



Universidad
Zaragoza

TRABAJO FIN DE GRADO

¿De quién se defiende la Constitución Española de 1978?

Autora

Irene Magallón Salcedo

Director

Raúl Burillo Pacheco

Facultad de Derecho

2022

ÍNDICE

I.INTRODUCCIÓN	4
II.DELIMITANDO LA DEMOCRACIA MILITANTE	6
1. ORIGEN Y CONCEPTOS	6
2. DIFERENTES ACEPCIONES Y ASPECTOS QUE BLINDAN	8
III.CONSTITUCIONALIZANDO LA DEMOCRACIA MILITANTE	11
1. ALEMANIA: LA LEY FUNDAMENTAL DE BONN DE 1949	12
2. ITALIA: LA CONSTITUCIÓN ITALIANA DE 1947.....	13
IV.¿ES MILITANTE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978?	15
1. EL MODELO CONSTITUCIONAL HISTÓRICO ESPAÑOL.....	15
4.1.1 La Constitución de 1812.....	15
4.1.2 La Constitución de 1876.....	16
4.1.3 La Constitución de 1931 y la Ley en Defensa de la República	17
2.DEMOCRACIA MILITANTE EN SENTIDO POSITIVO: ASPECTOS BLINDADOS DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978	19
3. ASPECTOS DEFENSIVOS DE LA DEMOCRACIA ESPAÑOLA	21
4. CONCEPTO CONSTITUCIONAL DE LIBERTAD DE EXPRESIÓN	24
5. LÍMITES JURISPRUDENCIALES EN ESPAÑA.....	25
4.5.1 STC 235/2007	25
4.5.2 STS 4283/2020.....	28
6. LA ILEGALIZACIÓN DE PARTIDOS POLÍTICOS EN ESPAÑA.....	29
4.6.1 STC 48/2003	29
4.6.2 STS de 27 de Marzo de 2003.....	33
7. LA DOCTRINA DE ILEGALIZACIÓN DE PARTIDOS POLÍTICOS DEL TEDH	35
V.CONCLUSIÓN	37
VI.BIBLIOGRAFÍA	41

LISTADO DE ABREVIATURAS

CE: Constitución Española

STC: Sentencia Tribunal Constitucional

STS: Sentencia Tribunal Supremo

CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos

CP: Código Penal

FJ: Fundamento jurídico

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

LOPP: Ley Orgánica de Partidos Políticos



I.INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo se va a analizar si la Constitución Española de 1978 puede considerarse un ordenamiento jurídico militante. Para ello empezaré por definir este concepto de teoría política, esencial para comprender su razón de ser en los textos constitucionales. De esta manera el objetivo del presente trabajo es estudiar los elementos protegidos de nuestra Carta Magna, así como su configuración como mecanismos para definir a nuestro sistema jurídico. Asimismo, la finalidad de esta recensión es examinar si las ideologías antidemocráticas tienen cabida en nuestro orden político y jurídico. A tal efecto, hay que dilucidar con qué derechos chocarían los instrumentos defensivos que se pueden adoptar y si podemos encajarlos en nuestro ordenamiento. Más concretamente se analizará el fundamento y los límites jurisprudenciales que hay sobre la libertad de expresión. También cobra especial importancia su estudio en relación con la libertad de asociación.

En mi consideración el estudio de este asunto es crucial en el seno de cualquier sociedad democrática, porque supone poner el foco en los valores y en la historia cultural de una sociedad. El debate jurídico tiene que enfocarse desde el máximo respeto a los derechos fundamentales, pero siendo conscientes de que también tienen un límite. Igualmente es necesario establecer la delimitación de un derecho fundamental tan importante como es la libertad de expresión y de asociación, ya que solamente de esta manera se pueden evitar abusos en su utilización. En definitiva, el núcleo central que irradia de esta cuestión jurídica es el alcance de los derechos cuando entran en conflicto, así como la manera en la que se ejercen. Desde mi punto de vista es esencial que se exponga un tema tan actual y a la vez tan olvidado. Es una problemática que refleja la calidad democrática de un país y la forma en la que se trata jurídicamente el pasado. Así, la defensa de la democracia es un asunto que cualquier sistema que se configure como tal debería preguntarse.

En consecuencia, para llevar a cabo este análisis jurídico lo primero que hay que dilucidar es si cabe la posibilidad de que España sea una democracia militante. Para ello se analizarán las acepciones de este concepto y su origen, además de los distintos tipos que existen. También es interesante hacer un análisis comparado con países como Italia o Alemania, en lo relativo a los instrumentos jurídicos defensivos que poseen.

Posteriormente, se expondrá si en la historia constitucional española ha habido constituciones militantes y en qué aspectos. Acto seguido, conviene estudiar más detalladamente si nuestra constitución tiene algún elemento que denote algún aspecto militante. Después, debemos considerar el posible carácter defensivo de nuestra Constitución. Para ello es necesario exponer el concepto de libertad de expresión, sus límites y el desarrollo jurisprudencial que se ha hecho sobre ella en relación con el tema objeto de estudio. Igualmente se tomará en consideración la posible limitación de derechos fundamentales, en aras a restringir determinadas ideologías contrarias a la democracia. Además, resulta pertinente analizar la jurisprudencia existente acerca de la ilegalización de partidos políticos en nuestro país, como forma de esclarecer si nuestro sistema requiere una adhesión positiva a la Constitución. En este sentido se deben exponer los límites que hay en el juego político.



II.DELIMITANDO LA DEMOCRACIA MILITANTE

1. ORIGEN Y CONCEPTOS

El concepto de democracia militante fue acuñado por Karl Loewenstein en el año 1937, tras el fracaso que había experimentado la República de Weimar con el ascenso de los nazis al poder. A raíz de estudiar el derecho del régimen nacionalsocialista, expuso la debilidad de la propia democracia a la hora de defenderse de sus enemigos. De esta manera explicó la forma en la que los nazis habían llegado al poder en el año 1933, siguiendo el procedimiento legalmente establecido. En su obra titulada «Teoría de la Constitución», Loewenstein enuncia una serie de elementos exigibles en cualquier constitución para ser considerada como tal. Aspectos como la limitación del poder político, el establecimiento de un procedimiento de reforma accesible para evitar cambios constitucionales por vía de la violencia, la delimitación de derechos y libertades fundamentales inaccesibles al arbitrio del poder político, son fundamentales para el Estado democrático sobre el que teoriza¹.

Asimismo se pone de relieve la importancia del contexto histórico a la hora de sostener una teoría de la constitución, al ser los acontecimientos sociales y políticos los que determinan la necesidad de adaptar una constitución. Es interesante remarcar la idea de dinamismo que caracteriza a una constitución que tiene la finalidad de satisfacer las necesidades sociales, siendo su esencia la situación externa que regula². Lejos de enunciar un sistema constitucional abstracto aislado de cualquier realidad concreta, Loewenstein aboga por una constitución eficaz.

En consecuencia, el autor alemán teje un concepto de constitución y por ende de democracia basado en la existencia de una serie de valores y principios inderogables. De esta forma esboza la figura de la denominada «democracia militante», en contraposición a las llamadas democracias neutras respecto de las ideologías que se desarrollan dentro del sistema democrático. En este punto se pueden considerar este tipo de constituciones en dos sentidos claramente definidos.

¹ LOEWENSTEIN, K., *Teoría de la Constitución*, 4ª edic., Ariel Derecho, Barcelona, 1986, p.153

² GÓNZALEZ CASANOVA, J.A., «La idea de Constitución en Karl Loewenstein», en *Revista de estudios políticos* [revista electrónica], n.135, 1965, p.70 [consultado el 17 de Febrero de 2022]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2048127>

Por un lado, se constituye como un ordenamiento jurídico que blindo determinados aspectos de su Carta Magna, desarrollando para ello una serie de mecanismos jurídicos. El más utilizado son las denominadas «cláusulas de intangibilidad», constituyéndose como límites materiales expresos a la reforma constitucional. Por consiguiente son constituciones con un objeto muy delimitado en cuanto a su organización territorial, su forma republicana o monárquica, sus valores.³ Es decir, no conciben el ordenamiento constitucional sin una serie de componentes identitarios que están influenciados por su realidad histórica, tal y como enunciaba Loewenstein⁴. Por esa razón es imposible la reforma de esos elementos.

Por otro lado, también son consideradas «militantes» las constituciones que plantean la prohibición de determinadas ideologías y sus correspondientes formaciones políticas, por suponer un peligro para la democracia. En este sentido se conciben como ordenamientos jurídicos «defensivos» o «protegidos», en lo relativo a señalar todas aquellas ideas políticas que suponen un peligro para la pervivencia de las instituciones democráticas.

Así, esta prohibición entra en conflicto con un principio constitucional básico de las constituciones democráticas como es el del pluralismo político. También es interesante reflexionar acerca de si el peligro de profesar determinadas ideologías es un riesgo abstracto o concreto, en lo concerniente a poder afirmar que su mera reivindicación es dañina para la democracia. Aquí es fundamental tener en cuenta los efectos que tuvieron en el pasado, para valorar la pertinencia de su ilegalización o de la restricción de otros derechos fundamentales.

Por tanto cabe preguntarse cuáles son los medios más adecuados para proteger una constitución, así como la naturaleza de la democracia como procedimiento formal o como sustrato material. En la primera acepción, es democrático todo procedimiento que se lleve a cabo conforme a los procedimientos legalmente establecidos. En la segunda concepción, se establecen una serie de principios y de valores que se erigen como límites materiales a la reforma. Por esta razón no se pueden modificar aunque sea mediante procedimientos democráticos.

³ PEGORARO, L., «Para una clasificación «dúctil» de democracia militante», en *R.V.A.P.* [revista electrónica], n. 96, 2013, p.202 [consultado el 14 de Febrero de 2022]. Disponible en: <https://www.usc.gal/export9/sites/webinstitucional/en/institutos/ceseg/descargas/articulodemomilitantelucio.pdf>

⁴GÓNZALEZ CASANOVA, J.A., «La idea de Constitución en...», *cit.*, p.89

2. DIFERENTES ACEPCIONES Y ASPECTOS QUE BLINDAN

En este epígrafe se van a analizar los distintos tipos de mecanismos de defensa constitucional que se utilizan para proteger una constitución, con el fin de delimitar las posibilidades que hay de salvaguardarla.

En primer lugar, es conveniente empezar enumerando uno de los mecanismos más utilizados en los ordenamientos jurídicos como es el control de constitucionalidad de las leyes. A través del establecimiento del Tribunal Constitucional español se estudia la adecuación de las leyes a la Constitución española, siendo inconstitucionales aquellas que la contradigan. También es esencial la existencia de figuras como el defensor del Pueblo o el recurso de amparo, con el objetivo de proteger los derechos fundamentales⁵.

En segundo lugar, el mecanismo de la reforma constitucional es utilizado para garantizar un mínimo consenso y estabilidad a la hora de su modificación. De esta manera nos encontramos ante límites formales y materiales a la reforma, derivando de estos últimos los límites explícitos e implícitos.

Si los límites formales hacen referencia al concreto procedimiento establecido para llevar a cabo la reforma constitucional, los límites materiales versan sobre el fondo del asunto. Éstos tienen su razón de ser en una serie de principios jurídicos, valores, relativos a la naturaleza política de un determinado texto constitucional. Ejemplo de ello puede ser los derechos fundamentales, la soberanía nacional⁶. Suponen parte de la identidad de un Estado democrático, por lo que su protección está asegurada en aras de mantener el sustrato sobre el que se asienta⁷.

Sin embargo, puede suceder que una determinada constitución establezca expresamente aquellas partes que son irreformables dando lugar a las conocidas como «cláusulas de intangibilidad». En este aspecto, Loewenstein las diferencia en razón de las instituciones protegidas y por los valores enunciados como sustrato ideológico de un concreto ordenamiento jurídico.

⁵ PEGORARO, L., «Para una clasificación...», cit., p.195

⁶ VICENTE HARO, J., «sobre los límites materiales de la enmienda y la reforma constitucional», en *Derecho constitucional para el siglo XXI*, Terol et al. (coord.), t.I, Thomson-Aranzadi, 2006, p. 269

⁷ VICENTE HARO, J., *sobre los límites materiales...», cit.*, p.255

A las primeras las denomina «intangibilidad articulada», mientras que a las segundas las califica como «límites implícitos, inmanentes o inherentes»⁸. Su carácter se desprende de la importancia que tienen en la configuración de un determinado sistema político.

En consecuencia los límites materiales sirven de fundamento a los límites formales, que a su vez se encargan de establecer determinados procedimientos⁹. Fruto de ello es que las diferentes fases procedimentales, van a tener una dificultad acorde con los elementos materiales que se están protegiendo.

La diferenciación entre los diferentes tipos de límites nos lleva a cuestionarnos la naturaleza de la democracia. Por un lado, nos la podemos plantear como un simple procedimiento. Por otro lado, como el establecimiento de una serie de principios y de valores constitucionales que la fundamentan. El debate subyacente a la democracia formal o material, es la legitimidad de la existencia de determinadas ideologías que sostienen planteamientos contrarios a la democracia materialmente entendida. Igualmente supone preguntarse si debemos aceptar la legitimidad conferida por el apoyo mayoritario a una fuerza política con este tipo de concepciones, con el riesgo que supone para cualquier sistema democrático.

Asimismo, desde una perspectiva defensiva nos encontramos ante dos tipos de modelos. Por una parte están los sistemas unidireccionales, cuyo exponente es Italia, estableciendo una disposición constitucional consistente en excluir la ideología fascista. Por otra parte están los sistemas bidireccionales, como el alemán, que prohíben las formaciones políticas que realicen una serie de conductas sin especificar las ideologías proscritas. Por tanto pueden afectar a partidos políticos del espectro de la derecha y la izquierda, así como a todos aquellos que vayan contra alguno de los principios del Estado¹⁰.

En otro orden de cosas es interesante exponer cómo se catalogan los distintos tipos de constituciones en función de los efectos que producen, puesto que es fundamental para analizar su adecuación a la realidad social. Las constituciones normativas son aquellas que se plasman en el contexto en el que son aplicadas, puesto que su característica esencial es su conformación respecto a los que aplican y a los que se aplica el poder.

⁸ LOEWENSTEIN, K., *Teoría de la...*, cit., p.189

⁹ VICENTE HARO, J., *sobre los límites materiales...*, cit., p.269

¹⁰ PEGORARO, L., «Para una clasificación...», cit., p.204

Igualmente las constituciones nominales se caracterizan por la falta de concordancia entre lo establecido en ellas y el momento político en el que se aprueban, siendo su objetivo principal llegar a poder aplicarse. En último lugar existen las constituciones semánticas, cuya característica principal es la concentración del poder político y su utilización en beneficio de las minorías que lo ostentan¹¹.

Expuestas las diferentes tipologías, nos podemos plantear la importancia de la aplicación efectiva de una constitución a la hora de ver qué principios se cumplen. Esto es fundamental para poder calificar a una constitución como «militante», ya que no puede aspirar a serlo si ni siquiera cumple sus propios valores. De esta manera cualquier Estado que se considere democrático tiene que aspirar a calificar su constitución como normativa, al ser la única forma de poder afirmar su verdadero carácter. Por ende, resulta esencial su adecuación a las demandas sociales para justificar democráticamente las instituciones y valores que impregnan su esencia. Esto se debe a que la mejor manera de defender el texto constitucional es permitiendo la participación de los destinatarios del poder, ya que no olvidemos que su función es justificar de manera democrática las ideas políticas.

En resumen, la democracia militante se puede entender desde un aspecto positivo y desde un aspecto negativo. Por un lado, la primera idea hace referencia a los elementos irreformables por su importancia dentro del ordenamiento jurídico y la manera más habitual de configurarla es mediante límites materiales a la reforma. A su vez éstos pueden clasificarse en explícitos o implícitos. El límite material explícito más frecuente en este tipo de constituciones son las «cláusulas de intangibilidad». Por otro lado, la segunda acepción excluye del espectro político y jurídico a aquellos partidos políticos que tienen ideologías contrarias a la democracia. Es decir, ambas concepciones tienen como finalidad defender un determinado modelo de constitución.

¹¹ LOEWENSTEIN, K., *Teoría de la...*, cit., p. 217-219

III.CONSTITUCIONALIZANDO LA DEMOCRACIA MILITANTE

En lo relativo a los países que tienen este tipo de constituciones, en cualquiera de las dos acepciones expuestas anteriormente, va a ser esencial el estudio de Italia y Alemania. Estos dos países se constituyen como democracias parlamentarias con un pasado histórico que fundamenta el carácter defensivo de su constitución, debido a los regímenes dictatoriales que sufrieron.

Sin embargo, países como Francia configuran la democracia militante con una «cláusula de intangibilidad» relativa a la forma de gobierno¹².

Este es un ejemplo de democracia abierta que no excluye a ninguna formación política del espacio democrático, pero sí que establece como irreformable un aspecto esencial fruto de una larga tradición republicana¹³. Asimismo Portugal es otro ejemplo de democracia abierta o neutra, al enunciar en su artículo 288 la irreformabilidad de determinados elementos como «la independencia nacional o la unidad del estado, la forma republicana de gobierno, la separación de las iglesias del Estado, los derechos, libertades y garantías de los ciudadanos»¹⁴.

Situándonos ahora desde la perspectiva de las «democracias defensivas», además de los dos países más característicos en este sentido los ejemplos más gráficos son los de los países de Europa del Este. Muestra de ello es el artículo 37 de la Constitución de Rumanía, los artículos 11 y 44 de la Constitución búlgara, así como el artículo 26 de la Constitución de Georgia. Todos ellos tienen en común la prohibición de todas aquellas agrupaciones políticas que intenten alcanzar el poder por medio de la violencia, así como el establecimiento de ideas contrarias a los principios del Estado¹⁵.

¹² El artículo 89 de la Constitución francesa de 1958 enuncia «No podrá la forma republicana de gobierno ser objeto de reforma» en remisión al artículo 1 que establece el carácter de República indivisible, laica, democrática y social [...]. GÓMEZ.I., «La revisión siempre abierta de la V. República francesa a través de sus reformas constitucionales», en *Cuadernos de derecho público* [revista electrónica], p.225 [consultado el 14 de febrero de 2022]. Disponible en: <https://revistasonline.inap.es/index.php/CDP/article/view/9555/9535>

¹³ PEGORARO, L., «Para una clasificación...»,*cit.*, p.197

¹⁴ En este sentido sus letras a),b),c),d)

¹⁵PEGORARO, L., « Para una clasificación...»,*cit.*, p.214

1. ALEMANIA: LA LEY FUNDAMENTAL DE BONN DE 1949

Alemania es el caso más paradigmático de democracia militante al acoger las dos realidades que conforman este término. Por un lado, establece en su artículo 79.3 una cláusula de intangibilidad relativa a la forma federal formada por los Länders, su participación en la República Alemana y los derechos fundamentales. Sin embargo, es importante recalcar que lo inmodificable son los valores que expresan dichas cláusulas, pudiéndose modificar determinados aspectos relacionadas con ellas. Esto es debido a que su razón de ser es la protección de determinados elementos que constituyen la identidad de una constitución¹⁶. Por otro lado, su artículo 21.2 recoge la máxima expresión de su naturaleza defensiva al excluir a determinados partidos políticos del juego parlamentario¹⁷. Este ordenamiento jurídico se caracteriza por proscribir determinadas ideologías por lo que representan, ya que se entiende que los postulados que defienden son contrarios a la democracia.

Tal y como ya se ha enunciado anteriormente, se configura como un sistema bidireccional que no prohíbe solamente una ideología, sino todas aquellas que vayan en contra del sistema democrático actual. De esta manera, en Alemania se ilegalizó al Partido Socialista del Reich en 1952 y al Partido Comunista Alemán en 1956¹⁸.

Asimismo es fundamental señalar que el Código Penal Alemán tipifica en su artículo 130 la glorificación, la aprobación y la justificación de la violencia o arbitrariedad del régimen nacionalsocialista. Éste exige una perturbación en la paz pública y la lesión de la dignidad de las víctimas¹⁹. En consecuencia el precepto es estricto a la hora de castigar estas actitudes, puesto que no permite penar el simple enaltecimiento de un régimen.

¹⁶ AGUDELO IBÁÑEZ, S. J., «Identidad Constitucional: límite a la reforma constitucional en Alemania, Italia y la India», en *Revista Academia & Derecho* [revista electrónica], n.11, 2015, p.129 [consultado el 13 de Abril de 2022]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6713579>

¹⁷ «Los partidos que por sus fines o por el comportamiento de sus adherentes tiendan a desvirtuar o eliminar el régimen fundamental de libertad y democracia, o a poner en peligro la existencia de la República Federal de Alemania, son inconstitucionales»

¹⁸«Ejemplos de ilegalización en Francia y Alemania», *El País*. Recuperado 13 de Abril de 2022, de https://elpais.com/diario/2002/03/23/espana/1016838005_850215.html

¹⁹ «Será castigado con pena de prisión de hasta tres años, o con multa, quien públicamente o en una reunión perturbe la paz pública de una manera a través de la cual lesione la dignidad de las víctimas, al aprobar, glorificar o justificar la violencia o la arbitrariedad del régimen nacionalsocialista»

Es necesario que se lleven a cabo esos tres comportamientos y que produzcan un efecto negativo en la convivencia social, debido a que estos mecanismos de defensa constitucional colisionan con otros derechos fundamentales.

Es por ello que el Tribunal Constitucional Alemán sostiene que la libertad de expresión es la base de cualquier sistema democrático y que por lo tanto están amparadas todo tipo de manifestaciones, siempre que no afecten a bienes jurídicos de terceros. Esto significa que la simple indignación de los oyentes no puede justificar la restricción de la libertad de expresión, amparando incluso la simple apología del régimen nazi en el artículo 5.1 de la Ley Fundamental de Bonn²⁰.

Igualmente otra manifestación de la punición de ciertas ideologías no democráticas, es la tipificación en el artículo 86 del Código penal alemán del uso de simbología de organizaciones inconstitucionales. En este sentido basta con su sola utilización sin necesidad de que haya una perturbación externa, puesto que el objetivo es evitar la visibilización de organizaciones contrarias a la Constitución²¹. En este aspecto es necesario puntualizar acerca de la posible contradicción, a la hora de tipificar simplemente la exhibición de simbología nazi y establecer más requisitos cuando se tratan de opiniones expresadas públicamente. Debemos considerar la posibilidad de afirmar que determinadas ideas pueden tener un efecto igual o más perverso que la mera exhibición de símbolos, ya que se trata de hacer resurgir un discurso. De ambas maneras se expresa una opinión, pero en este caso se le da más importancia a la defensa institucional de los símbolos democráticos de cara a la imagen de un Estado. Por tanto, hay que poner el foco en la cuestionabilidad de la diferencia legislativa.

2. ITALIA: LA CONSTITUCIÓN ITALIANA DE 1947

Otro de los ejemplos más destacados de constitución militante es la Constitución Italiana de 1947.

²⁰ ROIG TORRES, M., «El delito de apología y exaltación del franquismo. Contraste con la regulación alemana», en *Revista general de Derecho Penal*, n.33, 2020, p. 33-34

²¹ ROIG TORRES, M., «El delito de apología y exaltación del franquismo...», *cit.*, p. 37- 38

Como elemento representativo de democracia militante positiva nos encontramos su artículo 139, que recoge la forma republicana de gobierno como insustituible²².

Así, la Corte Suprema italiana realiza una interpretación amplia del citado artículo estableciendo que este límite explícito a la reforma constitucional conlleva la existencia de límites implícitos.

Es decir, hay una serie de principios implícitos como la elección democrática del presidente de la República, la temporalidad de su mandato o los derechos fundamentales, que garantiza que no van a poder ser modificados para implantar un sistema que los suprima²³. Además, sostiene la existencia de cláusulas de intangibilidad como límites interpretativos del resto de artículos constitucionales. Es así como sitúa a la forma republicana del Estado como la única manera coherente con el principio democrático y todos los demás elementos que garantiza. Esto es interesante desde el punto de vista de la defensa de la constitución, al establecer en un sentido positivo aquello que constituye los cimientos de un sistema democrático. Resulta fundamental recalcar que una protección defensiva de la constitución, no es eficaz si no se erigen una serie de valores representativos de lo que se quiere defender.

Siguiendo esta línea de argumentación, la jurisprudencia italiana defiende la «doctrina de los principios supremos» como una serie de valores inderogables que conforman la identidad del Estado. Por ello, esto es fruto de una concepción material del texto constitucional que identifica la unidad jurisdiccional, el principio democrático o los derechos inalienables de la persona como líneas rojas de la reforma²⁴.

Desde el punto de vista de la «defensa negativa» de la Constitución, su disposición transitoria duodécima establece la prohibición de reorganización del partido fascista²⁵. Esta previsión supone la imposibilidad del resurgimiento del partido fascista italiano y en consecuencia su exclusión del ámbito parlamentario. La supresión de la democracia que llevó a cabo el citado partido en los años veinte del pasado siglo, hizo que los constituyentes italianos vetaran a una organización política que tenía ideas contrarias a los valores democráticos.

²² «La forma republicana no podrá ser objeto de revisión constitucional»

²³ AGUDELO IBAÑEZ, S. J., «Identidad Constitucional...»,*cit.*, p.141

²⁴ AGUDELO IBAÑEZ, S. J., «Identidad Constitucional...»,*cit.*, p. 142-143

²⁵ «Se prohíbe bajo cualquier forma posible la reorganización del disuelto partido fascista»

Para materializar lo enunciado en la constitución, la aprobación de la «Ley Mancino» de 1993 enuncia en su artículo 2, la prohibición de mostrar símbolos de organizaciones proscritas enumeradas en la denominada «Ley Scelba». Esta última tipifica la organización o promoción de asociaciones que promuevan principios antidemocráticos propios del partido fascista a través de la violencia, queriendo suprimir lo establecido en la constitución. También a quienes ensalcen sus fines, objetivos y valores. Igualmente prevé un mecanismo de disolución de este tipo de organizaciones²⁶

IV. ¿ES MILITANTE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978?

1. EL MODELO CONSTITUCIONAL HISTÓRICO ESPAÑOL

Antes de analizar el modelo constitucional histórico español, hay que señalar que el concepto de «democracia militante» todavía no se había acuñado cuando la mayoría de las constituciones españolas estaban en vigor. Sin embargo, algunos de sus aspectos pueden ser considerados militantes.

4.1.1 La Constitución de 1812

La Constitución de 1812 inaugura el constitucionalismo español, introduciendo en nuestro país el liberalismo político que ya había eclosionado a lo largo del mundo con la Revolución Francesa de 1789 o en la Revolución Americana de 1776.

Este primer texto constitucional recogía en su artículo 375²⁷ la irreformabilidad de la constitución hasta pasados ocho años de su puesta en marcha en todos los lugares, lo que supone un límite temporal al poder de reforma²⁸.

²⁶ «De Scelba a Mancino, las leyes que aplican la constitución para disolver a los grupos fascistas». Recuperado 21 de Abril de 2022, de https://www.ilsole24ore.com/art/dalla-scelba-mancino-leggi-che-applicano-costituzione-sciogliere-gruppi-fascisti-AEQbKAp?refresh_ce=1

²⁷ ROURA GÓMEZ, S. y GARCÍA GESTOSO, N., «El modelo de defensa constitucional de la Constitución de Cádiz en su bicentenario», en *Anuario de Facultad de Derecho de la Coruña* [revista electrónica], n.16, 2012, p.412 [consultado el 1 de Marzo de 2022]. Disponible en: <https://ruc.udc.es/dspace/handle/2183/12008>

²⁸ ZUÑIGA URBINA, F., *Reforma constitucional: democracia y Estado de Derecho*, en *Derecho constitucional para el siglo XXI*, Terol et al. (coord.), t.I, Thomson Aranzadi, 2006, p.115

Esto era un mecanismo para consolidar el nuevo régimen político surgido, teniendo como objetivo conseguir que aquellos que menos la apoyaban acabaran por aceptarla.

Por ende, se puede esbozar un elemento militante relativo a la limitación temporal de su reforma hasta su efectiva puesta en práctica, haciendo casi imposible su modificación. Asimismo en su artículo 380 se exigía una extensa mayoría de 2/3 de la cámara durante dos legislaturas para aprobar la iniciativa de reforma, lo que pasado ese tiempo podía plasmarse en una verdadera reforma. En este sentido el procedimiento expuesto supone un mecanismo agravado de reforma, para blindar la pervivencia de la constitución siempre vinculada a la soberanía popular²⁹.

Igualmente también plasmó legalmente una lista de derechos civiles y políticos como la propiedad, la libertad de expresión, la inviolabilidad del domicilio, siendo objeto de protección como elementos inherentes del sistema político liberal³⁰. Pese a establecer la separación de poderes, el rey sigue teniendo un poder prevalente relativo a «guardar y hacer guardar la constitución»³¹. Por ello se coloca a la monarquía como condición necesaria del nuevo orden constitucional, pero sin poder en el procedimiento de reforma³².

En definitiva, tiene un claro núcleo identitario compuesto por la introducción de derechos fundamentales, la separación de poderes y la imprescindible figura del monarca. En consecuencia se pueden vislumbrar por primera vez, determinados aspectos de defensa del nuevo texto constitucional caracterizados por el límite temporal de su reforma y el procedimiento agravado de la misma.

4.1.2 La Constitución de 1876

La segunda constitución analizada es la de 1876, debido a su carácter de «Constitución Interna» según Antonio Cánovas del Castillo. Éste definía a la monarquía como una institución histórica esencia de la historia española, siendo la soberanía compartida entre el Rey y las Cortes una constante histórica³³.

²⁹ ROURA GÓMEZ, S. y GARCÍA GESTOSO, N., «El modelo de defensa constitucional...», *cit.*, p.414

³⁰ TORRES DEL MORAL, A., *Constitucionalismo histórico español*, 8ª edic., Universitas S.A., p.62-63

³¹ Véase su artículo 173

³² ROURA GÓMEZ, S. y GARCÍA GESTOSO, N., «El modelo de defensa constitucional...», *cit.*, p.414

³³ TORRES DEL MORAL, A., *Constitucionalismo histórico ...*, *cit.*, p.173

En lo que atañe a la protección de la constitución, no se prevé un procedimiento específico de reforma pudiéndose considerar una «constitución flexible».

No obstante, lejos de pensar que este hecho la desprotegía la gran importancia del Rey hacía muy difícil su reforma³⁴.

Este texto constitucional otorga a la figura del Monarca grandes poderes como los relativos a la iniciativa legislativa compartida, el derecho de veto respecto a las leyes, la facultad de disolución de las Cortes, así como el libre nombramiento del Gobierno³⁵. De esta manera, el papel de la Monarquía ha estado dividido entre su posición respecto de la que depende la nación o por el contrario su subordinación respecto a ésta. Es decir, el foco se ha centrado siempre en el poder ostentado, sus mecanismos para limitarlo y la importancia que jugaba en cada momento en el texto constitucional³⁶.

4.1.3 La Constitución de 1931 y la Ley en Defensa de la República

Por último, es necesario exponer la Constitución de la Segunda República Española. Este texto constitucional es un hito en la historia de España, por su forma republicana como jefatura del Estado y la legislación que se aprobó para defenderla. En primer lugar, es esencial recalcar su regulación amplia de los derechos fundamentales inspirada en gran medida en la Constitución alemana de Weimar de 1919 y la Constitución Mexicana de 1917³⁷. Para garantizar lo recogido en ella se creó por primera vez el Tribunal de Garantías Constitucionales, antecedente directo del actual Tribunal Constitucional.

Asimismo la constitución de 1931 establecía un procedimiento agravado de reforma en su artículo 125, cuyo objetivo era garantizar la estabilidad política de un sistema político novedoso en España. Éste exigía la aprobación de la mayoría absoluta de la cámara, elevándolo a dos tercios durante los primeros cuatro años.

³⁴ VERELA SUANZES-CARPEGNA, J., « La constitución de 1876 y la organización territorial del Estado», en *Iura Vasconiae* [revista electrónica], 2013, p.24 [consultado el 3 de Marzo de 2022]. Disponible en: <https://www.revistaiuravasconiae.eus/es/content/10-iura-vasconiae-011-037-la-constitución-de-1876-y-la-organización-territorial-del-estado>

³⁵TORRES DEL MORAL, A., *Constitucionalismo histórico...*, cit., p.179

³⁶DE ESTEBAN, J., *Las constituciones de España*, centro de estudios políticos y constitucionales, 1981, p.19-20

³⁷CORCUERA ATIENZA, J., «La constitución española de 1931 en la historia constitucional comparada», en *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional* [revista electrónica], n.2, 2000, p.11 [consultado el 20 de Marzo de 2022]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=204824>

Acto seguido se necesitaba disolver las cortes para que la nueva asamblea aprobase la iniciativa de reforma. Este mecanismo sigue la misma lógica que el establecido en la Constitución de 1812 y la de 1869, diferenciando entre la iniciativa y la propia reforma³⁸. Por ende, pese a no existir «cláusulas de intangibilidad» ni límites materiales expresos, este instrumento jurídico demuestra la dificultad de reforma en la práctica.

Igualmente considero esencial resaltar la denominada «Ley en Defensa de la República» aprobada el 21 de Octubre de 1931 durante el período del Gobierno provisional, por su tipificación de una serie de supuestos considerados contrarios a la República. Es por ello que se aprobó con el objetivo de defender al nuevo sistema de todos los enemigos que tenía. En este aspecto es conveniente destacar varios de sus artículos ya que reflejan elementos propios de una «democracia militante defensiva». En esta línea su artículo 1 empieza considerando los «actos de agresión a la República», entre los que resulta esencial destacar los concernientes a aquellas actividades cuyo fin consiste en desprestigiarla. Mientras que su apartado tercero engloba «la difusión de noticias que puedan quebrantar el crédito o perturbar la paz o el orden público», el apartado quinto y sexto recoge «las expresiones que menosprecien a las instituciones u organismos del Estado. En este sentido, también comprende «la apología del régimen monárquico y la exhibición de símbolos relacionados»³⁹.

Por consiguiente, después de analizar las constituciones españolas con más aspectos protegidos a lo largo del constitucionalismo español, es interesante recalcar la legitimidad histórica que tiene la Monarquía como forma política del Estado. En casi todas ellas se ha cimentado como la institución fundamental a la hora de mantener la estabilidad constitucional y en consecuencia la única de garantizar los derechos recogidos en cada momento. Es por ello que se implementaron procedimientos agravados de reforma para evitar disentir legalmente acerca su configuración.

Es así como la reforma constitucional se ha ido forjando como una forma de defensa de determinados elementos políticos, sin dar la posibilidad de tener en cuenta los deseos de cambio anhelados por la población.

³⁸ CORCUERA ATIENZA, J., «La constitución española de 1931...», *cit.*, p.5

³⁹ FERNANDEZ SEGADO, F., «La defensa extraordinaria de la República», en *Revista de Derecho Político* [revista electrónica], n.12, 1981-1982, p.111 [consultado el 21 de Marzo de 2022]. Disponible en: <https://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/8135>

Ejemplo de ello es el advenimiento democrático de la Segunda República Española en 1931 y su posterior derrocamiento por medios violentos ocho años después.

2. DEMOCRACIA MILITANTE EN SENTIDO POSITIVO: ASPECTOS BLINDADOS DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

En este epígrafe se va a analizar si nuestra democracia puede considerarse militante en el sentido de establecer ciertos elementos como irreformables. En primer lugar, es esencial recalcar que la Constitución española permite la reforma de todos sus artículos, sin establecer por tanto límites materiales expresos a la reforma constitucional.

Sin embargo, hay que destacar la previsión de dos procedimientos distintos dependiendo de los aspectos que se quieren reformar. Por un lado, tenemos el artículo 167 CE cuya finalidad es regular el procedimiento de reforma de todos los aspectos constitucionales distintos a los recogidos en el artículo 168 CE⁴⁰. Éste acoge unas mayorías más laxas que las establecidas para el procedimiento agravado de reforma, siendo necesario en ambos procesos la opinión de la ciudadanía mediante referéndum.

Por otro lado, se prevé una reforma agravada si lo que se quiere modificar es la regulación de los derechos fundamentales, la organización territorial del Estado, su carácter de Estado Social y Democrático de Derecho, su forma política como monárquica parlamentaria...⁴¹. El correspondiente procedimiento está regulado en el artículo 169 CE, recogiendo un proceso complejo en cuanto a las mayorías exigibles. A este respecto, el citado precepto requiere como cuestión inicial el pronunciamiento de 2/3 de ambas Cámaras acerca de la iniciativa misma de la reforma.

Es por ello que los constituyentes tomaron de referencia de la gran mayoría de las constituciones históricas españolas, el sometimiento a votación de la voluntad de modificar alguno de los aspectos nucleares de la Constitución.

⁴⁰ «Cuando se propusiere la revisión total de la Constitución o una parcial que afecte al Título preliminar, al Capítulo segundo, Sección primera del Título I, o al Título II, se procederá a la aprobación del principio por mayoría de dos tercios de cada Cámara, y a la disolución inmediata de las Cortes»

⁴¹ Estos aspectos están regulados en el Título Preliminar, Capítulo II, sección I del Título I y el Título II

En este orden de cosas, si resulta aprobada se procede a disolver las Cortes convocándose elecciones generales y siendo las nuevas cámaras las encargadas de volver a votar la reforma con la misma mayoría.

Por último, si el proyecto se aprueba por el Congreso y el Senado se somete a referéndum para su definitiva aprobación. En resumidas cuentas, el legislador se aseguró de hacer casi imposible en la práctica la modificación de determinados elementos, ya sea directamente o a través de la reforma de artículos que exigen menos mayorías⁴².

Por consiguiente, la Monarquía, la unidad del Estado y los derechos fundamentales son los aspectos más destacables en cuanto a la protección que les confiere el texto constitucional. Tal y como ha quedado puesto de manifiesto anteriormente, la garantía de estos dos primeros factores ha sido algo recurrente en la práctica legislativa española.⁴³ En esta línea se puede afirmar que la Constitución española de 1978 tiene límites implícitos a la reforma, ya que «de facto» se blindan una serie de elementos ideantitarios en nuestro sistema político. Estos valores ideológicos que fundamentan una constitución es lo que Karl Loewenstein bautizó como «límites inherentes o inmanentes»⁴⁴. Siendo esto así, la protección de estos aspectos se hizo en un momento histórico convulso en el que era indispensable la aprobación de una constitución que garantizara una estabilidad política. Sin embargo la finalidad de cualquier texto constitucional relativa a posibilitar el cambio y su adaptación social dentro de la legalidad, se desvirtúa con previsiones como las enumeradas⁴⁵.

Es así como este procedimiento de reforma tan gravoso es expresión de la superioridad formal de la ley en sus dos vertientes. Por un lado, su carácter de norma suprema del ordenamiento jurídico conlleva un procedimiento de reforma distinto al de la ley ordinaria. Por otro lado, su rigidez es fruto de su deseo de pervivir en el tiempo y por ello hace más difícil su reforma⁴⁶.

⁴² DE OTTO, I., *Derecho constitucional sistema de fuentes*, Ariel Derecho, Barcelona, 1991, p.57.

⁴³ La Monarquía fue blindada en todas las constituciones históricas españolas con la excepción del período de la II República y el proyecto de Constitución de la Primera República.

⁴⁴ VICENTE HARO, J., *sobre los límites materiales...*, cit., p.267.

⁴⁵ VICENTE HARO, J., *sobre los límites materiales...*, cit., p.59

⁴⁶ BLANCO VALDÉS, R.L., *La Constitución de 1978*, Alianza Editorial, 2003, p.313

En consecuencia, si relacionamos el hecho de que todo es reformable y los procedimientos que se necesitan para ello, podremos destacar la naturaleza formal de nuestra democracia frente a la democracia material.

No obstante, en la práctica no sucede de esta forma debido a la dificultad de conseguir tan amplio consenso. Por ende, se puede vislumbrar su carácter de democracia material en el sentido de la pervivencia de un núcleo constitucional que da forma a nuestro modelo político y social. Muestra de ello es su configuración jurídica como «elementos sustanciales» del Estado, en clara contraposición con la protección más leve que otorga el artículo 167 CE a lo que podríamos denominar como «elementos accesorios»⁴⁷.

3. ASPECTOS DEFENSIVOS DE LA DEMOCRACIA ESPAÑOLA

En este punto es esencial plantear la posibilidad y la necesidad de configurar una constitución militante en el sentido defensivo del término. Por consiguiente, debemos reflexionar acerca de las consecuencias jurídicas que tendría afirmar la existencia de cláusulas de intangibilidad en nuestro ordenamiento jurídico.

Como ya hemos podido analizar, nuestra Constitución se defiende positivamente de aquellos que disienten de la unidad territorial o de la Monarquía, blindando lo contrario a lo que defienden. Es por ello que pese a ser legal su actividad, sus objetivos políticos se encuentran muy alejados de materializarse disuadiendo en la práctica a las organizaciones políticas que buscan un cambio en estos aspectos.

A pesar de todo, imaginarse partidos que quieran acabar con la democracia sirviéndose de ella es prácticamente imposible en la práctica. De esta manera pese a que nuestra constitución es bautizada como neutral, posee mecanismos jurídicos que recubren la esencia democrática de nuestro sistema político. La protección conferida a los derechos fundamentales en su Título I Capítulo II sección I, es manifestación de su prevalencia como contenido material e interpretativo a la hora de permitir expresiones o actitudes antidemocráticas.

⁴⁷PEGORARO, L., «Para una clasificación...», cit., p.204-206

En ese aspecto es conveniente relacionar la defensa de los derechos fundamentales con la soberanía nacional, ya que supone una hipótesis interesante a la hora de configurar un núcleo constitucional democrático frente a ideologías no democráticas⁴⁸.

En consecuencia, los derechos que confiere la constitución no pueden ser entendidos al margen del poder que emana de la ciudadanía, configurándose como líneas rojas frente a aquellos que quieren acabar con la democracia. Así, también podemos afirmar que su sustitución es algo muy difícil porque es una materia blindada como las que han sido enunciadas anteriormente.

En este sentido resulta interesante poner de relieve, la idea relativa a que la Constitución tiene un límite consistente en que su reforma no puede tener como objeto implantar un sistema no democrático. En otras palabras, una posible constitución no democrática no puede tener su fundamento en la constitución democrática puesto que resulta contradictorio a la esencia misma de la democracia. No conviene olvidar que las decisiones tomadas por la mayoría no son por sí mismas democráticas si tienen como objetivo suprimir la democracia. Esto es debido a que hay un sujeto más amplio que la mayoría que va a tener que soportar esas consecuencias y por lo tanto no podemos afirmar el fundamento democrático de una decisión que pretende eliminar el pluralismo⁴⁹.

Este planteamiento queda reflejado en la idea enunciada por Ignacio de Otto consistente en que «si el pueblo tiene un poder al que renuncia, la norma en la que se contiene esa renuncia no puede tener su fundamento en el poder del pueblo, porque esto significa que no ha habido tal renuncia»⁵⁰.

Sin embargo, sin desdeñar lo reflejado en líneas anteriores es conveniente traer a colación nuestro pasado histórico, para dilucidar si sería beneficioso para nuestra Constitución protegerse de las ideologías antidemocráticas de una manera expresa.

⁴⁸VICENTE HARO, J., *sobre los límites materiales...*, cit., p.282

⁴⁹ «Identificar la voluntad de la mayoría con la voluntad del pueblo es manifiestamente una ficción sobre la que no puede construirse un sistema calificable como democrático [...] porque lo característico del principio mayoritario es que el titular de la decisión, la mayoría, no es idéntico al sujeto llamado a soportar sus consecuencias, todos, [...] esa no identidad debe conciliarse con la garantía de quienes no decidiendo están llamados a soportar las consecuencias de la decisión. Y tal garantía es esencialmente el pluralismo». DE OTTO, I., *Derecho constitucional...*, cit., p.64-65

⁵⁰ DE OTTO, I., *Derecho constitucional...*, cit., p.64

Si algo nos ha enseñado nuestra historia más reciente es que es esencial reflexionar acerca de este tipo de cuestiones, ya que nuestro país se vio asolado durante 40 años por la dictadura franquista.

A este respecto lejos de simplemente teorizar sobre la posibilidad de excluir a partidos políticos por sus postulados contrarios a la democracia, es esencial que seamos conscientes de la pertinencia que tiene esta cuestión en nuestro país. No solamente es un elemento fundamental para excluir a ideologías que una vez utilizaron la fuerza para implantar una dictadura, sino que es indispensable para construir una Memoria Histórica respetuosa con el pasado.

En este aspecto debemos tejer un derecho colectivo a la Memoria Histórica, consistente en percibir el pasado de una manera digna para poder erigir el presente con valores democráticos como la justicia, la dignidad y el respeto. Más a más esta es la única forma de dar un contenido coherente a los derechos fundamentales que poseemos hoy en día, puesto que su simple protección no es suficiente si queremos que tengan un sustrato materialmente democrático. En consecuencia, señalar a aquellos que desdeñaron la democracia es un elemento nuclear para proteger a nuestra Constitución de posibles injerencias antidemocráticas, además de concebir al texto constitucional de forma coherente con sus valores.

Sea como fuere resulta contradictorio que se evite la consecución de determinadas ideas que entran dentro de los parámetros democráticos y no la de aquellas que ya lo consiguieron una vez.

Por ello, tenemos que examinar si nuestro ordenamiento jurídico tiene obstáculos y de ser así cuáles son, para poder prohibir aquellas ideas o ideologías que van en contra del sistema democrático. Más concretamente debemos dilucidar con qué derechos fundamentales colisionarían estas restricciones. Por consiguiente, tenemos que analizar la configuración jurisprudencial de la libertad de expresión y de asociación, en estrecha relación con la libertad ideológica recogida en el artículo 16.1 CE.

4. CONCEPTO CONSTITUCIONAL DE LIBERTAD DE EXPRESIÓN

En primer lugar, la libertad de expresión está recogida en el artículo 20.1 a) CE, además de en numerosos tratados internacionales como el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Tal y como recogió la STC 235/2007, ésta es fundamental para crear una opinión pública libre constituyéndose como la base del resto de derechos fundamentales.

Asimismo destaca su carácter de derecho individual, pero teniendo en cuenta su papel central como derecho colectivo al formar parte del sistema democrático actual. Así, forma parte del contenido del artículo 1.2 CE relativo a la soberanía nacional, expresada como la capacidad decisoria de la ciudadanía en el orden político⁵¹. Igualmente la STC 105/1990 la erige como un derecho con un amplio espectro de protección, siempre y cuando no suponga expresiones injuriosas⁵².

Sin embargo, es interesante recalcar el hecho de que ningún derecho es ilimitado y por lo tanto se puede limitar cumpliendo las exigencias constituidas en la ley. A este respecto, el artículo 20.4 CE establece una previsión relativa a su limitación cuando se abuse de su figura para limitar otra serie de derechos. En definitiva, la idea es que no se puede ejercer un derecho con una intención contraria al espíritu democrático que los recubre. Es por ello que recoge una previsión similar a la del artículo 17 CEDH⁵³ en cuanto a la finalidad buscada con su utilización⁵⁴.

⁵¹ FJ4, STC 235/ 2007, de 7 de Noviembre de 2007 (BOE-T-2007-21161)

⁵² FJ4 STC 105/1990, de 5 de Julio de 1990 (ECLI:ES:TC:1990:105)

⁵³ El citado artículo configura el abuso de derecho enunciando que «Ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de implicar para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo»

⁵⁴ REVENGA SÁNCHEZ, M., P.24, «Trazando los límites de lo tolerable: Libertad de expresión y defensa del ethos democrático en la jurisprudencia constitucional española», en *Cuadernos de derecho público* [revista electrónica], n.21 2004, p.24 [consultado el 23 de Marzo de 2022]. Disponible en: <https://revistasonline.inap.es/index.php/CDP/article/view/703/758>

5. LÍMITES JURISPRUDENCIALES EN ESPAÑA

4.5.1 STC 235/2007

La sentencia objeto de estudio analiza la posible inconstitucionalidad del segundo apartado del artículo 607 CP, relativo a los delitos de genocidio. Es interesante citarla debido a que el Tribunal se pronuncia acerca de la compatibilidad constitucional de determinadas ideas, con otros valores como la dignidad de las personas. En la presente sentencia se enjuicia un caso de un hombre que difundía todo tipo de material afín a la ideología nazi, negando la persecución y los hechos cometidos contra los judíos. El tribunal se plantea el conflicto existente entre opiniones que pueden ser ejercicio del derecho a la libertad de expresión y a la vez afectan a los derechos de un grupo concreto de personas.

De esta manera, el TC trae a colación la doctrina que recoge la STC 214/1991⁵⁵ en lo relativo al amparo constitucional de la difusión de opiniones que niegan determinados hechos históricos. Éstas se pueden expresar siempre que no sobrepasen el límite consistente en la dignidad de las víctimas y el mantenimiento de la convivencia pacífica. Sin embargo, puntualiza que no puede ampararse en la libertad de expresión aquellas manifestaciones de carácter racista y xenófobo, ya que violan valores constitucionales como la dignidad y la igualdad⁵⁶.

Volviendo a la sentencia objeto de estudio, enfoca el debate en algo tan fundamental para este trabajo como es la tolerancia frente a ideas que pueden molestar y resultar ofensivas por su contenido. El FJ4 de la citada sentencia vuelve a enunciar la naturaleza crítica de la libertad de expresión, quedando amparadas incluso aquellas manifestaciones incomprensibles para el público. En consecuencia, en palabras del Tribunal quedan protegidas «incluso las que ataquen al propio sistema democrático. La Constitución protege también a quienes la niegan»⁵⁷.

⁵⁵ Más conocido como «Caso Violeta Friedman contra Degrelle»

⁵⁶ El FJ8 establece que la dignidad «La dignidad como rango o categoría de la persona como tal, del que deriva y en el que se proyecta el derecho al honor, no admite discriminación alguna por razón de nacimiento, raza o sexo, opiniones o creencias»

⁵⁷ FJ4 STC 235/2007, de 7 de Noviembre de 2007 (BOE-T-2007-21161) y FJ2 STC176/1995, de 12 de Enero de 1996 (BOE-T-1996-739)

En este sentido, reitera la idea de que España no tiene un modelo de «democracia militante», caracterizado por la adhesión ideológica al ordenamiento jurídico⁵⁸. Por consiguiente, se plantea la aceptación de determinadas ideas en el espacio público por muy deleznable que nos puedan parecer, en aras de proteger un derecho fundamental básico.

Es así como la sentencia expone que cuando se afectan derechos y bienes jurídicos de terceros, hay que ponderar el alcance de la libertad de expresión. En este aspecto el tribunal hace la distinción entre actividades contrarias a la Constitución y la simple manifestación de ideas u ideologías⁵⁹. Por ello declara la incitación a la violencia, la humillación de las víctimas y el ataque a su dignidad (artículo 10.1 CE), como líneas rojas a la hora de amparar la expresión de ideas u opiniones acerca de determinados hechos históricos.

En el caso del artículo del código penal analizado, se va cuestionar por parte del Tribunal Constitucional si la conducta relativa a negar determinados hechos históricos puede encuadrarse dentro del denominado «discurso de odio»⁶⁰. Para clarificar la controversia jurídica, el primer inciso del artículo 607.1CP hacía referencia a la «negación» mientras que el segundo se refería a la «justificación» de los delitos de genocidio expresados en una serie de conductas⁶¹. La sentencia establece la diferencia conceptual existente respecto al simple hecho de expresar una opinión y justificarla, ya que esta última solo va a ser punible cuando se incite de algún modo a su comisión o tenga el objetivo de generar odio hacia determinados colectivos⁶².

Por ende se declara inconstitucional la difusión de ideas que nieguen los delitos de genocidio.

⁵⁸ FJ4 STC 235/2007, de 7 de Noviembre de 2007 (BOE-T-2007-21161) y FJ7 STC 48/2003, de 14 de Marzo de 2003 (ECLI:ES:TC:2003:48)

⁵⁹ El FJ4 enuncia «Cobra especial intensidad en el régimen constitucional de las libertades ideológica, de participación, de expresión y información, pues implica la necesidad de diferenciar claramente entre las actividades contrarias a la Constitución, huérfanas de su protección, y la mera difusión de ideas e ideologías»

⁶⁰ Definido por el TEDH como «aquél que por sus propios términos supone una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos o contra determinadas razas o creencias»

⁶¹ Actualmente ha cambiado su redacción por el artículo 256 de la Ley Orgánica 1/2015.

⁶² FJ9, STC 235/2007, de 7 de Noviembre de 2007 (BOE-T-2007-21161)

En este último punto, parece recomendable poner de manifiesto la evidente contradicción existente con lo enunciado en la sentencia de «Violeta Friedman contra Degrell» por las manifestaciones negacionistas del Holocausto vertidas por éste último. Mientras que en ese caso el Tribunal sostuvo que una determinada concepción de la historia no puede servir de base para la discriminación, en la presente sentencia se afirma que el derecho a la búsqueda de la verdad queda amparado en la libertad de expresión⁶³. Este razonamiento no hace más que evidenciar el error de la jurisprudencia española, a la hora de amparar bajo la libertad de expresión la puesta en duda de acontecimientos históricos incuestionables como el Holocausto.

En este sentido es fundamental recalcar el carácter intrínsecamente discriminatorio que tiene la negación de un hecho histórico de semejante brutalidad, siendo esta la postura adoptada por el TEDH. Es por ello que los tribunales españoles van en contra de la jurisprudencia europea, en lo concerniente al hecho de amparar la negación del Holocausto dentro de la libertad de expresión tal y como enuncia la Sentencia Garaudy contra Francia (2003)⁶⁴. Por tanto, no cabe duda de que proferir este tipo de afirmaciones solamente puede tener como objetivo señalar discriminadamente a un grupo concreto de personas, entrañando un riesgo para la democracia. Sea como fuere hay que poner el foco en lo que se quiere conseguir y en el impacto potencial que tienen estas conductas.

Igualmente es interesante la argumentación de varios magistrados que emitieron votos particulares en la citada sentencia, en contra de declarar este inciso inconstitucional. Éstos enuncian de manera concisa que es urgente tomar medidas para frenar los discursos de odio, cuya característica es generar conflictividad social en nuestras sociedades. Este fenómeno social necesita la tipificación de la difusión de las simples ideas que permiten este tipo de discursos, justificando su respuesta en el carácter limitado de los derechos tal y como expone el artículo 20.4 CE.

⁶³ SUÁREZ ESPINO, MARÍA LIDIA., «Comentario a la STC 235/2007, de 7 de Noviembre, por la que se declara la inconstitucionalidad del delito de negación del genocidio», en *InDret revista para el análisis del derecho* [revista electrónica], 2008, p.7 [consultado el 26 de Marzo de 2022]. Disponible en: https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/524_es.pdf

⁶⁴ ESQUIVEL ALONSO, Y., «El discurso de odio en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en *Revista Mexicana de Derecho Constitucional* [revista electrónica], n.35,2016,p.39 [consultado el 1 de Abril de 2022]. Disponible en: dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5972275

Asimismo establece la necesidad de dar el mismo trato penal a la negación y a la justificación puesto que se predicen de delitos cometidos y no de simples hechos históricos. En este aspecto no se trata de convertir a nuestra democracia en militante, sino en no amparar bajo la libertad de expresión a aquellos que quieren destruirla. La permisión de estas actitudes es algo propio de una «democracia ingenua»⁶⁵.

4.5.2 STS 4283/2020

El análisis de esta sentencia versa sobre el enjuiciamiento a los miembros de varios grupos de música por letras antisemitas y racistas que promovían al odio por razones ideológicas, de nacionalidad. Ésta tiene el objetivo de dilucidar el ámbito de aplicación del artículo 510.1 CP. Su configuración puede suponer su utilización en una diversidad de supuestos relativos a la discriminación por motivos racistas, antisemitas, ideológicos... También recoge el enaltecimiento, trivialización, de los delitos de genocidio o lesa humanidad...⁶⁶.

La clave es si puede ser aplicado como instrumento jurídico para penalizar a aquellas personas que hagan apología de regímenes dictatoriales, siendo en nuestro caso más cercano el régimen franquista. En este aspecto, el artículo del Código Penal acoge en el ordenamiento jurídico español las directrices establecidas en instrumentos internacionales que luchan contra el «discurso de odio». Ejemplo de ello es la Decisión Marco 2008/913/JAI o la Resolución de 25 de Octubre de 2018 relativa al auge de la violencia neofascista en Europa. De esta manera, el citado artículo tipifica aquellas conductas que son expresadas deliberadamente con la finalidad de generar un clima de odio y hostilidad hacia la dignidad de las personas, aunque no llegue a materializarse⁶⁷.

⁶⁵ En este sentido el voto particular del magistrado Roberto García- Calvo y Montiel y Ramón Rodríguez Arribas

⁶⁶ Su apartado a) enuncia «Serán castigados con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses: Quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad»

⁶⁷ FJ 1, STS 4283/2020, de 11 de Diciembre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:4283)

Así, enuncia que la libertad de expresión no tiene carácter ilimitado cuando se profieren lemas que atacan la dignidad de las personas recogida en el artículo 10 CE o cuando se usan de manera injustificada para expresar lo que se quiere decir⁶⁸. Asimismo tampoco está amparada cuando se utilice de una manera humillante, vejatoria, con el claro objetivo de discriminar por razones religiosas, sexuales...

Es por ello que esta sentencia sienta jurisprudencia acerca de que lo importante no es tanto el carácter directo o indirecto de incitar a la violencia, sino que hay que valorar el peligro intrínseco de determinadas expresiones. Por tanto si se analiza en primer lugar su aptitud potencialmente adversa, llevará aparejada la generación de violencia en alguna de sus formas.

6. LA ILEGALIZACIÓN DE PARTIDOS POLÍTICOS EN ESPAÑA

4.6.1 STC 48/2003



En este epígrafe resulta fundamental el análisis de la STC 248/2003, al aunar a lo largo de su exposición muchos de los elementos a tener en cuenta en el análisis llevado a cabo. En esta línea la jurisprudencia española va a establecer los parámetros a la hora de ilegalizar a partidos políticos, fundamentales para garantizar la libertad de asociación y de expresión.

Para contextualizar la sentencia objeto de estudio, ésta resuelve el recurso de inconstitucionalidad presentado por el Gobierno Vasco contra una serie de artículos de la nueva Ley Orgánica de Partidos Políticos del año 2002⁶⁹. En primer lugar, alegan que el mecanismo de disolución que se prevé limita de gran manera la actividad de los partidos políticos, garantizados constitucionalmente en el artículo 6 CE. En consecuencia defiende que este artículo se configura como un límite para el legislador, no habilitando el citado artículo para imponer límites a los partidos políticos.

⁶⁸ En este sentido se pronuncia la STS 4283/2020, STC 237/2007, STC 204/1997, STC 11/2000

⁶⁹ Deroga la Ley de Partidos Políticos de 1978

En lo que respecta a la configuración de una «democracia militante», señala que el contenido de los artículos 6 y 9 se basa en conceptos jurídicos indeterminados. Por tanto con las previsiones hechas en el artículo 9.1 a los «valores constitucionales», «principios democráticos», «derechos humanos», se positivizan una serie de elementos abstractos a los que se les da una interpretación aislada respecto a la Constitución. En este sentido establece que erige un modelo de «democracia militante», al buscar una defensa del orden y los valores subyacentes a ella. Por ello declara que este modelo es inexistente en nuestra democracia y que nuestro sistema constitucional enuncia una defensa de la constitución basada en el procedimiento⁷⁰.

Igualmente sostiene que la LOPP proscribía determinados fines e ideologías de los partidos políticos, vulnerando de esta manera la libertad ideológica, de expresión y de asociación recogidas en los artículos 16, 20 y 22 CE. Además encuentra una analogía con la tipificación penal de las asociaciones ilícitas⁷¹.

Sin embargo, la postura del Abogado del Estado es clarificadora en cuanto a que el factor que tienen en cuenta los criterios del artículo 9 LOPP es la actividad de los partidos políticos y no sus ideas. Para ello ejemplifica la existencia en el Estado español de partidos políticos que defienden postulados contrarios a la unidad de España, a la autonomía de las Comunidades Autónomas o la aconfesionalidad del Estado⁷².

Por último, se enuncia que es una Ley de Caso Único al insinuar que su aprobación se llevó a cabo concretamente para ilegalizar al partido Vasco Batasuna⁷³. No obstante, el Abogado del Estado afirma que no se pueden confundir los motivos circunstanciales que dan lugar a su aprobación y los objetivos de la propia ley. Es por ello que la ley enuncia una serie de supuestos amplios, aplicables a todas las formaciones políticas que lleven a cabo las conductas tipificadas. Hay que puntualizar que para que se puedan aplicar deben concurrir de una forma grave y reiterada.

⁷⁰ El Gobierno Vasco enuncia « la diferencia entre la defensa de la Constitución como norma y la defensa del orden constitucional como sustrato material de aquella, que puede estar identificado expresamente bajo una cláusula de intangibilidad o de manera implícita en determinados preceptos constitucionales»

⁷¹ Véase el artículo 515 CP

⁷² Antecedente de hecho séptimo, STC 48/2003, de 14 de Marzo de 2003 (ECLI:ES:TC:2003:48)

⁷³ El partido Batasuna fue ilegalizado el 27 de Marzo de 2003

Pese a todo es evidente que su aprobación se hace con el objetivo de ilegalizar Batasuna⁷⁴ y gran parte de los supuestos que se plasman en el artículo 9 tienen que ver con la colaboración con organizaciones terroristas⁷⁵.

Entrando ya en el contenido de su fundamento jurídico séptimo, se posiciona al igual que el Gobierno Vasco en contra de considerar nuestra democracia como militante.

El Tribunal basa su afirmación en la posibilidad de reforma de todos los artículos de nuestra constitución, no existiendo por tanto elementos jurídicos irreformables. De esta manera no concurre un núcleo de identidad constitucional al que no se pueda contradecir de forma legal. En este sentido, la exposición de motivos de la ley diferencia entre los fines y los medios utilizados por los partidos políticos excluyendo explícitamente un modelo militante⁷⁶. En consecuencia, lo que el artículo 9 tipifica son «conductas», sin tener en cuenta la ideología o los fines perseguidos. De la misma manera, destaca que los valores recogidos como cánones interpretativos hacen referencia a su actividad y tienen que ser puestos en relación con el resto del articulado constitucional⁷⁷.

De lo expuesto anteriormente queda puesto de manifiesto, que en el ordenamiento jurídico español todo puede ser reformado por todo tipo de partidos políticos mediante el correspondiente procedimiento de reforma. Así pues, la presente sentencia deja patente la idea de «Constitución abierta» que predica nuestra Carta Magna, siendo reflejo de la expresión de un concepto de «democracia formal».

Asimismo resulta fundamental aclarar el alcance de las conductas recogidas en el artículo 9.3 LOPP, que no son sino una especificación de las actividades que son consideradas causas de ilegalización⁷⁸.

⁷⁴ FERNÁNDEZ SEGADO, F., «Algunas reflexiones sobre la Ley Orgánica 6/2002, de partidos políticos, al hilo de su interpretación por el Tribunal Constitucional», en *Revista de ciencias jurídicas y sociales Nueva Época* [revista electrónica], 2004, p.194 [consultado el 5 de Mayo de 2022]. Disponible en: <https://revistas.ucm.es/index.php/FORO/article/view/FORO0404220179A>

⁷⁵ En este sentido se 9.2 c) en relación con el 9. 3 a), b), c), d), e),f), g), h), i)

⁷⁶ La exposición de motivos establece « los únicos fines explícitamente vetados son aquellos que incurren directamente en ilícito penal»

⁷⁷ FJ7, STC 48/2003, de 14 de Marzo de 2003 (ECLI:ES:TC:2003:48)

⁷⁸ El artículo 9.2 establece «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 [...]». Véanse sus apartados a), b) y c).

Lo mismo sucede con el artículo 10 relativo a las causas de disolución, cuyo apartado c) recoge la vulneración de los principios democráticos remitiendo a las conductas del artículo 9⁷⁹. Por ende, en ningún momento se vulnera la libertad ideológica ya que se refiere a «conductas», «actividades» o «medios».

Es por ello que la actual Ley de Partidos Políticos prevé la ilegalización de aquellos partidos que mediante sus «acciones», vulneren las previsiones constitucionales recogidas en el artículo 6 CE⁸⁰.

En este sentido conviene reflexionar más concretamente sobre el alcance del citado artículo, ya que su esencia jurídica consiste en sentar las bases del ejercicio del pluralismo político. En el inciso concerniente a la exigencia de que los partidos políticos se adapten «a la Constitución y a la ley», nos podemos plantear si puede vislumbrarse un mecanismo introductorio a la «democracia militante» parecido al establecido en la Constitución alemana. En respuesta a esta cuestión, la doctrina española ha aclarado que no tenemos un modelo de este tipo debido a que no concurren en nuestra Constitución límites materiales a la reforma. Además, otro argumento que esgrime es la no atribución al Tribunal Constitucional del control de constitucionalidad de los partidos políticos⁸¹. Por tanto el respeto a la Constitución hace referencia a la actividad democrática de los partidos políticos, así como el respeto de los valores constitucionales.

No obstante, este hecho nos permite preguntarnos si pueden existir partidos políticos que siguiendo el procedimiento legalmente establecido pretendan acabar con los fundamentos materiales subyacentes. A este respecto resulta interesante resaltar el artículo 515 CP⁸² en sede de asociación ilícita, cuya finalidad es penalizar a las formaciones políticas que realizan una serie de «conductas» que tienen fines contrarios al ordenamiento jurídico⁸³.

⁷⁹ El artículo 10.2 c) enuncia «Cuando de forma reiterada y grave su actividad vulnere los principios democráticos o persiga deteriorar o destruir el régimen de libertades o imposibilitar o eliminar el sistema democrático, mediante las conductas a que se refiere el artículo 9»

⁸⁰ FÉRNANDEZ SEGADO, F., «Algunas reflexiones sobre...», cit., p.191

⁸¹ FÉRNANDEZ SEGADO, F., «Algunas reflexiones sobre...», cit., p. 184-185.

⁸² Su apartado cuarto enuncia “Las que fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra 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 origen nacional, su sexo, edad, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia o de exclusión social, situación familiar, enfermedad o discapacidad

⁸³ FÉRNANDEZ SEGADO, F., «Algunas reflexiones sobre...», cit.,p.187

Es por ello que pese a que el Tribunal Constitucional veta la existencia de un sistema militante en sentido estricto, es interesante que lo enfoquemos desde una perspectiva más amplia. En consecuencia, este artículo del Código Penal supone la prohibición de plasmar una serie de fines con su consiguiente ilicitud por vía penal. Hay que remarcar que esta previsión entra claramente en contradicción con la tesis sostenida por la jurisprudencia, relativa a la licitud de cualquier fin perseguido.

4.6.2 STS de 27 de Marzo de 2003

La sentencia del Tribunal Supremo del 27 de Marzo de 2003 declara la ilegalización de Batasuna, así como sus antecesores Herri Batasuna y Euskal Herritarrok. Esta resolución es fundamental porque supone la primera aplicación de la Ley 6/2002 y su consecuencia directa consistente en la disolución de una formación política. Tras declararse la constitucionalidad de la LOPP por la sentencia expuesta anteriormente, la actuación del Tribunal Supremo se basa en justificar la primera ilegalización de un partido político en tiempos de democracia.

En primer lugar, Batasuna alega una serie de argumentos similares a los sostenidos por el Gobierno Vasco en el recurso de inconstitucionalidad contra la citada ley. En este sentido afirma que en nuestro modelo constitucional no tiene cabida un sistema militante, que los partidos políticos no tienen establecidos más límites que los penales, su carácter de Ley única, así como la vulneración de la libertad ideológica, de expresión y de asociación⁸⁴.

El Tribunal empieza declarando la importancia del valor superior del «pluralismo político» pero matizando que no tiene carácter absoluto. A tal efecto declara la existencia de un carácter ilimitado en el campo de las «ideas» respecto a los partidos políticos, con el límite ya expuesto del uso de la violencia.

⁸⁴ VÍRGALA FORURIA, E., «La STS de 27 de Marzo de 2003 de ilegalización de Batasuna: El estado de derecho penetra en Euskadi» en *Teoría y Realidad constitucional* [revista electrónica], n.12-13, 2004, p.611 [consultado el 6 de Mayo de 2022]. Disponible en: <https://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/view/7168>

Siendo esto así vuelve a reiterar lo enunciado por el TC en lo relativo a que la exigencia del artículo 6 CE, hace referencia al respeto al ordenamiento jurídico y no a una adhesión a una determinada ideología⁸⁵.

Asimismo se dedica a subsumir las conductas llevadas a cabo por Batasuna en los supuestos de ilegalización del artículo 9 LOPP.

En concreto se centra en el artículo 9.2 c)⁸⁶, en lo relativo al complemento político que suponía Batasuna para la organización terrorista ETA. Tras analizar una serie de situaciones como la identidad de personas que ejercían los cargos directivos, el uso de mismos locales, similitud de planteamientos, el Supremo llega a la conclusión de que Batasuna era su brazo político⁸⁷.

Es esencial establecer que para no vulnerar el principio de irretroactividad, las conductas que se enjuician son las posteriores a la aprobación de la Ley. Con todo, los comportamientos anteriores son decisivos en lo relativo a ponderar su trayectoria⁸⁸. Igualmente se utiliza la teoría del levantamiento del velo para desmontar la independencia de las organizaciones políticas y dejar patente que ETA era su centro neurálgico⁸⁹.

En lo que respecta a la formulación de los supuestos de ilegalización, cabe destacar la previsión del artículo 9.3 a) concerniente al apoyo político tácito al terrorismo. Este hecho tiene importancia en situaciones en las que no se manifiesta un apoyo expreso a las conductas, pero se puede deducir de la negativa a condenarlas. En este sentido, siempre es más conveniente probar el apoyo expreso de cara a dilucidar que se realiza un determinado comportamiento.

⁸⁵ VÍRGALA FORURIA,E., «La STS de 27 de Marzo de 2003 de ilegalización de Batasuna...», cit., p. 612

⁸⁶ Su letra c) enuncia «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»

⁸⁷ Véase antecedente de hecho 7 de la STS de 27 de Marzo de 2003 (ECLI:ES:TS:2003:2105)

⁸⁸ El argumento por parte de Batasuna de la vulneración del principio irretroactividad fue analizado en la STS 6/2004

⁸⁹ ÁLVAREZ CONDE,E. y CATALÁ I BAS,ALEXANDRE H., «La aplicación de la Ley Orgánica de Partidos Políticos», en *Foro: Revista de ciencias jurídicas y sociales* [revista electrónica], n.0 ,2004, p.19-21 [consultado el 7 de Mayo de 2022]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1313527>

En otras palabras, para ser coherentes con la jurisprudencia constitucional tenemos que separar nítidamente la expresión de ideas y de conductas. Resulta fundamental recalcar que las conductas tácitas plasman una omisión o una pasividad a la hora de expresar la concordancia, lo que puede invadir el campo de los postulados ideológicos.⁹⁰

7. LA DOCTRINA DE ILEGALIZACIÓN DE PARTIDOS POLÍTICOS DEL TEDH

La Sentencia de 30 de Junio de 2009 resuelve el recurso interpuesto por el Gobierno Vasco ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Ésta es fundamental para avalar la decisión del Tribunal Supremo y analizar si existen causas justificativas de la ya conocida decisión. De esta manera examina si se ha vulnerado el artículo 11 CEDH en relación con el 10⁹¹, analizando para ello si concurren los requisitos exigidos por la jurisprudencia comunitaria. A este respecto tienen que concurrir las condiciones relativas a la «previsión en la ley de los casos y causas de disolución, su legitimidad para conseguir el objetivo perseguido y su necesidad en una sociedad democrática»⁹².

Respecto al primer requisito, Batasuna alegó la que la LOPP era una «ley ad hoc» que había sido aprobada con el objetivo de ilegalizarla. El TEDH vuelve a reproducir lo enunciado por el TC en lo concerniente a la formulación de la ley de una manera general y abstracta, así como la previsibilidad de las conductas enunciadas en ella⁹³. En lo relativo al segundo requisito, analiza si su disolución está lo suficientemente justificada en sociedades democráticas donde el pluralismo político es uno de sus valores fundamentales. En este aspecto, basa su argumentación en la aplicación del artículo 11.2 CEDH posibilitando su limitación por razones de seguridad nacional, orden público, protección de los derechos y libertades fundamentales, previa ponderación de las circunstancias concurrentes.

⁹⁰ VÍRGALA FORURIA, E., «La STS de 27 de Marzo de 2003 de ilegalización de Batasuna...», cit., p. 616

⁹¹ El citado artículo establece el derecho de asociación y de reunión, pudiendo ser solo restringidas «por las causas previstas en la ley que sean necesarias para preservar la seguridad nacional, la seguridad pública, la protección de la salud o la moral», entre otras.

⁹² ÁLVAREZ CONDE, E. y CATALÁ I BAS, ALEXANDRE H., «La aplicación de la Ley Orgánica...», cit., p.18

⁹³ VÍRGALA FORURIA, E., «El TEDH avala la ilegalización de Batasuna. Aspectos positivos y algunos negativos de su jurisprudencia», REDCE. Recuperado 20 de Mayo de 2022, de <https://www.ugr.es/~redce/REDCE13/articulos/14Virgala.htm#07bis>

De la misma manera conviene resaltar las dos condiciones que aplica el TEDH para la ilegalización de un partido político, ya que aúna en su análisis su actividad y su ideología. En este sentido establece que no es permisible la consecución de un cambio por medio de la violencia, así como que sea contrario a los principios y valores democráticos⁹⁴.

Esto lleva a afirmar que el TEDH abre la puerta a un concepto de «democracia militante» desde una perspectiva material. Así, el instrumento jurídico que utiliza es el artículo 17 CEDH relativo al abuso de derecho. Conviene resaltar que es aplicado en aquellos supuestos, en que las formaciones políticas utilizan los derechos que les confiere el Convenio en contra del mismo. Por ello este precepto es considerado un elemento de democracia militante, cuyo objetivo es la defensa del orden legal frente a aquellos partidos antidemocráticos que pretenden atacar los elementos subyacentes a la democracia.

Sin embargo, tiene en cuenta la probabilidad de materialización de los postulados de un partido político en la realidad, no siendo suficiente su contenido antidemocrático. El caso más paradigmático lo constituye la sentencia contra el Partido de la Prosperidad Turco⁹⁵, el cual llevaba entre sus objetivos políticos la implantación de la Sharia.

Pese a que el Tribunal consideró que este sistema iba en contra de los valores democráticos del Convenio, analizó también sus posibilidades de éxito. En consecuencia, no se aplicó directamente el citado artículo porque había que ponderar una serie de hechos. Es así como en estos casos resulta aplicable el artículo 10.2 CEDH⁹⁶, para ver si se cumplen sus condiciones. Tras su estudio confirmó su ilegalización por el «riesgo inminente» de que sus ideas políticas se hicieran realidad en Turquía, constituyendo su prohibición una «necesidad imperiosa»⁹⁷

⁹⁴ FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE MAYORDOMO, P., «La prohibición de formaciones políticas como mecanismo de defensa del estado y el debilitamiento de dicha protección tras las polémicas decisiones sobre Bildu y Sortu» en *Revista Europea de Derechos fundamentales* [revista electrónica], n.26, 2015, p.121 [consultado el 10 de Mayo de 2022]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5474157>

⁹⁵ Véase *Rehfa Partisi y otros c. Turquía*, STEDH de 31 de julio de 2001

⁹⁶ Mientras que la aplicación del artículo 17 CEDH supone su aplicación directa por suponer abuso de derecho, la aplicación del artículo 10.2 CEDH supone analizar si concurren las condiciones necesarias como « la seguridad nacional», «integridad territorial», «seguridad pública», «la defensa del orden y la prevención del delito»

⁹⁷ ALCÁCER GUIRAO, R., «Libertad de expresión, negación del Holocausto y defensa de la democracia, incongruencias valorativas en la jurisprudencia del TEDH», en *Revista española de derecho*

V. CONCLUSIÓN

Para terminar el análisis de este trabajo me gustaría poner de manifiesto una serie de reflexiones.

En primer lugar, tenemos que partir de un concepto amplio de «democracia militante» ya que este término se acuñó en tiempos diferentes al actual, pero con el peligro recurrente del auge de ideologías antidemocráticas. Por ello se debe abogar por que se tome como referencia el concepto que acuñó Karl Loewenstein, teniendo en cuenta la práctica de cada país y de las circunstancias históricas del siglo XXI.

Por consiguiente, es importante recalcar el núcleo identitario de la Constitución de 1978 cuya característica más patente es su hermetismo. Como ya ha sido expuesto anteriormente, el sistema constitucional español no tiene elementos inaccesibles pero en la práctica juegan como «límites materiales de facto» por su gran dificultad de reforma. Es por ello que sostengo que nuestra Constitución tiene elementos nucleares que configuran el sistema político y que además no se percibieron en su redacción para poder ser reformados.

En este sentido conviene recalcar que la Constitución Española de 1978 solamente ha sido reformada en dos ocasiones⁹⁸ en un lapso de cuarenta años y ninguna de ellas ha sido para que la ciudadanía diera su opinión acerca de los elementos blindados. Es interesante recalcar que incluso constituciones militantes como la alemana, han sido reformadas varias veces para adecuarla a las circunstancias sociales. Aquí radica la importancia de su adecuación social, ya que ser conscientes de las necesidades sociales es la única forma de tejer un texto constitucional que sea operativo en la práctica. Si la concebimos como un ordenamiento jurídico pétreo no podemos cambiar las debilidades democráticas que tenemos y por tanto tampoco vamos a poder actuar ante las amenazas que nos acechen.

Siendo esto así, podría pensarse que en países donde sus constituciones recogen «cláusulas de intangibilidad» no pueden existir partidos políticos que las contradigan, sin embargo estamos equivocados.

constitucional [revista electrónica], n.97, 2013, p.329-331[consultado el 25 de Mayo de 2022]. Disponible en: <https://recyt.fecyt.es/index.php/REDCons/article/view/39802>

⁹⁸ Fue reformada en el año 1992 para añadir el inciso «y pasivo» en el artículo 13.2 y en el 2011 para modificar el artículo 135

En este aspecto cabe decir que en Alemania hay partidos separatistas, pese a que existe el límite material en la reforma relativo a la unidad del Estado. Por consiguiente, su actividad es legal a pesar de que en el sentido más puro de la «democracia militante» su existencia no cabría por no adherirse a los postulados del ordenamiento jurídico. Por el contrario, en nuestro país teóricamente no se plantea ilegalizar a ningún partido por su ideología, siendo el límite legal su actividad. Sin embargo, es conveniente plantearse la imposibilidad de llevar a cabo las ideas políticas de determinadas formaciones, en lo que respecta a la discordancia con los elementos que protege el artículo 168 CE. Esto es debido a la redacción de la Constitución de 1978 como un texto jurídico con gran influencia de las constituciones históricas españolas. Por ende, en la práctica política ambas concepciones de los límites a la reforma van a tener unos efectos similares.

En esta línea es esencial distinguir aquellas formaciones que buscan un cambio en la forma política del estado o en el modelo territorial y aquellas que tienen entre sus postulados ideas contrarias a la democracia. En consecuencia, no podemos tratar igual jurídicamente a quienes tienen desavenencias legítimas en democracia y a quienes quieren acabar con ella.

Así, quería expresar mi discrepancia con la postura adoptada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, con respecto a los argumentos que esgrime para rechazar la existencia de una «democracia militante». El hecho de que no existan límites materiales expresos a la reforma no es óbice para afirmar que no existe tal modelo de democracia, ya que concurre «de hecho» un núcleo inaccesible para ello. No puede ser que los límites formales impidan abrir un diálogo sobre la razón de ser de determinados aspectos.

De la misma manera es interesante recalcar la idea de que los límites a la reforma no solamente se plasman en «cláusulas de intangibilidad», sino que también forman parte de ellos los valores y principios que se desprenden de la Constitución⁹⁹. El argumento repetido por el Tribunal en todas sus sentencias, relativo a que todo es reformable, es contradictorio con la configuración de los derechos fundamentales como parámetros interpretativos del resto del ordenamiento jurídico.

⁹⁹ AGUDELO IBAÑEZ, S. J., «Identidad Constitucional...»,*cit.*, p.3

Es por ello que esta línea jurisprudencial refleja un estancamiento del concepto político que se ha analizado a lo largo de este trabajo. Actualmente se podría afirmar la idea de que nuestra Constitución es militante en un sentido positivo, debido a que en la práctica no se pueden reformar los aspectos blindados de una forma legal.

Respecto a la posible existencia de un modelo defensivo en cuanto a la expresión de determinadas ideas en el ámbito individual, la configuración de los derechos fundamentales debe entenderse como un ejercicio respetuoso y responsable con el resto de valores constitucionales. Es por ello que estoy en desacuerdo con la amplia concepción que tiene la jurisprudencia acerca de los límites de la libertad de expresión. En mi consideración, estos límites son inherentes a determinadas ideologías. Siendo esto así no se trata de ver en qué grado concurren, sino de valorar de acuerdo al caso concreto el daño potencial que pueden llegar a causar. Asimismo esta interpretación jurisprudencial la trata como un derecho esencialmente individual, pasando por alto el carácter colectivo que tiene que tener para consolidar un sistema democrático fuerte. Es esencial recalcar que las ideas van antes que las acciones, tanto individuales como colectivas.

Sin embargo en España es evidente la imposibilidad de penar el enaltecimiento del franquismo, ya que no ha habido un proceso que lo haya juzgado a él y a sus crímenes¹⁰⁰. En consecuencia, no se puede recoger su tipificación puesto que no se consideran jurídicamente como tal. No obstante, se puede defender su punibilidad como discurso de odio en situaciones que claramente lo pongan de manifiesto.

En lo relativo a la posibilidad de restringir el derecho de asociación de determinados partidos políticos, me gustaría poner de manifiesto la necesidad de que el Tribunal español adopte la doctrina sentada por el TEDH. Los legisladores deberían poner el foco en la posibilidad de ilegalizar a aquellos partidos cuyos fines van en contra de la democracia. Este modelo tendría cabida en nuestra constitución si se llevará a cabo una interpretación sistemática de los derechos fundamentales, siendo necesario concebir el pluralismo político en estrecha interrelación con la garantía de los derechos de asociación, libertad ideológica y de expresión. Por ello aquellas ideologías que lo detestan no pueden quedar amparadas por ellas.

¹⁰⁰ ROIG TORRES, M., «El delito de apología y exaltación del franquismo...», *cit.*, p. 32-43

Es así como los derechos no son ilimitados, previendo nuestra constitución en su artículo 20.4 CE un instrumento para limitar su uso de una manera contraria a su espíritu democrático.

No hay que olvidar que toda democracia tiene un deseo de pervivir y defender los principios que la definen, considerándose simplemente por este aspecto militante.¹⁰¹

Siguiendo el hilo de esta idea, es necesario erigir la Memoria histórica como un derecho colectivo en estrecha correlación con los derechos fundamentales. No es suficiente con protegerlos exacerbadamente, si no prevemos mecanismos jurídicos que los configuren teniendo en cuenta nuestra historia. En este sentido no se puede establecer la libertad de expresión o de asociación como derechos exclusivamente individuales, debido a la importancia de su carácter colectivo para evitar su abuso. Por consiguiente, es paradójico que los que abanderan ideologías antidemocráticas basen sus derechos en la democracia, cuando sus postulados son contrarios a ella.

Por ello, sería necesario incluir la Memoria histórica como un derecho fundamental. De esta manera a la hora de analizar su conjugación con otros derechos, se valoraría en pie de igualdad. Por tanto su análisis como un concepto alejado del resto de derechos, pone de manifiesto la debilidad de nuestra constitución para defenderse de las ideologías antidemocráticas y con ello de nuestro pasado. Por ende la jurisprudencia constitucional tiene que fomentar una utilización no abusiva de determinados derechos, porque el terreno de las ideas juega como primer escalón a la hora de proponer medios concretos. Se pueden atajar los medios, pero no se pueden erradicar las ideologías no democráticas cuando ya se han implantado en el ideario colectivo.

En definitiva me gustaría plantear una última pregunta, ¿no es incoherente que nuestra constitución se defienda de ideologías democráticas y no de las antidemocráticas?

¹⁰¹ En opinión de Antonio Torres del Moral «Puede haber una democracia militante y ello no le resta ni un ápice de su carácter democrático. Más aún debe haber democracia militante [...]. O dicho finalmente: no puede haber democracia no militante, democracia a la que no le importe dejar de serlo. Eso sería una democracia contradictoria, una democracia bajo sospecha, una pseudodemocracia»

VI. BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

TORRES DEL MORAL, A., *Constitucionalismo histórico español*, 8ª edic., Universitas S.A.

VICENTE HARO, J., «Sobre los límites materiales de la enmienda y la reforma constitucional», en *Derecho constitucional para el siglo XXI*, Terol *et al.* (coord.) , t.I, Thomson-Aranzadi, 2006.

LOEWENSTEIN, K., *Teoría de la Constitución*, 4ª edic., Ariel Derecho, Barcelona, 1986.

ZUÑIGA URBINA, F., «Reforma constitucional: democracia y Estado de Derecho», en *Derecho constitucional para el siglo XXI*, Terol *et al.* (coord.), t.I, Thomson Aranzadi, 2006.

DE OTTO, I., *Derecho constitucional sistema de fuentes*, Ariel Derecho, Barcelona, 1991.

BLANCO VALDÉS, R.L., *La constitución de 1978*, Alianza Editorial, 2003.

REVISTAS ELECTRÓNICAS

AGUDELO IBÁÑEZ, S, J., «Identidad Constitucional: límite a la reforma constitucional en Alemania, Italia y la India», en *Revista Academia & Derecho* [revista electrónica], n.11, 2015[consultado el 13 de Abril de 2022]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6713579>

ALCÁCER GUIRAO, R., «Libertad de expresión, negación del Holocausto y defensa de la democracia, incongruencias valorativas en la jurisprudencia del TEDH», en *Revista española de derecho constitucional* [revista electrónica], n.97, 2013 [consultado el 25 de Mayo de 2022]. Disponible en: <https://recyt.fecyt.es/index.php/REDCons/article/view/39802>

ÁLVAREZ CONDE, E. y CATALÁ I BAS, ALEXANDRE H., «La aplicación de la Ley Orgánica de Partidos Políticos», en *Foro: Revista de ciencias jurídicas y sociales* [revista electrónica], n.0 ,2004 [consultado el 7 de Mayo de 2022]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1313527>

CORCUERA ATIENZA, J., «La constitución española de 1931 en la historia constitucional comparada», en *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional* [revista electrónica], n.2, 2000 [consultado el 20 de Marzo de 2022]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=204824>

DE ESTEBAN, J., *Las constituciones de España*, centro de estudios políticos y constitucionales, 1981.

ESQUIVEL ALONSO, Y., «El discurso de odio en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en *Revista Mexicana de Derecho Constitucional* [revista electrónica], n.35,2016 [consultado el 1 de Abril de 2022]. Disponible en: dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5972275

FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE MAYORDOMO, P., «La prohibición de formaciones políticas como mecanismo de defensa del estado y el debilitamiento de dicha protección tras las polémicas decisiones sobre Bildu y Sortu» en *Revista Europea de Derechos fundamentales* [revista electrónica], n.26, 2015 [consultado el 10 de Mayo de 2022]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5474157>

FÉRNANDEZ SEGADO, F., «Algunas reflexiones sobre la Ley Orgánica 6/2002, de partidos políticos, al hilo de su interpretación por el Tribunal Constitucional» en *Revista de ciencias jurídicas y sociales Nueva Época* [revista electrónica], 2004 [consultado el 5 de Marzo de 2022]. Disponible en: <https://revistas.ucm.es/index.php/FORO/article/view/FORO0404220179A>

FERNANDEZ SEGADO, F., «La defensa extraordinaria de la República», en *Revista de Derecho Político* [revista electrónica], n.12, 1981-1982 [consultado el 21 de Marzo de 2022]. Disponible en: <https://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/8135>

GÓMEZ.I., «La revisión siempre abierta de la V. República francesa a través de sus reformas constitucionales», en *Cuadernos de derecho público* [revista electrónica], [consultado el 14 de febrero de 2022]. Disponible en: <https://revistasonline.inap.es/index.php/CDP/article/view/9555/9535>

GÓNZALEZ CASANOVA, J.A., «La idea de Constitución en Karl Loewenstein», en *Revista de estudios políticos* [revista electrónica], n.135, 1965 [consultado el 17 de Febrero de 2022]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2048127>

PEGORARO, L., «Para una clasificación «dúctil» de democracia militante», en *R.V.A.P.* [revista electrónica], n. 96, 2013 [consultado el 14 de Febrero de 2022]. Disponible en: <https://www.usc.gal/export9/sites/webinstitucional/en/institutos/ceseg/descargas/articulodemomilitantelucio.pdf>

REVENGA SÁNCHEZ, M., P.24, «Trazando los límites de lo tolerable: Libertad de expresión y defensa del ethos democrático en la jurisprudencia constitucional española», en *Cuadernos de derecho público* [revista electrónica], n.21 2004 [consultado el 23 de Marzo de 2022]. Disponible en: <https://revistasonline.inap.es/index.php/CDP/article/view/703/758>

ROIG TORRES, M., «El delito de apología y exaltación del franquismo. Contraste con la regulación alemana», en *Revista general de Derecho Penal*, n.33, 2020.

ROURA GÓMEZ, S. y GARCÍA GESTOSO, N., «El modelo de defensa constitucional de la Constitución de Cádiz en su bicentenario», en *Anuario de Facultad de Derecho de la Coruña* [revista electrónica], n.16, 2012 [consultado el 1 de Marzo de 2022]. Disponible en: <https://ruc.udc.es/dspace/handle/2183/12008>

SUÁREZ ESPINO, MARÍA LIDIA., «Comentario a la STC 235/2007, de 7 de Noviembre, por la que se declara la inconstitucionalidad del delito de negación del genocidio», en *InDret revista para el análisis del derecho* [revista electrónica], 2008 [consultado el 26 de Marzo de 2022]. Disponible en: https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/524_es.pdf

VERELA SUANZES-CARPEGNA, J., « La constitución de 1876 y la organización territorial del Estado», en *Iura Vasconiae* [revista electrónica], 2013 [consultado el 3 de Marzo de 2022]. Disponible en: <https://www.revistaiuravasconiae.eus/es/content/10-iura-vasconiae-011-037-la-constitución-de-1876-y-la-organización-territorial-del-estado>

VÍRGALA FORURIA, E., « La STS de 27 de Marzo de 2003 de ilegalización de Batasuna: El estado de derecho penetra en Euskadi» en *Teoría y Realidad constitucional* [revista electrónica], n.12-13, 2004 [consultado el 6 de Mayo de 2022]. Disponible en: <https://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/view/7168>

LEGISLACIÓN:

Constitución Española (BOE-A-1978-31229)

Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos (BOE-A-2002-12756)

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de Noviembre, del Código Penal (BOE -A-1995-25444)

JURISPRUDENCIA:

STC 105/1990, de 5 de Julio de 1990 (ECLI: ES: TC: 1990:105)

STC 176/1995, de 12 de Enero de 1996 (BOE-T-1996-739)

STEDH de 31 de julio de 2001

STC 48/2003, de 14 de Marzo de 2003 (ECLI: ES: TC: 2003:48)

STS de 27 de Marzo de 2003 (ECLI: ES: TS: 2003:2105)

STC 235/ 2007, de 7 de Noviembre de 2007 (BOE-T-2007-21161)

STS 4283/2020, de 11 de Diciembre de 2020 (ECLI: ES: TS: 2020:4283)

RECURSOS EN INTERNET

«De Scelba a Mancino, las leyes que aplican la constitución para disolver a los grupos fascistas». Recuperado 21 de Abril de 2022, de https://www.ilsole24ore.com/art/dalla-scelba-mancino-leggi-che-applicano-costituzione-sciogliere-gruppi-fascisti-AEQbKAp?refresh_ce=1

VÍRGALA FORURIA, E., «El TEDH avala la ilegalización de Batasuna. Aspectos positivos y algunos negativos de su jurisprudencia», REDCE. Recuperado 20 de Mayo de 2022, de <https://www.ugr.es/~redce/REDCE13/articulos/14Virgala.htm#07bis>

«Ejemplos de ilegalización en Francia y Alemania», El País. Recuperado 13 de Abril de 2022, de https://elpais.com/diario/2002/03/23/espana/1016838005_850215.html

