

# El Mercosur: Escenario de nuevas opiniones consultivas

*Adriana Dreyzin de Klor\**

Catedrática de Derecho Internacional Privado y de Derecho de la Integración Regional Universidad Nacional de Córdoba (Argentina).  
Miembro de la lista de árbitros de Mercosur por Argentina.  
Ex consultora jurídica de la Secretaría del MERCOSUR

*«Chovia tanto tanto naquele reino da Asia que a chuva dissolveu o rei com seu palacio e suas leis».*

Carlos Drummond de Andrade  
Amar se Aprende Amando, 1986.

## RESUMEN

El MERCOSUR es un proceso de integración próximo a cumplir su mayoría de edad. Sin embargo, el sistema de solución de controversias adoptado y modificado en dos oportunidades, no parece muy adecuado al esquema regional porque no ha sido accionado en la medida que la dinámica del bloque regional requiere. En la última reforma, que adquiere carta de ciudadanía a través de la entrada en vigor del Protocolo de Olivos sobre solución de controversias, se introduce el mecanismo de Opiniones Consultivas, las que pueden ser elevadas, entre otros órganos, por los supremos tribunales de justicia de los Estados Parte. Su vigencia data de inicios del año 2004 y hasta la fecha sólo se han emitido tres Opiniones Consultivas por el Tribunal Permanente de Revisión.

En este trabajo analizamos las dos últimas opiniones emitidas por el tribunal arbitral, las que a nuestro juicio, plantean una serie de problemas que ponen una vez más sobre la superficie un tema relevante cual es la eficacia del sistema de solución de conflictos del MERCOSUR con las graves consecuencias que devie-

## ABSTRACT

Mercosur is a regional integration process that is about to become of age. However, the controversy settlement system adopted and modified twice does not seem to be appropriate for the regional scheme because it has not been put into practice according to the regional model dynamics. In the latest reform, effective after the Olivos Protocol on controversy settlement came into effect, the mechanism of Consultative Opinions was introduced. These Opinions can be submitted by the Supreme Courts of the Member States, among other judicial organisms. It's been valid since the beginning of the year 2004 and only three Consultative Opinions have been issued so far by the Permanent Revision Court.

Our purpose in this paper is to analyze the last two consultative opinions issued by the arbitrating court that, from our point of view, brings a number of problems to the surface, such as the efficacy of the MERCOSUR controversy settlement system and the serious consequences that result from the deficiency of a purely intergovernmental model.

\* Mi especial agradecimiento a Ronald Herbert y a Alejandro Perotti, quienes me facilitaron importante documental para escribir este trabajo.

nen de la deficiencia de un modelo netamente intergubernamental.

**Palabras clave:** Sistema solución controversias, opiniones consultivas.

**Keywords:** Key words: Mercosur controversy settlement system, Consultative Opinions.

SUMARIO

- I. NUEVAMENTE SOBRE EL MECANISMO Y SUS CARACTERES (¿DEFICIENCIAS?)
  - II. ALGUNOS INTERROGANTES ¿SIN RESPUESTA?
  - III. LAS RESOLUCIONES DE 2009-1. *La opinión consultiva N° 1/2008-A*) Primero el ROC-B) Luego las Acordadas-C) Retomando la OC-D) La sentencia-E) Otra inquietud-2. *La opinión consultiva N° 1/2009-A*) Un paso intermedio-B) Nuevamente... Desprolijidades-D) Sí a la Jurisdicción-D) Sobre la respuesta brindada
  - IV. CONCLUSIONES ¿O INICIATIVAS?
-

## I. NUEVAMENTE SOBRE EL MECANISMO Y SUS CARACTERES (¿DEFICIENCIAS?)

Durante los primeros meses del año 2009, el Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR<sup>1</sup> (TPR) ha emitido dos nuevas opiniones consultivas<sup>2</sup> (OCs), contabilizando en lo que va desde su instalación hasta la actualidad<sup>3</sup>, un total de tres pronunciamientos de este tenor, todos provenientes de tribunales de los Estados Parte (EP) del MERCOSUR<sup>4</sup>.

Ambas solicitudes –me refiero a las que dieran lugar a las Resoluciones núm. 1/2009 y núm. 2/2009–, responden a causas equivalentes ya que, en función de las características del mecanismo, estas declaraciones no revisten carácter obligatorio ni gozan de efecto vinculante para los tribunales nacionales<sup>5</sup>. En consecuencia, cada caso exige una réplica autónoma y no hay mejor prueba de este aserto, que las emitidas para cada uno de los conflictos que nos convocan, esgrimidos con total relación de continuidad<sup>6</sup>. Varían los protago-

<sup>1</sup> Acerca del sistema de solución de conflictos del MERCOSUR y la creación de este Tribunal en el Protocolo de Olivos sobre solución de controversias (PO), puede verse, entre otros: A. DREYZIN DE KLOR, «Los laudos arbitrales, una visión prospectiva», en: *Solución de controversias DeCITA 1*, 2004, pgs. 92-109; E. REY CARO, *El Protocolo de Olivos para la solución de controversias en el MERCOSUR*, Córdoba, M. Lerner, 2002; Z. DRNAS DE CLÉMENT, «Un análisis comparativo de distintos sistemas de solución de controversias en zonas latinoamericanas de integración. Sistema de integración centroamericano (SICA), Comunidad Andina (CA) y MERCOSUR (MS)», en: <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artunanalisiscomparativo/?searchterm=Zlata%20drnas%20%20Protocolo%20de%20Olivos>; D. OPERTTI BADÁN, «Los últimos avances institucionales del MERCOSUR», *Tribuna del Abogado* núm. 139, 2004, pgs. 15-17; A. PEROTTI, *Tribunal Permanente de Revisión y Estado de derecho en el MERCOSUR*, Madrid/Buenos Aires, Marcial Pons, 2008.

<sup>2</sup> Acerca del mecanismo de las opiniones consultivas puede verse el informe elaborado por juristas de la región, que responde al proyecto de la Comisión de la UE coordinado por R. ALONSO GARCÍA, publicado bajo el título: «Contribución al perfeccionamiento del sistema de solución de controversias del MERCOSUR», *Revista de Derecho Internacional y del MERCOSUR*, La Ley año 8, núm. 5, 2004, pgs. 135-140; A. DREYZIN DE KLOR, «La primer opinión consultiva en el MERCOSUR ¿germen de cuestión prejudicial?», en: *REDE*, N° 23, 2007, pgs. 439-440.

<sup>3</sup> 20-09-09.

<sup>4</sup> Efectuamos esta aclaración en razón de que no son solamente los tribunales de los EP quienes están legitimados para elevar OCs. al TPR. También se prevé que pueden hacerlo los órganos del MERCOSUR con facultades decisorias, los EP en forma conjunta, y desde la aprobación y la entrada en vigencia del Protocolo Constitutivo del Parlamento del MERCOSUR – CMC/DEC. N° 23/05, también este órgano puede elevar una OC.

<sup>5</sup> Para no dejar librado el punto a interpretación alguna, claramente establece el Reglamento del Protocolo de Olivos (RPO) bajo el acápite: «Efecto de las opiniones consultivas», que éstas «no serán vinculantes ni obligatorias» (art. 11).

<sup>6</sup> En tanto el primero está fechado el 24/4/2009, el segundo es emitido el 4/5/2009.

nistas de las causas (en realidad, únicamente la parte actora), también los tribunales que entienden en primera instancia, empero los dos pedidos son elevados por la misma Corte de Justicia, esto es, el máximo poder judicial de la República Oriental del Uruguay.

No olvidamos que dos de las tres Cortes Supremas de Justicia que aprobaron los trámites internos para la elevación de OCs. al TPR –Paraguay y Uruguay– establecen que habiendo el Tribunal del MERCOSUR emitido una OC sobre el tema objeto de la nueva consulta, deberá agregarse testimonio de ésta, devolviendo a la sede judicial de origen el pedido con notificación a las partes sobre la materia que versa la nueva solicitud. De todos modos, en los casos en análisis no era fácticamente posible pues la segunda OC se solicita antes del pronunciamiento del TPR sobre la primera de las causas<sup>7</sup>.

En el presente trabajo me referiré a ambas opiniones consultivas emitidas por el TPR, sus caracteres, la articulación con el esquema del que devienen y sus efectos. El tema enlaza a nuestro entender, de manera directa con las conclusiones a que arriban las Cortes en el «VII Encuentro de Cortes Supremas de Justicia del MERCOSUR», en cuanto recomiendan «[a]vanzar en el diálogo que permita lograr puntos de acuerdo para la creación progresiva de un tribunal del MERCOSUR».<sup>8</sup>

## II. ALGUNOS INTERROGANTES ¿SIN RESPUESTA?

Bien se conoce que el sistema para solucionar las disputas producidas en el esquema regional, recepta el criterio de elevación de OCs<sup>9</sup>.

En efecto, el Protocolo de Olivos para la solución de controversias en el MERCOSUR (PO) cuya vigencia se remonta al 1º de enero de 2004<sup>10</sup>, in-

<sup>7</sup> También el Reglamento de OCs. (ROC) se refiere al punto al expresar textualmente: «Recibida una solicitud de opinión consultiva, la ST (Secretaría del Tribunal) la enviará inmediatamente a los miembros del TPR, informando, si fuera el caso, la existencia de solicitudes de opiniones consultivas anteriores sobre temas relacionados y anexando indicación del árbitro que coordinó la redacción de las respuestas a tales consultas y las respuestas correspondientes». MERCOSUR/CMC/DEC. N°02/2007, art. 6. Empero, insistimos que las OCs. sin perjuicio de lo señalado, no son obligatorias ni vinculantes y resultan del pronunciamiento del TPR.

<sup>8</sup> Asimismo, en la Declaración deciden «[C]rear una Comisión integrada por representantes designados por cada una de las Cortes del MERCOSUR, que tendrá por objeto presentar, para la próxima reunión, una propuesta que tenga por finalidad la creación de un tribunal del MERCOSUR». A dicho fin los Tribunales Supremos establecen pautas que pueden leerse, al igual que dicha Declaración, en: <http://www.cij.csjn.gov.ar/nota-2218-Avanza-la-creacion-de-un-tribunal-regional-para-el-Mercosur.html>

<sup>9</sup> Son numerosos los textos de doctrina que refieren al sistema de solución de controversias en MERCOSUR y particularmente a sus caracteres a partir del Protocolo de Olivos (PO). Ver entre otros, los citados en nota 1.

<sup>10</sup> El PO fue signado el 18/02/02, en Olivos, Provincia de Buenos Aires. Se trata nuevamente de un régimen transitorio tal como se consigna en el art. 53. Argentina: aprobó por Ley núm. 25.663 del 18/10/2002 (BO 21/10/2002 pg.1), ratifica el 29/01/2003. Paraguay: aprobó por Ley núm. 2070/03, del 03/02/2003, ratifica el 20/02/2003. Uru-

cluye en un único artículo, una suerte de enunciación del mecanismo aunque deja la reglamentación librada a la futura acción del Consejo Mercado Común (CMC)<sup>11</sup>. Es curioso que pese a estar próximo a cumplir siete años de vigencia, se ha echado mano de esta herramienta en muy pocas oportunidades.

Además de las tres OCs emanadas del TPR<sup>12</sup> se plantean otros pedidos, con distinta suerte. En un caso, la Corte Suprema de Justicia Argentina (CSJN), ante la cual tramitaba el expediente, decidió que no correspondía su elevación al TPR; en tanto que en otro de los conflictos, aún no se ha pronunciado el tribunal, recayendo la solicitud en una causa incoada también ante la CSJN.

En el primero de los expedientes, el pedido de OC fue considerado extemporáneo por el alto tribunal al no haberse introducido la cuestión en el recurso extraordinario. En efecto, el asunto llega a conocimiento de la máxima autoridad judicial como resultado de la denegación del recurso extraordinario por la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en la presentación de un recurso de queja por parte de un particular, de nacionalidad argentina y domicilio también, en la República<sup>13</sup>. La solicitud versa sobre la interpretación de dos protocolos de cooperación jurídica internacional que en el ámbito mercosureño son vastamente utilizados<sup>14</sup>. Me refiero al Protocolo de cooperación y asistencia jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa –Protocolo de Las Leñas–<sup>15</sup> y al Protocolo de medidas cautelares de Ouro Preto<sup>16</sup>. La exégesis giraba en torno

guay: aprobó por Ley núm. 17.629 del 11/04/2003 (DO 06.05.03), ratifica el 11/07/2003, Brasil: aprobó por Decreto Legislativo 712 de 14/10/2003.

<sup>11</sup> En efecto, el art. 3 del PO establece la factibilidad de elevar al TPR opiniones consultivas aunque no determina respecto a éstas, regla alguna. Se alude en la norma únicamente a la necesidad de reglamentación por el CMC. Sobre el tópico ver: E. REY CARO, (nota 1), pgs. 14-15.

<sup>12</sup> A las dos OCs que referimos en este trabajo se suma la esgrimida en la causa: «Norte S.A. Imp. Exp. c/ Laboratorios Northia Sociedad Anónima, Comercial, Industrial, Financiera, Inmobiliaria y Agropecuaria s/ Indemnización de Daños y Perjuicios y Lucro Cesante», la que fue dictada por el TPR en la ciudad de Asunción el 3/04/2007. Puede verse en el sitio web del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR (TPR): <http://www.tprmercosur.org/>

<sup>13</sup> CSJN, «González, Gonzalo N. c/ Image Factory Servicios de Impresión Ltda». G. 1207. XLIII, 20/8/2008 (inédito). La apelación contra la sentencia de primera instancia es desestimada y por lo tanto, se confirma el fallo del juez interviniente en primera instancia que resolvió dar curso a un exhorto librado por la judicatura de Sao Paulo, Brasil. Por la rogatoria se solicitaba a la justicia argentina trabar un embargo y que se proceda luego a la ejecución de bienes situados en Argentina de propiedad del recurrente.

<sup>14</sup> Numerosos conflictos resueltos por tribunales nacionales de los países miembros basados en estos instrumentos jurídicos pueden leerse en A. DREYZIN DE KLOR / A. PEROTTI, *El rol de los Tribunales nacionales de los Estados del MERCOSUR*, Córdoba, Advocatus, 2009.

<sup>15</sup> Acerca de este Protocolo, existe un sin número de artículos. Buena parte de dicha doctrina esta citada en A. DREYZIN DE KLOR / T. SARACHO CORNET, *Trámites judiciales internacionales*, Buenos Aires, Zavalía, 2006, pgs. 202 y ss.

<sup>16</sup> *Ibidem* nota anterior, pgs. 167 y ss.

al alcance de las atribuciones que el derecho del MERCOSUR confiere a los magistrados nacionales para que puedan rechazar exhortos provenientes de otros EP.

Particularmente, en el caso en examen, el cuestionamiento surge a consecuencia de la extensión de responsabilidad laboral a los socios de una sociedad, sin necesidad de una previa citación o demanda en el juicio incoado en contra dicha sociedad<sup>17</sup>.

El otro de los expedientes aborda un problema que en Argentina ha causado no poca agitación, cual es el supuesto en que empresas con sede en el país exportan productos al MERCOSUR debiendo abonar aranceles al estado en virtud de dichas operaciones. En el caso concreto – «SANCOR c/DGA»<sup>18</sup>, los tribunales inferiores se ubican en posiciones divergentes. Por una lado, se agrupan quienes consideran que los derechos de exportación resultan incompatibles con las normas originarias mercosureñas, mientras que en la otra vía se enrolan quienes asumen la posición contraria<sup>19</sup>. Entre este conflicto y los que analizamos en el presente trabajo hay una similitud vinculada al ámbito subjetivo, en los tres casos se trata de acciones incoadas por un particular –empresa jurídica de carácter privado– y el Estado a raíz de legislación aprobada por el propio país del particular en el ejercicio de sus funciones públicas.

Convengamos que no es posible sostener que estamos ante un mecanismo dinámico, operativo y eficaz, pues insistimos en el poco empleo que se ha hecho del mismo, tal como se desprenderá a lo largo de estas páginas.

¿Por qué razón los tribunales nacionales y/o los demandantes y demandados –personas físicas o jurídicas– partes en un proceso judicial<sup>20</sup>, no se valen de la técnica que nace con el fin de dotar al esquema de mayor certeza y previsibilidad?

Va de suyo que la posibilidad de entablar OCs. que incorpora el legislador,

<sup>17</sup> Así lo señala A. PEROTTI, en: «El principio de primacía del Derecho del MERCOSUR en las tres primeras opiniones consultivas del Tribunal Permanente de Revisión», en: *Derecho internacional, Derecho comunitario y Derechos humanos*, Isolma, San José, Costa Rica, 2009, pg. 294.

<sup>18</sup> CSJN, «SANCOR CUL (TF 18476-A) c/DGA». Expdte. núm. 346/2007 Tomo 43, Letra «S». Fecha de ingreso: 30/03/07.

<sup>19</sup> La actora se opone al pago de los derechos de exportación establecidos por la Resolución 11/2002 del Ministerio de Economía, percibidos por la venta de diversos productos lácteos a EP del MERCOSUR. Ello, por considerar que se estarían violentando disposiciones del Tratado de Asunción. El Tribunal Fiscal de la Nación rechaza el planteo, pero la Sala V de la Cámara Nacional en lo Contencioso-Administrativo Federal hace lugar al mismo y deja sin efecto las resoluciones de la Dirección General de Aduanas. El fisco, por vía de un recurso extraordinario, llevó el tema a la Corte Suprema y SANCOR pidió al tribunal que solicitara una opinión consultiva al TPR.

<sup>20</sup> Téngase presente que no solamente a través de los Supremos Tribunales pueden elevarse OCs. Conforme reza el RPO, también los EP en su conjunto y los órganos con facultades decisorias pueden pedirlas (art. 2).

deja entrever la meridiana voluntad política de lograr en el ámbito regional, la interpretación uniforme del derecho del MERCOSUR<sup>21</sup>. En este orden de ideas, no amerita debatir acerca del objetivo, pues también muy escuetamente –en un único considerando–, expresa el Protocolo que la inclusión se debe a la necesidad de «[g]arantizar la correcta interpretación, aplicación y cumplimiento de los instrumentos fundamentales del proceso de integración y del conjunto normativo del MERCOSUR, de forma consistente y sistemática»<sup>22</sup>

Ahora bien, teniendo en cuenta el propósito que orienta la incorporación del mecanismo y dada la factibilidad que sean también los jueces nacionales quienes las soliciten, ¿podemos concluir que la práctica observada refleja que el objetivo tenido en la mira viene cumpliéndose conforme a las expectativas?

Nos hemos pronunciado sobre el particular cuando analizamos la primera opinión consultiva y nuestra respuesta fue entonces, poco optimista<sup>23</sup>. El hecho de haber transcurrido un par de años desde entonces y la emisión de nuevas opiniones, nos llevó a retomar el tema pues resultaba interesante considerar los cambios producidos a partir de las regulaciones que completan y complementan la temática<sup>24</sup>, los comentarios de doctrina especializada, los estudios efectuados sobre el primer pronunciamiento<sup>25</sup> y el lapso temporal transcurrido, que no es un tema menor. O sea, varios ingredientes que articulados, bien podrían ejercer influencia positiva, tanto en aspectos formales como sustanciales del procedimiento.

### III. LAS RESOLUCIONES DE 2009

En esta oportunidad, el tópico que integra ambas consultas forma parte de derecho tributario, aunque obviamente es el funcionamiento del sistema el

<sup>21</sup> Acerca de la relevancia de alcanzar la interpretación uniforme del derecho en un esquema de integración regional puede verse: R. ALONSO GARCÍA, *Sistema jurídico de la Unión Europea*, España, Thomson Civitas, 2007, pgs. 147 y ss.; D. SARMIENTO, *Poder judicial e integración europea – La construcción de un modelo jurisdiccional para la Unión*, España, Garrigues Cátedra/Thomson-Civitas, 2004, pgs. 284 y ss.

<sup>22</sup> Protocolo de Olivos para la solución de controversias en el MERCOSUR, párr. 3 de su preámbulo.

<sup>23</sup> En: A. DREYZIN DE KLOR, art. cit. (Nota 2).

<sup>24</sup> En razón de la pertinencia con el tema, nos interesan el Reglamento de Solicitud de Opiniones Consultivas (ROC y las Acordadas aprobadas por las Cortes Supremas de Justicia de los EP cada una en su respectiva jurisdicción. Para una ilustrada enunciación de todos los instrumentos jurídicos que hacen al sistema, consultar la página de la Secretaría del MERCOSUR y la del TPR.

<sup>25</sup> Entre otros, puede verse A. DREYZIN DE KLOR /C. Harrington, «Las opiniones consultivas en el MERCOSUR: el debut del mecanismo jurídico», *Revista de Derecho Privado y Comunitario* 2007-2- pgs. 551-607; D. FERNÁNDEZ ARROYO, «La respuesta del Tribunal Permanente del Mercosur a la primera “consulta interpretativa”. Escoba nueva siempre barre más o menos», *Jurisprudencia Argentina* 2007 –III– Fasc. 1, pg. 3.

punto que decididamente nos condiciona a plantearnos la presencia –o no– de variables superadoras a las operadas en el estreno del sistema<sup>26</sup>.

De acuerdo a lo adelantado, las consultas son efectuadas por tribunales correspondientes a la jurisdicción del Supremo Tribunal de Justicia de Uruguay.

Los enunciados bajo los que se registran estas OCs. responden respectivamente, a la siguiente nominación:

1. Opinión consultiva núm. 1/2008, «Solicitud cursada por la Suprema Corte de Justicia de la República Oriental del Uruguay con relación a los autos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 1<sup>er</sup> Turno IUE 2-32247/07: «Sucesión Carlos Schnek<sup>27</sup> y otros c/Ministerio de Economía y Finanzas y otros. Cobro de pesos».
2. Opinión consultiva núm. 1/2009: «Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 2<sup>o</sup> Turno –Autos: Frigorífico Centenario SA c/Ministerio de Economía y Finanzas y Otros. Cobro de pesos. IUE: 2-43923/2007. Exhorto–».

Las Resoluciones por las que se consideran cumplidos los requisitos de admisibilidad en ambos casos, obran de marco para notificar a los EP la constitución y el avocamiento del TPR, la designación del árbitro que asumirá como relator, la fecha a partir de la cual se comienzan a computar los plazos previstos en la reglamentación que rige el procedimiento, y todos los recaudos que respectivamente corresponde cumplir.

### 1. La opinión consultiva N° 1/2008

El 24 de abril del año en curso el TPR del MERCOSUR emite la primera OC de 2009 por la cual responde el interrogante efectuado por el tribunal de primera instancia en lo civil de primer turno de la República Oriental del Uruguay que le fuera elevado a través de la Suprema Corte de Justicia del mencionado país.

Recuérdese en este aspecto que los supremos tribunales de los EP se comprometieron a reglamentar internamente el procedimiento para la elevación de OCs que provengan de los respectivos tribunales nacionales<sup>28</sup>; en

<sup>26</sup> *Ibidem* nota 25.

<sup>27</sup> En la sentencia emitida por el Juzgado Letrado de 1<sup>a</sup> Instancia en lo Civil de 1<sup>o</sup> Turno. Montevideo, el apellido del actor aparece como «Schneck».

<sup>28</sup> La Corte Suprema de Justicia de Argentina (CSJN) aprueba la Acordada 13/08: «Reglas para el trámite interno previo a la remisión de las solicitudes de opiniones consultivas al Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR»; la Corte Suprema de Justicia de la República del Paraguay (CSJP), aprueba la Acordada 549/08 «Que reglamenta el procedimiento para la solicitud de opiniones consultivas al Tribunal Permanente del MERCOSUR»; en tanto que la Suprema Corte de Justicia del Uruguay (SCJU), procedió mediante la Acordada 7604, 24/08/07. El tenor de cada una de las reglamentaciones está incorporado en la página web de cada uno de estos supremos tribunales. Nos hemos referido a la Acordada dictada por el máximo tribunal de Argentina en «La Corte Su-

este mandato la Suprema Corte de Justicia de Uruguay asumió la delantera ya que fue la primera en cumplir, al aprobar la Acordada correspondiente, el 24 de abril de 2007<sup>29</sup>.

A fin de contribuir a una comprensión más acabada del tema, realicemos un pequeño paréntesis para ilustrar sobre estas regulaciones que completan el contexto normativo necesario para elevar OCs. cuando son los tribunales los legitimados al efecto.

A) *Primero el ROC*

Previo a la regulación del procedimiento interno que debe observarse a nivel de cada Corte, era necesario aprobar disposiciones que reglamenten las OCs, pues si bien el Reglamento del Protocolo de Olivos (RPO) dedica una docena de artículos al mecanismo<sup>30</sup>, numerosos aspectos de esencial importancia continuaron sin amparo normativo<sup>31</sup>.

Los Supremos Tribunales de Justicia de los EP asumiendo cierto protagonismo, contribuyen al objetivo que inspirara la regulación de esta vía consultiva, entendida como un significativo avance hacia la interpretación uniforme del derecho del MERCOSUR. Incluso, estimamos que en esta iniciativa mucho tuvo que ver la doctrina, las voces de especialistas y principalmente la influencia del Foro de Cortes, que si bien no integra la estructura orgánica del esquema, se ha institucionalizado tanto fáctica como jurídicamente<sup>32</sup>.

En los encuentros que vienen celebrando desde 2003, las Cortes de Justicia de los EP han tratado diversos temas, siendo uno de los más debatidos, el papel que les compete asumir a la hora de aplicar el derecho mercosu-  
reño<sup>33</sup>. En este orden de ideas, rescatamos lo sucedido en el IV Encuentro del Foro de las Cortes, en cuyo marco se presentó un Anteproyecto de reglamento de solicitud de opiniones consultivas por los Supremos Tribunales

prema de Justicia de la Nación Argentina reglamenta la elevación de las opiniones consultivas», en *DeCITA* 9, Asunción, 2008, pgs. 406-411.

<sup>29</sup> Acordada 7604.

<sup>30</sup> CMC/DEC N° 37/03. XXV Reunión Cumbre del MERCOSUR.

<sup>31</sup> En: AA VV, «Contribución al perfeccionamiento del sistema de solución de controversias del MERCOSUR», *RDIM* año 8 núm. 5, pgs. 135-140.

<sup>32</sup> Efectuamos una breve alusión a las reuniones de los Supremos Tribunales al mencionar el «VII Encuentro de las Cortes Supremas de MERCOSUR». Ver nota 8.

<sup>33</sup> Los Encuentros de Cortes Supremas de los Estados Parte, se institucionalizaron a través de la Carta de Brasilia aprobada en 2004. Su texto y la crónica de estos eventos puede consultarse en: A. DREYZIN DE KLOR, «El II Encuentro de Cortes Supremas de Justicia del MERCOSUR», *DeCITA*, núm. 3, 2005, pgs. 700-705, y «El 3º Encuentro de Cortes Supremas de MERCOSUR y Estados Asociados», *DeCITA* 5/6, 2006, pgs. 733-736. R. Alonso García que tuvo una participación destacada en estos eventos desde el inicio, destaca los encuentros señalando que bien pueden ser un modelo a seguir por otros modelos de asociación. En: *Justicia Constitucional y Unión Europea*, Madrid, Thomson / Civitas, 2006, pgs. 48-49.

de los EP<sup>34</sup>. Highton de Nolasco enfatizó la importancia que reviste en el proceso armonizar el derecho, destacando también que la interpretación uniforme del ordenamiento jurídico mercosureño es esencial en un esquema de estas características<sup>35</sup>.

Si bien se arribó a cierto consenso entre sus miembros, el anteproyecto que contara con el beneplácito de los máximos poderes judiciales nacionales, fue objeto de varias modificaciones antes de ser aprobado por el CMC –órgano superior del esquema regional– en la XXXII Cumbre de MERCOSUR<sup>36</sup>. Las reglas concretas a las cuales se deben ajustar las solicitudes a elevar al TPR provenientes de la judicatura nacional, se reúnen en el Reglamento de Opiniones Consultivas (ROC)<sup>37</sup>. En su art. 1º, 2º párr., se asigna facultades a cada una de las cortes supremas para conciliar reglas internas de procedimiento.

B) *Luego las Acordadas*

El objeto de las Acordadas coincide en cuanto a evitar la realización de diligencias que obstaculicen la oportuna satisfacción de contribuir a la interpretación y aplicación correctas y uniformes de las normas del MERCOSUR. También encuentra consenso la idea de reconocer a todos los jueces –sin diferenciar la competencia que les corresponde– la facultad de elevar opiniones consultivas. Sólo es necesario que:

- a) se trate de una causa en trámite ante los estrados del magistrado requirente;
- b) se eleve por el tribunal de oficio o a requerimiento de parte;
- c) verse sobre la interpretación de las fuentes jurídicas del MERCOSUR.

Se fijan asimismo, las condiciones formales que debe contener la petición, autorizando que se acompañen las consideraciones vinculadas a la cuestión objeto de consulta formuladas en la causa, que fueran diseñadas por las partes o por el Ministerio Público, como así también cualquier constancia que pueda resultar útil a los fines de la emisión de la OC.

<sup>34</sup> Sobre este Encuentro y el documento presentado, ver: M. A. JARDIM DE SANTA CRUZ OLIVEIRA, «La diplomacia judicial: El papel de las Cortes Supremas en la Integración Jurídica del MERCOSUR. El IV Encuentro», en *DeCITA* 7/8. 2007, pgs. 649-652.

<sup>35</sup> Acerca del anteproyecto citado puede verse: E. HIGHTON DE NOLASCO, «Painel 1 –Regulamiento das solicitações de opiniões consultivas ao Tribunal Permanente de revisão do Mercosul», en: *Encontros de Cortes Supremas: Desafios e Perspectivas no Processo de Integração do Mercosul*, Brasília, Supremo Tribunal Federal, Fórum de Cortes Supremas, 2007, pgs. 315-316.

<sup>36</sup> MERCOSUR/CMC/DEC N° 02/07: Reglamento del procedimiento para la solicitud de opiniones consultivas al Tribunal Permanente de Revisión por los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados partes del MERCOSUR. Río de Janeiro, 17/1/07.

<sup>37</sup> En su art. 13 adopta la fórmula tan empleada en MERCOSUR que reza: «Esta Decisión no necesita ser incorporada al ordenamiento jurídico de los Estados Partes, por reglamentar aspectos de la organización o del funcionamiento del MERCOSUR» Conf. MERCOSUR/CMC/DEC N° 23/00, art. 5.

Si bien existen algunas diferencias entre las reglamentaciones aprobadas, éstas no constituyen impedimento alguno para que las OCs. sean elevadas al TPR en una suerte de equivalencia de sistemas. Además, las diversidades se relacionan con aspectos que de todos modos, quedan supeditados a la legislación de MERCOSUR<sup>38</sup>.

C) *Retomando la OC*

Entrando al análisis de la OC, entendemos que tanto la solicitud elevada como la respuesta emitida, ameritan un tratamiento particular.

La circunstancia de contar en Uruguay con la Acordada 7604 si bien evitó reiterar el equívoco que dilató la elevación de la primera solicitud<sup>39</sup> ya que en principio, pareciera que la Corte Suprema de Justicia del Uruguay siguió a pies juntillas el procedimiento instaurado, no deja de sembrar dudas acerca de la correspondencia o no de su elevación.

a) La solicitud

Los hechos que dan lugar a utilizar el mecanismo, se producen a raíz del reclamo que las empresas privadas sitas en Uruguay –«Sucesión Schnek SA; GALISUR SA y CESIM CO Ltda.»– efectúan a su propio Estado, a fin de que proceda al reintegro de los fondos que las empresas estiman que fueron ilegítimamente cobrados en calidad de «tasa consular», durante un período de cuatro años.

Solicitan además que el tribunal interviniente<sup>40</sup> prohíba al Estado continuar con la exigencia del pago de dicha tasa a futuro, esto es durante el término que comprende la presentación de la demanda y la ejecutoria de la sentencia a dictarse. Sustentan la petición en el hecho de considerar que debe dejarse sin efecto la norma interna dictada en el país, por la cual se dispone reimplantar el cobro de un tributo –«tasa consular»– que fuera derogado a

<sup>38</sup> A modo de ejemplo digamos que: a) en la Acordada N° 13/08 se hace referencia exclusivamente a la «interpretación» de la normativa del MERCOSUR. En la reglamentación del Uruguay como también de Paraguay se alude a la «validez» de esa normativa. El artículo 4.1 del RPO establece, particularmente para el caso de las que fueran solicitadas por los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Partes con jurisdicción nacional, que las opiniones consultivas emitidas por el TPR «se referirán exclusivamente a la interpretación jurídica de la normativa del MERCOSUR». b) En la Acordada de Argentina no se admite la posibilidad de «devolver» una solicitud con fundamento en la «claridad» de las normas del MERCOSUR a las que aquélla se refiere, ni en la existencia de una opinión consultiva sobre la misma «materia». Uruguay y Paraguay adoptan un criterio contrario. c) La Acordada argentina, a diferencia de la reglamentación emitida por las Supremas Cortes de Justicia del Uruguay y del Paraguay no incluye previsiones relativas a actuaciones que deben cumplirse fuera de su propia jurisdicción.

<sup>39</sup> A la hora de estrenarse el sistema de elevación de OC, la Corte Suprema de Justicia del Paraguay, primer país en utilizar el mecanismo, envió la petición al Ministerio de Relaciones Exteriores estimando que era el órgano competente para intervenir. A. DREYZIN DE KLOR (nota 2) pg. 442.

<sup>40</sup> Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de Primer Turno IUE 2-3224/07.

través de otra ley<sup>41</sup>, por contradecir normas que integran el acervo jurídico mercosureño.

A consecuencia de estos actuados, el tribunal nacional a pedido de la parte actora, efectúa el planteo al TPR<sup>42</sup> que consiste en requerir que interprete la normativa mercosureña a fin de expedirse acerca de la prevalencia de dichas disposiciones sobre las normas internas que reimplantan la tasa consular<sup>43</sup>, refiriendo la consulta al criterio que debe primar tanto si la norma es anterior como posterior a la entrada en vigor de las normas de MERCOSUR.

Además, el juzgado de primera instancia pide al TPR que se pronuncie sobre el alcance del Tratado de Asunción en cuanto a la posibilidad –o no– de que los EP adopten normas internas con el objetivo de instaurar tributos como el que genera esta consulta.

El tribunal del Uruguay ¿debió hacer lugar a la solicitud de la parte actora en tanto pretende que se acuda al TPR por el conflicto planteado ante sus estrados? Entendemos que el interrogante es válido ya que estamos frente a un caso que involucra a un particular(es) y a su propio Estado por la imposición descripta, pero no se encuentran en juego los intereses concretos de un particular radicado en otro EP y tampoco se hallan involucrados derechos actuales de otro país miembro. El ROC, sienta el objeto de la OC y aunque no surja claramente esta faz subjetiva, deviene de una interpretación sistemática del derecho originario del Mercosur, la competencia material y subjetiva que se atribuye a este cuerpo colegiado.

¿Qué rol cumple el TPR al emitir la OC? Siendo que éstas no son obligatorias ni vinculantes para los tribunales nacionales, actúa como una suerte de experto o tal vez con diferencias en orden a su ámbito material concreto, de *amicus curiae sui generis*<sup>44</sup>. Ya hemos expresado que al responder OCs. no

<sup>41</sup> Se trata de la Ley 16.226 que en su art. 473, reza: «Suprímase la intervención consular de la documentación correspondiente a los actos relativos a la navegación, al tráfico terrestre y al comercio, respectivamente comprendidos en los numerales 1 a 5, 6 a 8 y 9 a 16 del art. 233 de la Ley 16.170, de 28 de diciembre de 1990, cuyas disposiciones quedan derogadas». Publicada DOU 6/11/1991. A efectos ilustrativos, la Ley citada por la norma establecía que las oficinas consulares del Uruguay percibirían a partir de su vigencia, entre «1(uno) y 30 (treinta) pesos consulares» por las actuaciones relativas a una serie de actos referidos entre otros, a la navegación, al tráfico terrestre y al comercio.

<sup>42</sup> Constituido en esta oportunidad por los siguientes árbitros: Carlos María Correa (Argentina), João Grandino Rhodas (Brasil), Roberto Ruiz Díaz Labrano (Paraguay), Roberto Puceiro Ripoll (Uruguay), Jorge Luiz Fontoura Nogueira (quinto árbitro). Relator: Dr. Roberto Ruiz Díaz Labrano.

<sup>43</sup> Ley 17296. El art. 585 reimplanta la tasa consular sobre los bienes importados.

<sup>44</sup> Nos permitimos efectuar una cierta analogía sin perjuicio de conocer que el «amicus curiae» tiene una particular injerencia en determinadas causas en función de los intereses que asisten a éstas y con peculiaridades propias atribuidas según diferentes legislaciones. Empero, concurren ciertas aristas comunes, a saber: la función que le atribuye doctrina calificada al «amicus curiae» al entender que su actuación «entre otros valiosos postulados», involucra el de contribuir a «la emisión de sentencias razonadas, justas y jurídicamente sustentables, misión eminente que pesa sobre los jueces, quienes depositan buena parte de su legitimidad en la racionalidad de sus decisiones». Ver V. BAZÁN, «La Corte

asume ni ejerce una función jurisdiccional, entonces a la hora de pensar como contextualizar su papel en el proceso, lo asimilamos a quien emite una opinión independiente que puede ser una ayuda para el juez en el esclarecimiento del caso sin obligar al tribunal a atenerse a su declaración. La cuasi comparación, la realizamos a sabiendas de las diferencias que caracterizan el instituto con las características que éste reconoce en su esencia.

b) La respuesta del TPR

1. Una primera mirada sobre la OC

Aunque se pueda argüir que se trata de un punto irrelevante, estimamos conveniente iniciar este fragmento del análisis destacando que reviste importancia resguardar algunos aspectos que hacen a la prolijidad de la redacción en cuestiones que, a ojos vista, pueden parecer intrascendentes y sin embargo, en el campo jurídico, adquieren particular significación. Así, el nombre de uno de los demandantes aparece a lo largo de la Resolución N° 1/2009 y del pronunciamiento del TPR bajo tres designaciones diferentes<sup>45</sup>. Del mismo tenor, existe otro equívoco relacionado a la numeración de las leyes citadas, dato que genera confusión al consultar sus contenidos<sup>46</sup>. Siguiendo con cuestiones semánticas, al requerir la OC proveniente del Tribunal de Primera Instancia la interpretación por parte del TPR, se enuncian una serie de fuentes jurídicas de MERCOSUR confundiendo las llamadas Decisiones, que provienen con exclusividad del CMC, con las Resoluciones, que se corresponden con las normas que aprueba el GMC<sup>47</sup>.

Más allá de estas disquisiciones, debe rescatarse la enorme diferencia existente a nivel estructural y sistemático entre esta respuesta y la resultante de la primera OC. En efecto, desde una mirada formal, es notoria la distinción en cuanto al modo de enunciar los hechos y la emisión de cada uno de los pronunciamientos; ello refleja que se escucharon las voces de analistas reclamando sobre la presentación, un desarrollo que torne más coherente y comprensiva la lectura de la Opinión interpretativa.

Suprema de Justicia abre paso a los amici curiae», *Buenos Aires, La Ley, Supl. Constitucional 2004* (agosto), 75. Aunque en un contexto material y subjetivo diferente al que incide en el TPR, motivo que nos lleva a calificar a la figura como «sui generis» en el traslado que efectuamos, resulta muy ilustrativo el artículo de M.E. Uzal, quien señala el apoyo de este «amicus curiae calificado», que con su opinión no obliga al juez, empero contribuye a esclarecerlo sobre las incidencias del caso. Ver «La inmunidad de jurisdicción y ejecución de Estados extranjeros. El rol del Estado argentino como amicus curiae», *Buenos Aires, La Ley, 2003-C*, 1366.

<sup>45</sup> «Schnek» (p. 1); «Schenk» (pg. 1); «Schneck» (p. 2).

<sup>46</sup> «Ley 17.926» (p. 1); «Ley 17296» (pg. 1).

<sup>47</sup> El acápite 9º de la OC menciona equivocadamente «Decisión GMC 36/95» creando confusión que en el caso disminuye atento que únicamente fueron aprobadas nueve decisiones durante 1995 por el CMC. En tanto se aprobó como GMC/RES. núm. 36/95: Arancel Externo Común. Enmienda al Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías. Empero son numerosos los años en que coexisten normas con igual numeración provenientes de los órganos con facultades decisorias del MERCOSUR.

Nada tiene que ver este comentario con el fondo de la OC o sea el contenido de las respuestas a los interrogantes formulados, sino que se limita a contemplar la estructura empleada en su elaboración literal<sup>48</sup>.

2. Entrando a los aspectos abordados

i. Ámbito subjetivo

Varias son las preocupaciones que genera la respuesta emitida por el TPR. En primer término, es menester referirnos a la cuestión jurisdiccional. Al haber sido elevado el pedido por el tribunal nacional, quien procedió así al considerar que estaban reunidos los recaudos necesarios, esto es las condiciones de admisibilidad, es el TPR quien debe evaluar desde su óptica, el cumplimiento de tales recaudos. Nuevamente volvemos sobre el argumento referido al ámbito subjetivo, en orden a que el conflicto desde este prisma es meramente interno. Una empresa(s) domiciliada(s) en Uruguay con sede en ese país, demanda(n) a su propio Estado (Ministerio de Economía y Finanzas y Dirección Nacional de Aduanas) por cobro de pesos, ante los tribunales locales. Si bien aduce(n) la violación del Derecho del MERCOSUR, no deja de ser interesante el planteo que puede conducir en la actual instancia, a repensar la competencia.

Los hechos se vinculan a los supuestos en que se produzca el ingreso de mercaderías provenientes de los países del Mercosur a territorio uruguayo, pero concretamente se trata del conflicto de particulares contra su propio Estado por la imposición de una tasa consular.

ii. La jurisdicción del TPR y el sistema

Siendo aún el esquema regional altamente caracterizado por su acendrada intergubernamentalidad, y no existiendo una Corte de Justicia Supranacional, retomamos el tema abordado al efectuar el análisis sobre las condiciones de admisibilidad, realizado por la Corte Suprema del Justicia del Uruguay. Esto es, ¿debió el TPR declararse competente para entender en una causa en la que una particular demanda a su propio Estado, siendo el hecho que origina la demanda una Ley dictada por éste en ejercicio de poder soberano?

Partimos de una premisa, la OC no equivale a la cuestión prejudicial del sistema jurisdiccional de la UE<sup>49</sup>. En consecuencia, los supuestos en uno y otro caso, así como los efectos no coinciden porque son fruto de diferentes modelos estratégicos. Ello se vincula con la delegación de competencias que los EP realizan en el fenómeno europeo y no efectúan en el MERCOSUR.

<sup>48</sup> Entre las críticas formuladas a la primera OC, la relativa a su redacción, al desorden de la exposición argumental, a la reiteración de los hechos que resultan narrados por cada uno de los árbitros del TPR, son algunos de los defectos de presentación que se le destacan. En ese sentido nos pronunciamos en el artículo citado (nota 2).

<sup>49</sup> Las diferencias las hemos expuesto de forma detallada en el artículo de nuestra autoría citado en nota 2. Muy ilustrativo sobre la cuestión prejudicial resulta R. ALONSO GARCÍA en: *Las sentencias básicas del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, pgs. 283 y ss.

De esta suerte, ambas construcciones coinciden en sus fines –mejorar la calidad de vida de los pueblos a través de un desarrollo económico con justicia social– pero no se asemejan en los métodos e instrumentos que los países emplean para alcanzar su propósito. La inferencia trae consigo distinguir qué es hoy la Opinión Consultiva de aquello que aspiramos que sea, para no caer en la confusión de atribuirle caracteres que no reviste.

En definitiva, la OC es una declaración no vinculante ni obligatoria, emitida por un tribunal que no goza de supranacionalidad, y por tanto carece de legitimidad para asumir funciones jurisdiccionales cuando se expide a través de este mecanismo; además no es un órgano permanente pues sus miembros no son de tiempo completo y no están radicados en el país sede del Tribunal, no ostentan restricciones para ejercer la profesión libre, lo cual parece una incongruencia en articulación con el poder jurisdiccional que se les atribuye al actuar como tribunales de última instancia o de instancia única. Sin embargo, atendiendo a las reglas que regulan su funcionamiento los tópicos enunciados no se consideran excluyentes. Por otra parte, no sería posible que así fuera, pues no gozan de una remuneración fija a manera de salario. Consecuencia de esta falta de pertenencia a un cuerpo permanente es que pueden pronunciarse o emitir sus pareceres sin que necesariamente deban estar reunidos en presencia o conformados como tribunal «permanente» de acuerdo a su denominación, para actuar en cumplimiento de la tarea asignada<sup>50</sup>. Cabe advertir en orden a la naturaleza jurídica del tribunal que es un tema en el que no podemos detenernos en esta ocasión pues, sólo con los enunciados vertidos se adquiere conciencia clara que amerita un profundo análisis, la elaboración de un diagnóstico y de los cambios imprescindibles y urgentes que son fundamentales para dotar al sistema de la seguridad jurídica que éste persigue. En tanto los Estados del Mercosur no reflejen voluntad política para ceder competencias jurisdiccionales en órganos supranacionales, de nada vale crear herramientas, establecer reglamentos o disposiciones que continúen aumentando el acervo jurídico del bloque y demostrando una inflación normativa que en nada beneficia valores como la previsibilidad y la certeza en el bloque regional.

Hay una diferencia que no podemos dejar de lado, sin perjuicio de no detenernos en todas las existentes pues en realidad, son distintos prácticamente en todas sus características salvo en el objetivo –interpretación uniforme del derecho del proceso de integración–. Me refiero a la estructura orgánica del Tribunal, pues el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) cuenta con el Abogado General. Esta figura relevante en el modelo europeo asume funciones irremplazables y no se ha previsto en el esquema

<sup>50</sup> De hecho es lo que sucedió con los árbitros por Argentina (Carlos María Correa) y por Brasil (João Grandino Rodas) que amparados por las disposiciones vigentes, intervinieron mediante comunicación telefónica y de correo electrónico (MERCOSUR/CMC/DEC. núm. 37/03 art. 7 inc. 2). La gran desventaja de esta regla es privar al sistema de la inmediatez que exige el debate entre los miembros que integran el cuerpo y los objetivos buscados.

mercosureño, la participación de un profesional que cumpla las veces de tan destacado protagonismo<sup>51</sup>.

c) El ámbito material de la consulta

El ámbito material de la consulta, en tanto, es captado por el art. 3. 1 del RPO que autoriza la interpretación por el Tribunal, de cualquier cuestión jurídica relativa al derecho originario y /o derivado del MERCOSUR.

En la demanda contra el Estado, el actor sostiene la violación de fuentes del MERCOSUR, y de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Con buen tino a la hora de elevarla, solamente se mencionan las disposiciones de derecho del MERCOSUR atento que el TPR no revestiría facultades para interpretar la Convención sobre Derecho de los Tratados.

En cambio, el planteo consiste en pedir al TPR que se pronuncie acerca de la primacía de las normas mercosureñas sobre la norma del Poder Legislativo de la República Oriental del Uruguay que reimplanta la tasa consular «ya sea ésta de fecha anterior o posterior a la normativa MERCOSUR citada...». En pocas palabras, plantea una especie de clarificación del alcance del proverbio «*lex posterior derogat lex prior*».

Obviamente que en el primer caso –Ley 17.296, art. 585, anterior al dictado de las normas MERCOSUR– no cabe solicitar la repetición del pago pues el Tratado y las normas derivadas no tienen efecto retroactivo. En el segundo caso, o sea vigentes ambos ordenamientos, el TPR debe remitir su respuesta acotada a las fuentes en vigor cumpliendo de este modo con las atribuciones recibidas. Como bien señala el TPR, no está dentro de sus facultades «inaplicar» la norma interna si resultare que, conforme afirma la demanda, ella viola la normativa MERCOSUR invocada<sup>52</sup>.

Convengamos que el recaudo de precisión exigido para efectuar el pedido, no se ha observado en toda su dimensión y lo mismo podría afirmarse en cuanto a la documental necesaria a los fines de elucidar la cuestión.

d) Definiendo...

De acuerdo a lo que venimos afirmando, el tribunal centra el núcleo del conflicto en dos tópicos, el primero, relativo a la jerarquía de un orden jurídico sobre otro; la segunda cuestión, consiste en la necesidad que expresa el TPR de conocer con precisión la calificación que a nivel interno se atribuye a «tasa consular».

<sup>51</sup> El Abogado General –conforme establece el art. 222 del TCE– es quien presenta públicamente, «[c]on toda imparcialidad e independencia, conclusiones motivadas sobre los asuntos que, de conformidad con el Estatuto del Tribunal de Justicia, requieran su intervención». Acerca de sus funciones, con mayor detalle puede verse: R. ALONSO GARCÍA, *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, Madrid, Thomson-Civitas, 2007, 146-147.

<sup>52</sup> OC párr. 38 in fine.

i. Un tanto a favor

La faz positiva que podemos señalar es que el TPR de forma meridiana vuelve a insistir en la primacía del Derecho del MERCOSUR sobre las legislaciones de los EP cuando las normas de integración han cumplido el procedimiento respectivo de internalización, incorporación y/o ratificación según proceda. En consecuencia, queda expuesta con diáfana calidad, la posición frente al supuesto en que se avizore una contradicción entre una norma interna y una norma mercosureña en tanto ésta sea fruto de la materia en que se adjudica competencia al legislador del esquema subregional<sup>53</sup>.

Los tribunales ad hoc se pronunciaron en igual sentido en varias oportunidades<sup>54</sup> y también fue el criterio del TPR en la primera OC así como en los laudos emanados de esta instancia.

Asimismo, se adjudica la facultad de pronunciarse «sobre la compatibilidad de una norma nacional con el Derecho del Mercosur», entendiendo que en el supuesto resultan de aplicación el TA, y las normas derivadas complementarias. Sin embargo, seguidamente, compara el mecanismo con el existente en el sistema europeo para expresar que, en función de las diferencias entre uno y otro, «no corresponde al TPR indicar al juez la normativa que en definitiva habrá de aplicar».

ii. La «tasa consular»

En cuanto al segundo aspecto, –calificación de tasa consular– considera el TPR que no está en condiciones de pronunciarse porque previamente le corresponde al órgano jurisdiccional nacional clarificar si se trata de una tasa o un impuesto. Una vez definido este punto, aduce el tribunal, estará recién en condiciones de expedirse sobre la compatibilidad o no del ordenamiento Mercosur y el ordenamiento interno.

A estos argumentos agrega que la interpretación en el caso concreto que deberá efectuar el juez nacional, será guiada por la «[o]bligatoriedad asumida por los Estados Parte de eliminar los obstáculos a la libre circulación de bienes» en sus distintas modalidades.

En virtud de lo expuesto, difiere expedirse sobre los planteos que le fueran efectuados, alegando que el momento procesal oportuno para ello será una vez que la autoridad competente nacional proporcione las definiciones que permitan determinar si la norma interna establece una «tasa» o un «impuesto».

Sobre este último punto, cabría una apreciación, y es que el TPR está habili-

<sup>53</sup> Acerca de estas OCs. ver A. PEROTTI, en: «El principio de primacía del Derecho del MERCOSUR en las tres primeras opiniones consultivas del Tribunal Permanente de Revisión», en: *Derecho internacional, Derecho comunitario y Derechos humanos*, Isolma, San José, Costa Rica, 2009, pgs. 291-316.

<sup>54</sup> Sobre el principio de primacía en los laudos arbitrales, ver también A. DREYZIN DE KLOR, «MERCOSUR. Los laudos arbitrales: Una visión prospectiva», *DeCITA*, 1, 2004, pgs. 92-109.

tado para recabar a los peticionantes de la OC «[l]as aclaraciones y documentación que estime pertinentes»<sup>55</sup>.

D) *La sentencia*

A los fines de dictar el pronunciamiento la jueza interviniente delimita sobre los puntos que debe «versar la decisión». A tal fin considera «medular» establecer la naturaleza jurídica de la tasa consular y el «derecho aplicable» a efectos de decidir «si existe un conflicto entre las normas» y en ese caso, cual reconoce primacía.

a) La naturaleza del gravamen según el juez nacional

En esta línea de ideas llega a la conclusión que «[c]uando se reimplantó la tasa consular derogada por el art. 473 de la Ley 16.226, no se reimplantaron las actividades cumplidas por las Oficinas Consulares, modificándose sustancialmente la naturaleza jurídica del tributo, el que dejó de ser una tasa para transformarse en un impuesto». O sea que luego de la entrada en vigencia de la Ley núm. 17.296 deja de ser tasa para convertirse en impuesto<sup>56</sup>.

b) Sobre la primacía de las normas

En orden a la Ley aplicable, considera que el tópico hace parte de una materia fiscal «que es potestad privativa del poder legislativo del Estado uruguayo, que hace a la individualidad de cada Estado soberano». Ahora bien, suponer que hay contradicción entre la Ley vigente y el Tratado de Asunción, es declarar la ilegitimidad de dicha Ley por contravenir la Constitución que sustenta «con carácter permanente la obligatoriedad de todo tratado en vigor». Siguiendo este razonamiento, observa el magistrado que eventualmente podría considerarse una norma inconstitucional y a la luz de la Constitución de Uruguay no está entre sus competencias desaplicar una Ley vigente.

Recordemos que Uruguay se enrola entre los países cuyo sistema de control de constitucionalidad es concentrado (solamente la Corte Suprema de Justicia se pronuncia sobre inaplicabilidad del derecho en vigor y el efecto no es *erga omnes* sino válido para cada caso concreto).

c) Sobre el TPR

Finalmente y aunque llame poderosamente la atención, en la sentencia no se hace mención alguna de la OC emanada del TPR. Este silencio es desconcertante pues más allá de hacer caso omiso al pronunciamiento, la consulta existió, fue elevada, el Tribunal se pronunció y devolvió la declaración por los carriles correspondientes.

Una actitud es expresar el acuerdo o desacuerdo con el TPR y la opinión

<sup>55</sup> RPO, art. 8.

<sup>56</sup> Ver Sentencia núm. 54/2009 del 14/9/2009, acápite 3.

emitida; otra muy diferente, ignorar la actuación del órgano «jurisdiccional» del MERCOSUR.

d) Sobre el modelo

El tribunal interviniente no comparte «la conclusión del actor porque el MERCOSUR es una organización intergubernamental, no supranacional, que genera derecho externo, que luego debe ser incorporado o internalizado». Destaca asimismo, que las normas mercosureñas no gozan de aplicación directa, al tratarse de un esquema intergubernamental que se distingue de un orden jurídico supranacional «de aplicación predominante sobre los órdenes jurídicos internos, y ni siquiera nace como un orden jurídico interno con efecto derogatorio sobre el respectivo y propio orden jurídico»<sup>57</sup>

Agrega que conforme se expresa en el Protocolo de Ouro Preto (art. 40), al ser los EP quienes deben adoptar las medidas necesarias para proceder a la incorporación de las normas del MERCOSUR a los ordenamientos jurídicos nacionales, se reafirma el reconocimiento ínsito de la ineficacia supranacional de las normas<sup>58</sup>.

E) *Otra inquietud*

Otro aspecto interesante que sólo bosquejamos es el siguiente: al establecer quienes detentan legitimación activa para solicitar OCs al TPR, el legislador diferencia entre los jueces nacionales por un lado (de oficio o a solicitud de parte) y los EP en su conjunto y órganos del MERCOSUR, por el otro. Ahora bien, cuando son los primeros quienes actúan por estimar que es necesario pedir una interpretación de las fuentes jurídicas mercosureñas ante la eventualidad de existir una violación a los derechos de alguna de las partes contrapuestas en el conflicto radicado ante sus estrados, tratándose de legislación aprobada como fuente autónoma del estado nacional, y siendo el Estado parte del proceso, su actuación la ejerce en el carácter de persona jurídica de carácter público detentando su poder de máxima autoridad reconocido por la constitución de su país. Pareciera incoherente que en este supuesto, el Estado miembro –parte de un juicio que tramita ante los tribunales de su país– pueda solicitar al magistrado de la causa que eleve una OC al TPR. Sin embargo, está facultado para hacerlo, empero no así para solicitar unilateralmente una OC cuando no es parte de un proceso judicial. No es éste el supuesto fáctico pues en el caso es la actora –persona jurídica de carácter privado– quien la requiere pero bajo el principio de

<sup>57</sup> Ver Sentencia núm. 54/2009. Juzgado 1<sup>a</sup> Instancia, Montevideo, 14/09/2009. Con cita a FRESNEDO, *Derecho internacional Marítimo en el MERCOSUR*, t<sup>o</sup>. II, pg. 58.

<sup>58</sup> En este punto, es menester rescatar las diferencias existentes entre los sistemas constitucionales de Argentina y Paraguay por un lado, y Brasil y Uruguay por otro. En tanto los primeros reconocen sin dejar dudas al respecto, primacía al derecho de la integración por sobre la fuente autónoma –una vez producida la incorporación a los respectivos ordenamientos del derecho proveniente del MERCOSUR– no sucede lo mismo en los otros dos países que no han modificado sus textos constitucionales para incorporar una cláusula del tenor señalado en el primer caso.

igualdad de las partes podría ser pedida por el Estado en el mismo conflicto. En este potencial planteo se advierte que eventualmente, podría producirse la situación descripta atendiendo a las consideraciones que surgen de la interpretación de las reglas vigentes.

Permitir que un país miembro pueda solicitar la OC individualmente porque sus intereses se contraponen a los de un particular, ¿sería acaso abrirle la ventana para que ingrese con la petición que no puede introducir por la puerta? ¿Quedaría al amparo de lo que diga el TPR que para más, no es en este supuesto órgano jurisdiccional, dado que sus pronunciamientos no son obligatorios ni vinculantes?

Ciertamente, que las circunstancias son muy distintas en función de la declaración habilitada para el TPR en uno y otro contexto pues cuando son los EP actuando conjuntamente, el pronunciamiento goza de una amplitud que se limita notoriamente, en el caso en que el peticionante sea el tribunal actuando de oficio o a pedido de parte. Como hemos adelantado, sólo dejamos instalada la cuestión que reconduce a repensar en la calidad del modelo y el alcance de las competencias de los diversos poderes y órganos que intervienen.

## 2. La opinión consultiva N° 1/2009

Nuevamente, el 15 de junio de 2009, el TPR<sup>59</sup> se pronuncia mediante la OC bajo título, en ejercicio de de las competencias atribuidas por el Protocolo de Olivos (PO) y normas concordantes. Como fuera adelantado supra, el pedido es en el marco de los autos caratulados: «Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 2º Turno de la República Oriental del Uruguay, en la causa «Frigorífico Centenario SA c / Ministerio de Economía y Finanzas y otros. Cobro de pesos. IUE: 2-43923/2007. Exhorto».

### A) *Un paso intermedio*

Al ser notificada, la coordinación nacional uruguaya hizo saber a la Secretaría del Tribunal (ST) su posición contraria a la admisión del pedido pues entendía que los aspectos a que alude la consulta «son ajenos al objeto de una opinión consultiva». A tal fin se fundamenta en el texto del RPO que establece la competencia para pronunciarse sobre la interpretación jurídica de las normas del MERCOSUR pero no sobre la primacía de éstas sobre el ordenamiento interno<sup>60</sup>.

Si bien en el requerimiento anterior –Opinión Consultiva núm. 1/2008–, no se detalla la presentación de la Coordinación de la República del Uruguay, se reconoce entre los ítems enunciados, la nota presentada por esta

<sup>59</sup> Integrado por los árbitros titulares, a saber los Dres.: Carlos M. Correa, João Grandino Rodas, Roberto Ruiz Díaz Labrano, Roberto Puceiro Ripoll y Jorge Fontoura. La presidencia es ejercida por el Dr. Roberto Ruiz Díaz Labrano, correspondiendo la relatoría al Dr. Jorge Fontoura.

<sup>60</sup> Véase Considerando 12 de la OC.

división a través de la cual formula las consideraciones pertinentes, que no se dan a publicidad en el pronunciamiento<sup>61</sup>.

En esta oportunidad en cambio, nos enteramos que la Coordinación uruguaya se opuso al planteo por entender que no corresponde al tribunal del MERCOSUR elucidar la opinión al no estar en debate la interpretación de una norma de integración; insiste en que el cuestionamiento hace a la supremacía de un orden jurídico sobre otro (derecho interno – normas de MERCOSUR), y siendo así, la decisión es atribuible a los órganos nacionales.

#### B) *Nuevamente... Desprolijidades*

Mal que nos pese, debemos volver sobre un tema que aparece recurrente y no es otro que los errores de escritura que en derecho y en la justicia trascienden simples aspectos gramaticales para convertirse en serios motivos que pueden devenir en nulidades insalvables.

En esta OC se confunde el número de causa pues bajo la denominación aparece como IUE 2– 43923/2007 en tanto que en el desarrollo de la consulta figura como IUE 2– 439237/2007. Asimismo se utiliza indistintamente para referir la Ley objeto de debate las numeraciones 17296 y 17926<sup>62</sup>.

La actora es una Sociedad Anónima conforme la designación primigenia en tanto luego, es sencillamente Frigorífico Centenario para pasar nuevamente al tipo societario en acápites subsiguientes.

Aunque puedan considerarse temas menores, bien conocemos que no lo son en causas litigiosas que tramitan ante los tribunales.

#### D) *Sí a la Jurisdicción*

Basándose en el precedente, el TPR asume competencia. Para justificar su posición reitera las mismas razones consignadas en la OC emitida en la causa: «Sucesión Carlos Schneck y otros c. Ministerio de Economía y Finanzas y otros»<sup>63</sup>.

Expresa el TPR que de acuerdo a lo previsto en el PO y las normas que lo reglamentan, las opiniones consultivas están destinadas a clarificar y facilitar la aplicación de las fuentes originarias y derivadas del derecho del Mercosur.<sup>64</sup> Este objetivo no avala sin embargo, reconocer competencia al TPR para pronunciarse de forma directa sobre la «nulidad o la inaplicabilidad de la norma interna» aunque del análisis y estudios realizados llegue al convencimiento de la incompatibilidad de la norma interna con el derecho del MERCOSUR.

<sup>61</sup> Opinión Consultiva 1/2008, párr. 2.

<sup>62</sup> Ver parr. 8 y parr. 9.a). Punto 4. del Acuerdo. Asimismo se incurre en un error de fecha de la ley. Se atribuye a 31 de febrero de 2001, siendo del 21 de febrero de 2001.

<sup>63</sup> Juzgado Letrado de 1ª Instancia en lo Civil de 2º turno. Montevideo.

<sup>64</sup> OC núm. 1/2008, ap. 15.

D) *Sobre la respuesta brindada*

En líneas generales el pronunciamiento no difiere mayormente de su inmediato precedente. No podría ser de otra manera ya que en ambos casos, el TPR se pronuncia por unanimidad y ambas opiniones se emiten dentro de un corto lapso de tiempo. En consecuencia las observaciones que nos permitimos efectuar al abordar la OC 1/2008, son transpolables a esta declaración.

La diferencia más notoria trasunta en la recurrencia al precedente en varias oportunidades –obviamente un hecho nuevo– y a la calificación que toma de un tribunal uruguayo acerca de lo que debe entenderse por «tasa consular» en un conflicto que se expidió al respecto<sup>65</sup>.

#### IV. CONCLUSIONES ¿O INICIATIVAS?

Las reflexiones vertidas a lo largo de estas líneas dejan al descubierto que no son escasos los problemas que se plantean a la hora de solicitar y emitir OCs. dada la regulación que las ampara.

Las normas reguladoras del sistema de solución de controversias entre las que se comprenden las relativas a las opiniones consultivas responden al modelo del proceso regional, de marcado tinte intergubernamental.

El TPR es una consecuencia directa de este modelo y fiel reflejo del «déficit democrático» del MERCOSUR, que se traduce en la falta de legitimidad de los órganos dotados de competencia jurisdiccional y de atribuciones para emitir opiniones consultivas.

Las OCs. adolecen cierta dosis de relatividad, que conduce a no pocos replanteos. Entre ellos, no es menor el enraizado en las competencias otorgadas al tribunal, tema sobre el cual, el mismo TPR hace referencia.

Este instrumento coadyuvante a la labor del juez se inspira en la cuestión prejudicial que integra el sistema jurisdiccional de procesos avanzados de integración como la Unión Europea. Empero, los parámetros de funcionamiento y efectividad que se observan en la cuestión prejudicial como mecanismo de interpretación consagrado en el proceso paradigmático de integración del siglo XX, muestra notorias diferencias con el adoptado en esta subregión, tanto en lo que hace a sus alcances como a sus efectos.

En la medida que el MERCOSUR continúe dependiendo de la voluntad política de los gobernantes de turno, retrasando y dilatando la adopción de una institucionalidad sólida, se podrán crear las más variadas herramientas y aprobar normas que aspiren a dotar de seguridad al esquema, pero los avances no serán fructíferos.

<sup>65</sup> «L. & G S.A. y otros c/Ministerio de Economía y Finanzas y otros. Cobro de Pesos». El conflicto tiene sus raíces en las mismas motivaciones que generan las dos OCs. en análisis. En este caso, no se acudió en consulta al TPR.

Ciertamente instrumentar la OC no deja de reconocerse como un avance del sistema de solución de controversias, sin embargo, la práctica demuestra su insuficiencia. Insistimos en la importancia de crear una Corte Suprema de Justicia del MERCOSUR a la vez que apoyamos ferreamente las conclusiones a que arribaran los miembros de los Supremos Tribunales de Justicia de los EP en el VII Encuentro de Cortes Supremas del MERCOSUR. Trabajar en aras de constituir una justicia independiente y eficaz, es el siguiente paso, en realidad, la iniciativa a tomar y hoy el momento oportuno.

# Los límites al ejercicio de derechos en los partidos políticos, según el Convenio Europeo de Derechos Humanos: Comentario a la Sentencia de *Ilegalización de HB*

*Ana María Ovejero Puente*

Universidad Carlos III Madrid

## RESUMEN

La Sentencia *HB versus España* completa el cuerpo jurisprudencial elaborado por el TEDH en relación con los Partidos Políticos. Existe un enfoque europeo sobre los límites y las restricciones que pueden ser impuestas por los Estados a los Partidos fundamentado en la exigencia de respeto de la Democracia. Para que un Estado pueda disolver un Partido Político es necesario que la medida restrictiva supere un estricto test de legitimidad convencional. En ese sentido, la sentencia de HB ha supuesto un avance gracias a una más amplia interpretación sobre la prevalencia del principio democrático como herramienta en la lucha antiterrorista, lo que permite un mayor margen de actuación de los Estados a la hora de introducir restricciones en el derecho de asociación política, y en la libertad de expresión.

**Palabras clave:** Partido político, derecho de asociación, principio democrático, libertad de expresión, limitaciones convencionales de derechos, derecho de sufragio, test de validez convencional.

**Keywords:** Political Parties, Right of association, Freedom of expression, conventional rights limits, Principle of democracy, conventional validity test.

## ABSTRACT

The Case *HB versus Spain* completes the ECHR interpretation on the action limits for Political Parties. There's a European common approach about the conventional restrictions for the exercise of political rights and freedoms of political parties based on the respect of Democracy. Any State intervention or restriction on these fundamental rights and freedoms has to pass a strict test of convention validity. In this sense, HB Judgement offers a new perspective on the interpretation of the principle of democracy as an instrument against terrorism, and allows new intervention tools for States.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN
  2. LA DEMANDA DE HB—2.1. *El objeto de la impugnación*—2.2. *El marco convencional aplicable*
  3. LAS IMPUGNACIONES DE LAS AGRUPACIONES DE ELECTORES. SUS ESPECIFICIDADES
  4. LA CONFIGURACIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICOS PREVISTOS EN LOS ARTS. 10 Y 11 CEDH Y EN EL PROTOCOLO NÚM. 1 (ART. 3)—4.1. *Los derechos políticos del art. 3 Protocolo núm. 1*—4.2. *El derecho de sufragio en relación con el derecho a la libertad de expresión (La relación entre el art. 3 Protocolo núm. 1 y el art. 10 CEDH)*—4.3. *El derecho de sufragio en relación con la libertad de asociación*
- CONCLUSIONES
-

## 1. INTRODUCCIÓN

El Tribunal de Estrasburgo emitió el 30 de junio de 2009, tres sentencias consecutivas con las que se cierra en términos judiciales el cuestionamiento sobre la aplicación de la Ley 6/2002 de Partidos Políticos (en adelante LPP). En la sentencia se señala que la regulación prevista en la Ley y el proceso de ilegalización aplicado al Partido Herri Batasuna, y las posteriores impugnaciones para concurrir a las elecciones municipales de 2003 y europeas de 2004 de las listas de agrupaciones de electores declaradas sucesoras del partido disuelto, no vulneran el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).

Para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos la ilegalización de HB y Batasuna y la anulación de agrupaciones electorales realizada al amparo de la Ley 6/2002 no viola el Convenio ni la protección que éste otorga a la libertad de asociación, pues las restricciones al ejercicio del derecho de asociación previsto en la Ley española entran dentro de las restricciones que legítimamente pueden abordarse por los Estados, para salvaguardar el principio democrático, la seguridad y el orden público, que se prevén de forma específica en el CEDH.

La sentencia del TEDH resuelve las demandas acumuladas núms. 25803/04 y 25817/04, interpuestas el 19 de junio de 2004 por Batasuna y HERRI BATASUNA, respectivamente contra el Estado Español; las demandas 35579/03, 35613/03, 35626/03 y 35634/03 presentadas por ETXEBERRIA, BARRENA ARZA

NAFARROAKO AUTODETERMINAZIO BILGUNEA et AIARAKO y otros; Y la presentada por HERRITARREN ZERRENDA núm. 43518/04. El primer caso concierne a la ilegalización del Partido Político HB al amparo de la Ley Orgánica 6/2002<sup>1</sup>. La ilegalización se produjo por sentencia de la Sala especial del Tribunal Supremo, de 27 de marzo de 2003 y fue confirmada por la sentencia dictada en amparo por el Tribunal Constitucional, STC 5/2004, del 16 de enero del 2004. El segundo y tercer caso concierne a la anulación de las candidaturas de las agrupaciones electorales y su exclusión a participar en las elecciones municipales del 2003, por constatarse una relación de «sucesión» con los partidos ilegalizados, por sentencia del TS del 3 de mayo de 2003 y confirmada por las STC 85/2003.

El 11 de diciembre de 2007 el Tribunal de Estrasburgo adoptó el acuerdo de admitir parcialmente a trámite las demandas por las presuntas violacio-

<sup>1</sup> La Ley de Partidos Políticos fue confirmada por la STC 48/2003 de 12 de marzo.

nes de los artículos 10 y 11 del CEDH, desestimando otras supuestas violaciones del Convenio igualmente invocadas por las partes.

## 2. LA DEMANDA DE HB

### 2.1. El objeto de la impugnación

En las demandas acumuladas se invoca la violación de los siguientes derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: libertad de expresión (artículo 10 CEDH), libertad de reunión y asociación (artículo 11 CEDH), derecho a un juicio justo y a un recurso efectivo (artículos 6 y 13 CEDH) y derecho a elecciones libres (artículo 3 del Protocolo 1º al CEDH).

**En el caso de Herri Batasuna** la acusación contra el Estado español se basaba, como alegación principal, en la **vulneración del artículo 11** de la Convención europea de Derechos Humanos que sostiene que «toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación» y que «el ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la Ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos». Los recurrentes alegaban que la disolución de su Partido Político suponía un atentado contra sus derechos políticos y en concreto contra su derecho de reunión y libertad de asociación. Para los recurrentes, dicha ilegalización se había producido en aplicación de la Ley de Partidos Políticos (LOPP 6/2002), que se había redactado para este caso concreto (Ley ad hoc) y que se había aplicado con **carácter retroactivo**, lo cual vulneraba a su vez **el derecho a la legalidad penal**. Para los recurrentes el Estado Español había redactado una Ley restrictiva de derechos, sin que concurriera un fin legítimo o un interés superior, de los recogidos expresamente en el Convenio, cuya protección justificara la restricción, porque la medida impedía el pluralismo político esencial en una sociedad democrática. Por último, consideraban que la medida restrictiva no era proporcional ya que no restringía el ejercicio de los derechos, si no que lo impedía completamente.

### 2.2. El marco convencional aplicable

El TEDH, desde un inicio, delimita el ámbito convencional aplicable al caso y excluye la aplicabilidad de algunos de los derechos invocados por las partes.

En primer lugar, excluye que se haya producido una posible vulneración del derecho a la legalidad penal, porque, aunque es cierto que la Ley de Partidos Políticos es posterior a la creación del Partido HB, considera que, desde su aprobación hasta la sentencia ilegalizadora, pasó un tiempo razonable en el que los partidos políticos afectados podían haberse adaptado a

la ley. Y por otro lado, los hechos considerados por el Estado Español, confirmados tanto por el TS como por el TC, para la ilegalización (es decir, para la aplicación de la norma restrictiva) son todos ellos hechos posteriores a la entrada en vigor de la norma.

En segundo lugar, también **excluye la posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva** porque el proceso de disolución se realizó con las máximas garantías procesales, ante un Tribunal independiente y predeterminado y se fundamentó en distintas pruebas de cargo. Para los recurrentes, las pruebas reunidas para la ilegalización carecían de sustancia para fundamentar la ilegalización y para justificar la inclusión de la formación política en la tipificación prevista por la Ley LPP en su artículo 9.2<sup>2</sup>. Esta misma alegación ya había sido presentada en su recurso ante el TC. Entre aquellas pruebas figuraban no designar representantes en la comisión parlamentaria de víctimas de Gasteiz, participación de alcaldes y concejales de HB en manifestaciones en defensa de los derechos de los presos vascos; no condenar atentados terroristas y hacer otras declaraciones de apoyo o justificación de atentados terroristas, que los demandantes consideran formaban parte del ejercicio de la libertad de expresión.

La respuesta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es que «no tiene la tarea de sustituir a los tribunales competentes», a la hora de valorar las pruebas que se aportan, sino comprobar en términos del artículo 11 del Convenio, si las decisiones que han hecho bajo su autoridad son racionales y respetuosas con las exigencias convencionales». Y aunque dice no entrar a analizar caso por caso las «pruebas» que se le han detallado, sí desarrolla un análisis de todas en conjunto para concluir que «la acción de los demandantes (HB y Batasuna) debe analizarse en su totalidad como parte de una estrategia para lograr su proyecto político, en esencia contrario a los principios democráticos defendidos en la Constitución. Esto cumple con los motivos de disolución establecido en el artículo 9, apartado 2 c) de la LOPP, es decir, complementar y apoyar la acción política de las organizaciones terro-

<sup>2</sup> 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: a) Vulnerar sistemáticamente las libertades y derechos fundamentales, promoviendo, justificando o exculpando los atentados contra la vida o la integridad de las personas, o la exclusión o persecución de personas por razón de su ideología, religión o creencias, nacionalidad, raza, sexo u orientación sexual. b) Fomentar, propiciar o legitimar la violencia como método para la consecución de objetivos políticos o para hacer desaparecer las condiciones precisas para el ejercicio de la democracia, del pluralismo y de las libertades políticas. c) Complementar y apoyar políticamente la acción de organizaciones terroristas para la consecución de sus fines de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, tratando de someter a un clima de terror a los poderes públicos, a determinadas personas o grupos de la sociedad o a la población en general, o contribuir a multiplicar los efectos de la violencia terrorista y del miedo y la intimidación generada por la misma.

ristas con fines de perturbar el orden constitucional o dañar gravemente la paz pública”<sup>3</sup>.

**El estudio sobre el fondo de la cuestión** se centra, por tanto, en el estudio de la medida legal, como medida restrictiva de derechos y en las posibles afectaciones de los derechos de asociación y libertad de expresión concurrentes en el proceso electoral que constituye la circunstancia fáctica esencial del caso. Y después, en la concurrencia de elementos racionales para la inclusión de los supuestos fácticos en el precepto de la LPP que prevé la disolución de un Partido Político.

Los demandantes señalaban que el **objeto de la disolución de Batasuna, es decir, que el fin perseguido por la Ley de Partidos Políticos, era ilegítimo**, pues pretendía eliminar al independentismo como idea política del panorama político español. Dicha exclusión afectaba, por tanto, a la libertad de expresión y a la libertad de reunión y asociación. El tercer motivo para el recurso era **la falta de proporcionalidad** de la medida restrictiva en dos aspectos: por un lado, la falta de proporcionalidad entre la sanción prevista por la Ley (la disolución del partido) y el fin perseguido (defensa de la democracia), ya que lejos de restringir el derecho lo hacían imposible y lo excluían completamente; y por otro, la falta de proporcionalidad entre la «gravedad» del listado de acciones que sirvieron para avalar la ilegalización de HB y los efectos de dejar fuera de la legalidad a una formación política<sup>4</sup>.

### 3. LAS IMPUGNACIONES DE LAS AGRUPACIONES DE ELECTORES. SUS ESPECIFICIDADES

Una vez dictada la sentencia en la demanda de HB y Batasuna contra España, el Tribunal de Estrasburgo hizo públicas también las referidas a agrupaciones electorales creadas para las elecciones municipales y forales de 2003 y los comicios al Parlamento Europeo de 2004. De partida, la Corte adoptó una posición coincidente con la del Gobierno español, en virtud de la cual «la disolución de los partidos políticos HB y Batasuna hubieran sido inútiles si podían continuar operando de facto a través de grupos electorales». Por lo tanto, considera que la restricción también era posible en el marco del CEDH como consecuencia derivada de la disolución de HB, siempre que, igualmente, pueda comprobarse que se está llevando a cabo con «objetivos compatibles con el principio del imperio de la Ley y con los obje-

<sup>3</sup> Una argumentación sustancialmente igual a la del TC español, recogida en la STC 5/2004 en el Fundamento jurídico 15º.

<sup>4</sup> En líneas generales, las legislaciones nacionales de los Estados miembros del Consejo de Europa reconocen distintas razones para la ilegalización en sus ordenamientos nacionales. Sintéticamente son: poner en peligro la existencia o la Soberanía del Estado; amenazar la base de la democracia; amenazar la integridad del Estado; promover la discriminación étnica; usar o amenazar con el uso de la violencia; defensa del nazismo o del fascismo; asociaciones delictivas; asociaciones militares o paramilitares; asociaciones secretas o que usan métodos subversivos. Todo ello está recogido en el *Informe de la Comisión de Venecia*, aprobado en la 78ª sesión plenaria, el 14 de marzo de 2009.

tivos generales de la Convención, a saber: la protección del orden democrático, admitido como límite válido al ejercicio de los derechos políticos cuestionados en el ámbito de la Convención».

El análisis de adecuación al Convenio Europeo de esta restricción de derechos aplicada por el Estado español a agrupaciones de electores, se realiza, por tanto, aplicando el mismo juicio estricto de validez para la limitación de derechos convencionales que se aplica en el caso de los partidos políticos: Fin legítimo perseguido, proporcionalidad de la medida, ausencia de arbitrariedad. Para el TEDH la existencia de «sucesión» entre partido ilegalizado y agrupaciones de electores es un elemento nuclear de la argumentación jurídica.

Como sabemos, en la STC 85/2003 el TC español ya distinguía entre la disolución del Partido y la intervención de los derechos fundamentales de los miembros del Partido, o de otros terceros que pudieran tener relación con ellos. Tanto para el TC español, como para el TEDH las autoridades judiciales Españolas habían dejado suficientemente probado que las agrupaciones son sucesión del Partido ilegalizado, por ello, cabe aplicar la misma restricción legal que se aplicó al Partido y, por lo tanto, la anulación de las candidaturas no vulnera la Convención (Dice literalmente la STEDH «(...) *il a été suffisamment prouvé par les juridictions internes espagnoles que les groupements litigieux prétendaient poursuivre les activités de Batasuna et Herri Batasuna, dissous préalablement en raison de leur soutien à la violence et aux activités de l'organisation terroriste ETA*»). El Tribunal Europeo considera que «las autoridades nacionales tenían muchos elementos para concluir que el grupo electoral quería continuar las actividades de los partidos políticos declarados ilegales por adelantado»<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> Según la nota de prensa emitida por el Ministerio de Justicia de España el 30 de junio del 2009, la sentencia del TEDH llegaba a las siguientes conclusiones: 1) La Ley de Partidos Políticos española reúne requisitos de previsibilidad y racionalidad y no ha sido objeto de aplicación retroactiva. 2) La disolución de los partidos prevista en esta Ley persigue un fin legítimo como es «defender el sistema democrático y las libertades fundamentales» de los ciudadanos. La existencia de otros partidos «separatistas» legales, que tienen representación en el País Vasco y en otras Comunidades Autónomas demuestra que no es cierto que sea una Ley ad hoc que pretende la exclusión del independentismo como opción o proyecto político, y añade que la actuación del Estado es legítima puesto que busca «el mantenimiento de la seguridad pública, la defensa del orden y la protección de los derechos y libertades de los demás». 3) La disolución puede considerarse como una medida que responde a «una necesidad social imperiosa», que permite injerencias del Estado en el derecho de reunión y asociación previsto en el art. 11 de CEDH, teniendo en cuenta incluso el estrecho margen de apreciación que en este ámbito se reconoce a los Estados. 4) Los comportamientos de los partidos disueltos que han sido tenidos en cuenta por los Tribunales nacionales (Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional) permitían concluir que dichos partidos eran instrumentos de la estrategia terrorista de ETA. 5) El TEDH diferencia, dentro de dichos comportamientos, los que favorecen un clima de confrontación social y los que constituyen un apoyo implícito al terrorismo de ETA, aceptando que se trata de comportamientos muy próximos al apoyo explícito a la violencia y al elogio de personas verdaderamente ligadas al terrorismo. 6) El TEDH recuerda que los actos y los discursos de los miembros y dirigentes de los

Por último, es destacable que, en la valoración de la normativa aplicable al supuesto de ilegalización de Batasuna, el TEDH hace referencia a la Posición común 2003/402/PESC del Consejo de la Unión Europea de 5 de junio del 2003, que incluye la posición común 2001/931/PESC sobre aplicación de medidas específicas en de Lucha contra el terrorismo; La Resolución 1308 (2002) de la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa relativa a restricciones concernientes a los partidos políticos de los Estados miembros y la Convención Europea para la prevención del Terrorismo. Todos estos instrumentos, a partir de la noción común de terrorismo, habilitan a los Estados a adoptar medidas de «naturaleza excepcional» para la defensa de los sistemas democráticos, justificando una posible intervención excepcional de los Estados en los derechos y libertades individuales.

#### **4. LA CONFIGURACIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICOS PREVISTOS EN LOS ARTS. 10 Y 11 CEDH Y EN EL PROTOCOLO NÚM. 1 (ART. 3)**

Más allá de la declaración que afecta al enjuiciamiento de la Ley 6/2002, todas estas sentencias abundan en la delimitación o, más estrictamente, configuración, tanto de los derechos políticos previstos en el artículo 3 del Protocolo núm. 1, como los recogidos en los artículos 10 y 11 de la Convención, en relación con el más genérico derecho a la participación política, en relación con los partidos políticos y con la función de representación que éstos ejercen en el sistema democrático.

Para empezar, tanto el caso HB versus España como las sentencias Etxebarria, Barrena Arza, etc. versus España o la de Herritarren Zerrebda versus España, reiteran la ya pacífica jurisprudencia del TEDH que establece una directa conexión entre los derechos individuales de sufragio activo y pasivo, con la libertad de expresión y la libertad de reunión y asociación política, en relación con el principio general de defensa del sistema democrático que informa la Convención. Entiende el TEDH que todos ellos deben ser

partidos disueltos no excluyen el recurso a la fuerza para realizar su designio y que los Tribunales nacionales han justificado suficientemente que las confrontaciones pueden provocar movimientos violentos en la sociedad que perturbarían el orden público, como ya ocurrió en el pasado. 7) El TEDH acoge los argumentos del Tribunal Constitucional cuando considera que la negativa a condenar la violencia puede entenderse como una actitud de apoyo tácito al terrorismo. Y esto, en un contexto en el que existe el terrorismo después de más de treinta años y el mismo es objeto de la condena de todos los demás partidos políticos. Así, el rechazo a la condena del terrorismo, como argumento para la decisión de ilegalización, es tomado en cuenta por el TEDH junto con una pluralidad de actos y de comportamientos. Por tanto, el TEDH estima que, como resultado de un control riguroso sobre la presencia de razones convincentes e imperiosas capaces de justificar la ilegalización de los partidos políticos demandantes, la disolución corresponde a una «necesidad social imperiosa» y es «proporcionada al fin legítimo perseguido», especialmente el mantenimiento de la seguridad pública, la defensa del orden y la protección de los derechos y libertades (párrafo 94. Conclusión del TEDH sobre el artículo 11 del CEDH).

interpretados conjuntamente, como instrumentos esenciales para la consecución de la democracia. Sin embargo, y a pesar de que el Tribunal hace referencia al ámbito propio de cada uno de los derechos en la esfera personal del ciudadano, el juicio de validez sobre los instrumentos estatales de intervención o limitación, se lleva a cabo desde una perspectiva no individual o personal de los derechos afectados, sino desde la valoración global de estos derechos como un todo, en virtud de la relación que existe entre ellos como instrumentos para el funcionamiento del sistema democrático. Es decir, en el contexto de la concurrencia política o de la formación del pluralismo político. En consecuencia, no se produce una clara delimitación del haz de facultades o posiciones jurídicas personales que se derivan de cada uno de los derechos en abstracto, sino como instrumentos del adecuado funcionamiento del sistema democrático.

Por otro lado, el enjuiciamiento del TEDH tampoco se realiza desde la perspectiva individual del derecho lesionado, y de cómo queda afectada la esfera individual, sino en relación con la función sistémica que ejercen los Partidos Políticos. Los derechos políticos en relación con su ejercicio por parte de los Partidos políticos más que derechos individuales frente al Estado (en la definición clásica) son valorados desde el servicio que ofrecen como garantías del Estado, o más específicamente, de una determinada forma del poder del Estado democrático, se entiende. Con ello, se produce un cambio no menos interesante en la perspectiva protectora del Derecho convencional de los Derechos Humanos. En los casos de los Partidos Políticos, la CEDH, más allá de proteger la esfera individual de dignidad del Hombre frente al ejercicio del poder, asume la defensa de una forma de ejercicio del poder democrático, de forma prevalente al derecho individual.

Así se entiende que, para el TEDH, en el caso de los Partidos Políticos, algunos de los elementos propios o facultades derivadas de la Libertad de expresión individual estén, sin embargo, garantizados por el más general derecho o libertad de asociación política, o que otros puedan ser parte integrante de un genérico derecho de sufragio o, más específicamente, de la garantía de celebración de elecciones libres<sup>6</sup>, aun cuando ello no constituye un derecho propiamente dicho, en el sentido tradicional de los derechos humanos.

Para comprender esta manera de interpretar los derechos políticos en el ámbito convencional, hay que considerar, de forma prioritaria, el criterio axiológico que sostiene todo el Convenio (Párrafo 4º del preámbulo). De hecho, el CEDH no reconoce expresamente un derecho al sufragio semejante al reconocido en el artículo 23 de la Constitución Española, o del reconocido en el artículo 48 de la Constitución Portuguesa, o como un derecho a la participación y la dirección de la vida pública en el sentido reconocido por el artículo 3 de la Constitución Francesa del 58. Reconoce

<sup>6</sup> Dice el propio TEDH en el caso *Bowman versus UK* (19-2-1998): «Elecciones libres y libertad de expresión, particularmente la libertad de debate político, forman conjuntamente el lecho de cualquier sistema democrático». Citado por GARCÍA ROCA en op. cit. (pág. 828).

un amplio derecho a la celebración de elecciones libres, que no se incluye dentro del catálogo general, sino en un Protocolo anexo, y que se configura más como un deber del Estado, o un «derecho colectivo» a una prestación del Estado («que los estados organicen y celebren elecciones libres con escrutinio secreto») que como un derecho subjetivo propiamente dicho. El conjunto de derechos subjetivos detraídos del enunciado general son, no obstante, obra de la jurisprudencia del TEDH y de su labor interpretativa.

En todo caso, el tratamiento que dispensa el TEDH a los tres casos españoles distingue la solución dada al Partido Político, de la solución dada a las agrupaciones de electores, porque en estas segundas se reconoce la afectación a derechos individuales.

#### 4.1. Los derechos políticos del art. 3 Protocolo núm. 1

Como decíamos, para el TEDH, ante todo, el artículo 3 del Protocolo núm. 1, consagra el principio democrático; un principio fundamental para todo régimen político que sea verdaderamente democrático, y que tiene una importancia crucial en el sistema de protección de derechos de la Convención, reiterando, así, la jurisprudencia iniciada en la Sentencia del caso Mathieu-Mohin y Clerfayt versus Bélgica, de 2 marzo de 1987. El principio democrático es el elemento fundamental del «orden público europeo»<sup>7</sup>. Los derechos reconocidos en el artículo 3 son esenciales para el establecimiento y mantenimiento de los fundamentos de todo régimen democrático, sometido al imperio de la Ley (Caso *ždanoka*)<sup>8</sup> y en ese sentido, podemos entender que son instrumentales para la protección y mantenimiento del «orden público», lo que justifica que puedan ser limitados o que queden supeditados a la consecución de la democracia, como único sistema compatible con la Convención. Como explica GARCÍA ROCA, la evolución en la interpretación de los preceptos del Protocolo núm. 1 ha ido transformando el inicial sujeto destinatario. Inicialmente los destinatarios del precepto eran sólo los Estados, que asumían la obligación internacional de celebrar elecciones libres<sup>9</sup>. Sin embargo, y a medida que la Convención ha ido adoptando una posición constitucional en la estructura europea y en los ordenamientos constitucionales internos, el Tribunal ha ido avanzando hacia un reconocimiento del ciudadano como sujeto de los derechos derivados del reconocimiento genérico del art. 3 del P1<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> Ver ESPIN, E. «Ciudadanía y participación política en Europa», en *Revista Vasca de Administración Pública*, NÚM. 58 (2000).

<sup>8</sup> Sentencia del TEDH en el asunto *Zdanoka versus Letonia* de 16 de marzo de 2006. En este caso el TEDH establece el respeto al Estado de Derecho como requisito esencial para el principio democrático.

<sup>9</sup> Ver GARCÍA SORIANO, «Artículo 3 del Protocolo Adicional al Convenio de Roma de 1950: el análisis del derecho a unas elecciones libres», *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furio Ceriol*, núms. 14/15 (1996).

<sup>10</sup> En GARCÍA ROCA, «Del compromiso internacional de los Estados a Organizar elecciones al Derecho de sufragio de los ciudadanos» (pg. 852), en GARCÍA ROCA Y SANTAOLALLA (Coord.) *La Europa de los Derechos*, el CEDH, Edit. CEPC, Madrid (2005).

En este sentido, el TEDH, asumiendo las doctrinas constitucionales de los Estados miembros, distingue también en el ámbito de la Convención dos derechos, con regímenes distintos: el derecho «activo» al sufragio, es decir, el derecho a emitir el voto y el derecho «pasivo» de sufragio, o derecho a presentarse y ser elegido. Ninguno de ellos se entiende como derecho absoluto, precisamente porque son derechos derivados de la obligación expresa de celebración de elecciones libres, y por tanto, instrumentales para la consecución del principio democrático superior, y del mantenimiento del orden Público europeo. Precisamente por ello, las restricciones, limitaciones o condicionantes a la hora de ejercer los derechos individuales y derivados tendrá diferente alcance según cual sea la «utilidad» del ejercicio del derecho para la consecución, bien de la democracia, bien del orden público del Estado en cuestión. Ésta es, sin duda, la diferencia más importante respecto al reconocimiento nacional sobre los derechos al sufragio o a la participación política. En todo caso, tanto para los derechos nacionales como para la CEDH en relación con la interpretación del Tribunal, son derechos de configuración legal y por tanto vienen determinados por Ley.

La perspectiva instrumental explica por qué la CEDH reconoce a los Estados un importante margen a la hora de configurar legalmente estos derechos. Se entiende que el Estado debe y puede legítimamente ponderar otra serie de fines inherentes al propio sistema político nacional, que condicionan el sistema electoral y de representación nacional. Fines como la proporcionalidad de la representación territorial sobre la representación personal; la gobernabilidad y estabilidad de los poderes ejecutivos; facilitar la representación de un mayor pluralismo político, etc. Fines que, en todo caso, responden a las características sociales e históricas del País en los que no entra el TEDH, siempre que sean respetuosos con el sistema democrático y con el principio de Estado de Derecho.

Es cierto que los derechos reconocidos en el CEDH deben ser considerados e interpretados en relación con los otros derechos, igualmente reconocidos y protegidos. Los derechos políticos también<sup>11</sup>. Pero, a diferencia del resto, también lo son por la concurrencia preponderante de los principios superiores a los que sirven. Y esta característica es igualmente aplicable tanto para el ejercicio individual del derecho, como para el ejercicio del derecho a través de los Partidos Políticos. En virtud de esta naturaleza adjetiva, el propio artículo 3 reconoce la existencia de «**limitaciones implícitas**» a la hora de definirlos (caso *Gitonas y otros versus Grecia*, 1-7-1997). Limitaciones que vienen establecidas por los ordenamientos jurídicos internos de los Estados contratantes, ya que establecen las condiciones para el ejercicio del derecho de voto y los requisitos de elegibilidad.

El TEDH reconoce un mayor margen de actuación a los Estados a la hora de establecer restricciones del derecho a presentarse y ser elegido que al

<sup>11</sup> Ver STEDH en asunto *MATHIU-MOHIN y Clerfayt versus Bélgica* (2-3-1987).

derecho a votar. Condiciones que son circunstanciales y propias de cada Estado y de cada coyuntura histórica y política.

Estas condiciones son admitidas en el marco de la CEDH siempre que: 1º) sean razonables, es decir, que no sean de tal naturaleza que de hecho reduzcan el ejercicio del derecho hasta el punto de desnaturalizarlo o atentar contra la sustancia misma del derecho, impidiendo su efectividad; 2º) **sean proporcionales** con el fin legítimo que se persigue a la hora de imponerlas, es decir, que los medios empleados para garantizar el fin legítimo perseguido con la restricción no estén desproporcionados (Caso Matthews versus UK, STEDH 24833/94); y 3º) tengan la **base legal necesaria** –la exigida por los Ordenamientos constitucionales internos– para la restricción de derechos fundamentales. A ellos hay que añadir otro más, un 4º) requisito introducido en la sentencia del caso *ždanoka*, de naturaleza subjetiva: La restricción **no puede suponer un atentado a la libre expresión de opinión de un pueblo**.

Por lo tanto, el juicio de validez sobre cualquier medida estatal restrictiva del derecho de sufragio va a seguir este patrón: racionalidad y ausencia de arbitrariedad, y proporcionalidad; dejando relegado a un segundo plano en el ámbito descrito en los artículos 8 al 11 de la Convención, el tradicional criterio aplicado en caso de conflicto de derechos, sobre «necesidad social» o de «necesidad social imperiosa» (párrafo 49 de la STEDH de Etxebarria y otros versus España de 30-6-2009).

En todo caso, el juicio de validez sobre las limitaciones o restricciones estatales introducidas al derecho a emitir el voto exigirá una apreciación más estricta de la proporcionalidad, cuando se trate de disposiciones legales que priven a la persona o a un grupo de personas de su derecho a votar. Sin embargo, el criterio utilizado por el Tribunal para verificar la adecuación al CEDH de las medidas internas previstas para privar a un individuo de su derecho «a ser elegido» es simplemente el de «verificación de ausencia de arbitrariedad» (Caso Melnitchenko versus Ukraine, 19-10-2004).

Por último, el juicio debe ser específico para cada caso, para cada legislación nacional sometida a consideración del TEDH, pues el estudio de las legislaciones electorales nacionales que realice la Corte Europea debe tener en cuenta «la evolución política del país»; lo que implica que algunas características que han sido declaradas inaceptables para un determinado sistema político, puedan estar justificadas en el contexto particular de otro (Sentencia del TEDH en el asunto Mathieu-Mohin et Clerfayt versus Bélgica de 2-3-1987). El TEDH considera que el «aspecto pasivo del derecho (el derecho a presentarse y ser elegido) puede estar sometido a exigencias legales más estrictas que el derecho a emitir el voto, porque el Estado tiene un más amplio margen de apreciación sobre las condiciones que deben reunir aquellos a los que se concede el derecho de representación del pueblo para el ejercicio del Poder y para el cumplimiento de los distintos fines y objetivos constitucionales.

Las sentencias que comentamos de HB, Etxebarria y otros y las sentencias de las agrupaciones de electores versus España (30-6-2009), aplican este mismo juicio ya establecido en los casos Ahmed y otros versus UK (2-9-1998) e incide en la línea interpretativa abierta por los casos Podkolzina versus Letonia (9-4-2002); Labita versus Italia (6-4-2000); Hirst versus Reino Unido (30-3-2004) o Aziz versus Chipre (22-6-2004). El CEDH mantiene que el Estado español puede, mediante el establecimiento de determinados requisitos, determinar quién puede o no representar al pueblo soberano, con una condición: que los requisitos no cercenen tanto la representación que se impida la libre expresión de la opinión de un pueblo. La consecuencia, en los casos que estudiamos, es la declaración de no vulneración del convenio, porque la medida legal aplicada está recogida en una norma de rango legal, razonable, previsible e individualizada; porque el fin perseguido es legítimo y concurrente con el principio democrático, ya que pretende la lucha contra el terrorismo; y porque la medida es proporcional.

En relación con estos criterios, distinguimos dos argumentos contenidos en las alegaciones de los recurrentes en el caso Etxebarria y en el caso de las agrupaciones de electores, que como recordaremos no son formaciones políticas «declaradas disueltas» de antemano, sino que se ven afectadas por la existencia de una relación de «sucesión» respecto del partido disuelto que le impide concurrir a una determinada convocatoria electoral. En estos casos, los miembros de las candidaturas no tienen restringidos sus derechos de sufragio activo, ni pasivo por la sentencia de ilegalización de HB, ni tampoco por la que declara que no pueden concurrir a las elecciones como agrupación electoral porque son sucesión de un partido disuelto.

La primera argumentación, hace referencia a la intención del estado español de eliminar del panorama político una determinada opción política (la independentista de izquierdas). Los recurrentes entienden que éste no es un fin legítimo porque no garantiza una concurrencia plural en las elecciones; concurrencia que implica un atentado contra el principio del pluralismo como condición necesaria para el sistema democrático. El TEDH contesta directamente esta cuestión, pero en relación con el juicio de proporcionalidad y no con la validez convencional de los fines perseguidos por la medida –que habría sido más coherente con los criterios que la propia Corte ha establecido–. Para el TEDH la medida es «proporcional» porque en España es legalmente posible la existencia de partidos independentistas. Luego, la intención de la medida no es prohibir la concurrencia a las elecciones de determinadas ideas políticas separatistas. De hecho, afirma el TEDH: «(...) *la Cour note que le contexte politique existant en Espagne, à savoir la présence de partis politiques à caractère indépendantiste dans les organes de gouvernement de certaines communautés autonomes et en particulier au Pays basque, prouve que la mesure litigieuse ne répondait pas à une intention d'interdire toute manifestation d'idées séparatistes*» (párrafo 55 de la sentencia Etxebarria y otros v. España). Por lo tanto, si son posibles otros Partidos con la misma propuesta política, es que existen otras vías a través de las cuales es posible la «libre

expresión de opinión de un pueblo», que no queda afectada por la medida aplicada a las agrupaciones electorales.

La segunda alegación hace específicamente referencia a la falta de proporcionalidad en la medida aplicada a las agrupaciones de electores. Los recurrentes alegan que decenas de candidaturas fueron anuladas siguiendo un mismo patrón, de forma automática, y sin considerar las especificidades de cada uno de los derechos personales afectados. Las alegaciones utilizan, de alguna manera, los argumentos esgrimidos por los diputados turcos en el caso Sadak y otros versus Turkia, resuelto a su favor en la STEDH de 11-6-2002<sup>12</sup>, buscando la prevalencia del derecho personal e individual de los afectados. El TEDH declaró que, para que la medida de restricción del derecho de sufragio pudiera considerarse proporcional, se deberían considerar las circunstancias del titular del derecho.

En el caso Etxebarria y en el de las agrupaciones de electores, debería considerarse de forma individualizada las razones que concurren en cada una de las personas para impedirles presentarse a las elecciones. La aplicación de una medida de carácter general, sería, por tanto desproporcionada.

Para el Tribunal de Estrasburgo el análisis realizado por las autoridades españolas fue caso a caso. Lo que implica que el Estado Español adoptó las medidas restrictivas de derechos (la anulación de las candidaturas) de forma individualizada, atendiendo al carácter concreto de cada una, tras realizar un examen contradictorio en el curso del cual las candidaturas cuestionadas pudieron presentar sus alegaciones y su defensa, demostrando de forma inequívoca que no tenían ninguna relación con los Partidos ilegalizados [Dice literalmente la STEDH «(...) conformément à l'article 12.1 de la LOPP combiné avec l'article 44 § 4 de la loi organique relative au régime électoral général, la mesure est réservée aux candidatures qui ont des liens forts et avérés avec des partis politiques dissous» (párrafos 52 y 53 de la STEDH Etxebarria y otros v. España)]. Prueba de ello fue que algunas candidaturas fueron legalizadas por el TC al aceptarse sus recursos de amparo, con lo que «esta distinción demuestra el carácter individual de la medida». Por lo tanto, la medida era proporcional.

#### **4.2. El derecho de sufragio en relación con el derecho a la libertad de expresión (La relación entre el art. 3 Protocolo núm. 1 y el art. 10 CEDH)**

Es doctrina consolidada del TEDH, y constituye el elemento filosófico esen-

<sup>12</sup> Unos parlamentarios turcos, del Partido de la Democracia, vieron automáticamente decaído su mandato en el Parlamento nacional como consecuencia de la disolución del Partido al que pertenecían. E incluso fueron perseguidos penalmente y obligados al exilio. La Ley turca preveía esta medida como una accesoria a la principal de disolución. Y el TEDH consideró que la aplicación automática de la medida como derivada de la principal de disolución era desproporcionada, ya que era una medida de extrema severidad y no se consideraron, ni ponderaron, las actividades políticas personales de cada uno de los parlamentarios afectados, en relación con las causas de disolución de su partido. Citado en GARCÍA ROCA, op. cit. (pg. 848).

cial que sostiene la jurisprudencia de la Corte en relación con la interpretación del art. 10, que el derecho a la Libertad de expresión es otro elemento esencial y condición necesaria para el adecuado funcionamiento de la democracia (Doctrina asentada desde la famosa STEDH en el asunto *Sunday Times versus UK*, de 26-4-1979, o el la STEDH en el asunto *Özgür Gündem versus Turquía*, de 16 de marzo de 2000 (núm. 23144/93).

Para el TEDH el derecho a la libertad de expresión no es solamente una garantía contra las injerencias del Estado en uno de los ámbitos definatorios de la esfera individual (un derecho subjetivo), sino un principio fundamental y un objetivo para la vida en democracia. La libertad de expresión es una condición necesaria para la democracia, es uno de los instrumentos imprescindibles para el establecimiento de una sociedad democrática pluralista. Sin libertad de expresión no es posible la formación de la opinión pública libre. Y, por tanto, devienen imposibles las «elecciones libres» según establece el art. 3 del Protoc. núm. 1. Toda la protección que se dispensa al derecho desde la perspectiva individual, se presta igualmente y de forma prevalente, a la libertad de expresión entendida como condición para la democracia y al pluralismo político. Por ello, el juicio de validez sobre la injerencia del Estado, cuando se trata de limitar la libertad de expresión –cuando ésta afecta al «debate público» en general, ya sea el debate político necesario en una convocatoria concreta o el que afecta a los intereses generales del sistema democrático– es más riguroso y estricto.

En ese sentido, la Corte reconoce una «función social» al derecho a la libertad de expresión<sup>13</sup>, que supera el ámbito individual de facultades y posiciones jurídicas reconocidas por el derecho personal, y desarrolla una interpretación de la libertad de expresión ajustada a este aspecto, que es angular en la interpretación de la Convención.

Son numerosos los autores que han señalado la distinta aproximación del TEDH a la libertad de expresión, dependiendo del contexto de ejercicio del derecho<sup>14</sup>. Son las diferentes facetas del derecho cuya protección va a depender de cómo y dónde se ejerza el derecho. Esta razón se considera igualmente explicativa de la variedad de conceptos que la Convención introduce como límites al ejercicio del derecho (párrafo 2 del art. 10). Son límites relacionados con el ejercicio de otros derechos (intimidación o reputación); principios esenciales del Estado de Derecho, o principios o bienes jurídicamente superiores como la seguridad nacional, la seguridad pública, la prevención del crimen, la defensa del orden. En el caso del derecho de participación política, la libertad de expresión se entiende como «libre

<sup>13</sup> GAYFUENTES, lo define como el «aspecto institucional de la libertad de expresión». GAYFUENTES: «La jurisprudencia del TEDH en materia de libertad de expresión». En *RAP*, núm. 120 (1989).

<sup>14</sup> Ver BONET, J. *El derecho a la información en el CEDH*, Edit. Barcelona (1994) o BUSTOS GISBERT, «Los derechos de libre Comunicación en una sociedad democrática», en *AA VV La Europa de los derechos*, op. cit. (pg. 530).

expresión de la opinión de un Pueblo». Ése es el límite a la intervención restrictiva del Estado sobre la participación en un proceso electoral.

Este doble juego interpretativo sobre la libertad de expresión (que es limitable, pero que limita) es el criterio aplicado por el TEDH a los casos HB y agrupaciones de electores que comentamos<sup>15</sup>.

El juicio de validez sobre las restricciones legales que pueden introducir los Estados para respetar los límites establecidos en el propio art. 10.2 CEDH, está directamente relacionado con la concurrencia de uno de estos fines que expresamente el Convenio reconoce como «fines legítimos». Dice el artículo que las «medidas deben ser necesarias en una sociedad democrática», lo que implica un alto grado de indefinición, a priori, sobre el tipo de medida permitida y la necesidad para el TEDH de estudiar caso a caso, a la hora de decidir.

En líneas generales, el Tribunal considera que la libertad de expresión, en relación con el derecho a las elecciones, debe ser interpretada de manera que considere el derecho a comunicar las informaciones, ideas, etc. «en un determinado contexto político». En el caso de HB es un determinado contexto político –como dice la propia sentencia– de «sufrimiento de violencia y terrorismo»; y en el caso de la ilegalización de candidaturas, el de un proceso electoral y la sucesión de un partido ilegalizado.

Esta relación directa, que se establece entre el derecho subjetivo en sí y el contexto donde se ejerce, son utilizadas por el Tribunal para enjuiciar conjuntamente las posibles limitaciones que puedan introducirse al derecho a la libertad de expresión, con las limitaciones que se han considerado válidamente introducidas por los Estados en el ejercicio de los derechos políticos o del derecho a celebrar elecciones libres. En los casos que comentamos las permite. Dice textualmente: «(...) *concernant l'article 10, l'Etat est en droit de disposer d'une marge d'appréciation comparable à celle acceptée dans le cadre de l'article 3 du Protocole no 1*» (Párrafo 65, STEDH Etxebarria y otros versus España). En conclusión, las restricciones o límites que pueda introducir un Estado en el ejercicio del derecho de sufragio o en la celebración de elecciones son el máximo permitido por el TEDH para restringir la libertad de expresión, cuando ésta es entendida como «la libre expresión de la opinión de un Pueblo».

<sup>15</sup> SAIZ ARNAIZ; nos recuerda que «(...) en el caso de los partidos el vínculo entre los arts. 10 y 11 CEDH se manifiesta en el terreno de los respectivos programas y actividades políticas y en el debate público que los mismos fomentan, sin que pueda, en ningún caso, situarse el límite para ellos en el obligado respeto a ciertos principios y estructuras constitucionales existentes en un momento dado y que vayan más allá de los contenidos indisponibles, a juicio del TEDH, para un régimen democrático: «Forma parte de la esencia de la democracia permitir la propuesta y discusión de proyectos políticos distintos, incluso de aquéllos que pongan en cuestión el modo de organización actual de un Estado, con tal de que no supongan un atentado a la propia democracia». En SAIZ ARNAIZ, «Disolución de partidos políticos y el derecho de asociación. El test de convencionalidad. Art. 11 CEDH» en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 533 (2002) (pg. 5).

Hasta la sentencia de HB el examen del contexto político había sido utilizado por el TEDH como prueba, para comprobar si verdaderamente existe o no un peligro real contra la democracia o contra el sistema. Sólo cuando concurría ese peligro real, la injerencia del Estado –la medida restrictiva– se consideraba válida; si no, el Tribunal no permitía la restricción del derecho a la libertad de expresión, porque una medida excesivamente restrictiva en temas que revisten especial interés general, afecta a la representación política y a la expresión de la opinión de un Pueblo. Es decir, alteran el verdadero juego democrático. Así ocurría en la STEDH del asunto Zana versus Turquía (25-11-1997), el apoyo expreso de una líder al pueblo Kurdo, aun cuando este apoyo suponía para las autoridades Turcas una incitación a la violencia, no quedaba fuera de la protección del Convenio, en virtud de la protección otorgada por su libertad individual de expresión<sup>16</sup>.

La sentencia de HB versus España parte de la existencia de un contexto político determinado y avanza considerablemente en la línea ya abierta por el voto particular de la sentencia del TEDH del asunto Karatas versus Turquía de 8-7-1999 (núm. 24919/94), según el cual el margen de restricción de las autoridades nacionales sobre lo que denomina el Tribunal «discurso de la violencia» o «discurso del odio», puede y debe ser ampliado, pues en sí mismo este discurso supone la negación de los valores en los que se asienta la democracia.

En el caso de la sentencia que nos ocupa, no se considera vulnerada la libertad de expresión porque los métodos utilizados en su ejercicio por parte de las formaciones ilegalizadas no respetaron los límites establecidos por la jurisprudencia de la Convención, a saber: «la legalidad de los medios utilizados para ejercer este derecho y su compatibilidad con los principios democráticos fundamentales». Entre esos «medios» estaba, por ejemplo, la inclusión del anagrama pro amnistía en la página web, uno de los motivos de la ilegalización; o los eslóganes incitando a la violencia.

No obstante, la sentencia no hace un estudio exhaustivo de cuáles son los excesos en el ejercicio de la Libertad de expresión o cuáles son los hechos

<sup>16</sup> Leyla Zana es una escritora y política kurda, de ideas feministas y progresistas. Casada a los 14 años con Medhi Zana, que fue alcalde de Diyarbakır. Fue tras el encarcelamiento de su marido, a raíz del golpe de estado en Turquía de 1980, cuando Leyla comenzó una intensa actividad en defensa de los detenidos políticos y por la amnistía. A principios de los 90 colaboró en la fundación del periódico Yeni Ülke, uno de los primeros rotativos editados en kurdo. Su actividad le otorgó un gran reconocimiento por parte de la población kurda de Turquía que la llevó, en 1991, a convertirse en diputada por el distrito de Diyarbakır con el 84% de los votos por el partido DEHAP (Partido de la Democracia del Pueblo). Durante su sesión de investidura afirmó, en lengua kurda, que trabajaría por la hermandad de los pueblos turco y kurdo, portando un pañuelo con los colores tradicionales del Kurdistan, lo que estaba prohibido. En 1994 le fue retirada la inmunidad parlamentaria y fue detenida bajo las acusaciones de traición y separatismo (contempladas como delito en el CP turco), así como de pertenencia al Partido de los Trabajadores del Kurdistan (PKK), junto con sus compañeros de partido Hatip Dicle, Orhan Dogan y Selin Sadak.

que marcan la posible vulneración del principio democrático. A pesar de ser una constante en la jurisprudencia de la Corte de Estrasburgo reconocer una amplia protección a la libertad de opinión de representantes políticos, precisamente por el valor añadido que se reconoce al ejercicio de este derecho, en relación con la formación de la opinión pública libre y del pluralismo político<sup>17</sup>, prima la protección de la democracia como sistema, sobre el derecho.

Las razones que podemos deducir de la sentencia son: La primera, ya comentada, que, en el caso de las formaciones políticas, la libertad de expresión no es un derecho aislado, sino que forma, junto con el derecho de asociación política, un todo global en relación con la participación y la formación del pluralismo político. Segundo, el propio tenor literal del artículo 10.2 establece que «el ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones y sanciones previstas por la Ley (...)». En el caso de los Partidos Políticos en España, la Ley de Partidos es clara. Tercero, la defensa de la democracia constituye «el fin» por excelencia para la restricción de derechos. En el caso que nos ocupa, la libertad de expresión no puede amparar la subversión del orden democrático perseguido por el terrorismo, ni mensajes incitadores a la violencia.

La libertad de expresión queda determinada, tanto en el caso de los Partidos Políticos, como en el caso de aquella que configura la «opinión pública política» o el pluralismo de ideas necesario en un sistema democrático, por la defensa del prioritario sistema democrático. La libertad de expresión, en el caso de los Partidos Políticos, concurre a formar la opinión pública libre como *conditio sine qua non* del sistema democrático<sup>18</sup>. Luego, bajo el haz de facultades que encierra la libertad de expresión, no cabe amparar ni el uso de la violencia, ni la desaparición del propio sistema. Los Partidos Políticos, en razón de su especial función en el sistema de representación, pueden defender cualquier idea, salvo las que atenten contra la democracia o contra el Estado democrático o las que inciten a la violencia, especialmente cuando concurre un determinado contexto político que convierta las expresiones en amenazas o peligros reales. Y este límite se aplica también al derecho individual, en el caso de las agrupaciones de electores, cuando es utilizada para concurrir a unas elecciones libres.

### 4.3. El derecho de sufragio en relación con la libertad de asociación

Estos mismos planteamientos pueden ser aplicados a la interpretación que el TEDH hace de la libertad de reunión y asociación. La jurisprudencia del TEDH establece, desde hace tiempo, cuáles son el conjunto de facultades y posiciones jurídicas protegidas por el derecho de asociación de la CEDH.

<sup>17</sup> Ver los fundamentos de derecho de la STEDH del caso *Castell versus España*, de 23-4-1992.

<sup>18</sup> Ver GUY S. GOODWIN-GILL, *Elecciones libres y justas* (trad.), Edit. Unión Interparlamentaria Ginebra (2007).

Sin embargo, el TEDH reconoce la concurrencia de una serie de especificidades en el ámbito de protección de este derecho, cuando se refiere a Partidos Políticos, porque en estos casos el derecho de asociación deviene, también, un elemento esencial para la realización del superior principio democrático.

Hay dos elementos sustanciales que concurren en el derecho de asociación, cuando éste se ejerce en el ámbito de los Partidos Políticos, que son cruciales en el sistema convencional: El primero es que el derecho de asociación extiende, en el caso de los Partidos Políticos, una especial protección sobre su libertad de expresión. El segundo, es que el derecho de asociación de los Partidos Políticos es esencial en la defensa del pluralismo político, entendido como condición necesaria para la vigencia del principio democrático.

La configuración de estos derechos por parte de los Estados miembros, dado que son derechos de configuración legal, debe contemplar estas especificidades a la hora de establecer límites o restricciones dentro del marco permitido por el propio artículo 11. En palabras del propio Tribunal: «*Las excepciones previstas en el artículo 11 requieren una interpretación estricta, sobre razones convincentes e imperativas para justificar las restricciones a la libertad de asociación*» (párrafo 77 de la Sentencia del caso HB versus España). Los Estados disponen de un margen estricto –o «reducido» en términos utilizados por el propio Tribunal– de intervención, que debe pasar el riguroso control europeo (el «test de Estrasburgo» o «test de convencionalidad»<sup>19</sup>) sobre la norma restrictiva y sobre los actos de aplicación de la norma.

Es decir, según la jurisprudencia sostenida por el TEDH desde mediados de los años 90, las medidas «severas», tales como la disolución, no pueden ser aplicadas más que en los casos muy graves, y sólo cuando sean estrictamente necesarias (Ver la sentencia del TEDH del asunto Refah Partisi, Partido Comunista Unificado de Turquía y otros versus Turquía, de 31-7-2001<sup>20</sup>, y el caso del Partido de la Libertad y la democracia [ÖZDEP] versus Turquía,

<sup>19</sup> En SAIZ ARNAIZ, A. «La disolución de partidos políticos y el derecho de asociación: el test de convencionalidad (art. 11 CEDH)», op. cit.

<sup>20</sup> En el caso REFAH P. versus Turquía el TEDH declaró que el carácter necesario de la ilegalización derivaba de que el objetivo principal del Partido ilegalizado (REFAH) era imponer la Sharia (Ley islámica). Ello era radicalmente contrario a los principios democráticos, ya que dicho objetivo no era un peligro ilusorio o irrealizable, si no posible pues al partido ilegalizado le acompañaba una creciente fuerza electoral y crecían sus posibilidades de acceder al poder. Dice literalmente la sentencia, que «(...) daban un contenido diferente al principio de laicidad, habían declarado tener la intención de establecer un sistema multijurídico e instaurar la Ley islámica» Y «habían dejado planear la duda sobre su posición en cuanto al recurso de la fuerza a fin de acceder al poder y principalmente permanecer en él». Ver el comentario de GARCÍA ROCA, «La problemática disolución del Partido de la Prosperidad ante el TEDH: Estado Constitucional y control de las actuaciones de Partidos fundamentalistas», en REDC, núm. 65 (mayo-agosto, 2002) (pgs. 296 y ss.).

núm. 23885/94) y se deben ponderar con el principio de proporcionalidad (Caso Sürek versus Turquía núm. 26682/95)<sup>21</sup>.

El TEDH establece también una estrecha relación que para el ejercicio de los derechos personales de asociación en el ámbito de los Partidos Políticos, que los distingue cuando esos mismos derechos son ejercidos en el ámbito individual. Esta relación se establece porque la protección de las propias opiniones e ideas, que es uno de los objetivos secundarios consagrados también por la libertad de asociación, en el caso de los Partidos Políticos deviene esencial, tanto por su propia naturaleza como entes asociativos, como para el mantenimiento del pluralismo necesario para el buen funcionamiento democrático (STEDH en el asunto *Partidul Comunistilor [Nepece-risti] et Ungureanu Versus Rumania*, 3-2-2005). Los partidos políticos son una «especie» de asociaciones especialmente protegidas porque su objetivo es esencialmente la defensa y difusión de unas ideas para la concurrencia plural en el sistema democrático. Eso es lo que justifica la asociación política<sup>22</sup>.

El propio artículo 11 de la Convención establece que será la Ley la que determine las condiciones de ejercicio del derecho y que es posible una intervención estatal si está «prevista por la Ley» y «es necesaria en una sociedad democrática». Lo que se reconoce es un derecho de configuración legal, que puede ser restringido, siempre que concurren estos elementos: a) que esté previsto por la Ley (en sentido material); b) que responda a un fin legítimo previsto por la Convención (el interés superior de defensa de la sociedad democrática, o cualquiera de los principios fundamentales del sistema democrático). En cuatro de las sentencias de ilegalización de los mencionados partidos Turcos el Tribunal de Estrasburgo estimó como fin legítimo la protección de la seguridad nacional, compartiendo así el parecer de la Comisión que, previamente, la había hecho derivar de la «protección de la integridad territorial», a la que no se alude *nominatim*; y c) que sea necesario en una sociedad democrática. Cuando concurren estos tres elementos, el TEDH entiende que existe una «necesidad social imperiosa» de limitación de los derechos de los Partidos Políticos, o, en los casos más graves, de impedir su participación en la vida democrática.

La remisión al marco legal para la configuración del derecho, implica la concurrencia de una serie de requisitos «formales» y sustanciales sobre la norma interna. Formales, en relación con el respeto de la *rule of Law*, incluido el principio de irretroactividad de las normas sancionadoras o restric-

<sup>21</sup> En este sentido ver las *Directrices sobre prohibición y disolución de Partidos Políticos y medidas análogas*, elaborado por la Comisión de Venecia en diciembre de 1999.

<sup>22</sup> Así lo recoge en las STEDH en el asunto *Partido Comunista Unificado de Turquía versus Turquía* de 30-1-1998 y en la STEDH del asunto *Sidiropulos contra Grecia* de 10-7-1998. Ver CORRIENTE CÓRDOBA, «El derecho de asociación política en la CEDH y en la práctica española reciente», en AA VV, «Soberanía del Estado y Derecho Internacional. Homenaje al profesor Carrillo Salcedo». En *Revista Española de Derecho Internacional*. Vol. 58, núm. 1 (2006).

tivas de derechos, pero sustanciales en relación con la naturaleza restrictiva o limitativa de un derecho fundamental de la medida. Por ello, la Ley nacional debe ser «accesible y previsible»; es decir, debe estar enunciada de manera que permita conocer claramente y de antemano las condiciones de ejercicio del derecho y sus límites.

Esta doctrina es antigua. Se recoge ya en el caso *Sunday Times c. Royaume-Uni* de 26 abril de 1979. Dice expresamente el TEDH, en el Párrafo 56 de la Sentencia *Batasuna versus España*: «*La Cour rappelle que l'expression "prévues par la loi" figurant aux articles 8 à 11 de la Convention non seulement exige que la mesure incriminée ait une base en droit interne, mais vise aussi la qualité de la loi en cause, qui doit être suffisamment accessible et prévisible, c'est-à-dire énoncée avec assez de précision pour permettre à l'individu – en s'entourant au besoin de conseils éclairés – de régler sa conduite (voir, par exemple, Ezélin c. France, 26 avril 1991, § 45, série A no 202)*».

En la sentencia de HB, el TEDH estudia estos aspectos formales y sustanciales que deben concurrir en la Ley nacional, y concluye que en el caso de la Ley española de Partidos Políticos no es retroactiva porque es anterior a la disolución efectiva del Partido afectado, es decir, a su aplicación, y contiene una definición precisa de cómo debe ser la organización y funcionamiento de los partidos políticos y de los comportamientos que pueden ser susceptibles de provocar su disolución o suspensión judicial. Es decir, encaja en la definición de Ley prevista en el propio artículo 11 del CEDH, como único instrumento válido para introducir restricciones a los derechos. En cuanto al fin legítimo perseguido por la norma restrictiva, la Corte entiende que tanto la defensa de la seguridad pública, como la defensa del orden público y de los derechos y libertades fundamentales de los demás, son fines u objetivos legítimos, reconocidos tanto por el artículo 11 del Convenio, como por el artículo 10 y por ello se justifica la intervención del Estado.

Una vez establecidos los elementos formales que deben concurrir en la norma reguladora del derecho, el TEDH pasa a considerar la otra serie de límites a la acción del Estado a la hora de configurar el derecho. Es el caso de la defensa del «pluralismo político» como «una de las principales características» de principio democrático. En ese sentido, la Corte impone como límite a la intervención del Estado, que las medidas restrictivas impuestas sean de tal naturaleza que se impida un verdadero debate y la concurrencia de distintas opciones políticas e ideas en el juego democrático. Es lo que en el caso *ždanoka*, se denominó «**atentado a la libre expresión de opinión de un pueblo**». En ese sentido, y teniendo como referencia la garantía de funcionamiento del sistema democrático, la defensa del pluralismo político es un límite convencional impuesto al Estado, prevalente sobre la defensa del orden público, y sólo delimitado por la prohibición del recurso a la violencia. Según el párrafo 76 de la Sentencia del caso HB, pluralismo político es: «*la possibilité qu'elle offre de débattre par le dialogue et sans recours à la violence des questions soulevées par différents courants d'opinion politique, et cela même quand elles dérangent ou inquiètent*».

El derecho de asociación cuando se ejerce en el ámbito de los Partidos Políticos es un instrumento o garantía en su caso, de la libertad de expresión (art. 10 CEDH), que incluye el derecho a defender informaciones, o ideas que cuenten con el favor de los poderes públicos, o que sean consideradas inofensivas o indiferentes, y también esas otras que chocan contra los sistemas establecidos, que pueden inquietar o ser contrarias al orden preestablecido (STEDH en el asunto Handyside versus Reino Unido, 7-12-1976; STEDH en el asunto Jersild versus Dinamarca, de 23-9-1994). Ahora bien, en ese caso el TEDH impone dos tipos de límite de distinta naturaleza: Uno, relacionado con el uso de la violencia y del terrorismo, concordante con los principios defendidos por la legislación Europea de lucha contra el terrorismo<sup>23</sup>; y dos, relacionado con el respeto al juego democrático y al rule of Law, entendidos como superestructuras fundamentadoras del sistema de derechos convencional. El primer límite, supone, por ejemplo, que todas las ideas y sus expresiones serán posibles siempre que «se defiendan por la vía del diálogo y sin recurso a la violencia». El segundo, supone que los Partidos Políticos podrán, por ejemplo, hacer campaña a favor de un cambio en las estructuras legales o constitucionales del Estado, siempre que los medios que defiendan respeten el marco legal y democrático del propio Estado, y siempre que el cambio propuesto sea compatible con los principios democráticos fundamentales y respetuoso con los derechos fundamentales. Para el TEDH, pese a que es la libertad el principio que ha de inspirar la actividad de los Partidos Políticos, están sometidos a límites, porque es propio de los sistemas democráticos «usar el diálogo como método y excluir la violencia».

**Estos son los verdaderos límites impuestos por el TEDH al ejercicio de los derechos en el ámbito de los partidos políticos (ya sea del derecho de asociación, ya sea de la libertad de expresión, ya sea del derecho de sufragio): la defensa de la democracia y rechazo de la violencia como medio.** Dice literalmente la sentencia Batasuna: *«De lo que se deduce, necesariamente que un partido político en el que sus responsables inciten a recurrir a la violencia, o propongan un proyecto político que no respete una o varias reglas de la democracia o*

<sup>23</sup> En todo momento la Corte hace referencia al marco legal Europeo para apuntalar la noción de terrorismo. Expresamente cita las fuentes internacionales sobre condena de la apología del terrorismo: la decisión marco sobre lucha contra el terrorismo adoptada por el Consejo de la UE de 13 junio de 2002, que define la «incitación al terrorismo» en su artículo 4; la posición común de la UE de 27 diciembre de 2001 adoptada tras los atentados de NY del 11 de septiembre, que obliga a los Estados a adoptar medidas para suprimir «les soutien actif et passif» de entidades y personas terroristas; O la Resolución 1308 (2002) de la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa sobre restricciones a partidos políticos en los Estados miembros del Consejo de Europa, o la Convención del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo (en vigor desde el 1 junio de 2007), firmada y ratificada por España, que en su artículo 5 prevé la persecución de la «provocación pública para «cometer una infracción terrorista». El terrorismo ha sido uno de los ámbitos en los que el TEDH reconoce un más amplio margen de maniobra a los Estados al valorar que la medida sea «necesaria» en una sociedad democrática, ver en ese sentido SAIZ ARNAIZ, «La disolución de partidos (...)», op. cit. (pg. 12).

*que persiga la destrucción de la democracia o la abolición de los derechos y libertades que ésta reconoce, no puede utilizar a su favor la protección que otorga la Convención frente a las sanciones que se le impongan, por parte de un Estado, por estos motivos» (párrafo 79 de la sentencia HB Versus España).*

Así pues, en el caso de los partidos políticos españoles les son aplicables los límites constitucionales previstos en el artículo 22 en cuanto que son una especie del género asociación, y otros en relación con la relevancia constitucional de la función que cumplen (art. 6 CE). Dichas limitaciones afectan a su estructura y funcionamiento democrático e imponen el sometimiento a la constitución y a las leyes en cuanto a su creación y el ejercicio de su actividad (en concreto a las impuestas por la LPP 6/2002).

Sin embargo, también es posible que el Estado les imponga otras limitaciones en relación con el ideario o programa que persiguen; limitaciones a los Partidos no expresamente previstas en la Constitución española, que en un primer momento la doctrina consideró inviables en nuestro «sistema constitucional abierto», pero posibles en todo caso en relación con la garantía genérica del artículo 53 CE. Son estas obligaciones derivadas del CEDH, que gracias al art. 10.2 de la CE se convierten en un criterio hermenéutico de interpretación de los derechos fundamentales, en este caso en relación con el artículo 23 y el derecho de sufragio pasivo, y que vinculan a todos los poderes públicos.

De este modo, la interpretación conforme al CEDH de nuestro artículo 6 de la Constitución nos llevaría a concluir que, en nuestro sistema constitucional, no caben partidos cuyo ideario sea contrario a la democracia o a los derechos humanos. Algunos ejemplos de qué consideramos «ser contrario a la democracia» lo encontramos en la LPP en relación con la defensa y justificación del terrorismo.

Tras la STEDH en el asunto HB, y a pesar de la tesis mantenida por la STC 48/2003 (la sentencia sobre la constitucionalidad de la LPP), en el ordenamiento español es posible establecer un control de constitucionalidad sobre los fines y el ideario de los partidos, más allá de los fines penales<sup>24</sup>. La CEDH permite establecer unos mínimos constitucionales irrenunciables de cuyo mantenimiento es garante el Estado, que son, en sus mínimos: la defensa de la democracia y de sus instituciones; la exclusión del uso de la violencia y la defensa de los derechos humanos.

<sup>24</sup> Algunos autores defendieron que el control permitido por la Constitución a los Partidos Políticos no era sobre los fines, sino sobre los actos. Se defendía la ilegitimidad constitucional de cualquier tipo de control sobre la ideología de los Partidos. Ver en este sentido JIMÉNEZ CAMPO, «La intervención estatal en el pluralismo político», en *REDC* núm. 1 (1981) (pg. 174) o ARAGÓN REYES en *Constitución y democracia*. Edit. Tecnos, Madrid (1990). Un estudio exhaustivo sobre la posición de la doctrina española de principios de los 80 en relación con la posibilidad o no de que pudieran ser excluidos algunos partidos por razones ideológicas o en relación con sus programas o sus fines, ver CORCUERA ATIENZA, TAJADURA TEJADA, VIRGALA FORURIA, *Ilegalización de Partidos Políticos en las democracias occidentales*, Edit. Dykinson, Madrid (2008).

La STEDH del asunto HB confirma lo que la doctrina española a principios de los 80 consideró la existencia de una «supergarantía de mínimos». En palabras de SOLOZABAL «el requisito de la democraticidad puede suponer un control ideológico pragmático, que puede exigir que los programas de los partidos no señalen objetivos que conculquen la idea básica del derecho del régimen constitucional»<sup>25</sup>.

La jurisprudencia de la Corte Europea estima que la libertad de expresión ampara puntos de vista separatistas, porque éstos por sí mismos no suponen una amenaza contra la integridad territorial del estado o la Seguridad Nacional (En la STEDH del asunto Organización Macedonia Unida Ilinden versus Bulgaria, de 19-1-2006 y citado en el párrafo 55 de la sentencia Etxebarria y otros v. España). Pero, es muy importante para la Corte que, en la toma en consideración de estos límites se estudien, no sólo los Estatutos fundacionales del Partido o su programa de cara a una u otra convocatoria electoral, sino también los actos concretos que realice, promocióne o gestione, y la toma de posición concreta de sus miembros y dirigentes en términos específicos en relación con la justificación del uso de la violencia o de cualquiera otra que atente contra la democracia, los derechos humanos o las instituciones democráticas. Tanto las declaraciones generales contenidas en los estatutos fundacionales de los partidos, como los actos concretos, los posicionamientos concretos de los dirigentes, todos y cada uno de los actos o las declaraciones que se realicen, son reveladores de la intención real del Partido, de los verdaderos objetivos y de su verdadero proyecto político.

La sentencia del asunto HB versus España viene, de este modo, a completar los límites ya establecidos con la interdicción del recurso a la violencia y a otros instrumentos terroristas, por la doctrina ya asentada por la Corte desde los casos de los Partidos turcos (especialmente desde el pronunciamiento en el asunto Refah [2ª sentencia de 13 de febrero de 2003] de mediados de los 90 y principios del 2000<sup>26</sup>).

El Tribunal reconoce un amplio margen de maniobra a los Estados, a los que permite hacer valoraciones globales de la situación, en función de la obligación de velar para que el proyecto político real de los partidos sea, en todo momento, compatible con las normas de la Convención y la democracia. Se permite adoptar medidas ya sea porque considere que el proyecto

<sup>25</sup> En SOLOZABAL, «Sobre la constitucionalización de los Partidos Políticos en el derecho constitucional y en el ordenamiento español», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 45 (1985).

<sup>26</sup> En resumen son las SSTEDH de 9 de abril, en el caso *Yazar, Karatas, Aksoy y el Partido del Trabajo del Pueblo c. Turquía*; la sentencia en el asunto *Partido Comunista Unificado de Turquía v. Turquía* (de 30 de enero de 1998); las de los asuntos *Partido Socialista y otros v. Turquía* (STEDH de 25 de mayo de 1998), *Partido de la Libertad y de la Democracia v. Turquía* (STEDH de 8 de diciembre de 1999) y *Partido de la Prosperidad y otros v. Turquía* (STEDH de 31 de julio de 2001). En todos los supuestos las disoluciones habían sido, en el orden interno, el resultado de la intervención del Tribunal Constitucional de Turquía en ejercicio de las competencias que le reconocen la Constitución y la Ley «sobre la reglamentación de los partidos políticos».

político real de los Partidos constituye un peligro actual<sup>27</sup>, o porque dada una determinada coyuntura o contexto político «exista el riesgo de que devenga un peligro potencial en el futuro». Se permite el control sobre las actividades y el control sobre los fines del partido. La Corte acepta que la presencia de ese peligro, establecido de forma rigurosa por la jurisdicción nacional y sometido al control riguroso de la Convención, justifiquen que «el Estado adopte medidas para impedir la realización de dicho proyecto político» (párrafo 81). Es a lo que la Corte denomina «**poder de intervención preventiva**», que considera incluido en las obligaciones impuestas a los estados parte en el artículo 1 de la Convención y que afecta tanto a «agentes del Estado» en un concepto amplio, como a «personas privadas». Un Estado miembro de la Convención tiene la obligación positiva y por tanto exigible, de imponer a los Partidos Políticos, formaciones destinadas a acceder a un poder del Estado o a dirigir una parte importante del aparato estatal, el deber de salvaguarda de los derechos y las garantías establecidas en la Convención<sup>28</sup>. Y por lo tanto, en el ámbito de la CEDH, por la prevalencia del principio democrático, se reconoce un límite material al poder de reforma constitucional y a su posible propuesta y defensa por parte de los Partidos: Los principios constitucionales y las garantías del principio democrático, del Estado de Derecho y de la defensa de los derechos fundamentales.

En el caso de HB, la «necesidad social imperiosa», es decir, el ataque a los principios democráticos y al sistema Convencional de derechos que justifican la intervención del Estado, y la disolución del Partido HB, no es tanto el programa o los Estatutos del Partido, sino los actos posteriores desarrollados por sus militantes y dirigentes y especialmente el silencio o la omisión de la condena expresa al terrorismo. El Tribunal los considera comportamientos que defienden de manera explícita el uso de la violencia, son incitadores de conflictos sociales, y conllevan el riesgo de provocar movimientos violentos en la sociedad y perturbadores del «orden público». Las manifestaciones de «apoyo a la lucha armada», o la justificación política de los medios utilizados por la Banda terrorista ETA, o la petición de «liberación de los presos políticos» –pruebas todas ellas apreciadas por el TS y el TC españoles para justificar la disolución–, no pueden quedar amparadas por la libertad de expresión, porque son uno más de los métodos utilizados para la consecución de un proyecto político que no respeta los límites de la CEDH, pues está «comprometido con el terror y contra la convivencia pacífica y organizada en un Estado de Derecho».

De todos ellos, el TEDH considera determinante, como hace el TC español,

<sup>27</sup> Recordemos que esto pasó en la STEDH en el asunto *Refah versus Turquía*, en el que el peligro real era que el partido ilegalizado iba a ganar las elecciones y acceder al Gobierno.

<sup>28</sup> El TEDH considera legítima la actuación del Estado, cuando hay fundadas razones de que el Partido en cuestión tiene posibilidades reales de atentar contra la democracia, y cuando existe un peligro potencial. No se puede exigir al Estado que espere hasta que el Partido en cuestión se apropie del poder para ver cómo actúa. Es suficiente demostrar que el proyecto que defiende en sí mismo es un peligro contra el sistema democrático.

y prueba suficiente del peligro que supone el proyecto político real del Partido ilegalizado, el hecho de que HB no condenara expresamente la violencia. En este sentido, el TEDH incluye como criterio para establecer los juicios de validez sobre la intervención del Estado, no sólo los actos del partido, sino también las omisiones, cuando éstas son suficientemente expresivas, en relación con el contexto político específico en el que se producen. Es lo que denomina «relevancia del contexto político»<sup>29</sup>. En este sentido el TEDH toma en consideración la situación de España, tras años de sufrir atentados terroristas y entiende que el País Vasco es una «región políticamente sensible». Por esta razón, las acciones y omisiones de HB pueden ser entendidas razonablemente como una «amenaza a la democracia» y un «peligro real» contra la democracia.

Independientemente de cual sea la solución dada por la doctrina española sobre la existencia o no de una democracia defensiva, de si es posible o no lo que TAJADURA TEJADA denominó el «suicidio democrático», lo cierto es que la jurisprudencia del TEDH sobre partidos políticos permite incorporar nuevos elementos defensivos, incluso preventivos frente a posibles ataques a la democracia y a las instituciones a través de las cuales se desarrolla. Esto implica un límite a la libertad ideológica de los Partidos de ámbito Europeo y a su libertad de configuración de los distintos proyectos políticos, mayor que la prohibición del recurso a la violencia y que está fundamentada en el deber que se les impone de respetar y salvaguardar la CEDH y la obligación de no «proponer un programa político en contradicción con los principios fundamentales de la democracia» (Caso Refah Partisi). Conforme a esta interpretación, establecida en el caso HB versus España, no cabe, en el sistema Convencional de derechos humanos europeos, un Partido Político que defienda un modelo de sociedad no democrática. Concepto que ha sido ya establecido, a sensu contrario, en las Sentencias del TEDH en el asunto del caso Partido Comunista (Nepeceristi) y Ungureanu versus Turquía.

## CONCLUSIONES

La Sentencia HB versus España viene a completar el cuerpo jurisprudencial elaborado por el TEDH en relación con los Partidos Políticos. Un cuerpo que, según ALVAREZ CONDE, comienza a elaborarse con la decisión de inadmisibilidad de la ComEDH sobre la disolución del Kommunistische Partei Deutschland (20 de julio de 1957) y que culmina con las sentencias sobre las ilegalizaciones de los partidos Turcos<sup>30</sup>. En este sentido, la Sentencia en el

<sup>29</sup> La idea de la relevancia del contexto político del momento, ya aparecía formulada en la STEDH del asunto *Erdogdu & Ince versus Turquía* de 8-7-1999.

<sup>30</sup> EN ALVAREZ CONDE, *El derecho de Partidos*, Edit. Colex, Madrid (2005). El Reglamento de la CE núm. 2004/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre, sobre el Estatuto y financiación de Partidos políticos Europeos, que constituye un primer paso en el proceso de elaboración de un auténtico estatuto jurídico de los Partidos políticos en Europa, establece como condición el respeto a los principios en los que se basa la UE, especialmente el principio democrático.

asunto HB no es distinta y reitera la lógica que sostiene toda la interpretación del Tribunal Europeo sobre la Convención y el sistema convencional: Como sostiene GARCÍA ROCA «Democracia, Convenio y derechos fundamentales forman una trinidad». Para el TEDH sin democracia no hay derechos, y por ello los derechos que reconoce el Convenio Europeo –y más específicamente el ejercicio de los mismos– están supeditados a ese servicio al sistema democrático: «La democracia como rasgo fundamental del orden público Europeo y único modelo compatible con el Convenio, que fue justamente diseñado para promover los ideales y valores de la sociedad democrática»<sup>31</sup>.

Es cierto que no hay un modelo común sobre la forma de reglamentar la prohibición y disolución de los partidos políticos, pero sí existe un enfoque europeo sobre cómo se deben interpretar los límites de acción para los Partidos. En sentido positivo, es lo que ÁLVAREZ CONDE denomina la «existencia de un incipiente derecho europeo de partidos políticos», cuyo común denominador es la exigencia de respeto de la democracia como único régimen. Para que un Estado pueda aplicar restricciones basadas en la concurrencia de estos bienes o principios superiores, es necesario que la medida restrictiva supere un estricto test de legitimidad, al que hemos denominado «juicio estricto de limitación de derechos», o «test de convencionalidad» más amplio y exigente que el criterio tradicional de «necesidad social imperiosa»: La restricción debe responder a un fin legítimo perseguido igualmente por el CEDH y reconocido internacionalmente; la medida restrictiva debe ser proporcional al fin que se persigue, sin que quepan más restricciones de las estrictamente necesarias para su consecución; y debe haber ausencia de arbitrariedad por parte de los poderes públicos estatales (por parte de los Estados miembros) a la hora de aplicar las restricciones previstas, lo que en todo caso implica la garantía del juicio justo para la defensa de los derechos que han sido restringidos.

Ahora bien, la sentencia de HB abre un nuevo horizonte interpretativo y ha supuesto un avance en el posicionamiento mantenido por el Tribunal en otros casos muy conocidos, como los relativos a los Partidos del Kurdistán y a los procesos de ilegalización de partidos por el Estado turco. La más amplia interpretación sobre la prevalencia del principio democrático o el de «orden público europeo», y sobre todo **su reconocimiento como herramienta en la lucha antiterrorista**, permiten un mayor margen de actuación de los Estados a la hora de regular los derechos o introducir restricciones no sólo en las condiciones de ejercicio del derecho de representación, sino también en la libertad ideológica o de expresión, especialmente cuando en el ámbito en el que se ejercen es el de un Partido Político, e incluso, como en el caso de las agrupaciones de electores, aunque no lo sea, estrictamente hablando.

La sentencia HB confirma la existencia –en el ámbito convencional– de un concepto de «democracia militante» o de «democracia apta para defen-

<sup>31</sup> En GARCÍA ROCA, «Del compromiso internacional de los Estados a Organizar elecciones al Derecho de sufragio de los ciudadanos» (pg. 827), en op. cit. (2005).

derse» que impide la existencia de Partidos antidemocráticos o liberticidas<sup>32</sup>. De hecho, el debate de fondo sobre la viabilidad en el sistema convencional de legislaciones como la Ley de Partidos Políticos española, debe entenderse desde esta perspectiva de defensa del modelo de sociedad que la CEDH representa y del sistema democrático, ante la prevalencia de unos derechos individuales, cuando éstos se ejercitan como arma contra el sistema que los reconoce. Por eso, el TEDH es muy cuidadoso a la hora de entrar a conocer el caso de las agrupaciones de electores y las medidas restrictivas de derechos que se aplican en esos casos, porque para el TEDH son ejercicio individual de derecho.

En definitiva, el TEDH mantiene en estos casos las grandes líneas fijadas ya en los 90 sobre esta materia: La democracia tiene que poder defenderse de quienes la utilizan para acabar con ella. Luego la clave está en determinar cuándo se quiere, o no, acabar con la democracia como sistema. Un Partido Político puede defender un cambio en la legislación, o en las estructuras legales, incluso un cambio en la Constitución, y ello no atentará contra la democracia siempre que: los medios utilizados sean legales y democráticos, no se recurra al uso de la violencia, y el cambio que se proponga sea compatible con los valores democráticos. Hasta la sentencia de HB, el hecho de que un partido mantuviera proyectos similares a los de un grupo terrorista (en el caso que nos ocupa, un proyecto independentista) no implicaba por sí mismo el atentado contra el Convenio que justificara su prohibición<sup>33</sup>. Tras la sentencia de HB, esto no cabe cuando el partido es un «instrumento» de la acción del grupo terrorista<sup>34</sup>. En ese caso, ambos acaban identificados en la justificación del uso de la violencia, lo que supone el ataque más grave sobre la democracia. Y en este sentido el TEDH y la Convención siempre reconocerán un amplio margen de intervención del Estado: en defensa de los derechos fundamentales y las libertades públicas reconocidas en el Convenio y en defensa de los principios fundamentales de la democracia.

Las restricciones a la libertad de asociación y a la libertad de expresión demuestran que estamos ante derechos limitables e instrumentales en la superior consecución de la defensa del sistema democrático. Estos límites son aplicables tanto en el ejercicio colectivo de los Partidos políticos, como en el ejercicio individual porque el CEDH reconoce expresamente la necesi-

<sup>32</sup> En LAMBERT, *Les Partis liberticides et la CEDH*, Edit. Bruylant, Bruxelles (2005).

<sup>33</sup> Recordemos que parece aceptarse por el TEDH que un partido político no se contamina, situándose fuera del Convenio, por el solo hecho de compartir postulados con una organización terrorista. Así, se decía en la sentencia del asunto Partido del Trabajo del Pueblo versus Turquía (apdo. 57) ya citado, que si se asumiera esta idea. «(...) se disminuiría la posibilidad de tratar tales cuestiones en el marco de un debate democrático, y se permitiría a los movimientos armados monopolizar la defensa de estos principios, lo que estaría en contradicción directa con el espíritu del artículo 11 y con los principios democráticos en los que se fundamenta».

<sup>34</sup> La Ley Alemana exige en este sentido que el partido defienda las acciones violentas para vaciar las instituciones democráticas. Ver PÉREZ MONEO, *Disolución de Partidos Políticos por actividades antidemocráticas*, Edit. Lex Nova, Valladolid (2007) (pg. 49).

dad de salvaguarda de los intereses generales de la comunidad como un fin tan legítimo en sí mismo como la salvaguarda de la dignidad individual de la persona<sup>35</sup>. Por ello, no todos los partidos políticos, ni todas las ideologías políticas están protegidos por el CEDH. Para el TEDH un partido puede ser disuelto cuando exista un riesgo real o probable de que pueda llevar a cabo su proyecto contra los principios democráticos o contra los derechos fundamentales o cuando recurra al uso de la violencia como instrumento de acceso al poder. En estos supuestos la medida es un recurso excepcional, que puede ser utilizado con carácter preventivo, que debe estar sometido a la Ley y bajo control jurisdiccional en su aplicación.

<sup>35</sup> EN CARRILLO SALCEDO, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Edit. Tecnos, Madrid (2003) (pg. 91).