esta colección editorial forma parte de las actividades del Centro de Estudios de Partidos, un centro de estudios creado por la UNED a finales de 2016 y promovido por un grupo de profesores del Departamento de Derecho Político de dicha Universidad que llevaban un tiempo mostrando su interés y preocupación por el análisis constitucional del estatuto y el régimen de los partidos políticos.

Ya en el 2.º semestre de 2000, cuando algunos de los profesores que ahora forman parte de este Centro de Estudios estaban iniciando su andadura académica, el presidente de honor del mismo, el profesor Óscar Alzaga Villaamil, mostraba su preocupación al orientar uno de los primeros números monográficos de la revista *Teoría y Realidad Constitucional* (concretamente el núm. 6, 2.º semestre de 2000) hacia el análisis de la regulación jurídica de los partidos políticos. Este número contó entonces con la participación de muy prestigiosos constitucionalistas, españoles y foráneos, que hoy están vinculados a las actividades del Centro de Estudios de Partidos, y entre los cuales cabe citar al profesor Martin Morlok, catedrático de Derecho Público y director del Instituto para el Derecho alemán y europeo de partidos de la Universidad de Düsseldorf, y el profesor Eduardo Vírgala Foruria, catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad del País Vasco. La participación de nuevo de estos dos especialistas en la materia, quince años más tarde, en un segundo número monográfico de la misma revista *Teoría y Realidad Constitucional* (núm. 35, 1.º semestre de 2015) evidencia no solo una continuidad en la investigación, sino la consolidación de un grupo de trabajo que solo necesitaba ya de un soporte que pudiera institucionalizar la investigación en esta materia.

La inexistencia de un centro o instituto de investigación en materia de derecho de partidos políticos en nuestro país, y la referencia verdaderamente impresionante de cómo un centro de este tipo puede influir en la creación de una cultura política y constitucional adecuada, y en el correcto funcionamiento de los partidos políticos, como sucede en Alemania con el Instituto de Estudios de Partidos y de Derecho Alemán e Internacional de Partidos de Düsseldorf, fueron los motivos que llevaron a tomar la decisión de promover la creación del centro de estudios.

Desde aquel momento, y hasta que la UNED aprobó la creación del Centro, fueron decisivos el apoyo y el impulso de diferentes personas e instituciones, sin los cuales, sin duda, el proyecto no habría llegado a hacerse realidad. A todos ellos es necesario mostrar aquí nuestro agradecimiento: al Vicerrectorado de Investigación de la UNED, que desde el principio animó y respaldó el plan, primero siendo vicerrector el profesor Ricardo Mairal y, después, siendo vicerrectora la profesora Esther Souto; al Departamento de Derecho Político de la UNED, y especialmente a su directora, la profesora Pilar Mellado, que fue en todo momento un sólido y estimulante apoyo; a la Fundación Concordia y Cultura, que generosamente se ofreció a colaborar para sacar adelante actividades concretas, como esta colección de Derecho de Partidos que acaba de ver la luz; a todos los colegas y compañeros expertos en partidos políticos que aceptaron formar parte del Centro; y, desde luego, al Prof. Óscar Alzaga, impulsor constante del proyecto desde sus inicios, cuyo vínculo con la mencionada Fundación Concordia y Cultura, unido a una extraordinaria generosidad por su parte, explican que esta haya podido aportar las condiciones económicas que exige cualquier proyecto como el que ahora se emprende.

Como se expuso en la Memoria de creación del centro, una de las primeras tareas que este se fijaba era la de crear y dirigir una colección de monografías, a editar en una editorial de reconocido prestigio y de proyección en Latinoamérica, en la que se publicarían obras sobre partidos políticos, nacionales y extranjeras. La editorial Marcial Pons, de indiscutible prestigio en el ámbito de las editoriales jurídicas y sólida proyección en América Latina, acogió con entusiasmo el proyecto, lo cual supuso un respaldo determinante en el desarrollo de los planes del Centro.

Así pues, abrimos la colección de estudios con la publicación de dos monografías. En primer lugar, la que ahora mismo tiene el lector en sus manos, que trae causa del primer congreso que ampara el Centro de Estudios de Partidos y que tuvo lugar en la Facultad de Derecho de la UNED el 5 de abril de 2017 con el título «Mecanismos de exclusión en la democracia de partidos», bajo la dirección del profesor Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. En segundo lugar, una monografía en la que se recopilan algunos de los mejores trabajos del eminente profesor alemán de Derecho Público y Derecho de Partidos, Martin Morlok. El amparo y la excelente acogida que ofreció el Instituto que dirige el profesor Morlok

a la humilde iniciativa de este Centro de Partidos no puede sino ser objeto de profundo agradecimiento. Este segundo volumen de la colección responde al convencimiento de que la dogmática alemana de Derecho de partidos, que alcanza con el eminente profesor de Düsseldorf rasgos verdaderamente sobresalientes, puede ser un excelente ejemplo a seguir a la hora de replantearnos el estatuto constitucional y el régimen de los partidos políticos en nuestro país.

El debate entre nosotros sobre los partidos políticos y su devaluación a los ojos de la ciudadanía se ha acrecentado durante estos quince años. Volcar ahora los constitucionalistas tiempo y esfuerzo de estudio sobre un diagnóstico certero de los males que se padecen y sobre la búsqueda del mejor tratamiento técnico-jurídico es obligado si mantenemos el empeño de vivir en una sociedad democrática asentada sobre principios elevados como el pluralismo que ha de presidir el Estado democrático de Derecho. A ello dedicamos humildemente nuestros esfuerzos.

María SALVADOR MARTÍNEZ
Jorge ALGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES

PRESENTACIÓN

Ignacio GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ

Profesor Titular de Derecho Constitucional (UNED)

El Proyecto de Investigación «Participación y exclusión política», en el que se enmarca esta publicación¹, pretende un análisis general de los límites de la participación política, de las razones que llevan a la exclusión y de los mecanismos por los que se produce. Teniendo en cuenta que el proyecto comprendía la perspectiva diacrónica, rogamos al ilustre historiador del Derecho público Michael Stolleis² que nos ofreciera alguna aportación. Y, dentro del amplio marco que ofrecía tal rúbrica, él nos

¹ «Participación y exclusión política (causas, mecanismos y consecuencias)» (DER2013-46338-R, 2013-2015), IP Remedios Morán Martín.

² Michael Stolleis (1941) es catedrático emérito de Derecho Público en la Universidad de Frankfurt am Main y director emérito del Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte. Doctor *honoris causa* por las Universidades de Lund, Toulouse, Padua y Helsinki, miembro de la *Orden pour le Mérite für Wissenschaften und Künste* desde 2014, de numerosas academias alemanas (Mainz, Göttingen, Berlín-Brandenburgo, de la Academia Nacional de las Ciencias *Leopoldina* con sede en Halle, de la Academia Alemana de Lengua y Literatura con sede en Darmstadt) y extranjeras (Finlandia, Dinamarca), ha sido galardonado con el Premio Leibniz de la *Deutsche Forschungsgemeinschaft* (1991) y con el Premio de la *Fondazione Eugenio Balzan* (2000), además de recibir la *Großes Verdienstkreuz mit Stern* en 2015. Ha publicado, entre otras muchas obras, una formidable *Historia del Derecho público alemán* en cuatro volúmenes (*Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, 1988, 1992, 1999, 2012), algunos traducidos ya al inglés, al francés, al italiano e incluso al chino, y recientemente condensados en *Öffentliches Recht in Deutschland. Eine Einführung in seine Geschichte (16.-21. Jahrhundert)*, 2014, cuya publicación en castellano está en marcha. También en castellano se han editado tres recopilaciones de textos suyos (*La textura histórica de las formas políticas*, 2011; *La historia del Derecho como obra de arte*, 2009; y *Estado, Europa, globalización: Constitución y utopía*, 2017), así como su ensayo *El ojo de la ley* (2010, también traducido entretanto al francés, al inglés, al italiano, al portugués, al turco, al griego y al ruso), el libro *El Derecho constitucional de la globalización* (con Andreas Paulus e Ignacio Gutiérrez, 2013) y algunos otros artículos.

propuso abordar la exclusión política de los comunistas en la Alemania Federal de la época de la Guerra Fría.

Su propuesta no podía ser más pertinente. La universalización del sufragio, que sin duda no supone la desaparición de las exclusiones en la vida política, ha ido acompañada por la intermediación de los partidos políticos en los procesos participativos más importantes; se habla incluso de una democracia de partidos. En este contexto, una forma particularmente radical de exclusión política es la proscripción de un partido. Michael Stolleis se proponía analizar un caso concreto; pero tal sugerencia se brindaba de modo excepcional para articular, a partir de ella, un proyecto de mayor alcance.

En España, el tema de la contraponencia se imponía por sí solo: nuestra experiencia con la exclusión política como instrumento de lucha antiterrorista; y también era evidente que, para abordarlo, debíamos acudir a Eduardo Vígala Foruria. Él no solo ha publicado numerosos estudios sobre la reforma de la ley de partidos que permitió usar ese instrumento y sobre los diversos procedimientos a que ha dado lugar, que incluyen sentencias del Tribunal Supremo, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; también ha vivido, en la inmediatez del País Vasco, todos los problemas ligados al terrorismo y a la lucha antiterrorista, sin que vacilara ni por un momento su compromiso público con la razón ilustrada y el Estado democrático de Derecho.

A su vez, estos dos estudios de casos concretos exigían el complemento de un marco general de análisis; lo ordenamos en cuatro apartados, y buscamos para cada uno de ellos el ponente que nos pareció más idóneo, con la fortuna de que en todos los casos la aceptación fue inmediata e incondicional. De un lado, los partidos han sido siempre un instrumento de participación selectiva, en términos que podían documentarse del mejor modo desde la perspectiva histórica a la que ha consagrado Ignacio Fernández Sarasola sus estudios como constitucionalista. La proscripción directa ha de justificarse conforme a intereses capaces de prevalecer sobre el derecho de participación democrática de todos los ciudadanos; los criterios al respecto, formulados en particular por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, han sido exhaustivamente analizados por Mercedes Iglesias Bárez. Pero, aunque no se llegue a tal medida, lo cierto es que los cauces de participación no resultan neutrales respecto de los sujetos implicados, y ello afecta tanto a la posición relativa de los distintos partidos como al funcionamiento interno de cada uno de ellos: Yolanda Fernández Vivas ha estudiado en profundidad el trato desigual a los partidos, que supone una forma de exclusión indirecta; y Miguel Pérez-Moneo ha tratado el funcionamiento interno de los partidos, cuya sujeción al principio democrático no impide que operen instrumentos de exclusión.

Con todos ellos, y bajo la misma rúbrica que ahora titula este volumen, celebramos el 5 de abril de 2017 un Seminario en la sede central

de la UNED en Madrid³. Figuré como coordinador; pero debo subrayar que, como en ocasiones anteriores⁴, las tareas de diseño y organización fueron compartidas por María Salvador, Fernando Reviriego y Jorge Alguacil, con quienes tengo el privilegio de colaborar en las habituales tareas docentes y en otras muchas iniciativas (es verdad que lo he dicho con frecuencia, pero siempre consideraré insuficiente mi insistencia al respecto). El volumen que recoge las correspondientes ponencias, enviadas con puntualidad ejemplar, se publica ahora en la editorial Marcial Pons al amparo del Centro de Estudios de Partidos de la UNED; ambas entidades, editorial y Centro de Estudios, merecen también nuestro reconocimiento. Pero considero obligado terminar manifestando de nuevo mi gratitud hacia Michael Stolleis, que una vez más ha respondido con generosidad ilimitada a mi iniciativa.

³ Las grabaciones del Seminario están disponibles en <https://canal.uned.es/serial/index/id/5458>.

⁴ Las Jornadas anteriores han dado lugar también a sus correspondientes publicaciones: I. GUTIÉRREZ y M. A. PRESNO (eds.), *La inclusión de los otros: símbolos y espacios de la multiculturalidad*, Granada, Comares, 2012; M. SALVADOR MARTÍNEZ (coord.), *Estudios de Deusto - Segunda época. Vol. 60/2. Monográfico. Constitución y globalización: la constitucionalización de espacios supranacionales*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2012; M. STOLLEIS, A. PAULUS e I. GUTIÉRREZ, *El Derecho constitucional de la globalización*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2013; F. REVIRIEGO PICÓN (coord.), *Constitución y Globalización - Transformaciones del Estado constitucional*, Zaragoza, Fundación Manuel Giménez Abad, 2013; I. GUTIÉRREZ (coord.), *La democracia indignada: tensiones entre voluntad popular y representación política*, Granada, Comares, 2014; I. GUTIÉRREZ (ed.), *Decidir por mayoría*, Madrid, Marcial Pons, 2016.

CAPÍTULO I

JUSTICIA POLÍTICA EN ALEMANIA OCCIDENTAL TRAS 1945

Michael STOLLEIS

*Catedrático emérito de Derecho Público (Universidad de Frankfurt am Main),
director emérito del Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte*

«Cuando procedimientos en forma judicial
se instrumentalizan con fines políticos
hablamos de Justicia política»

Otto KIRCHHEIMER¹

1.

Las cosas y su definición no resultan tan sencillas como aparecen en esta cita inicial de Otto Kirchheimer. Ni siquiera la pregunta acerca de lo que sean «fines políticos» puede responderse de modo satisfactorio. Al margen de todas las reflexiones metodológicas sobre la decisión de los jueces (y de las juezas)², siempre se vuelve a subrayar, más bien, que los jueces no resuelven desde el aislamiento social, sino que siempre están implicados por su propia biografía, por sus propias valoraciones y prejuicios, por lo que podemos resumir como sistema general de valores

¹ Otto KIRCHHEIMER, *Funktionen des Staats und der Verfassung. Zehn Analysen*, Frankfurt, Suhrkamp, 1972, p. 143.

² «El juez» no se refiere a una figura masculina, sino a una persona arquetípica habilitada para adoptar una decisión judicial. Esta denominación comprende, por supuesto, también a las mujeres. Véase Michael STOLLEIS, «The Profile of the Judge in the European Tradition», *TRAMES, A Journal of the Humanities and Social Sciences*, 12 (2008), pp. 204 y ss.

de la sociedad. Han sido vanos todos los esfuerzos por mantener tales elementos al margen del proceso que conduce a la decisión. El juez ha sido rígidamente vinculado al texto de la ley (naturalmente en vano, porque toda palabra es interpretable), a la voluntad del legislador histórico (en vano, porque esa voluntad no puede determinarse con seguridad), a la voluntad de un legislador ficticio que interpretara hoy sus viejos textos (en vano, porque el fingimiento se duplica). Se instaló la figura del rey-juez soberano, desplazando así las vinculaciones hacia una ética particular de los jueces³, y finalmente hoy —dado que no parecen funcionar sin fallos la vinculación a Dios, a la razón humana, a la ley parlamentaria— se pone en práctica la vinculación a la Constitución y a los «valores» que encarna. Pero tampoco este último paso garantiza seguridad alguna frente a la intromisión de valoraciones sociales o políticas, porque también el «orden de valores» de las constituciones debe ser antes deducido y reconstruido a partir del texto, y eso no puede hacerse sin recurrir a los difusos juicios de valor presentes en la sociedad. En otros términos: Justicia política hay siempre, aunque en dosis diferentes. Ningún juez puede eludir la pregunta acerca de los elementos de valoración política que quizá pueda tener su decisión. Así visto, ningún juez puede actuar de forma «apolítica».

Pero eso no implica que la expresión «Justicia política» pierda todo su significado. Cabe precisarla, ciñéndola a los casos en los que individuos o grupos, partidos o «movimientos» políticos (no organizados) son objeto de sanciones administrativas o penales específica y exclusivamente porque sus convicciones políticas son contrarias a las de la mayoría o a las del gobierno. De acuerdo con ello, Justicia política es la persecución del contrincante político mediante una Justicia que se identifica con el sistema dominante e impone en forma judicial las correspondientes sanciones⁴. Se trata de una deliberada criminalización del adversario político.

2.

En tal sentido hablaré en adelante de la Justicia política contra los *comunistas* en la República Federal. La investigación fundamental al respecto se la debemos a Alexander von Brünneck, con la tesis doctoral que presentó en Frankfurt y se publicó en 1978⁵. También yo me atengo aquí a su delimitación temporal, entre 1949 y 1968, porque tales años representan cesuras plausibles desde el punto de vista histórico.

³ Regina OGOREK, *Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*, Frankfurt, Vittorio Klostermann, 1986 (2.^a ed., 2008).

⁴ Sigue siendo fundamental, aunque también demasiado difuso y en parte ahistórico, Otto KIRCHHEIMER, *Politische Justiz - Verwendung juristischer Verfahrensmöglichkeiten zu politischen Zwecken*, Neuwied-Berlin, Luchterhand, 1965.

⁵ Alexander VON BRÜNNECK, *Politische Justiz gegen Kommunisten in der Bundesrepublik Deutschland 1949-1968*, Frankfurt, Suhrkamp, 1978.