

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Pascual Sala Sánchez, Presidente, don Eugeni Gay Montalvo, don Javier Delgado Barrio, doña Elisa Pérez Vera, don Ramón Rodríguez Arribas, don Manuel Aragón Reyes, don Pablo Pérez Tremps, don Francisco José Hernando Santiago, doña Adela Asua Batarrita, don Luis Ignacio Ortega Álvarez y don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A

En el recurso de amparo núm. 2561/2011, promovido por la Coalición electoral “BILDU-Eusko Alkartasuna (EA)/Alternatiba Eraikitzen”, representada por el Procurador de los Tribunales don José Guerrero Tramoyeres, y asistida por el Letrado don Carlos Ginto Monzón, frente a la Sentencia de 1 de mayo de 2011 de la Sala Especial del art. 61 de la LOPJ del Tribunal Supremo, que estima los recursos contencioso-electorales núms. 2/2011 y 4/2011, interpuestos, respectivamente, por la Abogacía del Estado y el Ministerio Fiscal. Ha comparecido el Abogado del Estado. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Luis Ignacio Ortega Álvarez, quien expresa el parecer del Pleno.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito presentado el 4 de mayo de 2011, don José Guerrero Tramoyeres, Procurador de los Tribunales y de la Coalición electoral “BILDU- Eusko Alkartasuna (EA)/Alternatiba Eraikitzen”, interpuso recurso de amparo contra la resolución judicial mencionada en el encabezamiento.

2. Los hechos de los que trae causa la demanda de amparo son, en síntesis, los siguientes:

a) Por Real Decreto 424/2011, de 28 de marzo, se convocaron elecciones locales en toda España, así como elecciones a las Asambleas de Ceuta y Melilla. Por Decreto Foral 1/2011, de 28 de marzo, del Presidente del Gobierno de Navarra; por Decreto Foral del Diputado General de Álava 72/211, de 28 de marzo; por Decreto Foral 2/2011, de 28 de marzo, de la Diputación Foral

de Guipúzcoa, y por Decreto Foral del Diputado General de Vizcaya 65/2011, de 28 de marzo, se han convocado elecciones al Parlamento de Navarra y a las Juntas Generales de los Territorios Históricos citados, respectivamente. Igualmente, por Decreto Foral 26/2011, de 28 de marzo, del Gobierno de Navarra, se convocan elecciones concejiles en Navarra.

Con fecha 6 de abril de 2011 tuvo entrada en la Junta Electoral Central la documentación acreditativa de la constitución de la coalición electoral “BILDU-Eusko Alkartasuna (EA)/Alternatiba Eraikitzen”. El día 26 de abril de 2011 se publicaron en los Boletines Oficiales de Navarra, Vizcaya, Álava, Guipúzcoa y Burgos, las proclamaciones de las candidaturas presentadas a los anteriormente citados procesos electorales.

b) Ante la Sala Especial del Tribunal Supremo prevista en el art. 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) el Abogado del Estado, en representación del Gobierno, interpuso el día 27 de abril de 2011 recurso contencioso-electoral, al amparo del art. 49 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general (LOREG), contra los acuerdos de proclamación de candidatos realizados por las Juntas electorales de zona de las provincias de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya y Burgos (Junta Electoral de Miranda de Ebro, Condado de Treviño) y por la Junta Electoral Provincial de Navarra respecto de las candidaturas presentadas por el partido político demandante (BILDU-Eusko Alkartasuna (EA)/ Alternatiba Eraikitzen) en los procesos electorales y localidades que enumera en la demanda.

El Abogado del Estado, cuyo recurso se interpone al amparo de los arts. 44.4 y 49.5 LOREG, reformados por la Ley Orgánica 3/2011, de 28 de enero, pone de manifiesto que estamos ante un supuesto que se puede calificar de parcialmente novedoso por utilizarse por primera vez la figura de la coalición entre dos partidos legales para presentar candidaturas en un proceso electoral, añadiéndose a los candidatos de los partidos coaligados numerosísimos candidatos, formalmente independientes, en una operación dirigida y diseñada por el complejo ETA/Batasuna. El Abogado del Estado tras realizar la correspondiente fundamentación de su recurso y recordando que la pretensión impugnatoria que se ejercita se refiere a las candidaturas presentadas por la coalición electoral “BILDU”, en cuanto instrumento o vehículo de acceso del complejo ETA/Batasuna a las instituciones, pero que no alcanza a la legalidad de los dos partidos coaligados Eusko Alakartasuna y Alternatiba, solicita que se tenga por interpuesto recurso contra los acuerdos de proclamación de todas las candidaturas de la coalición electoral “BILDU- Eusko Alkartasuna (EA)/ Alternatiba Eraikitzen”, presentadas a los procesos electorales también

descritos, y que se anulen y dejen sin efecto los referidos acuerdos en cuanto a las citadas candidaturas. Por último interesó, como medida cautelar, que se acordara la suspensión de la obligación de la Oficina del Censo Electoral y de las Juntas Electorales, establecida en el artículo 41.5 de la LOREG, en el sentido de tener que suministrar copia del Censo a las candidaturas cuya proclamación se impugna.

c) El día 28 de abril de 2011 el Ministerio Fiscal presentó recurso contencioso electoral ante la Sala Especial del Tribunal Supremo, al amparo de los artículos 44 y 49 LOREG, frente a los acuerdos de proclamación de las candidaturas de la coalición electoral “BILDU- Eusko Alkartasuna (EA)/ Alternatiba Eraikitzen”, enumeradas en el suplico de la demanda y que coinciden con las impugnadas por la Abogacía del Estado, solicitando, en similares términos que el representante procesal del Estado que se anulen y dejen sin efecto los referidos acuerdos en cuanto a las citadas candidaturas.

d) La Sala acordó, mediante Auto de fecha 28 de abril de 2011, estimar justificada, en relación con este asunto, la abstención formulada por el Excmo. Sr. D. Mariano de Oro-Pulido López, Magistrado de la Sala Tercera de este Tribunal, al que, en consecuencia, se tuvo por apartado definitivamente de este proceso, nombrando en su sustitución al Excmo. Sr. D. Ricardo Enríquez Sancho.

e) Los mencionados recursos del Abogado del Estado y del Ministerio Fiscal fueron admitidos mediante providencia de 28 de abril de 2011, procediéndose a su acumulación mediante Auto de igual fecha. Por Auto del mismo día se adoptó la medida cautelar solicitada por ambas partes impugnantes y se ordenó que se diera conocimiento de la interposición de los recursos a los representantes designados por cada una de las candidaturas impugnadas, concediendo a dichas agrupaciones hasta las 12'00 horas del día 29 de abril de 2011 a fin de que puedan presentar las alegaciones y prueba documental que estimasen adecuadas su derecho. El Procurador don José Guerrero Tramoyares, en nombre y representación de la coalición electoral “BILDU- Eusko Alkartasuna (EA) Alternatiba Eraikitzen”, presentó escrito el día 29 de abril de 2011, manifestando su oposición a los recursos formulados con fundamento en las alegaciones efectuadas en el mismo, señalando que la brevedad del plazo otorgado a la coalición demandada para efectuar alegaciones y aportar prueba, unido a las circunstancias concurrentes que relataba, impedían a aquella ejercitar el derecho de defensa y a un proceso con todas las garantías.

f) Mediante providencia de fecha 29 de abril de 2011 y vistas las alegaciones efectuadas por la representación de la coalición electoral BILDU, se acordó conceder a dicha coalición nuevo plazo hasta las 24'00 horas del día 30 de abril de 2011, a fin de que pueda presentar las alegaciones y prueba documental que a su derecho convenga.

Cumplimentado el trámite de contestación a los recursos, la coalición demandada –que niega cualquier tipo de vinculación con ETA/Batasuna- considera que carecen de fundamento las demandas presentadas y que una eventual estimación de las mismas supondría una clara vulneración de del art. 23 CE.

g) Mediante Sentencia de 1 de mayo de 2011, de la Sala Especial del Tribunal Supremo prevista en el art. 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante Sala Especial) se estimaron los recursos interpuestos por el Abogado del Estado y por el Ministerio Fiscal y se declararon no conformes a Derecho y se anularon los actos de proclamación de las candidaturas impugnadas.

Después de resumir las alegaciones respectivas de las partes, dedica la Sentencia un fundamento a contextualizar histórica y jurídicamente los recursos que analiza, centrando el objeto de debate en determinar si las candidaturas impugnadas, como alegan los recurrentes, son una sucesión o continuación fraudulenta del complejo ETA/Batasuna, o si, por el contrario, dichas candidaturas constituyen, como alega la coalición, un legítimo cauce de participación política de un sector social del País Vasco independentista y de izquierdas pero desligado por completo de cualquier relación de subordinación o connivencia con los partidos ilegalizados, y sin vinculación alguna, subjetiva ni objetiva, con el grupo terrorista ETA.

Después de recordar que la Constitución no impone una “democracia militante” y que la Ley Orgánica de Partidos Políticos (LOPP) contempla como causas de ilegalización de partidos políticos sus “conductas”, no sus ideales, enumera, con cita de la Exposición de motivos y de los arts. 9 y 12 de la LOPP, y art. 44 de la LOREG, que los criterios que apuntan dichas normas para constatar la “sucesión operativa” fraudulenta de un partido ilegalizado, y por ende prohibida, se concretan en cuatro notas: 1º) La similitud sustancial de la estructura, organización y funcionamiento de los partidos políticos concernidos. 2º) La misma similitud en cuanto a las personas que los componen, rigen, representan o administran. 3º) Igual similitud sustancial en lo concerniente a la procedencia de los medios de financiación o materiales. 4º) Cualesquiera otras

circunstancias relevantes, como singularmente su disposición a apoyar la violencia o el terrorismo.

Destaca la Sentencia que para la constatación de que existe una “sucesión operativa”, pueden analizarse dos tipos de criterios: los subjetivos, referidos a las personas que componen el partido político ilegalizado y el que pretende sucederle en su actividad; y los objetivos, relativos a la organización, diseño estratégico, medios materiales de actuación y circunstancias concurrentes en su actividad. No obstante, razona que cuando, como en este caso acaece, se contempla la posible declaración de sucesión o continuidad ilegítima respecto de partidos políticos o coaliciones de ellos, puede ser suficiente para determinar la “sucesión operativa” señalada la exclusiva existencia de criterios objetivos, citando a tal efecto el Auto de la Sala Especial de 8 de febrero de 2009, según el que “mientras que para estimar la concurrencia de sucesión fraudulenta en las agrupaciones electorales, dado el carácter autónomo de los candidatos, de apreciarse junto con la vinculación objetiva una vinculación subjetiva, ésta debe ser intensa, en el caso de tratarse de partidos políticos el grado de implicación subjetiva necesario para acreditar la sucesión fraudulenta es menor, adquiriendo por ello en relación con estos últimos mayor trascendencia la vinculación objetiva que muestre tal propósito defraudatorio, pudiendo incluso bastar para alcanzar la convicción de la existencia de sucesión fraudulenta datos reveladores de carácter meramente objetivo”.

Sentado lo anterior, manifiesta la Sentencia además que “la constatación de la existencia de esa “sucesión operativa” tendrá que basarse en la contemplación conjunta de un complejo material probatorio constituido tanto por pruebas directas como indiciarias, que sólo desde una valoración global adquirirá sentido, por encima de la perspectiva limitada y parcial de los diferentes elementos de prueba, que si aisladamente pudieran no tener relevancia, la adquieren cuando se ponen en relación unos con otros”.

Para verificar si esa trama defraudatoria se ha producido, acude la Sala Especial a las técnicas de fraude de ley, abuso de derecho y levantamiento del velo, desde la obligada perspectiva de examen que impone el respeto al principio de proporcionalidad, siempre relevante cuando se trata de establecer límites y restricciones para la operatividad de los derechos fundamentales, y especialmente necesitado de ponderación cuando tal labor se proyecta sobre un derecho fundamental tan importante en una sociedad democrática como el de participación en los asuntos públicos, consagrado en el artículo 23 CE. El canon de proporcionalidad en procesos de

esa índole gira en torno a la idea de que la medida cuya adopción se contempla resulte idónea para, primero, preservar la eficacia y operatividad de la sentencia de ilegalización –el cese real de la actividad política del partido disuelto, art. 12.1.a) LOPP–, y segundo, impedir que el alcance de la decisión judicial que así lo acordó resulte defraudado mediante la actividad continuadora o sucesora de un partido disuelto efectuada mediante otro partido, preexistente o nuevo. En esta línea, la proporcionalidad requerirá que la decisión adoptada sea la necesaria pero solo la necesaria para que esa finalidad se cumpla.

Se pone de relieve en la Sentencia, que al enfrentarse al estudio de conductas simuladas y fraudulentas, es necesario utilizar técnicas jurídicas que permitan llegar a la verdad de las cosas por encima o al margen de las apariencias preconstituidas para burlar la Ley, en concreto, a la jurisprudencia sobre la doctrina del “levantamiento del velo”, como hizo la primera sentencia dictada en relación con el complejo ETA/Batasuna, de 27 de marzo de 2003 (ilegalización de Herri Batasuna, Euskal Herritarrok y Batasuna). Señala que la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo como medio para la detección del fraude de ley tiene que ponerse, a su vez, en necesaria relación con la perspectiva con que ha de abordarse la valoración de la actividad probatoria en litigios como este, y debe ser realizada bajo el prisma de la apreciación conjunta o global de todos los medios probatorios, puesto que en estos casos es la contemplación conjunta de todos los medios probatorios al que puede ofrecer trascendencia y unidad de significado a cada uno de ellos. Recuerda también la importancia de la prueba indiciaria, muchas veces imprescindible a la hora de detectar la simulación ante los correspondientes intentos defraudatorios ya reseñados, fundándose en una multiplicidad de indicios objetivos y subjetivos, cuya eficacia probatoria desde la perspectiva del respeto a la protección de los derechos fundamentales ha sido avalada por el Tribunal Constitucional, citando las SSTC 110/2007 y 44/2009.

Entrando al estudio de las alegaciones de la coalición demandada, se rechazan las concretas quejas relativas a la indefensión ocasionada por la extrema brevedad del plazo para contestar a las demandas y la supuesta vulneración de su derecho a la intimidad y protección de datos de carácter personal, por los datos recabados por las fuerzas de seguridad acerca de los componentes de las candidaturas cuestionadas, incorporados a sus informes y citados en las demandas.

En cuanto a la primera, la Sala Especial, además de recordar que otorgó a la demandada

una ampliación del plazo inicialmente dado, reiterando jurisprudencia anterior de la Sala Especial y del Tribunal Constitucional, afirma que la suma celeridad del procedimiento y las limitaciones sustantivas que pudiera ocasionar en cuanto al despliegue efectivo y real de medios adecuados de alegación y defensa constituye una carga constitucionalmente admisible; en cuanto a la segunda, con cita de la STC 110/2007, de 10 de mayo, y de la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, descarta la lesión en los derechos alegados.

En cualquier caso, se afirma en la Sentencia que ambas quejas carecen de repercusión en la decisión a adoptar, puesto que los medios de prueba controvertidos por esta razón conciernen a los llamados elementos o medios subjetivos, que carecerán de relevancia en el fallo.

Se reitera que la base de la Sentencia va a ser la valoración de medios de prueba relevantes objetivos, prescindiendo sustancialmente de los elementos subjetivos, esto es, de los datos concernientes a hipotéticas vinculaciones subjetivas con el entramado ETA/Batasuna de los miembros independientes de las candidaturas sometidas a examen, ya que tanto el Abogado del Estado como el Ministerio Fiscal han reconocido de forma expresa que esos elementos subjetivos tienen una relevancia escasa en este litigio. En todo caso, atribuye la Sala Especial “indudable fuerza lógica” a la argumentación planteada por aquéllos de que la ausencia de vinculaciones subjetivas, lejos de determinar una suerte desestimatoria de su acción, constituye en realidad un indicio más de la sucesión fraudulenta, en la medida en que el entramado ETA/Batasuna se ha esforzado por elaborar candidaturas carentes de tales vínculos, con el fin de sortear sospechas y continuar su actividad.

En cuanto a los medios o elementos objetivos, se refiere, en concreto, a los informes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y la documentación que a ellos se adjunta, que resultan plenamente legítimos según ha resaltado la jurisprudencia de forma reiterada y uniforme. Cita diversas resoluciones de la propia Sala Especial y del Tribunal Constitucional, para abordar la naturaleza y valor probatorio de los informes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, poniendo especial énfasis en la importancia de diferenciar los datos objetivos y las opiniones subjetivas que contengan, a fin de atribuir a estas últimas el valor probatorio que merezcan en función del análisis lógico que resulte del examen y consideración de los hechos y datos meramente objetivos que refleje en ellos los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Dentro del análisis que sobre esta materia ha realizado el Tribunal Constitucional, se destaca la

STC 126/2009, de 21 de mayo.

Después de enumerar exhaustivamente en el fundamento jurídico undécimo los diferentes medios de prueba aportados por las partes en sus respectivos escritos de demanda y oposición, analizando separadamente, documentos y declaraciones, conversaciones telefónicas, y reuniones, se lleva a cabo su valoración con la perspectiva conjunta o global las pruebas adoptando las siguientes conclusiones, que se consideran suficientemente acreditadas. Estos medios de prueba, que constan en las actuaciones, serán objeto de análisis en los fundamentos jurídicos correspondientes de la presente resolución.

La resolución impugnada constata que el complejo ETA/Batasuna desde su ilegalización no ha dejado de promover distintos cauces de participación en procesos electorales para tratar de eludir simulada y fraudulentamente las consecuencias de dicha ilegalización, y que ha persistido en ese planteamiento en los últimos tiempos y singularmente con vistas al proceso electoral aquí concernido. A tal efecto, expone la Sentencia que ETA propugnó una estrategia de convergencia con otras fuerzas de la “izquierda abertzale” que le permitiera articular una presencia electoral bajo la cobertura de partidos políticos legales, cuidándose de advertir que las candidaturas que resultaran de los acuerdos así alcanzados permanecerían bajo su dirección y tutela. Se remite en este punto la Sentencia a escritos de ETA que así lo indican. Analiza la Sentencia los esfuerzos realizados por ETA para llegar a acuerdos electorales con el partido Alternatiba y con Eusko Alkartasuna, refiriéndose a esta cuestión los mismos documentos de ETA/Batasuna, con específica cita de EA, y habiendo cristalizado en acuerdos para la presentación de candidaturas en las elecciones municipales sobre las que gira la impugnación analizada, que contemplaban la formación de una coalición “a tres bandas” en la que participarían Eusko Alkartasuna y Alternatiba junto con un Partido político legal de nuevo cuño que pudiera aglutinar a los componentes de Batasuna y permitiera la presentación de Batasuna a las elecciones.

La Sentencia pone de manifiesto que si bien Eusko Alkartasuna insiste en que la unidad de acción política de las fuerzas soberanistas (por medios democráticos y pacíficos, enfatiza) había sido propugnada por ella mucho antes de que lo hiciera ETA, por lo que mal puede decirse que este acuerdo se haya adoptado siguiendo las instrucciones, criterios y programas de ETA, debe considerarse que el dato relevante no es el que Eusko Alkartasuna se haya posicionado a través de sus sucesivos dirigentes en contra de ETA, sino el hecho cierto y acreditado de que realmente llegó a un acuerdo con Batasuna para facilitar a través de una coalición la presentación

de esta a las elecciones, en términos que salvaran su declaración judicial de ilegalidad y la libertad de acción política (en torno al programa común) de los candidatos así elegidos. Con esta finalidad, consta acreditado para la Sala Especial que estas tres formaciones políticas llegaron a un acuerdo sobre la composición de las candidaturas en cada localidad, a través del llamado “Herri Akordia”, por el que se articulaba un mecanismo proporcional de presencia de dichos partidos en las distintas candidaturas de cada localidad.

Frente a la alegación realizada por la coalición BILDU de que los partidos que componen la coalición desconocen ese documento e ignoran de dónde ha podido salir, por lo que no lo reconocen en ningún caso como propio, la Sentencia, sin embargo, considera que la alegación no puede ser acogida, en primer lugar, porque un acuerdo de esta índole no se hace ni de forma pública ni mediante signos exteriores que lo identifiquen; en segundo término, porque, por encima de las circunstancias coyunturales de su hallazgo por las Fuerzas de Seguridad, fue publicado en dos medios de comunicación diferentes, dándose con tal ocasión cumplidos datos sobre el contenido del acuerdo que coinciden con el texto localizado por las fuerzas policiales; y por último, porque la realidad de las cosas demuestra que las candidaturas efectivamente presentadas han seguido fielmente este plan, dado que dichas candidaturas responden en su composición y orden de presentación de los candidatos a las consignas que en dicho Acuerdo se daban.

Deduca la Sentencia que al ser BILDU una coalición electoral integrada por dos partidos, Eusko Alkartasuna y Alternatiba, y un número indeterminado de candidatos independientes que concurren conjuntamente en una serie de candidaturas, es preciso que exista un documento o pacto de coalición que exprese los criterios en virtud de los cuales se van a asignar los puestos en la candidatura entre los socios. La Sentencia considera sorprendente que precisamente en la mayoría de las candidaturas los puestos más numerosos y más relevantes los ocupen esos llamados “independientes” frente a los candidatos que pertenecen a partidos con una larga trayectoria de funcionamiento democrático. Considera inimaginable, según las reglas de la lógica y experiencia, que pudiera obtenerse por esos “independientes” una posición en las listas de tanta relevancia si no existiera una concertación previa, documentalmente plasmada, que así lo expresase y una dirección organizativa que en ejecución de dicho documento así lo dispusiera y coordinara. Por todo ello, la Sala Especial no tiene dudas de que el llamado “HERRI AKORDIOA. METODOLOGÍA BÁSICA” constituye el instrumento a través del cual Batasuna ha desarrollado su estrategia defraudatoria para copar los puestos principales en las listas y

asegurar así su presencia en las instituciones.

La Sala Especial estima, que al denegarse la inscripción de SORTU en el Registro de Partidos Políticos por la misma Sala Especial, los otros dos partidos suscriptores de aquel acuerdo con Batasuna, lejos de desistir, mantuvieron el acuerdo plenamente operativo, y simplemente se trató de darle contenido mediante otra vía (plan “b”), que fue la de llenar los puestos que en virtud de ese acuerdo se habían reservado a Batasuna mediante candidatos formalmente independientes y “no contaminados”, que la propia Batasuna se encargó de buscar y reclutar, en ocasiones “presionándoles” para que aceptaran, con el resultado de que en las listas definitivamente elaboradas Batasuna mantuvo *de facto* la presencia reclamada desde un principio. La Sentencia considera que lo cierto es que los candidatos intitulados como independientes exceden en mucho a los propios de los dos partidos políticos que componen la coalición, lo que realmente desdibuja y hace en la práctica irreconocible esa llamada “coalición de partidos”, salvo que, precisamente, se entienda, como según la Sentencia ha de entenderse, que los llamados independientes no lo son, sino que actúan como testaferros de Batasuna y vicarios de su programa y de sus consignas.

En definitiva, concluye en este punto la Sentencia de la Sala Especial afirmando que la coalición electoral BILDU responde a lo que fue el designio inicial del Acuerdo suscrito entre Batasuna, Eusko Alkartasuna y Alternatiba: una coalición que permite a Batasuna/ETA volver a la presencia institucional en las administraciones territoriales de acuerdo con sus estimaciones de electorado y con garantía de autonomía operativa, aun integrada en la coalición.

Seguidamente se analiza el rechazo a la violencia por parte de BILDU. La coalición demandada alega que tanto Eusko Alkartasuna como Alternatiba siempre han condenado de forma clara, rotunda y carente de eufemismos cuantos actos violentos ha desarrollado el grupo terrorista, pidiendo una y otra vez su desaparición. Asimismo, los candidatos que conforman las listas de la coalición, también los independientes, han suscrito una declaración por la que se comprometen no sólo a desarrollar su actividad por medios pacíficos sino también a enfrentarse por todos los medios lícitos a su alcance contra cualquier manifestación de violencia.

Sin embargo, rechaza la Sala Especial este argumento que califica de “aparentemente sólido”, puesto que en el contexto de la simulación y fraude que ha guiado siempre la actuación de ETA/Batasuna cuando se trata de acudir a comicios electorales, las condenas de la violencia

han sido incluso recomendadas por ETA, a fin de dar una apariencia de distanciamiento de ella a quienes formalmente presentan como colectivos distintos y no relacionados con el grupo terrorista. Desde esta perspectiva, la condena de la violencia, según la Sentencia, es una táctica instrumental que la propia ETA auspicia para impedir la ilegalización de su rama política; siendo este un dato que priva de vigor decisivo a las manifestaciones de condena, más aún si estas se formulan –como de hecho ha acaecido- mediante circunloquios, con un cuidadoso empleo de los vocablos e incluso acudiendo a eufemismos; además, considera que desde el momento en que la asignación de componentes y puestos en las candidaturas de la coalición ha respondido a las exigencias de Batasuna, en un proceso auspiciado en última instancia por la misma ETA, y siendo la misma banda terrorista la que ha enseñado cómo quiere que se exteriorice el rechazo de sus actos de terrorismo, ha de concluirse razonablemente que ello no hace más que reforzar la conclusión de que la misma ETA apoya un uso instrumental del lenguaje a fin de dibujar un distanciamiento de la violencia que responde a una estrategia preconstituida para evitar males mayores, en forma de anulación de las candidaturas de la coalición al amparo de la LOPP y la LOREG.

Por último, frente a la alegación de la coalición BILDU que pone en tela de juicio la afirmación del Fiscal en la que, con cita de la STEDH de 30 de junio de 2009, destaca “el serio riesgo para la democracia española” que la desestimación de los recursos pudiera conllevar, considera la Sentencia que en el caso de BILDU, el riesgo para la democracia se consuma con la concurrencia al proceso electoral aquí concernido y la efectiva adquisición de la condición de cargo electo y el posterior ejercicio de las funciones de los respectivos cargos en las instituciones, con independencia de que, posteriormente pudieran ponerse en marcha los instrumentos que contempla la LOREG.

Explica la Sentencia que el hecho de ser proclamado candidato, y más aún adquirir la condición de cargo electo, conlleva el acceso a información pública y luego la posibilidad de adoptar decisiones y tomar acuerdos que pueden conllevar una afección sobre las personas y sobre la misma sociedad que no se da por la simple inscripción de un partido. Puesto que, en palabras de la Sala Especial, lo que se está dilucidando es la participación en el proceso electoral de una coalición que se ha erigido como un cauce simulado y fraudulento para soslayar la ilegalización judicial del brazo político de la banda terrorista ETA y así permitir el acceso de Batasuna/ETA a las instituciones representativas, la única forma constitucionalmente legítima y ponderada, esto es, proporcionada, de preservar la eficacia de los precedentes fallos de la Sala

Especial acerca del complejo ETA/Batasuna y así garantizar bienes jurídicos como la seguridad pública y la libertad de los ciudadanos es anular esas candidaturas a fin de impedir que quienes las conforman en sedicente condición de independientes (pero realmente meros testaferros de ETA) puedan, primero, en condición de candidatos, acceder a una información política y administrativa que una vez en manos del grupo terrorista pudiera ser empleada para sus fines delictivos, y luego, en condición de electos, tomar posesión de sus cargos, ocupar eventualmente el poder en administraciones territoriales, y en tal condición establecer una línea de gobierno favorecedora de los fines terroristas de ETA. Así las cosas, la anulación de las candidaturas es no sólo una medida adecuada en cuanto que proporcionada, sino más aún, una medida obligada.

Concluye la Sentencia reconociendo que esta anulación se proyecta sobre la actividad de partidos políticos no ilegalizados, como Eusko Alkartasuna y Alternatiba; pero responsabiliza a dichos partidos de los perjuicios que pudieran padecer al permitir la estrategia del complejo ETA/Batasuna.

Cuenta la Sentencia con dos votos particulares discrepantes. El primero de ellos, firmado por seis Magistrados, considera que los recursos deberían haber sido desestimados; en el segundo, el Magistrado discrepante entiende que debería haberse producido una estimación parcial de los mismos.

3. La coalición BILDU presentó demanda de amparo frente a la Sentencia dictada por la Sala Especial del Tribunal Supremo.

Considera la coalición recurrente que la resolución judicial que se impugna infringe los artículos 23.1 y 2 CE en relación con los artículos 16, 20.1.a) y 22 CE, así como los artículos 10 y 11 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y el artículo 3 del Protocolo nº 1 del citado Convenio. Estima vulnerados los derechos a participar en asuntos públicos directamente o a través de representantes libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal, y a acceder en condiciones de igualdad a los cargos públicos, y a las libertades ideológicas, de expresión y de asociación.

La demanda de amparo, después de referirse al cumplimiento de los requisitos procesales, dedica un apartado a la justificación de la especial trascendencia constitucional del recurso. Entiende que, a la vista de la STC 155/2009, de 25 de junio, la demanda tiene especial trascendencia

constitucional, no sólo por ser un recurso de amparo electoral – a los que expresamente se refiere la citada Sentencia- sino, especialmente, porque las consecuencias jurídicas de la decisión adoptada en la resolución impugnada “son relevantes y de gran repercusión en la expresión de la voluntad soberana de los ciudadanos del País Vasco, Navarra y Condado de Treviño”.

Entiende la parte recurrente que la anulación de la proclamación de la totalidad de las candidaturas de una coalición de partidos, y de esta en particular, supone una indudable lesión y afectación a los derechos fundamentales reconocidos en el art. 23 CE, en cuanto conlleva la privación del derecho colectivo de participación política de las dos formaciones legales que integran la coalición, así como la privación del derecho individual de sufragio activo a quienes integran el sector del electorado que deseara votar a esa opción. También se ve afectado el ejercicio del derecho individual de sufragio pasivo, no solamente a quienes sean independientes de ambas formaciones políticas, sino también a los de las formaciones políticas legales.

Además, se considera que la Sentencia impugnada “tiene una evidente repercusión social y política en el País Vasco y Navarra, pues afecta a un total de 257 candidaturas, entre las que se encuentran las presentadas a las Juntas Generales de Guipúzcoa, Álava y Vizcaya, así como al Parlamento de Navarra, siendo el número de candidatos superior a 3.500 personas”. Pone de manifiesto la coalición demandante, con cita de la STC 126/2009, de 21 de mayo, que es la segunda ocasión en que se interesa el amparo electoral por parte de una coalición de partidos cuyas candidaturas proclamadas por las Juntas Electorales correspondientes son, posteriormente, anuladas por la Sala Especial del Tribunal Supremo, por considerarlas continuadoras de la actividad de partidos políticos ilegalizados.

Concluye este apartado afirmando la colación recurrente que “si a todo ello se une la relevancia constitucional de los partidos políticos, la trascendental función que la Constitución les atribuye y que queda de manifiesto por el hecho de que los partidos políticos figuren en el Título Preliminar de la Constitución, frontispicio constitucional donde se contienen el conjunto de decisiones políticas básicas, siendo expresión del pluralismo político e instrumento fundamental para la participación política, mediante su concurso a la formación y manifestación de la voluntad popular, no cabe duda de la evidente trascendencia constitucional de la demanda de amparo que se insta mediante el presente escrito, por lo que se solicita de ese Tribunal entre al fondo de la presente cuestión”.

Como se ha avanzado, se alega un motivo único en la demanda de amparo: la vulneración de los derechos a participar en asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal, y a acceder en condiciones de igualdad a los cargos públicos con los requisitos que señalen las leyes, contemplado en el artículo 23, apartados 1 y 2 de la Constitución, en relación con los artículos 16, 20.1 a) y 22 del mismo texto y con los artículos 10 y 11 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y el artículo 3 del Protocolo n° 1 del citado Convenio.

La coalición demandante inicia la argumentación sobre el ámbito de enjuiciamiento constitucional señalando que el objeto del recurso se centra en que este Tribunal verifique si la Sala Especial del Tribunal Supremo ha acreditado de manera motivada y suficiente la existencia de una actuación fraudulenta tendente a la instrumentalización de las candidaturas cuya proclamación se ha anulado para suceder y dar continuidad a la actividad de los partidos políticos judicialmente declarados ilegales y disueltos. Se trata, a su juicio, de determinar si cabe apreciar una vulneración del derecho de sufragio pasivo en atención a la consistencia que, en términos constitucionales, ofrece la convicción judicial alcanzada en el proceso previo en punto a la naturaleza fraudulenta de todas las candidaturas de BILDU. Reconoce que no puede pretenderse una valoración individualizada de cada una de las pruebas consideradas por la Sala Especial del Tribunal Supremo, imponiéndose, por el contrario, un enjuiciamiento global, sintético y de conjunto de la prueba.

Se refiere la demanda a continuación al “valor del pluralismo político”, destacando la posición vertebral en que la Constitución ha colocado a los partidos políticos y a la relevancia de sus funciones, con cita de la STC 48/2003, de 12 de marzo. Aborda seguidamente la doctrina constitucional sobre el derecho fundamental a la participación política y sobre el principio de la “máxima efectividad de los derechos fundamentales” con cita de distintas resoluciones de este Tribunal. Con base en la STC 85/2003, de 8 de mayo, recuerda que la disolución de un partido político no comporta la privación del derecho de sufragio, activo o pasivo, de quienes fueron sus promotores, dirigentes o afiliados; por tanto, si bien Herri Batasuna, Euskal Herritarrok y Batasuna quedaron disueltos en virtud de sentencia y no existen en cuanto partidos políticos, sí subsisten sus dirigentes, sus afiliados, sus simpatizantes y el sector social o la parte de ciudadanos que se identificaban con sus ideas y programas políticos, y subsistirá, por tanto, en ese conjunto de ciudadanos la voluntad de incidir en la vida política, sin que la ilegalización del

partido al que pertenecían o con el cual figuraron en listas electorales les prive de poder hacerlo valiéndose de los instrumentos jurídicos oportunos, entre los que también se encuentra la participación en otras listas electorales de partidos políticos legales.

Bajo el título “el grado de certeza exigible al presupuesto de hecho limitativo del derecho fundamental” considera la parte recurrente que al estar en juego la efectividad de un derecho fundamental (art. 23 CE), su eventual sacrificio exige que se extreme el rigor del enjuiciamiento, además de estar justificado, motivado y ser proporcionado. Con una profusa cita de Sentencias de este Tribunal considera que, por la trascendencia de los derechos fundamentales en juego, es necesario exigir la acreditación de manera reforzada del supuesto fáctico que impide la participación en un proceso electoral. Afirma que sólo si se prueba de forma suficiente, razonable y proporcionada que las candidaturas presentadas por la coalición electoral BILDU continúan la actividad de un partido ilegal y disuelto, podrán anularse la proclamación de sus candidaturas.

La demandante considera que después de la nueva redacción dada por la Ley Orgánica 3/2011, de 28 de enero, al art. 44.4 LOREG, cuya finalidad básica es ampliar a los partidos, federaciones y coaliciones de partidos la prohibición contenida en la norma, cabe remarcar que la sucesión o continuidad que se imputa ha de serlo de la actividad del partido político ilegalizado y que lo que debe entenderse por "continuar la actividad" viene descrito en el fundamento jurídico tercero del Voto particular de los seis magistrados a la Sentencia impugnada, al señalar que es "la pretensión de hacer lo mismo que venía haciendo el partido político ilegalizado y por lo que fue ilegalizado en nuestro caso, servir de instrumento político de una banda terrorista, ETA, dándole apoyo, cobertura etc." En definitiva, se trata de que las candidaturas cuya proclamación se ha anulado prosigan con la actividad que desarrollaba Batasuna. Añade el Voto particular que continuar la actividad "no es meramente pretender participar en el juego democrático y presentarse a las elecciones, si ello se hace de manera ajustada a la Constitución y a la Ley y rechazando de manera inequívoca toda connivencia con la banda terrorista ETA y con la utilización de la violencia".

Con cita de la STC 126/2009, de 21 de mayo (FJ 10), recuerda que “son esos medios y no las ideas o los objetivos políticos pacíficamente perseguidos a los que está destinada la reacción del poder público en defensa del marco de convivencia pacífica diseñado por el constituyente para que en él tengan cabida todas las ideas", todo ello en coherencia con la no

imposición por la Constitución de un modelo de "democracia militante", tal y como determinó la STC 48/2003, de 12 de marzo.

Sobre la presencia de elementos o indicios de carácter objetivo y subjetivo considera la coalición recurrente que, si bien es cierto que es posible atribuir suficiencia a los criterios de índole objetiva para revelar la continuación de la actividad del partido político disuelto a través de las candidaturas de una coalición de partidos, ello estará en función de la consistencia de los juicios de valor deducidos de esas pruebas de naturaleza objetiva, pues en atención a su mayor o menor solidez se hará precisa la existencia de los elementos subjetivos para poder concluir la materialización del designio defraudador.

Destaca seguidamente la demanda de amparo el valor de la trayectoria de un partido político como elemento objetivo, como recogía la STC 112/2007, de 10 de mayo. Se recuerda también la doctrina constitucional sobre la prueba indiciaria. Argumenta la coalición recurrente sobre la insuficiencia de la intención defraudatoria, afirmando que “no basta acreditar la voluntad defraudatoria de ETA y del partido ilegalizado Batasuna que les lleva a pretender la puesta en marcha de una coalición electoral a su servicio, sino que es precisa la existencia de elementos objetivos y subjetivos que abonen, en los términos constitucionalmente exigibles, la idea de que esa pretensión se ha materializado, precisamente, a través de las candidaturas de la coalición electoral recurrente”.

Se considera legítimo, con apoyo de la STC 126/2009, de 21 de mayo, la movilización del voto. Se argumenta seguidamente sobre el valor del contraindicio, consistente en el rechazo a la violencia, citando las SSTC 99/2004, de 27 de mayo, y 31/2009, de 29 de enero, en las que se analizaban el valor del rechazo a la violencia en estos supuestos, afirmando la demanda que “la importancia del contraindicio es tal que, en la STC 85/2003, de 8 mayo, el Tribunal estima el recurso planteado por agrupaciones que, si bien tenían una similitud sustancial a nivel subjetivo con los partidos ilegalizados, habían condenado y rechazado la violencia de ETA. Tal es el caso de la Candidatura Anueko Indarra, que a pesar con el 50% de sus candidatos relacionados con los partidos ilegalizados y además en los puestos relevantes 1, 2, 4 y 6, contaba entre ellos con uno de los fundadores del partido político Aralar, coincidiendo con esta formación en el rechazo a la violencia”.

En la demanda de amparo la coalición recurrente considera, asimismo, que las últimas

reformas en la legislación electoral al posibilitar apartar de sus escaños, e incluso de impedir que acceda a los mismos a quien no realice una “declaración expresa e indubitada de separación y rechazo respecto de las causas determinantes de la ilegalidad del partido político”, refuerza la exigencia de que la excepción a los derechos de participación política y sufragio pasivo requiere aún una interpretación más estricta, y que sean patentes las razones convincentes e imperativas que justifiquen la restricción.

En la aplicación al caso concreto de todo lo dicho anteriormente, estima la coalición demandante que la Sentencia impugnada no resulta conforme con la doctrina constitucional sobre la entidad, naturaleza y cualidad de los indicios analizados; se considera que “los elementos de prueba tomados en consideración en la Sentencia no tienen, en términos constitucionales, el valor indiciario que se les ha atribuido, careciendo de la entidad necesaria para sustentar una convicción de la que se deriva tan grave perjuicio para el derecho de participación política garantizado por el art. 23 CE y, con él, para el valor del pluralismo político sobre el que se fundamenta el ordenamiento constitucional del Estado democrático”.

Desde la perspectiva de los parámetros del art. 44.4 LOREG, argumenta la parte demandante que la Sentencia impugnada no da como probada, ni se refiere en ningún caso, a la similitud sustancial de estructuras, organización y funcionamiento; tampoco fija como acreditada una similitud en cuanto a la procedencia de los medios de financiación o materiales, por lo que, a diferencia de lo sucedido en supuestos similares anteriores, no existen elementos que prueben la existencia de vínculos de esa naturaleza entre ETA y el partido ilegalizado Batasuna y la coalición electoral BILDU. Tampoco se aporta, a juicio de la coalición demandante, elemento alguno que acredite el denominado súperindicio, esto es, la disposición a apoyar la violencia o el terrorismo. Finalmente, se prescinde, de manera absoluta, de examinar lo que atañe a las personas que rigen, representan o administran cada una de las candidaturas. En definitiva, en opinión de la coalición recurrente, ninguno de los parámetros expresamente citados en el art. 44.4 LOREG concurren ni son analizados en la Sentencia, pues, finalmente, en lo que se refiere al vínculo subjetivo referido a los integrantes de cada una de las candidaturas la propia resolución judicial prescinde de ellos.

En cuanto a la valoración de los elementos objetivos, se rebaten en la demanda la valoración que de los medios probatorios se ha realizado en la Sentencia impugnada. Critica la coalición recurrente que el fundamento jurídico undécimo de la Sentencia se relacionan una serie

de "datos objetivos" que se consideran "suficientemente acreditados", los cuales son ordenados por la Sala, según la fuente de información, en documentos y declaraciones, conversaciones telefónicas y reuniones, y que son los que sustentan el fallo de la resolución, al entender que a través de ellos queda acreditada la trama defraudatoria cuya existencia esgrimen el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal. Sin embargo, para la coalición demandante, los indicios que se desprenden de los mismos carecen del carácter concluyente necesario para alcanzar el grado de certeza que requeriría estimar plenamente acreditada su existencia, de conformidad con los cánones jurisprudenciales que expone en la demanda.

La demandante analiza los documentos valorados en la Sentencia, y extrae de los mismos conclusiones radicalmente opuestas a las deducidas por la Sala Especial del Tribunal Supremo. Considera además que no hay vínculo de conexión entre los propósitos defraudatorios de ETA, que la Sentencia pretende basarlos en los documentos, y la pretendida participación de los partidos de la coalición para su consecución, mediante la incorporación en la coalición electoral del entramado ETA/Batasuna. A su juicio, la falta de consistencia de los documentos no permite, de modo razonable y no arbitrario, llegar a concluir la existencia de la trama defraudatoria.

Se analizan asimismo, el contenido de las conversaciones telefónicas transcritas en la Sentencia, de las que, se afirma en la demanda de amparo, no puede extraerse indicio alguno que sustente la decisión de la resolución judicial impugnada. La misma conclusión extrae la coalición recurrente del análisis de las reuniones valoradas por el Tribunal Supremo.

En definitiva, considera la coalición demandante que del conjunto de elementos objetivos que soportan la decisión de la Sala no cabe obtener una inferencia sólida de que las candidaturas de BILDU han sido instrumentalizadas por ETA/Batasuna y se han puesto al servicio de la continuidad material de los partidos políticos disueltos por vinculación con una organización terrorista, afirma que "esos elementos de prueba no tienen en términos constitucionales el valor indiciario y la entidad que se les ha atribuido en la sentencia que se recurre. Deducir de ellos una vinculación organizativa y funcional de BILDU con ETA y Batasuna no es un resultado que pueda tenerse por fundado en la forma constitucionalmente exigible cuando se trata de la limitación a un derecho fundamental, pues, en estos casos, los presupuestos justificativos de esa restricción han de hallarse pertinentemente probados, lo que no es el caso. En definitiva, la conclusión que la Sala obtiene de los elementos objetivos (todo es una estrategia de ETA que ha sido obedecida no sólo por la Izquierda Abertzale sino también por Eusko Alkartasuna y

Alternatiba) no responde a certidumbres basadas en hechos y datos debidamente acreditados y carece del rigor necesario”.

Se centra a continuación la demanda en los contraindicios objetivos, empezando por recordar la trayectoria de EA y Alternatiba, intachable en el rechazo a la violencia, para cuya constatación se transcriben en la demanda una serie de declaraciones públicas de sus representantes e informaciones periodísticas para poner de evidencia que no fue ETA quien diseñó esa propuesta de coalición en el año 2008, o cuando menos no en los términos que Eusko Alkartasuna la ha defendido.

Como conclusiones de todos estos posicionamientos públicos de Eusko Alkartasuna que se contienen en la demanda, se afirma que:

“a).-No nació de ETA la idea de que las fuerzas políticas abertzales desarrollaran acciones o estrategias comunes y compartidas. Por tanto, la reflexión de ETA del año 2.008 es muy posterior a los planteamientos que en ese sentido había hecho Eusko Alkartasuna. b).-Eusko Alkartasuna siempre supeditó dicha alianza política o, incluso, electoral, a que su actividad se desarrollara, única y exclusivamente, por vías políticas y democráticas. c).-En ninguna de las propuestas de ETA sobre la colaboración entre fuerzas independentistas o soberanistas se ha planteado que debía desarrollarse bajo las premisas propuestas por Eusko Alkartasuna, sino que ha defendido una estrategia político militar en la que la "lucha armada" tiene un papel relevante, reservándose ella el papel de garante del proceso político. d).-Eusko Alkartasuna ha defendido la desaparición de ETA como uno de sus objetivos políticos, ya que considera que dicha organización es un obstáculo insalvable para la creación de alianzas con otras fuerzas políticas abertzales. e).-Eusko Alkartasuna siempre ha rechazado la violencia de ETA y desde hace años ha ofrecido un pacto político a la Izquierda Abertzale para constituir el "Polo soberanista", el "Bloque Nacional Vasco" ... al objeto de presentarse a las elecciones, pero con una condición nítida: que la Izquierda Abertzale rechace la violencia, incluida la de ETA. f) Solamente cuando Eusko Alkartasuna ha constatado que la Izquierda Abertzale rechaza a ETA ha dado luz verde al acuerdo político. Este último aspecto, nos lleva a analizar el siguiente contraindicio objetivo.”

Se destaca además el debate que la izquierda abertzale ha venido desarrollando los últimos años para acreditar que es fruto del mismo la coalición ahora recurrente. Se citan en este punto distintos documentos que ponen de manifiesto el rechazo a la violencia como punto

innegociable de estos debates y se transcriben distintas informaciones periodísticas para avalar lo antes afirmado.

Finaliza la demanda con el análisis del contraindicio de rechazo a la violencia. Se argumenta que dada la insuficiente entidad probatoria de los indicios manejados por el Tribunal Supremo, y de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional "no es necesario oponer a ellos contraindicio alguno, es decir, desacreditarlos con la condena inequívoca del terrorismo por parte de la formación política sospechosa de connivencia con una organización terrorista" (STC 126/2009, de 21 de mayo, FJ 14). No obstante, se afirma en el recurso de amparo, la existencia de ese contraindicio en el caso presente está fuertemente reforzada, en atención de los siguientes elementos: 1) La trayectoria de EA y Alternatiba. Se trata de partidos democráticos, que han apostado y apuestan por medios legales y pacíficos para el logro de sus objetivos políticos, y a los que no cabe imputar connivencia alguna con el terrorismo, ni conducta o actividad que pueda incardinarse en el listado de comportamientos que se recogen en el art. 9 LOPP. 2) Las declaraciones de los dirigentes de BILDU. No obstante el escaso periodo de vida de la coalición electoral, se aportaron con las alegaciones declaraciones de los responsables de BILDU que recogen una posición nítida, contundente e inequívoca en contra de la violencia de ETA y a favor de su desaparición. 3) El código ético de los candidatos de BILDU. Todos y cada uno de los candidatos que se presentan en las listas de BILDU han suscrito un código de actuación, en el que expresan, entre otras declaraciones, su compromiso firme de "(...)actuar utilizando única y exclusivamente vías/métodos políticos, pacíficos y democráticos, lo que lleva aparejado la oposición por todos los medios que legítimamente tenga a su alcance, a cualquier acto o actividad que suponga agresión o violación a cualquier derecho humano y al uso de la violencia para lograr objetivos políticos". Es decir, los propios candidatos aportan ya la declaración que exige el art. 6.4 LOREG para el supuesto indicado, por lo que es evidente que este contraindicio tiene un valor innegable.

Con el conjunto de estos tres elementos pretende la coalición recurrente desvirtuar el argumento de la Sentencia que recurre de que "las condenas de la violencia han sido incluso recomendadas por ETA", tomando como base de ese aserto el documento "EAREN PROPOSAMENAZ II.RTF", de autor y fecha desconocidos. Considera que el planteamiento de la Sala no puede aceptarse porque, en primer lugar, el rechazo de la violencia de ETA por parte de Eusko Alkartasuna y Alternatiba es un principio de actuación de esos partidos desde su nacimiento, absolutamente ajeno a esa supuesta "táctica instrumental" a la que se refiere la

Sentencia, pero, además, porque obvia el criterio de la suficiencia y carácter concluyente del contraindicio, que no puede pretender anularse, como hace la Sala, a través de un débil e impreciso elemento indiciario como el citado.

Concluye afirmando que, si bien sobre la base de los documentos incautados y analizados puede razonablemente deducirse que ETA/Batasuna pretenden servirse de algún modo de esta oportunidad para sus fines, e incluso que persistían en ese planteamiento con vistas al proceso electoral aquí concernido, ello no presupone la existencia de concertación alguna entre ETA/Batasuna y los partidos integrados en la coalición electoral BILDU, cuya instrumentalización a tal fin por aquellos es una conclusión que no puede alcanzarse, sobre esa base, del modo que constitucionalmente es exigible para limitar el derecho de participación política que está en juego. Desde luego, no se ha probado que por parte de la coalición se lleve a cabo una asunción de los métodos violentos como instrumento de actuación en la vida pública.

En definitiva, afirma la demandante, que aunque se entienda por acreditada la intención de ETA/Batasuna de defraudar la Sentencia de la Sala Especial del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2003, no se ha acreditado su materialización en BILDU, es decir, que ello haya culminado en la articulación de unas candidaturas instrumentalizadas al servicio de los intereses electorales de los partidos políticos ilegalizados.

Solicitan la estimación de la demanda y por ello que se reconozca su derecho fundamental a participar en los asuntos públicos por medio de representantes y a acceder en igualdad de condiciones a cargos público, restableciendo a la coalición en la integridad de sus derechos; que se declare la nulidad de la Sentencia de 1 de mayo de 2011, dictada por la Sala Especial del Tribunal Supremo, y que se declare que las candidaturas presentadas por la coalición de partidos BILDU "Eusko Alkartasuna (EA)/ Alternatiba Eraikitzen" puedan concurrir a las Elecciones municipales, Juntas Generales y Parlamento Foral de Navarra a celebrar el próximo día 22 de mayo de 2011.

4. Mediante providencia de 4 de mayo de 2011, la Sala Segunda admitió a trámite el recurso de amparo interpuesto y se otorgó un plazo de un día para que el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal realizaran alegaciones.

5. Mediante escrito de 4 de mayo de 2011, la coalición demandante interesó la abstención

del Magistrado don Francisco Hernando Santiago y subsidiariamente interpuso incidente de recusación. Argumenta la parte recurrente que el Sr. Hernando Santiago fue Presidente del Tribunal Supremo en el período comprendido entre el 7 de noviembre de 2001 y el 29 de septiembre de 2008, por lo que presidió la Sala Especial del art. 61 LOPJ y participó en tal condición en los procedimientos tramitados ante dicha Sala relativos a la ilegalización de partidos políticos.

La Sentencia ahora impugnada contiene diversas referencias a la Sentencia de 27 de marzo de 2003 de la Sala Especial del art. 61 LOPJ de la que fue ponente el Magistrado don Francisco Hernando Santiago por la que se ilegalizaron a los partidos políticos Herri Batasuna, Euskal Erritarrok y Batasuna. Por ello, consideran que el Magistrado don Francisco Hernando Santiago se halla incurso en la causa 10ª del art. 219 LOPJ (“tener interés directo o indirecto en la causa”) y solicitan su recusación, al tener comprometida su imparcialidad en el presente procedimiento de amparo sobre los recursos contencioso-electorales interpuestos contra la proclamación de candidaturas de la coalición recurrente, ya que la Sentencia impugnada considera dichas candidaturas son continuación de los partidos políticos ilegalizados en virtud de la Sentencia de 27 de marzo de 2003 antes citada y de la que fue ponente el Magistrado ahora recusado.

Mediante Auto de 5 de mayo de 2011 el Pleno del Tribunal Constitucional acordó “[n]o admitir a trámite la recusación formulada por la coalición electoral “Bildu – Esuko Alkartasuna (EA)/Alternatiba Eraikitzen”, por considerar que “el distinto objeto del proceso en el que se dictó la Sentencia de la Sala especial del art. 61 LOPJ del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2003 y del proceso que ha dado lugar al presente recurso de amparo impide entender que exista una toma de posición previa por parte del Magistrado recusado” ni, en definitiva, motivo alguno que permita poner en duda su imparcialidad en este recurso de amparo.

6. El Abogado del Estado formuló las correspondientes alegaciones en escrito de 5 de mayo de 2011. Incorpora con las alegaciones documentación que se une a las actuaciones.

Como precisiones previas considera que aunque la demanda invoca preceptos del CEDH y su protocolo adicional nº 1, éstos no puede ser materia propia del presente recurso. Aclara también que a pesar de que la demanda de amparo sugiere que la modificación del art. 44.4 LOREG llevada a cabo por la Ley Orgánica 3/2011, de 28 de enero, dota al Estado de Derecho

de una capacidad de respuesta de mayor intensidad, este argumento llevaría a que el Estado deba esperar a que se haya consumado el riesgo que para el sistema democrático representa la continuidad de la actividad de un partido ilegal y disuelto para que pueda adoptar medidas legales dirigidas a preservar dicho sistema. Argumento rechazado, según la Abogacía del Estado, por el TEDH en la sentencia de 30 de junio de 2009, Herri Batasuna y Batasuna c. España. En su opinión, la finalidad de la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 3/2011 no es la de sustituir los mecanismos previstos en su redacción original y en la LOPP, que subsisten en los arts. 44.4 y 49.1 LOREG, sino atender supuestos diferentes.

El principal contenido de la demanda de amparo se centra en realizar una crítica de los elementos objetivos valorados por la Sentencia recurrida para fundar su conclusión de que las candidaturas de BILDU constituyen el instrumento para la continuidad fraudulenta de los partidos ilegalizados. La demanda de amparo tacha, de acuerdo con la doctrina constitucional, de excesivamente abierta la inferencia realizada por la Sala para extraer tal conclusión. También se dedica el recuso de amparo a examinar lo que denomina contraindicios que vendrían a debilitar las conclusiones de la Sentencia recurrida, entre ellos, las trayectorias de los partidos coaligados, el supuesto debate “en la Izquierda Abertzale” y, por último, el contraindicio del rechazo a la violencia.

El Abogado del Estado explica que se contestará a tales alegaciones haciendo referencia al canon de enjuiciamiento en este recurso de amparo, examinando los criterios generales seguidos por la Sentencia recurrida, justificando la razonabilidad y solidez de sus conclusiones a la luz de la prueba valorada; y, por último, se justificará la falta de fuerza de los contraindicios invocados de contrario para desvirtuar las conclusiones a las que llega la Sala del artículo 61 LOPJ.

En relación a las alegaciones relativas a la violación del art. 23 CE recogidas en la demanda de amparo, explica la Abogacía del Estado que en las SSTC 112/2007, de 10 de mayo, FJ 7, y 43/2009, de 12 de febrero, FJ 11, este Tribunal ha señalado con toda claridad cómo debemos abordar la supuesta violación del derecho fundamental de participación política que la actora imputa a la Sentencia. Así pues, se debe examinar si la convicción alcanzada por la Sala Especial del art. 61 LOPJ del Tribunal Supremo ha lesionado el derecho del partido recurrente a participar en los asuntos públicos. En este sentido, cita la STC 85/2003, de 8 de mayo (FJ 29), y la STC 68/2005, de 21 de marzo (FJ 11). Por otro lado, considera que para determinar si existe o

no sucesión o continuidad de partidos disueltos, es precisa “la apreciación conjunta de una pluralidad de magnitudes y referencias” sin desarticular o atomizar la prueba (SSTC, por todas, 68/2005, 21 de marzo, FJ 11, y 112/2007, de 10 de mayo, de FJ 7), y atendiendo a la convergencia de los indicios. Las SSTC 85/2003, de 8 de mayo, FFJJ 27 a 29, 176/2003, de 10 de octubre, FJ 5, 99/2004, de 27 de mayo, FFJJ 16 y ss, 68/2005, 31 de marzo, FJ 11, y 110/2007, de 10 de mayo, FJ 12, respaldan lo razonable de la inferencia que parte de un conjunto de indicios convergentes y lleva a concluir que una agrupación electoral, partido o coalición sucede o continúa la actividad de un partido disuelto. Siempre teniendo en cuenta que “para alcanzar esta conclusión la Sala ha debido superar las dificultades inherentes al descubrimiento de toda trama defraudatoria y se ha basado en un material probatorio constituido tanto por pruebas directas como indiciarias” (STC 112/2007, de 10 de mayo, FJ 8). Recuerda también el Abogado del Estado en apoyo de esta tesis la STC 31/2009, de 29 de enero.

Analiza seguidamente los criterios generales seguidos en la Sentencia impugnada. Explica que, en concreto, en el fundamento jurídico décimo se hacen consideraciones generales sobre el valor que se da a los informes policiales y a las informaciones periodísticas, en perfecta línea con la doctrina del Tribunal Constitucional que extensamente reproduce la Sentencia impugnada; se advierte en este fundamento que se atenderá básicamente a los “medios o elementos objetivos”, prescindiendo sustancialmente de los elementos subjetivos. Considera el Abogado del Estado que acierta la Sentencia recurrida al afirmar que la “inexistencia de vinculaciones subjetivas” respondería al perfeccionamiento por parte de los partidos ilegalizados de su estrategia defraudatoria, debiendo, una vez más, superar las dificultades inherentes al descubrimiento de toda trama defraudatoria. Estima que la persistente intención manifestada por ETA/Batasuna de estar presente en los sucesivos procesos electorales tiene valor de indicio porque si está probado que se persigue ese objetivo, es lícito pensar que se pondrán los medios para realizarlo, haciéndolo de tal manera que se logre superar el escollo de la invalidación de la candidatura. En el contexto actual, a su juicio, es razonable concluir que los partidos disueltos intentarán una nueva estrategia defraudatoria consistente en buscar resquicios mediante la presentación de candidaturas en coalición con partidos políticos, con los que presentan cierta afinidad ideológica, instrumentalizándolos para la consecución de la finalidad defraudatoria.

Rechaza la Abogacía del Estado la relevancia de la inexistencia de vinculaciones subjetivas significativas en las candidaturas, siempre que los elementos objetivos permitan fundar razonablemente la conclusión de que a través de las candidaturas de BILDU se pretende

dar ilegal continuidad al complejo ETA/Batasuna. Así lo justifica la Sentencia impugnada que, a su juicio, no hace sino recoger la doctrina constitucional sobre la singular importancia de los elementos objetivos, no existiendo ningún inconveniente en que la Sala del 61 se haya fundado exclusivamente en indicios objetivos siempre que la solidez de éstos permita afirmar que la conclusión no es irrazonable o arbitraria, sin derivar de los indicios manejados ninguna inferencia ilógica o tan abierta que permita conclusiones contradictorias.

Entiende que del examen de los fundamentos once y doce de la Sentencia no se “advierde que la Sala haya operado a partir de un juicio de inferencia excesivamente abierto, sino que ha realizado una valoración razonable sobre la base de la pertinente ponderación de los bienes y derechos en conflicto” (STC 112/2007, de 10 de mayo, FJ 9). El Tribunal Supremo ha valorado una prueba indiciaria, pero la demanda contraria ni logra refutar o contradecir los hechos-base ni demuestra que las inferencias sean ilógicas o excesivamente abiertas. En cuanto a la razonabilidad de las conclusiones contenidas en la Sentencia recurrida, a la luz de los indicios objetivos existentes, advierte que de acuerdo con la reiterada doctrina constitucional, no puede pretenderse de este Tribunal que haga el ejercicio que se ensaya en las 47 a 66 de la demanda de analizar cada indicio de forma individualizada, lo que supondría incurrir en “un claro exceso de nuestra jurisdicción constitucional”, “imponiéndose, por el contrario, ... el enjuiciamiento global, sintético y de conjunto de la prueba” (STC 31/2009, de 29 de enero, FJ 4). Del examen de la Sentencia concluye el Abogado del Estado que en relación a la afirmación de que el “complejo ETA/Batasuna” no ha “dejado de promover distintos cauces de participación en procesos electorales (...) y singularmente con vistas al proceso electoral aquí concernido”, en el fundamento sexto de la Sentencia se enumeran los diversos intentos de los partidos ilegalizados de defraudar las consecuencias de las sentencias de ilegalización, afirmando que este Tribunal ya ha tenido ocasión de señalar “que, tratándose de la continuidad de un partido ilegalizado, el dato de tentativas de formalización de candidaturas frustradas en el pasado por razón, precisamente, de esa continuidad ilícita, puede avalar también, en tanto que indicio, una línea de continuidad en esa tentativa defraudatoria” (STC 112/2007, de 10 de mayo, FJ 8). La conclusión no se discute por la demanda.

En relación con los medios probatorios consistentes en documentos, informaciones, reuniones y conversaciones telefónicas valorados por la Sala Especial, al igual que se ha realizado en la demanda de amparo por la coalición recurrente, el Abogado del Estado realiza un estudio individualizado de las distintas pruebas.

Por otra parte, entiende el Abogado del Estado que los contraindicios invocados de contrario no desvirtúan las conclusiones a las que llega la Sala del artículo 61 LOPJ. Frente a la “trayectoria” de los partidos coaligados en relación con la violencia de ETA, que intenta poner de manifiesto la desvinculación de la coalición con ETA, es obvio, a juicio del Abogado del Estado, que no está en discusión el historial democrático de EA y su rechazo del terrorismo de ETA, sino si en este concreto proceso electoral las candidaturas presentadas por la coalición electoral BILDU “han sido instrumentalizadas en su provecho por los partidos políticos ilegalizados” (STC 112/2007, de 10 de mayo, FJ 8), es decir, para dar ilegal continuidad al complejo Batasuna. En cualquier caso, afirma la Abogacía del Estado, se aprecia una significativa modulación en la condena de la violencia de ETA por parte de la coalición BILDU respecto de la que realizaba de forma tajante EA antes de la puesta en marcha de la estrategia defraudatoria apreciada por la Sentencia impugnada.

En relación con este punto, la demanda aduce que la idea del “bloque” o “polo” soberanista provino de EA mucho antes que la recogiera ETA a través del documento “Proceso democrático”. Sin embargo, para la Abogacía del Estado, tampoco la cuestión es de quién surge inicialmente la propuesta, sino que, en su concreta materialización está instrumentalizada por el complejo ETA/Batasuna y se articula precisamente para dar ilegal continuidad al brazo político de la banda terrorista. En definitiva, puede ser cierto que la iniciativa del “polo soberanista” procediera en su origen de EA, pero lo relevante es que sólo cuando ETA la asume en un documento propio llega a materializarse. En opinión del Abogado del Estado, del abundante material probatorio resulta acreditada la suscripción del pacto entre los partidos coaligados y el complejo Batasuna y que los partidos coaligados se prestaron a dar continuidad a los partidos ilegalizados.

En cuanto a la evolución en las posiciones de la Izquierda Abertzale, desacreditando el esfuerzo de la demanda de amparo, considera que en nada se desvirtúa lo decidido en la Sentencia. Se detiene seguidamente el representante procesal del Estado en analizar el valor como contraindicio de las declaraciones de rechazo a la violencia realizadas por la coalición. Comienza aclarando que no es objeto de controversia la pasada posición contra el terrorismo de los partidos integrantes de la coalición (Eusko Alkartasuna y Alternatiba), sino si la posición contraria al terrorismo de los partidos coaligados puede ser considerada como un contraindicio que permita desvirtuar la conclusión alcanzada por el Tribunal Supremo sobre la existencia de un

uso fraudulento de las candidaturas de la coalición para alojar a los candidatos “independientes” queridos por la dirección del complejo ETA/Batasuna, y si esta conclusión es irrazonable o arbitraria, desde la perspectiva del enjuiciamiento constitucional.

Advierte que los “contraindicios” alegados por la recurrente, han de ser analizados no sólo a la luz de la aislada lectura del FJ 16 de la STC 68/2005, de 31 de marzo, a saber, que la condena inequívoca del terrorismo –de ETA en nuestro caso- es un poderoso contraindicio para excluir que se pretenda continuar o suceder a los partidos disueltos por su vínculo con esta banda armada, sino que también es necesario tomar en consideración la doctrina de las SSTC 5/2004, de 16 de enero, FJ 18, 99/2004, de 27 de mayo, FJ 19, o 31/2009, de 29 de enero, FJ 12 que transcribe y que considera reforzada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su sentencia *Herri Batasuna y Batasuna c. España*, de 30 de junio de 2009.

Llama la atención en primer lugar la Abogacía del Estado sobre el contenido del acuerdo de constitución de la coalición en el que no se hace mención alguna a la condena del terrorismo, que carecería de relevancia si la coalición surgiera y se desarrollara únicamente como una forma de presentación a las elecciones por parte de los partidos coaligados, pero que adquiere importancia cuando es público y se ha justificado que, desde su origen, la coalición surge con el propósito de integrar entre sus candidatos a “independientes”, precisamente en obediencia a una estrategia diseñada por ETA-Batasuna.

En segundo lugar, analiza el “código de actuación” de la coalición recurrente, del que destaca que omite cualquier expresión de condena o rechazo al terrorismo, por supuesto, también al de ETA, contiene simplemente una declaración genérica de compromiso por las vías políticas no violentas que responde exactamente a los términos indicados por ETA en el documento de la banda “EAREN PROPOSAMENAZ II.RTF” recogido en la Sentencia impugnada.

En cuanto al contenido del “código de actuación” de los candidatos de la coalición, recuerda lo dicho sobre este tipo de declaraciones genéricas en la STC 68/2005, de 31 de marzo.

En síntesis, considera el Abogado del Estado que dado el contenido genérico de tales declaraciones no puede aceptarse que sirvan para cumplir *ex ante* las exigencias que el artículo 6.4 de la LOREG ha establecido para que un candidato electo pueda eludir la incompatibilidad sobrevenida.

Por lo que se refiere, en tercer lugar, a las declaraciones públicas de los representantes de la coalición, se llama la atención sobre el hecho de que todas las invocadas en la demanda se realizan exclusivamente por los dirigentes de los partidos coaligados y van acompañadas de un silencio absoluto de cualquier otro candidato relevante de la coalición proveniente de los autodenominados “independientes”.

En conclusión, en opinión del Abogado del Estado, se aprecia de manera fundada y razonable los indicios de fraudulenta continuidad o sucesión y no pueden entenderse violados los derechos que garantiza el art. 23 CE en relación con los arts. 16, 20.1 a) y 22 CE. Respecto a la invocación de estos últimos preceptos constitucionales, en relación con los cuales la demanda no contiene ninguna alegación autónoma e independiente, cita, para rechazar las alegaciones la STC 12/2008, de 29 de enero, FJ 5.

En definitiva, solicita la denegación del el amparo.

7. El Ministerio Fiscal ha formulado sus alegaciones por escrito presentado en este Tribunal en el plazo conferido al efecto, interesando la desestimación del recurso de amparo. Incorpora con las alegaciones documentación que se une a las actuaciones.

En primer lugar, y con carácter previo, plantea la posible extemporaneidad del recurso de amparo, al haberse superado el plazo de dos días señalado en el art. 49.4 LOREG y en el Acuerdo de 20 de enero de 2000 del Tribunal Constitucional, dado que, como la propia demandante señala, la sentencia impugnada le fue notificada a las 6´31 horas del día 2 de mayo y la demanda se presentó en el Registro del Tribunal Constitucional a la 16´06 horas del día 4 de mayo, habiéndose sobrepasado, por tanto, el citado plazo.

A continuación, procede a analizar la queja formulada por la recurrente, relativa a la vulneración del art. 23.1 y 2 CE, en relación con los arts. 16, 20.1 a) y 22 CE, desarrollando a tal efecto la exposición en tres bloques argumentales: en primer lugar, sobre la validez, suficiencia y razonabilidad de la prueba indiciaria valorada por la Sala Especial; en segundo lugar, sobre el requisito de la condena del terrorismo; y por último, sobre el juicio de proporcionalidad aplicado por la Sentencia objeto del recurso.

En relación con el primer aspecto, expone el Ministerio Fiscal la doctrina desarrollada

por este Tribunal sobre la prueba indiciaria y, en concreto, su aplicación a supuestos de similar índole al presente (citando las SSTC 85/2003, de 8 de mayo, 43/2009, de 12 de febrero, y 126/2009, de 21 de mayo), para concluir que la valoración efectuada por la Sala Especial en la Sentencia recurrida satisface los requisitos constitucionales, estando las conclusiones a que llega sostenidas sobre elementos objetivos debidamente acreditados y obtenidas a partir de una inferencia que no cabe considerar ni excesivamente abierta ni irrazonable. A tal efecto, expone que la Sala Especial se ha servido de un amplio arsenal probatorio - compuesto por una serie de documentos ocupados a la banda terrorista ETA y a Batasuna, por una pluralidad de conversaciones telefónicas entre miembros de la coalición electoral y la izquierda abertzale, y por determinados datos obtenidos de distintas reuniones entre miembros de la coalición y declaraciones de los dirigentes de los distintos partidos que la integran -, cuya validez no ha sido puesta en duda por la recurrente en amparo y del que puede concluirse que la coalición BILDU es fruto de una estrategia orquestada por el complejo ETA/Batasuna dirigida a asegurar la presencia electoral de formaciones políticas ilegalizadas.

Concretamente, refiere el Fiscal una serie de elementos que abonan la razonabilidad de la conclusión obtenida por la Sala Especial. En primer lugar, aparece cómo la banda terrorista ETA establece una serie de directrices dirigidas a procurar que el complejo Batasuna llegue a acuerdos políticos con Eusko Alkartasuna y otros partidos políticos soberanistas (en el documento “Proceso Democrático...”), señalando una serie de obligaciones a cumplir por la coalición así como los pasos a seguir para gestionar los cargos de la coalición a formar y la configuración de sus listas electorales. De igual modo, marca la línea a seguir en cuanto a la condena de la violencia por parte de los miembros de la coalición, cómo ésta debe solicitar el cese de hostilidades entre la banda terrorista y el Estado o pedir el indicio de negociaciones (documento “Earen Proposamenaz...”). Asimismo, en el documento “Antolatuaeren...” se destaca cómo la organización terrorista reclama la necesidad de crear una coalición y recuerda la colaboración de Eusko Alkartasuna con Batasuna.

Otros documentos hacen también referencia a la coalición y su gestión, especialmente de cara a la gestión de las listas; así, del documento “Bases para el acuerdo electoral...” resalta el Tribunal Supremo que es Batasuna quien debe gestionar los cargos que le corresponden, y en el documento “Euskal Herria a la izquierda...” se destaca que cada organización mantiene sus propios objetivos. Especial relevancia tiene, a juicio del Fiscal, el documento titulado “Acuerdo Popular”, sobre el que la coalición declara desconocer su autoría y contenido. Ese documento

contiene el acuerdo de la coalición, las indicaciones y directrices para elaborar las listas, el programa común y una metodología para su elaboración. La Sala Especial resalta como especialmente revelador que en la mayoría de las candidaturas los puestos más relevantes y numerosos sean ocupados por candidatos llamados “independientes”, y la correspondencia de las candidaturas presentadas con lo previsto en el documento. En este punto, suscribe el Fiscal el juicio efectuado por el Tribunal Supremo acerca de que la ausencia de vínculos subjetivos de tales candidatos independientes con formaciones ilegalizadas responde en realidad a la estrategia defraudatoria de ETA/Batasuna.

En conclusión a lo afirmado, entiende el representante del Ministerio Público que del conjunto de elementos probatorios objetivos valorados por el Tribunal Supremo se deduce de modo no irrazonable ni arbitrario que las candidaturas que conforman la coalición vienen a suceder la actividad de partidos políticos ilegalizados. Y manifiesta que las alegaciones vertidas en la demanda de amparo acerca de la insuficiencia de indicios suficientes conllevan en realidad una diferente valoración de la prueba basada en la sustitución de los indicios manejados por el órgano judicial, que carece por tanto de efectivo contenido constitucional.

En relación al requisito de la condena de la violencia, reconoce el Ministerio Fiscal que no puede negarse la trayectoria democrática de los partidos coaligados, lo que no obsta a que deba coincidir con la Sala Especial en su conclusión de que las declaraciones contra la violencia efectuadas por integrantes de la coalición conforman una táctica instrumental que forma parte de la probada estrategia, empleándose un vocabulario eufemístico y acudiendo a circunloquios o paralelismos con la actuación legítima de las fuerzas de seguridad; tal como la propia banda terrorista ETA ha venido indicando para intentar sortear la exigencia legal. Afirma el Fiscal que, como indica la Sentencia recurrida, son los propios actos de Eusko Alkartasuna y Alternatiba los que, a pesar de su rechazo a la violencia, han permitido la ocupación de la mayoría de las candidaturas por testaferros de Batasuna, por lo que deben soportar las consecuencias de tal proceder.

Por último, considera el Ministerio Público plenamente acertado el juicio de proporcionalidad efectuado por la Sala Especial. Así, expone en primer lugar que la medida aplicada persigue un fin legítimo, como es preservar la eficacia de los precedentes fallos de la Sala sobre el complejo ETA/Batasuna, así como garantizar bienes jurídicos como la seguridad pública y la libertad de los ciudadanos, impidiendo, de una parte, que quienes conforman las

candidaturas puedan acceder a información política y administrativa que una vez en manos de terroristas pudiera ser empleada para fines delictivos y, de otra, que una vez como cargos electos puedan ocupar eventualmente el poder en administraciones territoriales y favorecer con ello de los fines terroristas de ETA.

En segundo lugar, la medida es tanto idónea como necesaria para la consecución de tales fines, no existiendo alternativa menos gravosa que la acordada y resultando indudable que de haberse presentado candidaturas de Eusko Alkartasuna y Alternatiba sin atisbos de contaminación por parte de Batasuna de ningún modo habrían sido anuladas. En tercer lugar, entiende el Fiscal que también se satisface el juicio de proporcionalidad en sentido estricto. El Tribunal Supremo ha valorado la trayectoria democrática de los citados partidos, ha ponderado los efectos negativos de la anulación de todas las candidaturas para los mismos y su afectación sobre el cuerpo electoral, y ha concluido de modo razonable que la medida adoptada es proporcionada a la gravedad de la situación que se daría en caso de permitir a numerosísimas candidaturas “contaminadas” participar en las elecciones. En este sentido, resalta el Fiscal la importancia del análisis estadístico aportado por el Ministerio Fiscal en el recurso presentado ante el Tribunal Supremo, que muestra con claridad el elevado grado de candidatos independientes y la posición que ocupan en las listas electorales. Por último, discrepa el Fiscal de la argumentación formulada en el recurso de amparo de que la reforma operada sobre la LOREG y la posibilidad de declarar una incompatibilidad sobrevenida pueda modificar los términos del juicio de proporcionalidad, dado que resulta discutible la aplicabilidad de tal posibilidad a los candidatos electos incorporados como independientes.

En conclusión a todo lo expuesto, solicita la desestimación de la demanda.

8. El Pleno, por providencia de 5 de mayo de 2011, de conformidad con lo establecido en el art. 10.1.n) LOTC, a propuesta de tres Magistrados de la Sala Segunda, acordó recabar para sí el conocimiento del recurso de amparo núm. 2561/2011.

9. Por providencia de fecha 5 de mayo de 2011, se señaló para deliberación y fallo de la Sentencia el mismo día.

10. Habiendo quedado en minoría, en el curso de la deliberación, la ponencia presentada por el Magistrado ponente Excmo. Sr. don Francisco José Hernando Santiago, el

Presidente del Tribunal, por Acuerdo de 5 de mayo de 2011, de conformidad con lo dispuesto en el art. 80 LOTC, en relación con el art. 206 LOPJ, designó nuevo Ponente al Magistrado Excmo. Sr. don Luis Ortega Álvarez.

II. Fundamentos jurídicos

1. La presente demanda de amparo tiene por objeto la impugnación de la Sentencia de la Sala Especial del Tribunal Supremo a que se refiere el artículo 61 LOPJ, de 1 de mayo de 2011, recaída en los procedimientos contencioso-electorales acumulados núms. 2/2011 y 4/2011, que, estimando los recursos interpuestos por el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal, declara no conformes a Derecho y anula los acuerdos de las Juntas Electorales de Zona de las provincias de Álava, Guipúzcoa, Vizcaya y de Miranda de Ebro (Burgos) y de las Juntas Electorales de la Comunidad Foral de Navarra de proclamación de las candidaturas presentadas por la coalición electoral “BILDU-Eusko Alkartasuna (EA)/Alternatiba Eraikitzen” a las elecciones municipales, a las Juntas Generales de los Territorios Históricos y al Parlamento Foral de Navarra a celebrar el próximo día 22 de mayo de 2011.

La coalición recurrente en amparo imputa a la Sentencia impugnada, por las razones de las que se ha dejado constancia en los antecedentes y que se analizarán seguidamente, la vulneración del derecho de participación política (art. 23 CE), en relación con la libertad ideológica (art. 16 CE), con la libertad de expresión [art. 20.1.a) CE], con el derecho de asociación (art. 22 CE) y con los artículos 10 y 11 CEDH, al haberle privado de la presentación de sus candidaturas a las citadas convocatorias electorales. El Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal, con base en la argumentación de la que también se ha dejado constancia en los antecedentes, se oponen a la estimación de la demanda de amparo.

2. Antes de analizar la queja de la coalición recurrente, hemos de dar respuesta a la posible extemporaneidad de la demanda de amparo aducida por el Ministerio Fiscal (arts. 49.4 LOREG y 2.1 del Acuerdo del Pleno del Tribunal Constitucional de 20 de enero de 2000, por el que se aprueban las normas sobre tramitación de los recursos de amparo a que se refiere la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General), lo que, en caso de apreciarse, habría de determinar su inadmisión (art. 50.1.a) LOTC). Sostiene el Ministerio Fiscal que la Sentencia impugnada le fue notificada a la recurrente a las 06.31 horas del día 2 de mayo y que la demanda de amparo se ha interpuesto a las 16.06 horas del día 4 de mayo, por lo que debe

considerarse sobrepasado el plazo de dos días para interponer la demanda de amparo desde la notificación de la Sentencia recurrida.

Sin necesidad de un mayor esfuerzo argumental, es suficiente para desestimar la extemporaneidad de la demanda de amparo con apreciar a partir de la propia lectura de los preceptos que invoca el Ministerio Fiscal que el plazo de dos días para interponer el recurso de amparo electoral se fija y, en consecuencia, se computa por días y no por horas y que la demanda de amparo tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal antes de que concluyera el último día de aquel plazo.

De otra parte, conviene advertir como el Abogado del Estado pone de manifiesto, que, aun cuando en la demanda de amparo se invoquen lesiones de diversos preceptos del Convenio europeo de derechos humanos, a este Tribunal no le corresponde, al conocer del recurso de amparo, examinar la observancia o inobservancia, *per se*, de textos internacionales que obliguen a España en materia de derechos humanos, sino comprobar el respeto o la infracción de los preceptos constitucionales que reconocen los derechos fundamentales y libertades públicas susceptibles de amparo constitucional (arts. 53.2 CE y 41.1 LOTC), sin perjuicio de que, por mandato del art. 10.2 CE, deben ser interpretados tales preceptos de conformidad con la Declaración universal de derechos humanos y tratados y acuerdos internacionales sobre la misma materia ratificados por España [por todas, STC 126/2009, de 21 de mayo, FJ 3.a)].

Asimismo, este Tribunal debe insistir una vez más en la dificultad de insertar un supuesto tan complejo como el contemplado en el art. 44.4 LOREG en el proceso contencioso-electoral que regula su art. 49, caracterizado por las notas de celeridad, perentoriedad, preclusión de plazos y concentración de las fases de alegaciones y prueba e inicialmente concebido para cuestiones de menor entidad. Notas que, como ya hemos declarado, han de considerarse constitucionalmente necesarias y proporcionadas en cuanto responden a la finalidad razonable de que el proceso electoral se desarrolle efectivamente en el plazo legalmente establecido (SSTC 48/2000, de 24 de febrero, FJ 3; 85/2003, de 8 de mayo, FJ 10). Por lo tanto, de nuevo hemos de reiterar, ante la aludida complejidad del supuesto previsto en el art. 44.4 LOREG, que “sería deseable un especial esfuerzo por parte del legislador en orden a lograr un mejor acomodo procesal” que aunara las garantías procesales del art. 24 CE con las notas de celeridad, perentoriedad, preclusión de plazos y concentración de las fases de alegaciones y prueba propias del referido proceso (SSTC 85/2003, de 8 de mayo, FJ 9; 68/2005, de 31 de marzo, FJ 4;

110/2007, de 10 de mayo, FJ 3; 44/2009, de 12 de febrero, FJ 6, por todas).

3. La demandante de amparo sostiene, en síntesis, en su recurso que la Sentencia impugnada no resulta conforme con la doctrina constitucional establecida sobre la entidad, naturaleza y cualidad de los indicios que permiten legítimamente colegir, en términos constitucionalmente aceptables, el designio defraudatorio de la disolución judicial de un partido político a través de la instrumentalización de candidaturas electorales ideadas para asegurar la presencia fáctica del partido disuelto en las instituciones públicas. Muy por el contrario, a su juicio, el Tribunal Supremo habría basado la anulación de las candidaturas presentadas en elementos probatorios que no tienen, en términos constitucionales, el valor indiciario que se les ha atribuido, careciendo del carácter concluyente necesario para sustentar una convicción de la que se deriva tan grave perjuicio para el derecho de participación política (art. 23 CE), en relación con la libertad ideológica (art. 16 CE), con la libertad de expresión [art. 20.1.a) CE] y con el derecho de asociación (art. 22 CE). En realidad, la queja de fondo, transversal a toda la demanda, se cifra en la lesión del derecho de los partidos integrantes de la coalición recurrente a participar en los asuntos públicos en defensa y para la promoción de ideas políticas y merecedoras de las garantías constitucionales debidas a los derechos fundamentales de las personas.

De acuerdo con una línea doctrinal que iniciada con la STC 85/2003, de 8 de mayo, se ha ido consolidando con los distintos pronunciamientos dictados por este Tribunal en relación con la proclamación de candidaturas electorales instrumentalizadas al servicio de la continuidad material de partidos políticos disueltos por su vinculación con una organización terrorista (SSTC 176/2003, de 10 de octubre; 99/2004, de 27 de mayo; 68/2005, de 31 de marzo; 110/2007, de 10 de mayo; 112/2007, de 10 de mayo; 43/2009, de 12 de febrero; 44/2009, de 12 de febrero; y 126/2009, de 21 de mayo), la apreciación de la causa prevista en el artículo 44.4 LOREG, que en la redacción dada por la Ley Orgánica 3/2011, de 28 de enero, resulta expresamente aplicable además de a las candidaturas presentadas por agrupaciones electorales, a las presentadas por partidos políticos, federaciones y coaliciones de partidos, precisa de la acreditación judicial -razonable, suficiente y conforme a un proceso con todas las garantías- de un designio defraudador dirigido a la continuación de un partido ilegalizado y materializado a través de instrumentos subjetivos, organizativo-funcionales o financieros. Se trata de acreditar, en definitiva, que las candidaturas presentadas por un partido político, federación o coalición de partidos o por agrupaciones de electores responden a la finalidad de eludir los efectos de un

pronunciamiento judicial de disolución de un partido, cuya continuidad se pretende. Esa supuesta continuidad legal y constitucionalmente proscrita entre un partido judicialmente disuelto y un partido político no ilegalizado que pretenda sucederle o unas candidaturas electorales que persigan asegurar su presencia en las instituciones democráticas sólo puede tenerse por debidamente acreditada, de conformidad con la legalidad vigente (art. 12 LOPP y art. 44.4 LOREG), si concurren “varias similitudes sustanciales : a) En primer lugar, la similitud sustancial de las «estructuras, organización y funcionamiento»; b) Además, la similitud sustancial de las «personas que los componen, rigen, representan o administran las candidaturas»; c) En tercer lugar, la similitud de la «procedencia de los medios de financiación o materiales»; d) Por último, se tendrá en cuenta «cualesquiera otras circunstancias relevantes que, como su disposición a apoyar la violencia o el terrorismo permitan considerar dicha continuidad o sucesión» (STC 85/2003, de 8 de mayo, FJ 25; doctrina que reitera, entre otras, la STC 126/2009, de 21 de mayo, FJ 8).

Advertimos también en la citada STC 85/2003, de 8 de mayo, que, “tratándose de la acreditación de una trama defraudatoria, es evidente que la convicción judicial de su existencia deberá conformarse a partir de la concurrencia de elementos probatorios del más diverso cariz y que habrá que estarse a cada caso para precisar si es suficiente con la demostración de un elemento de continuidad financiera o si se impone la concurrencia de un elemento de continuidad personal que, además, debe ser significativa en número o en calidad. Lo decisivo, en cualquier caso, es que los criterios acreditativos utilizados abonen la convicción fundada de que las agrupaciones electorales cuya proclamación se deniega operan materialmente como componentes constitutivos de un partido de facto y no como verdaderos instrumentos de participación política que agotan su sentido en la actualización del ejercicio del derecho de sufragio pasivo por los particulares que en ellas se agrupan” (FJ 26; en el mismo sentido, SSTC 99/2004, de 27 de mayo, FJ 16; 68/2005, de 31 de marzo, FJ 11; 110/2007, de 10 de mayo, FJ 12). Hemos declarado que “[t]ales consideraciones con igual fundamento conceptual, son aplicables al caso de continuidad material de un partido disuelto intentada mediante la instrumentalización de candidaturas formalizadas por uno o varios partidos políticos legales” (STC 126/2009, de 21 de mayo, FJ 8).

En todo caso, no basta con constatar la existencia de una intención defraudatoria, sino que, en palabras de la STC 68/2005, de 31 de marzo, “la constancia de la intención de defraudar no es, sin embargo, suficiente para tener por cierta la continuidad”, siendo preciso, por tanto,

“que de la prueba obrante en las actuaciones se desprenda también que esa intención ha llegado a materializarse”, esto es, ha culminado en la articulación de una candidatura instrumentalizada al servicio de los intereses electorales del partido político ilegalizado (FJ 13; en el mismo sentido, STC 126/2009, de 21 de mayo, FJ 8).

4. De otra parte, en cuanto a la labor de enjuiciamiento que corresponde a este Tribunal, es reiterada doctrina constitucional, de la que en sus respectivos escritos se hacen eco las partes personadas en este proceso, que hemos de ceñirnos a “examinar si la convicción alcanzada por la Sala Especial del art. 61 LOPJ del Tribunal Supremo ha lesionado el derecho del partido recurrente a participar en los asuntos públicos” (STC 43/2009, de 12 de febrero, FJ 11), en el sentido de que “sólo nos cabe revisar la apreciación de la Sala del art. 61 LOPJ en aquellos supuestos en los que, desde los propios criterios interpretativos asumidos por el Tribunal Supremo, la convicción alcanzada pugne con un derecho constitucionalmente relevante; en el caso el derecho de sufragio pasivo. En definitiva, estando en juego la efectividad de un derecho fundamental, este Tribunal Constitucional, ponderando los derechos individuales en presencia y el interés general del Ordenamiento en la sujeción de los procedimientos electorales al principio de legalidad, debe verificar aquella revisión con arreglo a un canon decisorio cuyo contenido ha de depender de la apreciación conjunta de una pluralidad de magnitudes y referencias que permitan inferir, de modo razonable y no arbitrario, [que las candidaturas excluidas del] procedimiento electoral ha[n] actuado, de hecho, como continuadora[s] de la actividad de los partidos ilegalizados” (STC 85/2003, de 8 de mayo, FJ 29; doctrina reiterada, entre otras, en las SSTC 68/2005, de 21 de marzo, FJ 11; 126/2009, de 21 de mayo, FJ 7).

En todo caso hemos advertido que la apreciación conjunta de la prueba ha de basarse en elementos que por sí mismos puedan merecer el valor de indicios válidos, bien porque directamente lo sean, bien porque en unión de otros elementos de prueba puedan llegar a alcanzar ese valor. De modo que si a los diversos elementos de partida no se les puede atribuir una valoración como indicios, la suma de elementos carentes de esa virtualidad no podría atribuir al conjunto un valor probatorio. Por lo demás, el propio juicio sobre el valor indiciario de un determinado elemento debe ser respetuoso con los derechos fundamentales, lo que veda la atribución de valor indiciario de una maniobra fraudulenta a lo que sea simple manifestación del ejercicio de un derecho fundamental. Al propio tiempo, la atribución de valor indiciario a un determinado elemento de prueba no puede asentarse en una inferencia valorativa excesivamente abierta. En suma puede afirmarse así, y en concreto en lo que a este proceso interesa, que la

efectividad del ejercicio del derecho de sufragio pasivo impone que, a la hora de apreciar la razonabilidad de la inferencia de que se haya producido una instrumentación fraudulenta de la candidatura presentada por la coalición recurrente, tal inferencia debe resultar sólida y no excesivamente abierta, lo que debemos tener en cuenta para poder afirmar la instrumentación fraudulenta de las candidaturas presentadas por la coalición recurrente (SSTC 85/2003, de 8 de mayo, FJ 29; 99/2004, de 27 de mayo, FJ 17; 112/2007, de 10 de mayo, FJ 9; 44/2009, de 12 de febrero, FJ 14; 126/2009, de 21 de mayo, FJ 7). Ello así, la apreciación conjunta por parte de este Tribunal de los elementos probatorios en los que se funda la decisión judicial impugnada en amparo no puede en modo alguno impedir la previa consideración desde una perspectiva constitucional de la validez, solidez y calidad de los distintos indicios probatorios tenidos en cuenta, lo que tampoco puede lógicamente excluir su examen individualizado, o el de alguno de ellos, cuando resulte necesario a fin de despejar las posibles dudas que pueda constitucionalmente suscitar su validez, solidez o calidad.

5. La precedente doctrina jurisprudencial de la que se acaba de dejar sucinta constancia, referida a la apreciación judicial del supuesto del artículo 44.4 LOREG y al alcance del enjuiciamiento que corresponde a este Tribunal de las resoluciones judiciales que estimen su concurrencia, ha sido elaborada en un contexto legislativo que ha sido objeto recientemente de relevantes modificaciones que no pueden desconocerse ni dejar de ser tomadas en consideración en la resolución de este proceso.

En efecto, a través de la Ley Orgánica 3/2011, de 28 de enero, se han reformado diversos preceptos de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General (LOREG), a fin de evitar, “a la vista de la experiencia acumulada, desde la convicción moral y política de que la democracia puede, con los resortes del Estado de Derecho, dotarse de instrumentos jurídicos para su defensa, y teniendo en cuenta la doctrina del Tribunal Supremo, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, [...] que formaciones políticas ilegales o quienes justifican o apoyan la violencia terrorista puedan utilizar nuevas vías para, fraudulentamente, concurrir a futuros procesos electorales y obtener representación institucional” (Preámbulo).

A la consecución de este objetivo obedece, en primer lugar, en lo que ahora interesa, la adición de una nueva letra c) al artículo 49.5 LOREG, que contempla la posibilidad de que los legitimados para interponer recurso contencioso-electoral –entre otros, el Gobierno y el

Ministerio Fiscal- contra candidaturas presentadas por partidos políticos, federaciones, coaliciones o agrupaciones electorales que de hecho continúen o sucedan la actividad de un partido político declarado judicialmente ilegal, disuelto o suspendido puedan interponer durante la campaña electoral recurso contencioso-electoral contra las candidaturas proclamadas hasta el cuadragésimo cuarto día posterior a la convocatoria si tuvieran conocimiento durante el desarrollo de la campaña de circunstancias que con arreglo al artículo 44.4 LOREG impiden la presentación de candidaturas. El recurso debe resolverlo la Sala Especial del Tribunal Supremo a la que se refiere el artículo 61 LOPJ dentro del tercer día posterior a la interposición. La decisión del Tribunal Supremo es susceptible de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, cuya resolución coincidirá con el último día de la campaña electoral (Art. Único, apartado Cinco y Exposición de Motivos LO 3/2011).

En segundo lugar, la Ley Orgánica 3/2011, de 28 de enero, incluye un nuevo apartado 4 bis en el artículo 108 LOREG (Art. Único, apartado Seis), en el que se prevé que de “[D]esde la votación hasta la proclamación de electos, el Gobierno a través de la Abogacía del Estado y el Ministerio Fiscal podrán presentar, ante la Sala Especial del Tribunal Supremo del artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, un escrito motivado anunciando la presentación, en un plazo no superior a quince días, de la demanda de ilegalización o del incidente de ejecución previstos en los artículos 11 y 12.3 de la Ley Orgánica 6/2002, de Partidos Políticos, solicitando la suspensión cautelar de la proclamación de los electos que hubieran concurrido en las candidaturas del partido afectado o en las federaciones o coaliciones por él integrados. Asimismo, podrán solicitar la suspensión cautelar de la proclamación de los electos que hubieran concurrido en candidaturas presentadas por agrupaciones de electores que pudieran estar vinculadas al partido contra el que se dirija la demanda de ilegalización o el incidente de ejecución, o a un partido declarado ilegal por resolución judicial firme. La Sala resolverá sobre la suspensión en los dos días siguientes a la presentación de dicho escrito”.

Continúa disponiendo el precepto que “[U]na vez presentada la demanda o instado el incidente, la Sala, al resolver el trámite de admisión, se pronunciará sobre la continuidad o no de la suspensión cautelar hasta la finalización del procedimiento. Prorrogada la suspensión, si la resolución que ponga fin al procedimiento declarase la ilegalización del partido o su condición de sucesor de otro ilegalizado, declarará también la no proclamación de los electos que hubieran concurrido en sus candidaturas o coaliciones por él integradas”.

Concluye el precepto estableciendo que “[E]n cualquier momento del mandato electoral de los electos en candidaturas presentadas por agrupaciones de electores, el Gobierno a través de la Abogacía del Estado y el Ministerio Fiscal podrán presentar ante la Sala Especial del Tribunal Supremo del artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la demanda o el incidente de ejecución previstos en los artículos 11.2 y 12.3 de la Ley Orgánica 6/2002, de Partidos Políticos, solicitando que se declare la vinculación de dichas agrupaciones con un partido ilegalizado o con el partido cuya ilegalización se pretende”. En relación con los electos en candidaturas presentadas por agrupaciones electorales que incurran o pudieran incurrir en el supuesto del artículo 44.4 LOREG, se ha de tener presente también que la Ley Orgánica 3/2011, de 28 de enero, ha introducido modificaciones en el artículo 11 de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de partidos políticos, en el sentido, en lo que ahora interesa, de prever que sean emplazadas en el procedimiento judicial, además del partido político afectado, “las personas electas en candidaturas presentadas por agrupaciones electorales (art. 11.3 LOPP), así como al contemplar como posible contenido de la Sentencia que se declare “la existencia o no de vinculación con el partido político ilegalizado de las candidaturas presentadas por las agrupaciones electorales” (art. 11.7 LOPP).

En fin, la Ley Orgánica 3/2011, de 28 de enero, incluye en el artículo 6.4 LOREG una nueva causa de incompatibilidad (art. Único, apartado Uno), disponiendo al efecto que “[E]n todo caso serán incompatibles las personas electas en las candidaturas presentadas por partidos o por federaciones o coaliciones de partidos declarados ilegales con posterioridad por sentencia judicial firme, así como los electos en candidaturas presentadas por agrupaciones de electores declaradas vinculadas a un partido ilegalizado por resolución judicial firme”. Esta nueva causa de incompatibilidad “surtirá efecto en el plazo de quince días naturales, desde que la Administración Electoral permanente comunique al interesado la causa de incompatibilidad, salvo que éste formule, voluntariamente, ante dicha Administración una declaración expresa e indubitada de separación y rechazo respecto de las causas determinantes de la declaración de ilegalidad del partido político o del partido integrante de la federación o coalición en cuya candidatura hubiese resultado electo; o, en su caso, del partido al que se hubiera declarado vinculada la agrupación de electores en cuya candidatura hubiera resultado electo”.

Prevé, asimismo, el párrafo siguiente que “[S]i durante el ejercicio del mandato al que haya accedido tras haber explicitado dicha declaración, la persona electa se retractase, por cualquier medio, de la misma o mostrara contradicción, a través de hechos, omisiones o

manifestaciones, respecto de su contenido, quedará definitivamente incurso en la causa de incompatibilidad regulada en este apartado. La incompatibilidad surtirá efecto a partir de la notificación realizada al efecto por la Administración Electoral permanente, por sí o a instancia del Gobierno a través de la Abogacía del Estado o del Ministerio Fiscal”. En materia de recursos, se establece que “el afectado y, en su caso, el Gobierno a través de la Abogacía del Estado y el Ministerio Fiscal podrán interponer recurso ante la Sala Especial del Tribunal Supremo regulada en el artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en los plazos previstos en el artículo 49 de la presente Ley”.

Concluye la redacción de este apartado 4 del artículo 6 LOREG disponiendo que “[E]l mismo régimen de incompatibilidad se aplicará a los integrantes de la candidatura de la formación política declarada ilegal que sean llamados a cubrir el escaño vacante, incluidos los suplentes”.

Sin que proceda hacer ahora cualquier otra consideración y a los únicos efectos de lo que a este recurso de amparo interesa, con esta exhaustiva exposición de las reformas llevadas a cabo en la LOREG se quiere exclusivamente poner de manifiesto que el legislador, “a la vista de la experiencia acumulada”, como se dice en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 3/2011, de 28 de enero, y de los varios intentos, que han revestido diversas fórmulas y modalidades, de los partidos políticos judicialmente ilegalizados de defraudar la Sentencia de ilegalización mediante la instrumentalización de candidaturas presentadas por diferentes sujetos electorales a fin de acceder a las instituciones representativas, ha pretendido dotar a nuestro ordenamiento de nuevos instrumentos al objeto de evitar que pueda tener éxito la intención defraudatoria de esas formaciones políticas ilegalizadas. La posible apreciación de que determinadas candidaturas electorales, presentadas por partidos políticos, federaciones o coaliciones de partidos o por agrupaciones de electores, pretendan continuar o suceder la actividad de un partido político declarado judicialmente ilegal y disuelto o suspendido no se constriñe temporalmente, como antes de la aprobación de la Ley Orgánica 3/2011, de 28 de enero, al momento electoral de presentación de candidaturas o de su impugnación, sino que, sin perjuicio de que dicha apreciación también continúe siendo posible en ese momento electoral, tras las reformas introducidas por la citada Ley Orgánica la concurrencia o no del supuesto previsto en el artículo 44.4 LOREG puede apreciarse también, en las circunstancias, condiciones y con las consecuencias antes señaladas, durante la campaña electoral [(art. 49.5.c) LOREG], desde el día de la votación hasta la proclamación de electos (art. 108.4bis LOREG) e incluso durante el

mandado electoral (art. 6.4 LOREG). Esta panoplia de instrumentos de control *a posteriori* de que se ha dotado nuestro ordenamiento tras las indicadas reformas legales a fin de apreciar o no la concurrencia del supuesto previsto en el artículo 44.4 LOREG y evitar, de este modo, la posible defraudación de la Sentencia de ilegalización y disolución de un partido político, impone, desde una perspectiva constitucional y en atención a la relevancia de los derechos fundamentales en juego, en todos los supuestos que puedan activarse dichos instrumentos, pero también, sin duda, en lo que ahora importa, en el momento electoral de presentación de candidaturas y de su impugnación, una suficiente solidez y cualidad de los elementos probatorios sobre los que se sustenta la decisión judicial de anular las candidaturas presentadas por partidos políticos, federaciones o coaliciones de partidos o agrupaciones de electores que incurran en la causa prevista en el artículo 44.4 LOREG y un mayor rigor en su valoración.

La conclusión alcanzada en modo alguno es óbice para resaltar, como el Abogado del Estado señala en su escrito de alegaciones, que la finalidad de las reformas de la LOREG aludidas no es la de sustituir los mecanismos previstos en la redacción original del artículo 44.4 LOREG, sino la de atender a dos supuestos distintos, de modo que aquellas reformas no privan de virtualidad la previsión del artículo 49.1 LOREG ni, por consiguiente, elimina la posibilidad de que existan mecanismos defraudatorios que, verificándose *ex ante*, el Estado de Derecho tiene la obligación de depurar a través del instrumento previsto al respecto (arts. 44 y 49.5 LOREG).

6. En el presente caso, la Sala Especial del Tribunal Supremo del artículo 61 LOPJ ha fundado la convicción que le ha llevado a la anulación de las candidaturas presentadas por la coalición recurrente en un material probatorio del que ha deducido (A) una voluntad defraudatoria del complejo ETA/Batasuna de la Sentencia de ilegalización de este partido político, propugnando una estrategia de convergencia con fuerzas de la izquierda abertzale que le permitiera articular una presencia electoral bajo la cobertura de partidos políticos legales y no sometidos a tacha alguna; (B) la materialización de aquella voluntad en las candidaturas presentadas a los distintos procesos electorales por la coalición recurrente, quien habría llegado a un acuerdo con Batasuna para facilitar a través de aquellas candidaturas su presencia en las elecciones; y (C) la carencia de virtualidad de las manifestaciones de rechazo a la violencia terrorista (Fundamentos de Derecho Duodécimo y Decimotercero).

Dado el planteamiento de la Sentencia recurrida, debemos examinar si los elementos de prueba tomados en consideración en la mencionada resolución pueden tener en términos

constitucionales el valor indiciario que se les ha atribuido; esto es, si tienen la entidad necesaria para sustentar una convicción de la que se derive tan grave perjuicio para el derecho de participación política garantizado por el artículo 23.2 CE y, con él, el valor del pluralismo político sobre el que se fundamenta el ordenamiento constitucional del Estado democrático. Hemos de repetir de nuevo que, como hemos dicho desde la STC 85/2003, de 8 de mayo, “la disolución de un partido político no comporta la privación del derecho de sufragio, activo o pasivo, de quienes fueron sus promotores, dirigentes o afiliados. Semejante consecuencia sólo puede traer causa de un procedimiento judicial específicamente centrado en la conducta o en las circunstancias de personas físicas, quienes, en los términos previstos por la Ley, únicamente pueden verse privadas del ejercicio del derecho fundamental reconocido en el art. 23.1 CE si concurren las causas también taxativamente fijadas por el art. 6 de la Ley electoral” (FJ 23). Y, en todo caso, ninguna disolución de partidos es admisible en nuestro Ordenamiento si no es la de aquellos que, desnaturalizando su cometido como instrumentos privilegiados de participación política en las instituciones democráticas, se convierten en apéndice de organizaciones terroristas que, abstracción hecha de la ideología que pretendan defender, articulan dicha defensa por medio de la violencia y al margen, por tanto, de los procedimientos democráticos y los medios pacíficos de participación en la convivencia organizada (STC 126/2009, de 21 de mayo, FJ 9).

Por ello, y partiendo del principio de que en nuestro ordenamiento constitucional “cualquier proyecto es compatible con la Constitución, siempre y cuando no se defienda a través de una actividad que vulnere los principios democráticos o los derechos fundamentales”, siendo cierta hasta ese punto “la afirmación de que la «Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo» (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 7)” [STC 48/2003, de 12 de marzo, FJ 7; doctrina que reitera la STC 126/2009, de 21 de mayo, FJ 9], es preciso extremar el rigor a la hora de tener por probada la realidad del fraude de una Sentencia de disolución de partidos políticos para disipar el riesgo de que termine por perjudicarse, precisamente, la pluralidad ideológica que la Constitución misma promueve y ampara como un valor fundamental del Ordenamiento. El riesgo, en definitiva, de que, confundiendo la ideología profesada por un partido con los medios defendidos o utilizados para promoverla, se termine por perjudicar a quien comparte esa misma ideología aun cuando no pueda demostrarse que la defiende por medios violentos o que lo haga como puro instrumento de quienes hacen de la violencia terrorista su medio de actuación natural. En tal riesgo se incurre en este caso, como declaramos en la STC 126/2009, de 21 de mayo, “cuando las conexiones apreciadas se establecen con la sola referencia a la izquierda abertzale”,

pues “en nuestro Ordenamiento no cabe excluir ideología alguna, ni por su contenido o sus fundamentos, ni por los medios de los que eventualmente quieran valerse quienes la defienden”, que “si son violentos, serán inaceptables en cuanto tales, pero sin perjuicio alguno a la ideología que pretendan servir” (FJ 9).

7. La Sentencia impugnada en este procedimiento considera acreditado en este caso la apreciación de la causa del artículo 44.4 LOREG en las candidaturas de la coalición electoral recurrente a partir exclusivamente de elementos objetivos, prescindiendo de elementos subjetivos, esto es, de los datos concernientes a hipotéticas vinculaciones de los candidatos o, más precisamente, de los candidatos que en la resolución judicial se denominan “miembros independientes” con el entramado ETA/Batasuna, pues, razona el Tribunal Supremo, “las vinculaciones que proporcionan (los demandantes) o bien son tan remotas que resultan prácticamente irrelevantes, o son inseguras en cuanto a su autenticidad (la demandada ha opuesto numerosos ejemplos de alusiones a candidatos que, siempre según la demanda, son inciertas o abiertamente equivocadas) por lo que carecen de solidez para tenerlas por indubitadas, o bien hacen referencia a situaciones personales o actividades que sencillamente no merecen ningún juicio de desvalor desde la perspectiva que nos ocupa”. En definitiva, la Sala se ciñe en su enjuiciamiento a los medios o elementos objetivos (Fundamento de Derecho Décimo), lo que, como ponen de manifiesto en sus respectivos escritos de alegaciones la coalición recurrente en amparo y el Abogado del Estado, es constitucionalmente posible siempre que revistan la suficiente solidez para excluir que la conclusión judicial alcanzada resulte irrazonable, arbitraria, ilógica o excesivamente abierta.

Pese a que en la Sentencia impugnada se descartan los indicios subjetivos, resulta necesaria alguna precisión respecto a consideraciones que en ella se hacen en relación con los mismos, con el objeto de sustentar en ellos indicios objetivos o, al menos, traerlos a colación a tal fin. En efecto, descartada la existencia de vinculaciones subjetivas de los “miembros independientes” de las candidaturas con el entramado ETA/Batasuna, en modo alguno puede admitirse que la inexistencia de esas vinculaciones se convierta, como sostenían en sus demandas el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal y éste vuelve a insistir en su escrito de alegaciones a este proceso de amparo, en un indicio más de que las candidaturas presentadas por la coalición recurrente pretenden defraudar la Sentencia de ilegalización dando cabida en aquellas candidaturas a candidatos propuestos por Batasuna, ni puede compartirse, como se afirma en la Sentencia impugnada, que ese argumento de los recurrentes “tiene indudable fuerza lógica”. En

otras palabras, no es en modo alguno admisible convertir la inexistencia o debilidad de los indicios subjetivos en insinuación de los indicios objetivos. Hacerlo, como los demandantes en el proceso *a quo* sugieren y el Tribunal Supremo parece avalar, supone tanto como argüir -contra toda lógica- que la falta o debilidad de cierta prueba acredita precisamente lo contrario de lo que se derivaría de tal ausencia o debilidad de los indicios. El Estado de Derecho y, en concreto, las exigencias del proceso debido no consienten, en modo alguno, que la inexistencia de indicios adversos al ejercicio de un derecho fundamental se constituya, invertido su sentido, en argumento para obstaculizar su ejercicio. Así pues, descartado por el Tribunal Supremo la existencia de vinculaciones subjetivas de los que en la Sentencia se denominan “miembros independientes” de las candidaturas, no puede inferirse de su sola presencia cuantitativa o cualitativa en ellas, a falta de indicio objetivo que lo acredite o del que pueda deducirse, que han sido incorporados a las candidaturas por partidos políticos ilegalizados para seguir sus designios.

8. Los elementos objetivos en los que la Sala ha fundado la convicción que le han llevado a la anulación de las candidaturas de la coalición recurrente se han obtenido básicamente, se dice en la Sentencia impugnada, de los informes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y de la documentación que a ellos se adjunta, que contiene numerosas informaciones periodísticas. Esos elementos probatorios se desglosan en la Sentencia a efectos expositivos, atendiendo a la fuente de información, en (A) documentos y declaraciones; (B) conversaciones telefónicas; y (C) reuniones, siendo objeto de una valoración conjunta o global por parte de la Sala (Fundamentos de Derecho Undécimo y Duodécimo).

La Sentencia impugnada en este procedimiento considera acreditada la voluntad defraudatoria de ETA y del partido ilegalizado Batasuna a partir del dato objetivo, debidamente acreditado como ya hemos declarado en otras ocasiones (STC 112/2007, de 10 de mayo, FJ 8), de los intentos de aquella organización terrorista y de los partidos ilegalizados y disueltos de participar desde las Sentencias de ilegalización en todos los procesos electorales que han tenido lugar en el País Vasco y en la Comunidad Foral de Navarra, con la excepción de las elecciones a Cortes Generales, y de una serie de documentos aportados al proceso *a quo*. Se trata de los documentos de ETA denominados (A) “Proceso Democrático. Reflexión sobre la alternativa para la solución democrática del conflicto y para el reconocimiento de Euskal Herria”, en el que se recogen las claves de la estrategia de ETA en relación con el Estado español y los demás partidos políticos, en el que se señala, entre otros extremos, que “Hay que realizar una alianza política con Eusko Alkartasuna” y se definen los objetos de esa alianza; (B) “Earen

Proposamenaz II.RTF”, en el que ETA configura una alianza con Eusko Alkartasuna; (C) “HERRI ANTOLATUAREN ESTRATEGIA INDEPENDENTISTA BATERANTZ” – “Hacia la estrategia independentista de la nación organizada. La estrategia nacional como motor del proceso de liberación”, fechado en diciembre de 2008, en el que se resalta por parte de la Sentencia impugnada que contiene una propuesta de creación de una “Alianza independentista” que dé lugar a la constitución de un “bloque popular independentista” y en el que, en su larga extensión, aparecen una vez citadas las organizaciones EA, Aralar, AB y ELA en relación con su rechazo a las acciones armadas de ETA; y, en fin, (D) el documento de Batasuna titulado “AKORDIO ELEKTORALERAKO OINARRIAK” (Bases para el Acuerdo Electoral. Marco teórico del Acuerdo), suscrito por Batasuna y del que se afirma en la Sentencia que tiene por objeto abrir una fase de diálogo con Eusko Alkartasuna y Aralar para las Elecciones Forales de 2011.

Sobre la base de los referidos documentos puede admitirse que razonablemente se deduzca que, en efecto, ETA y el partido político ilegalizado Batasuna, como se afirma en la Sentencia, han propugnado “una estrategia de convergencia con otras fuerza de la izquierda abertzale que le[s] permitiera articular una presencia electoral bajo la cobertura de partidos políticos legales” e, incluso, que aquella organización terrorista y el partido ilegalizado hayan dirigido “sus esfuerzos a la búsqueda de acuerdos electorales” con los partidos políticos Eusko Alkartasuna y Alternatiba. Pero que hayan instrumentalizado a la coalición recurrente en amparo o que ésta o los partidos políticos que la integran hayan dejado instrumentalizar sus candidaturas a aquel fin es una conclusión que no puede alcanzarse sobre esa base, del modo que constitucionalmente es exigible para limitar el derecho de participación política que en el presente recurso de amparo esta en juego. Se trata de conductas ajenas, en este caso documentos ajenos, que lo único que acreditan es la referida estrategia de la organización terrorista y del partido político ilegalizado, pero no la instrumentalización de la coalición electoral al servicio de dicha estrategia. Como advertimos, reiterando precedente doctrina constitucional, en la STC 126/2009, de 21 de mayo, “[E]n todo caso no bastaría con constatar la existencia de una intención defraudatoria, sino que en palabras de la STC 68/2005, de 31 de mayo, «la constancia de la intención de defraudar no es, sin embargo, suficiente para tener por cierta la continuidad» entre los partidos disueltos y las agrupaciones electorales o, en este caso, la coalición de partidos recurrentes, siendo preciso, por tanto, «que de la prueba obrante en las actuaciones se desprenda también que esa intención ha llegado a materializarse», esto es, ha culminado en la articulación de una candidatura instrumentalizada al servicio de los intereses electorales del partido político

ilegalizado” (FJ 8).

9. Aun admitiendo, en hipótesis, que el designio defraudador de ETA y Batasuna les hubiera llevado a pretender la orquestación de candidaturas electorales a su servicio, lo cierto es que los elementos objetivos utilizados por la Sala, conjuntamente considerados, no abonan en los términos constitucionalmente exigibles la idea de que esa pretensión se haya materializado, precisamente, con las candidaturas presentadas por la coalición recurrente, ni, en definitiva, que ésta se haya dejado instrumentalizar a tal fin.

A diferencia de lo sucedido en supuestos similares anteriores (SSTC 85/2003, de 8 de mayo; 99/2004, de 27 de mayo; 68/2005, de 31 de marzo; 110/2007, de 10 de mayo; 112/2007, de 10 de mayo; 43/2009, de 12 de febrero, y 44/2009, de 12 de febrero), en este caso no existen elementos que acrediten la existencia de vínculos personales, de orden financiero o de apoyo material entre ETA y el partido ilegalizado Batasuna y la coalición aquí recurrente, lo que fue relevante en aquellos casos.

Entre los elementos probatorios documentales, la Sala confiere especial relevancia para estimar acreditada la materialización de la apuntada intención defraudatoria en las candidaturas de la coalición recurrente al Acuerdo denominado “Euskal Herria Ezkerretik/Euskal Herria desde la Izquierda”, respecto del que se afirma en la Sentencia que “fue suscrito por Batasuna, Eusko Alkartasuna y Alternatiba”. La lectura de dicho Acuerdo, que lleva por subtítulo, “Acuerdo por el cambio político y social entre independentistas y soberanistas de izquierda”, permite apreciar de manera indubitada que se trata de un acuerdo suscrito entre la Izquierda Abertzale, Eusko Alkartasuna y Alternatiba, no, como se dice en la Sentencia impugnada, entre estos dos partidos políticos y Batasuna.

Este Acuerdo la Sala lo pone en relación, otorgándole igualmente especial relevancia, con el documento titulado “Acuerdo electoral: Documento «Herri Akordia. Metodología básica»”, del que dice que “se trata de un acuerdo electoral cuya fecha exacta de aprobación no consta pero que con toda evidencia se refiere al concreto proceso electoral aquí concernido, plasmado en un documento intitulado «Herri Akordia. Metodología Básica» donde se recogen los acuerdos alcanzados entre tres formaciones con el fin de constituir una coalición y participar en las elecciones municipales y forales”. En el citado documento, que fue publicado en sus

aspectos más relevantes en dos diarios de información general, se hace referencia al programa marco o programa básico, se contienen criterios de confección de listas electorales y concluye con criterios de actuación futura. Los dos partidos políticos que integran la coalición electoral recurrente han negado en todo momento tener conocimiento de su existencia, lo que ya por sí mismo constituye un serio obstáculo para conferirle el valor probatorio que le ha otorgado la Sala, en cuanto no aparece suscrito por quien o quienes puedan otorgarse la representación de ambas fuerzas políticas (SSTC 68/2005, de 31 de marzo, FJ 13; 110/2007, de 10 de mayo, FJ 16). Pero es que además, al margen de la anterior consideración y de otras que sería posible hacer en relación con dicho documento, lo relevante es que ni aparece suscrito por ninguna fuerza política, ni en él se mencionan en momento alguno ni a los dos partidos políticos integrantes de la coalición demandante de amparo ni al ilegalizado partido político Batasuna. Y las informaciones periodísticas relativas a dicho documento se refieren a un pacto para las elecciones municipales entre la Izquierda Abertzale, Eusko Alkartasuna y Alternativa.

En relación con la valoración de estos dos elementos probatorios, este Tribunal ha de insistir una vez más que la izquierda abertzale como expresión ideológica “no ha sido proscrita de nuestro ordenamiento ni podría llegar a serlo sin quiebra del principio pluralista y de los derechos fundamentales a él conexos” y que las ideologías son en el ordenamiento constitucional español absolutamente libres y deben encontrar en el poder público la primera garantía de su indemnidad, a la que no pueden aspirar, sin embargo, quienes se sirven para su promoción y defensa de medios ilícitos o violentos y se sirven de la intimidación terrorista para la consecución de sus fines”. En definitiva, “son esos medios y no las ideas o los objetivos políticos pacíficamente perseguidos a los que está destinada la reacción del poder público en defensa del marco de convivencia pacífica diseñado por el constituyente para que en él tengan cabida todas las ideas” (SSTC 99/2004, de 27 de mayo, FJ 18; 126/2009, de 21 de mayo, FJ 10, por todas). Por tanto, no cabe conferirle a estos indicios la virtualidad probatoria que les otorga la Sala.

Y la misma identificación entre Batasuna y la izquierda abertzale se constata en la valoración del documento denominado “Lortu-Arte”, pues como permite también apreciar la lectura de las informaciones periodísticas incorporadas a las actuaciones que dan cuenta del mismo, se trata de un Acuerdo suscrito públicamente entre la Izquierda Abertzale y Eusko Alkartasuna a fin, se dice en el preámbulo del Acuerdo, de establecer las bases para un trabajo en común en la creación del Estado vasco. Así pues, tampoco cabe conferir a este indicio el valor probatorio que le otorga la Sala.

Es igualmente evidente que por sí mismos en nada acreditan que el diseño defraudador de ETA y de Batasuna que la Sala estima aprobado se haya materializado en las candidaturas de la coalición recurrente a las próximas elecciones el documento titulado “BTGNari Komunikazia orokerra 0906/0609 comunicación general al BTGN”, referido a un supuesto intento de colaboración que hubo entonces con Eusko Alkartasuna para las elecciones del Parlamento Europeo de 2009, que no llegó a consumarse. Tampoco, en el mismo sentido, unas cartas intervenidas “al dirigente de la llamada Izquierda Abertzale Rafael Díaz Usabiaga”, que la Sala afirma que contienen referencias a contactos entre “el complejo Batasuna/ETA y EA” en relación con las elecciones de 2009, respecto a las cuales, sin embargo, los párrafos transcritos en ningún momento hacen referencia al complejo ETA/Batasuna y, en todo caso, aluden precisamente a la ruptura de esos supuestos contactos por parte de Eusko Alkartasuna como consecuencia de la comisión de atentados terroristas y a la posibilidad de que Eusko Alkartasuna pudiera ser socio, sin precisar tampoco el otro u otros sujetos, para aquellas elecciones europeas. Excesivamente débiles, cuando no irrelevantes, a los efectos probatorios de la materialización de aquel diseño defraudador resultan también la carta de la militante de Batasuna Uriarte Bilbao al preso de ETA Ugalde Zubiri en fecha 13 de diciembre de 2010, en el que se hace una vaga y genérica referencia a Eusko Alkartasuna en relación con la elaboración del herri programa y la declaración del miembro de la organización terrorista Ekin Egoitz Garmendia Vera ante el Juzgado Central de Instrucción núm. 3 en la que reconoció como elaborado por el mismo un escrito en el que se alude a una asamblea que se llevó a cabo en Vitoria y en la que, según su autor, se dio cuenta a la base social del acuerdo alcanzado por Eusko Alkartasuna-EA y Batasuna sin más precisión.

Entre los elementos probatorios documentales se incluyen en la Sentencia impugnada, según la rúbrica que se da al apartado a ellas dedicadas, “Manifestaciones públicas de dirigentes de Batasuna, EA y Alternatiba sobre el acuerdo entre esas formaciones”, que una vez individualizadas en la propia Sentencia resultan ser declaraciones o manifestaciones públicas del portavoz de Alternatiba, de dirigentes de la izquierda abertzale, del Secretario General de Eusko Alkartasuna y de cargos públicos representativos. En su contenido se refieren a posibilidad, factibilidad y vinculación del Acuerdo de los dos partidos políticos integrantes de la coalición electoral recurrente en amparo con la izquierda abertzale, a la presencia de ésta en las elecciones locales de 2011 y, en particular, al documento antes aludido suscrito entre aquellos partidos políticos y la Izquierda Abertzale denominado “Euskal Herria Ezkerretik/ Euskal Herria desde la

Izquierda” y subtítulo “Acuerdo por el cambio político y social entre independentistas y soberanistas de izquierda”. Es evidente que tales declaraciones no demuestran la materialización de la trama defraudatoria.

10. La Sala, además de los elementos probatorios documentales, se ha servido también para fundar la conclusión que le ha llevado a la anulación de las candidaturas de la coalición recurrente en amparo de la intervención de comunicaciones y conversaciones telefónicas, cuyo contenido se reproduce en la fundamentación jurídica de la Sentencia, que, a su juicio, acreditan, el protagonismo de miembros del complejo Batasuna en la formación de las candidaturas de la coalición demandante de amparo. Como significativa de esas comunicaciones puede traerse ahora a colación, a mero ejemplo, el contenido de parte de la intervención de la conversación celebrada en día 2 de abril de 2011 entre el Sr. Otegui y su esposa en relación con la composición de la candidatura de Bildu en la localidad natal de aquél, en la que la comunicante le dice: “No te dije, pero ¿ya sabes quién [ininteligible] el primero de los nuestros” [...] “El que trabaja en el Gobierno Vasco”, finalizando aquella la comunicación en los siguientes términos: “Tenemos posibilidades de tener la alcaldía”.

Se trata, como permite constatar la lectura de la parte de la Sentencia dedicada a su reproducción, de comunicaciones y conversaciones en las que intervienen cargos públicos representativos, candidatos o cargos públicos en pasados procesos electorales, personas no identificadas o identificadas por su nombre pero de las que no consta otro dato, en algún caso de personas que en la Sentencia se identifican como miembros de la Mesa de Batasuna, sin precisar si esta condición se refiere o no a un momento anterior, y la ya indicada comunicación entre el Sr. Otegui, portavoz de Batasuna, y su esposa. La reproducción de algunas resulta por su irrelevante contenido absolutamente prescindible, siendo la mayoría de ellas reveladoras únicamente de las dificultades de qué determinadas personas acepten su inclusión en las candidaturas, de los intentos e insistencias para conseguir su aceptación, de los problemas, no infrecuentes en la elaboración de candidaturas electorales, del reparto de los puestos a cubrir y del lugar que los candidatos ocupen en las listas, etc. En suma, tanto consideradas individualmente como en su conjunto, las intervenciones que se transcriben en la Sentencia resultan carentes de la suficiente entidad constitucionalmente exigible para poder conferirles el valor probatorio que les otorga la Sala para estimar acreditada la materialización de la trama defraudatoria. En orden a la valoración de la intervención de esas comunicaciones y

conversaciones telefónicas en modo alguno puede olvidarse, como reiteradamente ha declarado este Tribunal, que “la disolución de un partido político no comporta la privación del derecho de sufragio, activo o pasivo, de quienes fueron sus promotores, dirigentes o afiliados” (STC 85/2003, de 8 de mayo, FJ 23, por todas) y, más concretamente, que “la ilegalización judicial de los partidos políticos Herri Batasuna, Euskal Herritarrok y Batasuna no ha producido como efecto, en ningún caso, la privación del derecho de sufragio de ciudadano alguno”(STC 44/2009, de 21 de febrero, FJ 13), de modo que ni los promotores, dirigentes o afiliados de los partidos políticos ilegalizados están privados como consecuencia de esa ilegalización del derecho de participación política ni de la acción política en el marco del sistema democrático.

De otra parte, ningún valor probatorio cabe conferir a los efectos que a aquí interesan a las reuniones a las que se refiere la Sentencia entre lo que denomina “hauteskunde taldea/equipo electoral de BATASUNA y el comité local de EUSKO ALKARTASUNA en la localidad de Sestao (Vizcaya). Se trata, al parecer, de tres reuniones celebradas en la sede del indicado comité local de Eusko Alkartasuna, respecto de las que consta las personas participantes y la fecha de celebración, pero no existe dato alguno sobre su contenido, sin que ni siquiera en el Informe de la Comisaría General de Información se asevere que los participantes por Batasuna fueran los responsables del equipo electoral de la localidad de Sestao (“parecen ser los responsables del «hauteskunde taldea/equipo electoral de la localidad”).

Y, en fin, el dato de que los candidatos denominados “independientes” exceden del número de los candidatos de los partidos políticos integrantes de la coalición, descartada por la propia Sala cualquier vinculación de aquellos con la organización terrorista ETA y con los partidos políticos ilegalizados, no puede transmutarse, por las razones que ya hemos tenido ocasión de poner de manifiesto al examinar los indicios subjetivos, en un indicio objetivo de la ocupación de las listas por el partido ilegalizado Batasuna o para concluir que aquellos candidatos “independientes” sin vinculación subjetiva alguna con la organización terrorista y con los partidos políticos ilegalizados se convierten en “dependientes” de dicha organización y de dichos partidos políticos. Igualmente, la referencia a los resultados electorales en la determinación del reparto de puestos en las listas aparece sólo como un medio para identificar el arraigo, en cada circunscripción, de la llamada izquierda abertzale, corriente política o ideológica que, como tal, debe recordarse una vez más, no está proscrita, ni podría estarlo en nuestro

Ordenamiento.

11. En relación con el material probatorio tendente a acreditar la materialización de la trama fraudulenta de la instrumentación de las candidaturas de la coalición recurrente por parte de ETA y del partido político ilegalizado Batasuna, el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal aportan en este proceso de amparo con sus escritos de alegaciones el informe elaborado por la Guardia Civil 31/2011 sobre nuevas investigaciones en relación con Bildu de fecha 5 de mayo de 2011, al que se incorpora un Acta elaborada por miembros de ETA de una reunión celebrada entre Eusko Alkartasuna y ETA en el mes de febrero de 2009.

Sin necesidad de entrar en consideraciones de orden procesal en cuanto al momento de aportación de dicho informe, basta con señalar a los efectos que ahora interesan, que, como la lectura del propio informe y del acta en cuestión revelan se aborda en esa supuesta reunión la posibilidad de un intento de colaboración entre la Izquierda Abertzale y Eusko Alkartasuna de cara a las elecciones autonómicas y europeas de 2009, que no llegó a consumarse. Dichos informe y Acta se sitúan en la misma órbita que el documento titulado “BTGNari Komunikazioa orokerra 0909/0609 comunicación general al BTGN”, tenido en cuenta por el Tribunal Supremo y a cuyo valor probatorio ya nos hemos referido en fundamento jurídico 8 de esta Sentencia. Sin duda resulta expresivo de este valor probatorio el argumento expuesto en varias ocasiones por el Abogado del Estado en su escrito de alegaciones, según el cual lo que en este proceso de amparo se dilucida es si en este concreto proceso electoral las candidaturas presentadas por la coalición recurrente han sido instrumentalizadas en su provecho por los partidos políticos ilegalizados, no lo que pudiera haber acontecido en procesos electorales anteriores y que en ningún caso se llegó a consumir.

De otra parte, sobre el documento “Lortu-Arte” únicamente procede remitirnos a lo ya expuesto en el fundamento jurídico 8.

12. Desde la perspectiva constitucional que nos corresponde, las precedentes consideraciones ponen de relieve la insuficiente entidad probatoria de los indicios manejados por

el Tribunal Supremo para poder justificar en este caso el sacrificio de los derechos fundamentales de participación política en términos de igualdad y libre defensa y promoción de la propia ideología. Esta insuficiencia probatoria, de acuerdo con nuestra doctrina, hace innecesario oponer a ellos, al igual que declaramos en la STC 126/2009, de 21 de mayo (FJ 14), contraindicio alguno, es decir, desacreditarlos con la condena inequívoca del terrorismo por parte de la formación política sospechosa de connivencia con una organización terrorista. De conformidad con aquella doctrina, “[l]a negativa a condenar expresamente el terrorismo no es, por tanto, indicio bastante para acreditar *per se* una voluntad defraudatoria como la contemplada en el artículo 44.4 LOREG. Más bien sucede que su contrario, la condena inequívoca, constituye una contraindicio capaz de desacreditar la realidad de una voluntad de ese cariz deducida a partir de indicios suficientes” (STC 68/2005, de 31 de marzo, FJ 15).

Así pues, no es necesario, en este caso, oponer a los indicios manejados conjuntamente considerados, dada su insuficiencia probatoria, el contraindicio de la condena del terrorismo. No obstante, frente a lo que se argumenta al respecto en la Sentencia sobre la condena del terrorismo por la coalición recurrente, ha de señalarse también que este contraindicio no puede ser despachado o relativizado, sin más, como “simulador” con el sólo argumento de que la propia organización terrorista habría recomendado tal crítica o condena (Fundamento de Derecho Decimotercero). De no acreditarse una objetiva colusión, nadie es responsable de comportamientos ajenos, por próximos o coincidentes que puedan ser con las conductas propias. La eficacia del contraindicio no queda sometida al dilema -insoluble para el Derecho- de la mayor o menor sinceridad del sujeto, aunque sí puede quedar condicionada a la identificación objetiva de la intención real de las declaraciones en las que el contraindicio consistiría, intención, sin embargo, que sólo puede desvelarse como contraria (y disimulada, por tanto) a partir de hechos observables y referidos o imputables al propio sujeto que pretende ejercer su derecho fundamental.

En todo caso, sin perjuicio de lo dicho, la sospecha de que la creación de la coalición recurrente y su repudio a la violencia responden al designio de cooperación política con la organización terrorista debe quedar, en este momento, neutralizada por algo que no es una simple conjetura o un indicio, sino un dato de imposible desconsideración: la coalición esta formada por dos partidos que, como es público, así se reconoce en la Sentencia impugnada (Fundamento de

Derecho Decimotercero) y se acredita con la documentación aportada por la actora, con reiteración han condenado y condenan la violencia de ETA, de modo que no hay ninguna razón para suponer que la acogida en sus listas de “independientes” se haya realizado con relevamiento u olvido de aquellas posiciones públicas. Si dos organizaciones políticas contrarias al terrorismo abren sus candidaturas a “independientes” carece de sentido presumir que lo han hecho con abandono de aquella posición o por haber sido víctimas de un engaño. Esto último es poco o nada verosímil y lo primero consta que no ha ocurrido hasta el presente. Lo que cabe presumir es, por el contrario, que los partidos coaligados avalan y por el momento confirman la no sumisión de los “independientes” que figuran en sus listas a la organización criminal y su posición crítica frente a la violencia que practica. En este sentido no puede obviarse que todos los candidatos de la coalición recurrente, como exigencia ineludible para detentar tal condición, han firmado un documento cuyo punto 9 es del siguiente tenor: “Es firme el compromiso de actuar utilizando única y exclusivamente vías y métodos políticos, pacíficos y democráticos, lo que lleva aparejado la oposición por todos los medios que legítimamente tenga a su alcance a cualquier acto o actividad que suponga agresión o violación a cualquier derecho humano y al uso de la violencia para lograr objetivos políticos”. Una declaración de tenor similar la ha considerado este Tribunal como suficientemente acreditativa de la condena del terrorismo (STC 126/2009, de 21 de mayo, FJ 14).

13. Conviene concluir resaltando que la simple sospecha no puede constituirse en argumento jurídicamente aceptable para excluir a nadie del pleno ejercicio de su derecho fundamental de participación política. Puede que en el futuro la sospecha quede confirmada, pero para el enjuiciamiento actual, la misma no podría conducir a un resultado limitador, so pena de dejar en lo incierto el ámbito del libre ejercicio de los derechos de participación política garantizados en el artículo 23 CE y, con ello, el valor del pluralismo político sobre el que se fundamenta el ordenamiento constitucional del Estado democrático. La pretensión de asegurar a ultranza, mediante controles preventivos, la seguridad del Estado constitucional pone muy en primer lugar en riesgo al propio Estado constitucional. Tal pretensión resulta además desproporcionada a la vista de la panoplia de instrumentos de control *a posteriori* de que se ha dotado, mediante las últimas reformas legales, nuestro ordenamiento.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Estimar la demanda de amparo promovida por la coalición electoral “BILDU-Eusko Alkartasuna (EA)/Alternatiba Eraikitzen” y, en consecuencia:

1º. Declarar vulnerado el derecho de la recurrente en amparo a acceder a los cargos públicos en condiciones de igualdad, con los requisitos que señalen las leyes (art. 23.2 CE).

2º. Restablecerla en su derecho y, a tal fin, declarar la nulidad de la Sentencia de la Sala Especial del Tribunal Supremo a la que se refiere el artículo 61 LOPJ, de 1 de mayo de 2011, recaída en los procedimientos contencioso-electorales acumulados núms. 2/2011 y 4/2011, por la que se declaró no conformes a Derecho y se anularon los Acuerdos de las Juntas Electorales de Zona de las provincias de Álava, Guipúzcoa, Vizcaya y de Miranda de Ebro (Burgos) y de las Juntas Electorales de la Comunidad Foral de Navarra de proclamación de las candidaturas presentadas por la coalición electoral recurrente a las elecciones municipales, a las Juntas Generales de los Territorios Históricos y al Parlamento Foral de Navarra a celebrar el próximo día 22 de mayo de 2011.

Publíquese esta Sentencia en el “Boletín Oficial del Estado”.

Dada en Madrid, a 5 de mayo de 2011.

VOTO PARTICULAR que formula el Magistrado don Javier Delgado Barrio respecto de la Sentencia de 5 de mayo de 2011, dictada en el Recurso de Amparo núm. 2561/2011.

Con pleno respeto a los compañeros de cuyo razonamiento y, por tanto, de su conclusión, discrepo, dejo constancia sucintamente de los fundamentos de mi posición. Creo que, con la perspectiva propia de esta jurisdicción constitucional, la Sentencia de la Sala del art. 61 LOPJ del Tribunal Supremo ha resuelto las cuestiones planteadas sin vulnerar en modo alguno los derechos fundamentales invocados.

1. Ante todo, señalo ya que la aplicación de nuestra doctrina me lleva a la conclusión de que el pronunciamiento del Tribunal Supremo no ha sido fruto de una mera sospecha sino resultado de la valoración de la prueba practicada en el proceso *a quo*, que “permite inferir de modo razonable y no arbitrario” que la Coalición electoral recurrente, tal como declara la Sentencia impugnada, acude a la vida pública como continuadora del partido político ilegalizado Batasuna.

2. Ha de partirse de la base obvia de que probar la continuidad de un partido ilegalizado es una cuestión compleja, pues tal continuidad, al pretender conseguir una finalidad prohibida por el ordenamiento jurídico, no puede proyectarse de forma ostensible, por lo que difícilmente podrán encontrarse pruebas directas.

De ahí que la acreditación de estos hechos sólo pueda lograrse mediante la prueba incidiciaria, que tomando en consideración uno o varios datos -hecho base-, con un razonamiento ajustado a las exigencias de la lógica obtiene una conclusión -hecho consecuencia-.

La Sentencia de la que discrepo niega que los elementos objetivos -hecho base- que el Tribunal Supremo ha tenido en cuenta sean realmente indicios que tengan virtualidad probatoria.

No comparto esta negativa. Reiteradamente ha declarado nuestra doctrina -SSTC 85/2003, de 8 de mayo, FJ 29, 68/2005, de 21 de marzo, FJ 11 y 126/2009, de 21 de mayo, FJ 7- que la valoración de la prueba implica la *apreciación conjunta* de una pluralidad de magnitudes y referencias que permitan inferir, de modo razonable y no arbitrario, que las candidaturas en cuestión operan como continuadoras de partidos ilegalizados.

Destaco el carácter *conjunto* de la apreciación de la prueba que opera aquí en un doble nivel: por un lado, dentro del hecho base, horizontalmente, pues cada uno de sus elementos contribuye a acreditar la veracidad y virtualidad de los demás, y, por otro, para llegar al hecho consecuencia, verticalmente, pues en este segundo momento dichos elementos se nutren mutuamente de sentido a fin de justificar la conclusión.

Y ya en este punto he de señalar que mi reflexión sobre los elementos probatorios que tan minuciosamente ha detallado el Tribunal Supremo me lleva a la conclusión de que aquéllos en este caso se comportan coordinadamente en su conjunto y justifican, primeramente -y es lo que ahora destaco-, su entidad de indicios con valor probatorio y por tanto aptos para ser tomados en

consideración y, después, su suficiencia para arribar a la conclusión a la que llega la Sala del Tribunal Supremo.

La mayoría de mis compañeros entiende que los datos tenidos en cuenta por el Tribunal Supremo podrían acreditar que ETA y Batasuna han propugnado una estrategia de convergencia con la izquierda abertzale, pero añade que esos datos son “*conductas ajenas*, en este caso documentos ajenos” que pueden probar aquella estrategia de la organización terrorista y del partido ilegalizado pero no la instrumentalización de las candidaturas en cuestión.

Sin embargo, esas “*conductas ajenas*” se revelan como *actos propios* de la Coalición demandante en el curso de su actuación posterior.

Así, de entre los documentos que valora la Sentencia recurrida merece destacarse el denominado “HERRI AKORDIA”, en el que, según aquélla, se recogen los acuerdos a los que llegaron Batasuna, Eusko Alkartasuna y Alternatiba con el fin de constituir una coalición y concurrir a las elecciones municipales y forales y en el que se establecen las indicaciones y directrices que habrían de seguirse en la elaboración de las candidaturas conjuntas de estas formaciones políticas en las elecciones de 2011.

Tal documento indica, en particular, que el criterio a seguir para distribuir y ordenar los candidatos de cada una de estas formaciones habría de ser el resultado obtenido en las elecciones anteriores. El Tribunal Supremo, acreditado

que las listas elaboradas por la Coalición recurrente responden al referido criterio, concluye: “*la realidad de las cosas* demuestra que las candidaturas *efectivamente* presentadas han seguido *fielmente* ese plan”. Y a partir de aquí razona de forma impecable en una doble dirección:

a) De forma positiva, señala que si en la formación de las candidaturas se siguió la pauta de tal acuerdo esto sólo puede explicarse porque “el mismo realmente existió y *los partidos componentes de la Coalición se sintieron vinculados por él*”.

b) Y de forma negativa, cerrando el razonamiento, advierte el Tribunal Supremo que si no existiera una concertación previa, sería “inimaginable” que los candidatos llamados “independientes” pudieran tener en las listas una posición de tanta relevancia.

Sobre esta base, dentro de la valoración global que hace la Sentencia impugnada -FJ 12-, ha de entenderse que, dado que los partidos coaligados “carecían de capacidad organizativa” para “llenar los puestos” de 257 candidaturas, el citado documento tiene valor constitucional de indicio suficiente para llegar a la atribución subjetiva que le señala el Tribunal Supremo en su conclusión: “por todo ello esta Sala no tiene dudas de que el llamado “HERRI AKORDIOA METODOLOGÍA BÁSICA” constituye el instrumento a través

del cual BATASUNA ha desarrollado su estrategia defraudatoria para copar los puestos principales en las listas y asegurar así su presencia en las instituciones”.

Y esta conclusión, obtenida “de modo razonable y no arbitrario” no es fruto de una inferencia abierta a otras posibles soluciones de mayor vigor convincente.

3. Creo también necesario referirme a la virtualidad del contraindicio alegado por la Coalición demandante de amparo y que habría de consistir en su distanciamiento de los métodos violentos.

La Sentencia impugnada parte a este respecto del documento “EAREN PROPOSAMENAZ II.RTF”, en el que ETA imparte instrucciones respecto de la condena de la violencia, a fin de dar apariencia de distanciamiento de ella a quienes se presentan como colectivos distintos y no relacionados con el grupo terrorista. De aquí, dice en términos muy expresivos el Tribunal Supremo, resulta que “la misma banda terrorista ha enseñado como quiere que se exteriorice el rechazo de sus actos de terrorismo”.

A partir de este documento la Sala del Tribunal Supremo considera acreditado que los elementos aducidos por la demandante de amparo para la justificación del contraindicio son en realidad el resultado de la ejecución de esas pautas de actuación impartidas por la organización terrorista. Con esta

perspectiva, la resolución impugnada en este proceso constitucional concluye que las declaraciones de condena de la violencia formuladas por los candidatos de la Coalición Bildu constituyen “un uso instrumental del lenguaje [...] a fin de dibujar un distanciamiento de la violencia que responde a una estrategia preconstituida para evitar males mayores, en forma de anulación de las candidaturas de la Coalición” (FJ 13).

La fórmula del código de actuación suscrito por los candidatos de Bildu se limita a expresar su oposición con respecto a la “violación a cualquier derecho humano y al uso de la violencia”. Sin embargo, es de destacar que en ella se omite cualquier expresión de condena específica del terrorismo de ETA, lo que contrasta con el dato de que antes de formar parte de la Coalición Bildu, EA condenaba la violencia terrorista de ETA pidiendo expresamente su disolución, a diferencia de la declaración contenida en dicho código, que es la impuesta por ETA.

Y llegados a este punto, he de recordar que la STC 68/2005, de 31 de marzo, contrapone la “*genérica* condena” de la violación de los derechos humanos a la “*realidad concreta*” que, lamentablemente, es el terrorismo, precisando asimismo que es la “*condena concreta* del terrorismo, que implica un referente subjetivo mucho más preciso, [la que] de existir, constituiría el contraindicio referido en nuestra jurisprudencia” (FJ 16).

Sobre esta base, siempre dentro de la conjunta valoración que ha hecho el Tribunal Supremo, “resulta razonable y no arbitrario”, el pronunciamiento negativo de aquél respecto del valor de contraindicio suficiente a la “oposición” genérica al uso de la violencia.

4. Con la perspectiva constitucional que es propia de este Tribunal, y desde el respeto, por tanto, a la jurisdicción ordinaria en el ejercicio de la función que la Constitución le atribuye, he de concluir que el pronunciamiento del Tribunal Supremo no ha vulnerado los derechos invocados.

Y este es mi parecer que expreso con el mayor respeto a mis compañeros.

Madrid a cinco de mayo de dos mil once.

Voto Particular que formula el Magistrado don Ramón Rodríguez Arribas, respecto a la Sentencia del Pleno de fecha 5 de mayo de 2011 dictada en el recurso de amparo núm. 2561-2011 .

En el ejercicio de la facultad que nos confiere el art. 90.2 de LOTC y con el pleno respeto a la opinión de la mayoría, expreso mi discrepancia con la Sentencia que fundo en las siguientes consideraciones:

1.- En el recurso de amparo electoral la función del Tribunal Constitucional, no consiste en realizar un nuevo examen de la prueba aportada ante la jurisdicción ordinaria para llegar a una nueva convicción sobre si los hechos se produjeron o no, al modo del jurado anglosajón, sino que nos debemos limitar a establecer si en el análisis de esa prueba, en su conjunto, realizado previamente por el Tribunal Supremo se ha incurrido o no en la lesión del derecho fundamental invocado por la parte recurrente.

Así lo ha entendido siempre nuestra doctrina en SSTC 112/2007, de 10 de mayo, FJ 7 y 43/2009, de 12 de febrero, FJ 11. Esta forma de proceder por nuestra parte es, además, la mas respetuosa con el Tribunal Supremo como el más alto y exclusivo interprete de la legalidad ordinaria, en la que se integran tanto la Ley Orgánica de Partidos Políticos como la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, de manera que sólo en aquellos casos en que el análisis de la prueba en su conjunto realizada por aquél, con arreglo a sus propios criterios interpretativos, resulte palmariamente erróneo, arbitrario, falto de fundamento razonable o con motivación ostensiblemente insuficiente, podemos, desde el Tribunal Constitucional, enmendar el desacierto, si se ha vulnerado un derecho fundamental. Hacer lo contrario, esto es, someter a nuevo escrutinio toda la prueba y una por una, conduce a convertir a este Tribunal, no ya en una última instancia, transformando el recurso de amparo en una suerte de super-casación, sino a llevarlo a la condición de apelación de plena jurisdicción.

Curiosamente, esta doctrina, que la Sentencia de la mayoría invoca, después no la aplica de hecho, ya que, por el contrario, incurre en la desviación que más arriba denuncié, como lo acredita el contenido de los FF. JJ 9 y 10 de la misma, en los que se dice, anticipando el resultado, que “ A diferencia de lo sucedido en supuestos similares anteriores (SSTC 85/2003, de 8 de mayo; 99/2004, de 27 de mayo; 68/2005, de 31 de marzo ; 110/2007, de 10 de mayo; 112/2007 de 10 de mayo , 43/2009 , de 12 de febrero y 44/2009, de 12 de febrero), en este caso no existen elementos que acrediten la existencia de vínculos personales , de orden financiero o de apoyo material a ETA y el partido ilegalizado Batasuna y la coalición aquí recurrente, lo que fue relevante en aquellos casos”, para a continuación hacer un examen de los “elementos probatorios documentales” de manera separada y prácticamente uno por uno, obviando el análisis de la valoración probatoria hecha en conjunto por el Tribunal Supremo, que es a lo que debería haberse ceñido.

2. Y esto es así, por otra parte, porque quienes van a cometer un fraude no acuden al notario, ni se exponen a ser fotografiados en su intento, antes al contrario, lo ocultan meticulosamente para hacer mas difícil su descubrimiento y por ello, sino se quiere que alcancen su propósito, la única manera de ponerlo de manifiesto e impedirlo es recurrir a la prueba de presunciones, usando de los indicios acumulados y examinados en su conjunto, cuando cumplen, como en este caso, las condiciones exigibles sobre su realidad, acreditación y relación racional con el resultado presumido, hasta llegar a la convicción, razonablemente

asentada, de que la máxima probabilidad está en el engaño, por encima de la apariencia externa buscada de propósito para esconderlo.

La Sentencia dictada por la Sala Especial del Art. 61 de la LOPJ, del Tribunal Supremo, hizo un pormenorizado y razonado análisis del conjunto de las pruebas aportadas, especialmente por la Guardia Civil y por el Cuerpo Nacional de Policía, distinguiendo, con acertado criterio, los siguientes elementos de prueba:

DOCUMENTOS: Entre los que destacan: a) el llamado “Proceso Democrático. Reflexión sobre la alternativa para la solución democrática del conflicto político y para el reconocimiento de Euskal Herria”, que figura incorporado como Anexo 8 a los informes de la Policía de 13 de abril de 2011 –debidamente testimoniado- y de la Guardia Civil; documento intervenido que recoge las claves de la estrategia de ETA en relación con el Estado español y con los demás partidos políticos y que fue declarado probado ya por el Auto de la Sala de del TS de fecha 30.03.11 (proceso de Ilegalización de Sortu). b) el documento de la propia ETA sobre la configuración de su alianza con EUSKO ALKARTASUNA, titulado “EAREN PROPOSAMENAZ II.RTF”, que también se dio como probado en el citado Auto de 30/03/2011, y que aparece unido al informe de la guardia Civil 27/11, anexo 17 de la demanda, que establece algunos postulados de partida y la postura a seguir por la coalición en caso de atentado. c) El llamado “BTGNari komunikazioa orokerra 0906/0609 comunicación general al BTGN y que contiene unas consideraciones sobre el intento de colaboración que hubo entonces con EA para las elecciones al parlamento europeo de 2009 (se utiliza el término “hoja” para hacer alusión al logotipo de esa formación política legal). d) el denominado AKORDIO ELEKTORALERAKO OINARRIAK que es un documento intervenido en el registro efectuado a GORKA MAYO HERMOSO DE MENDOZA en su domicilio de Vidaurreta (Navarra) el 18 de enero de 2011 y está incorporado en las Diligencias Previas 285/2010 del Juzgado Central de Instrucción nº 3 de la Audiencia Nacional, e) el titulado en castellano “BASES PARA EL ACUERDO ELECTORAL. Marco Teórico del acuerdo” que aparece suscrito por Batasuna y está fechado en noviembre de 2010 en Navarra. Tiene por objetivo abrir una fase de diálogo con vistas a un acuerdo electoral con Eusko Alkartasuna y Aralar para las Elecciones Forales de 2011 a partir de una serie de criterios, destacando la discreción total sobre el proceso negociador por parte de los tres promotores y el deseo de que antes de diciembre debería estar resuelta la opción para el acuerdo.

DECLARACIONES PÚBLICAS Y NOTICIAS DE PRENSA NO DESMENTIDAS, entre las que destacan : a) las que se refieren al documento llamado LORTU-ARTE que según informaciones periodísticas unidas a las actuaciones en el propio Anexo 17 ya citado, hace referencia al acuerdo entre la Izquierda Abertzale y Eusko Alkartasuna (según otras informaciones entre Batasuna y Eusko Alkartasuna) . Así en el Diario Vasco se dice en titular que “BATASUNA y EA abren el escenario para que la vía política arrincone la violencia”, en tanto que el Diario de Navarra titula “La izquierda “abertzale” y EA firman su alianza sin una condena de ETA”. b) entrevista publicada en el Diario Vasco y en Gara, ediciones de 26 de febrero de 2011, con el dirigente de la izquierda abertzale Rufi Etxeberria, que figura en la web, www.ezkerabertzalea.info.

CONVERSACIONES TELEFONICAS INTERVENIDAS LEGALMENTE. Entre las que destacan entre otras: a) las transcritas en el informe policial de 13 de abril de 2011, sobre la intervención protagonista y decisiva de miembros de la ilegalizada Batasuna en la formación de las candidaturas de Bildu . b) la significativa conversación de Arnaldo Otegi y su mujer,

intervenida por la Administración Penitenciaria el 2 de abril de 2011, sobre la composición de las candidaturas de Bildu en Elgoibar.

En varias de estas conversaciones se observa que se trata de gestiones hechas por gente BATASUNA para rellenar las listas de “independientes” en la colación electoral de BILDU, con candidatos “limpios”, que, naturalmente, cuanto más “limpios” están más se resistían a significarse como lo que eran, es decir, integrantes del complejo ETA- BATASUNA.

3.- Es de justicia destacar que, el acopio de todas estas pruebas por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, resulta más meritorio si cabe, respecto a otras ocasiones, porque desde la ilegalización por la Sentencia de la Sala Especial del Art. 61 LOPJ del Tribunal Supremo, de 27 de marzo de 2003, confirmada en este Tribunal por la STC 6/2004, de 16 de enero, de los partidos Herri- Batasuna, Euskal Herritarrok y Batasuna, por formar parte del entramado de la banda terrorista ETA, los integrantes de aquellos partidos políticos no han cesado en los intentos de defraudar la medida de defensa de la democracia española, avalada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sus Sentencias de 6 de noviembre de 2009, caso Echevarria y otros contra España y de 7 de diciembre de 2010, caso ANV contra España.

Así y sucesivamente, las jurisdicciones ordinaria y constitucional fueron saliendo al paso de estos intentos de fraude en los siguientes casos:

STC 85/2003 de 8 de mayo, FJ. 28 y ss. : Sobre la confirmación parcial de STS art. 61 LOPJ 3-5-2003 denegando la proclamación de algunas candidaturas electorales presentadas por agrupaciones electorales de AuB (*AUTODETERMINAZIORAKO BILGUNEA*), en elecciones locales 2003, por sucesión de Batasuna.

STC 99/2004 de 27 de mayo, FJ. 16 y ss: Sobre confirmación íntegra de STS art. 61 LOPJ 17-5-2004, de la ilegalización de Agrupaciones Electorales *HERRITARREN ZERENDA*, en elecciones europeas 2004, como sucesoras de Batasuna.

STC 68/2005 de 31 de marzo, FJ. 12 y ss.: Sobre confirmación por STS art. 61 LOPJ 26-3-2005 de la ilegalización de proclamación de las candidaturas de las agrupaciones electorales *AUKERA GUZTIAK*, en elecciones autonómicas 2005, por sucesoras de Batasuna.

STC 110/2007 de 10 de mayo, FJ. 13 y ss.: Sobre confirmación de la STS art. 61 LOPJ 5-5-2007 denegando la proclamación de las candidaturas de las agrupaciones electorales *SOZIALISTAK ABERTZALEAK* para las elecciones municipales 2007.

STC 112/2007 de 10 de mayo, FJ. 9 y ss: Confirma los AATS Sala art. 61 de 5-5-2007 que en ejecución de ilegalización de HB, declararon la ilegalización de *EUSKO ABERTZALE EKINTZA-ANV*, con ocasión de su presentación a las elecciones locales de 2007, por estimar que eran continuación de HB-BATASUNA.

STC 43/2009 de 12 de febrero, FJ. 11 y ss: Confirma los AATS art. 61 LOPJ de 8-2-2009 que en ejecución de ilegalización de HB, declara la no-proclamación de las candidaturas de *ASKATASUNA* para las elecciones autonómicas de 2009.

STC 44/2009 de 12 de febrero, FJ. 13 y ss. : Confirma la STS art. 61 LOPJ de 8-2-2009 anulaba la proclamación de candidaturas de las agrupaciones electorales D3M, en las elecciones autonómicas de 2009, como instrumentalizadas por HB-BATASUNA.

Así pues, desde 2003, los integrados en el complejo ilegalizado de ETA-BATASUNA han intentado sin descanso y en cada convocatoria electoral, acceder a las instituciones, burlando la prohibición jurisdiccional y han ido aprendiendo de las sucesivas resoluciones que se lo han impedido, haciendo cada vez más difícil el descubrimiento y prueba del fraude y con ello su eliminación.

En esta ocasión el procedimiento empleado es tan sencillo como inteligente, pero no por ello indetectable, como parece sostenerse en la Sentencia de la mayoría de este Tribunal y no sólo por que lo acredite el conjunto de las pruebas aportadas, que dada la entidad y contenido antes descrito de manera sumaria, sinceramente, resulta excesivo hasta dialécticamente calificar de “sospecha,” como hace la Sentencia de la mayoría en su FJ. 13 ,sino por la constancia de hechos y datos que por ser de público conocimiento y razonable interpretación conforme al común sentido, ni siquiera necesitarían prueba por constituir evidencias.

En efecto, el procedimiento empleado ha consistido en utilizar dos partidos políticos ya existentes, pero de presencia institucional y afiliación decrecientes, para constituir una coalición electoral con “independientes” que, curiosamente, han resultado ser los más numerosos en la listas confeccionadas y que, también curiosamente, son los que ocupan, en la mayor parte de los casos, los primeros puestos y por lo tanto con la posibilidad cierta de salir elegidos y además, resulta que estos “independientes”, que asumen el protagonismo de la coalición, desdibujando a los otros dos miembros de la misma, no proceden de las filas de ETA- BATASUNA, como tercer partido –tal y como concluyó la Sala especial del Tribunal Supremo en su Sentencia- sino que salen de una “izquierda aberztale” que si sociológicamente coincide con ETA- BATASUNA en los fines, políticamente ahora no lo hacen con sus medios violentos, que es lo que se viene a sostenerse en la Sentencia de este Tribunal, de la que me aparto, porque reiterando el respeto que siempre me merece la opinión de mis compañeros de la mayoría, me es imposible aceptarlo, ya que hasta la forma de elaborar las listas desde el absoluto protagonismo de los que realizan la búsqueda de los “independientes”, con una inusual forma de actuar, revela ya un acusado déficit democrático en cuanto a la estructura y funcionamiento de la coalición electoral, que no es valorado por la Sentencia de este Tribunal.

4. Hay otros argumentos de la Sentencia, de la que tan abiertamente discrepo, que tampoco puedo compartir: por una parte, las referencias a la condición democrática y condenatoria de la violencia de los partidos miembros de la coalición no puede ser la patente para garantizar cualquier conducta posterior y enervar los vehementes indicios de connivencia con el partido ilegalizado para constituir una coalición, que luego resultó constituida.

Por otra parte, la pretendida coincidencia con la STC 126/2009, dictada por la Sala Segunda de este Tribunal y que estimó el amparo de “Iniciativa Internacionalista- La Solidaridad entre los Pueblos” a mi juicio no puede tampoco admitirse, ya que los hechos y las pruebas en aquella (referidos incluso a la condición de los avalistas de la candidatura) era mucho más abierta que el conjunto de las que avalan la conclusión de que BILDU es el último de los instrumentos de ETA-BATASUNA para acceder a un proceso electoral e introducirse en las instituciones democráticas del País Vasco y Navarra.

En cuanto al contraindicio del rechazo a la violencia por parte de los independientes, “incluso a la de ETA” (¿al mismo nivel que la institucional de las Fuerzas de Seguridad y los Tribunales del Estado?) referida a eventuales actos futuros, basta leer su contenido literal y ponerlo en relación con las instrucciones estratégicas de la propia ETA para advertir que no puede servir nada menos que para desvirtuar los demás indicios acreditativos de la vinculación con la banda criminal.

Finalmente, la referencia a la posibilidad, abierta por la última reforma legal, de que los candidatos, ahora admitidos al proceso electoral, pueden ser inhabilitados en cualquier momento posterior a este, en el caso de que actúen en forma que revelen la connivencia con

ETA-BATASAUNA, que ahora no se acierta a ver en la Sentencia objeto de mi discrepancia, aparte de ser dos cosas distintas como en la misma se reconoce, tampoco puede servir para enervar o desvirtuar los indicios que abonan la necesidad de salir ya al paso de la maniobra defraudatoria de la ilegalización de los partidos incluidos en el entramado de ETA-BATASUNA.

Por todas estas razones, formulo mi voto discrepante,

En Madrid, a cinco de mayo de 2011

VOTO PARTICULAR que formula el Magistrado don Manuel Aragón Reyes, respecto de la Sentencia, otorgando el amparo solicitado, dictada por el Pleno en el recurso de amparo electoral avocado núm. 2561-2011.

1. Con el mayor respeto a la opinión de los Magistrados que han apoyado la tesis mayoritaria reflejada en la Sentencia, debo, no obstante, haciendo uso de la facultad establecida en el art. 90.2 LOTC, expresar mi criterio discrepante del fallo estimatorio del recurso de amparo a que se ha llegado en esta Sentencia.

A mi entender, en virtud de los argumentos que defendí en la deliberación del Pleno y que, resumidamente, expongo a continuación, debiera haberse dictado una Sentencia denegando el amparo solicitado por la coalición recurrente.

2. Con carácter previo debo manifestar mi coincidencia con la llamada de atención al legislador que se contiene en la Sentencia sobre el problema de la brevedad de los plazos establecidos en el art. 49 LOREG, en relación con su art. 44.4, para la tramitación del recurso de amparo electoral contra la Sentencia que acuerda la anulación de los actos de proclamación de candidaturas impugnadas por el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal (dos días para la interposición del recurso y los tres días siguientes para su resolución).

Además, en el presente caso concurre la circunstancia de que la Sala Especial del art. 61 LOPJ, a la vista de las iniciales alegaciones de la coalición electoral Bildu, y precisamente para garantizar su derecho de defensa, acordó conceder a dicha coalición un nuevo plazo (hasta las 24 horas del día 30 de abril de 2011) para que pudiera presentar nuevas alegaciones y la prueba documental que a su derecho conviniese. Esta ampliación del plazo en el contencioso-electoral ha tenido a su vez la consecuencia de que en el amparo electoral la Abogacía del Estado y el Ministerio Fiscal hayan dispuesto de un plazo inferior para contestar las alegaciones de la coalición electoral recurrente (que ha dispuesto del plazo de dos días previsto en el art. 49 LOREG), en detrimento del principio de igualdad de armas procesales, y

que este Tribunal, a su vez, haya visto acortado en un día el plazo para la resolución del presente recurso de amparo.

En consecuencia, como ya dijimos en la STC 68/2005, de 31 de marzo, FJ 4, y hemos reiterado en SSTC 110/2007, FJ 3 a); 43/2009, FJ 2; 44/2009, FJ 6 d); y 126/2009, FJ 2, “sería deseable un especial esfuerzo por parte del legislador en orden a lograr un mejor acomodo procesal para este tipo de supuestos”, que aunara los garantías procesales del art. 24 CE con las notas de celeridad, perentoriedad, preclusión de plazos y concentración de las fases de alegaciones y prueba propias del proceso contencioso-electoral, que incluso han implicado la “flexibilización de los límites propios del recurso de amparo”. Esta llamada al legislador ha de hacerse extensiva, consecuentemente, a la articulación procesal del recurso contencioso-electoral y del amparo electoral, a fin de conciliar las exigencias del proceso electoral y los derechos fundamentales vinculados con el mismo (art. 23 CE) y sus garantías procesales en el marco del art. 24 CE.

3. Es necesario asimismo recordar que la constitucionalidad de la previsión legal contenida del art. 44.4 LOREG desde la perspectiva del art. 23 CE ha sido afirmada por este Tribunal a partir de la citada STC 85/2003, FJ 24, por cuanto el sentido de dicho precepto, considerado en el conjunto del sistema normativo en el que se integra, no es el propio de una causa restrictiva del derecho de sufragio pasivo, sino el de un mecanismo de garantía institucional con el que pretende evitarse que a través de otros partidos, de federaciones o coaliciones de partidos, o de agrupaciones electorales, pudiera articularse fraudulentamente la continuidad material de un partido político ilegalizado. Debe recordarse que la constitucionalidad de la privación del derecho de presentar candidatos en estos supuestos ha sido reconocida por este Tribunal Constitucional y avalada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, entendiéndola como una restricción legítima de derechos, por ser adecuada y proporcional al fin que pretende.

La modificación de la LOREG llevada a cabo por la Ley Orgánica 3/2011, de 28 de enero, no supone, de otro lado, la sustitución de los mecanismos previstos en su redacción original y en la Ley Orgánica de Partidos Políticos, que subsisten en los arts. 44.4 y 49.1 LOREG, sino que su finalidad es la de posibilitar, además, la impugnación de candidaturas durante la campaña electoral, o en cualquier momento posterior incluso a la celebración de los comicios, en caso de que se tuviera conocimiento de circunstancias que, con arreglo al art.

44.4 LOREG, impiden la presentación de candidaturas y que en su día no hubieran sido detectadas o, en todo caso, no hubieran sido impugnadas. La modificación legal por la que se introduce el art. 49.5.c) LOREG no priva, pues, de plena virtualidad a la previsión contenida en el artículo 49.1 LOREG, ni elimina la posibilidad de que existan mecanismos defraudatorios que, verificándose *ex ante* (como ocurre en el presente caso), el Estado de Derecho tiene la ineludible obligación de depurar a través del instrumento previsto al efecto (arts. 44 y 49.5 LOREG).

En consecuencia, carece de fundamento alguno sostener, como se ha pretendido por la coalición recurrente (en una tesis a la que la propia Sentencia de la mayoría parece dar acogida en el último fundamento jurídico, sobre el que luego volveré), que la referida reforma de la LOREG ha de ser entendida, cuanto menos en el presente caso, en el sentido de que el Estado debe esperar a que se haya consumado el riesgo que para el sistema democrático representa la continuidad de la actividad de un partido ilegal y disuelto para que pueda adoptar medidas legales dirigidas a preservar dicho sistema, máxime cuando, como acertadamente recuerda el Abogado del Estado en sus alegaciones, semejante premisa ha sido expresamente rechazada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la Sentencia de 30 de junio de 2009, Herri Batasuna y Batasuna c. España (§§ 81 y 82).

4. Sentado lo anterior, debe señalarse igualmente que, como hemos dicho en anteriores ocasiones, en este proceso de amparo al Tribunal Constitucional le cumple únicamente verificar si la Sala Especial del art. 61 LOPJ ha acreditado de manera motivada y suficiente la existencia de una trama defraudatoria tendente a la instrumentalización de las candidaturas cuya proclamación ha sido anulada por dar continuidad a la actividad de los partidos políticos judicialmente declarados ilegales y disueltos. Desde la perspectiva que nos es propia en tanto que Tribunal de amparo, lo que nos cumple es, pues, determinar si cabe apreciar una vulneración del derecho a participar en los asuntos públicos invocado por la coalición recurrente en atención a la consistencia que, en términos constitucionales, ofrece la convicción judicial alcanzada en el proceso previo en punto a la naturaleza fraudulenta de las candidaturas que han sido excluidas del proceso electoral por haberse demostrado que con ellas solo se quiere dar continuidad a los partidos ilegalizados por Sentencia firme.

En este sentido, como este Tribunal tiene sobradamente reiterado, “sólo nos cabe revisar la apreciación de la Sala del art. 61 LOPJ en aquellos supuestos en los que, desde los

propios criterios interpretativos asumidos por el Tribunal Supremo, la convicción alcanzada pugne con un derecho constitucionalmente relevante; en el caso el derecho de sufragio pasivo. En definitiva, estando en juego la efectividad del ejercicio de un derecho fundamental, este Tribunal Constitucional, ponderando los derechos individuales en presencia y el interés general del ordenamiento en la sujeción de los procedimientos electorales al principio de legalidad, debe verificar aquella revisión con arreglo a un canon decisorio cuyo contenido ha de depender de la apreciación conjunta de una pluralidad de magnitudes y referencias que permitan inferir, de modo razonable y no arbitrario, [que las candidaturas excluidas del] procedimiento electoral ha[n] actuado, de hecho, como continuadora[s] de la actividad de los partidos ilegalizados” (SSTC 85/2003, FJ 29; 68/2005, FJ 11; 112/2007, FJ 7; y 43/2009, FJ 11).

En consecuencia, no se puede pretender de este Tribunal, en la función de control constitucional que le corresponde, la valoración individualizada y singular de cada una de las pruebas practicadas en el proceso sustanciado ante el Tribunal Supremo, pues en otro caso, con infracción del principio de exclusividad de la jurisdicción ordinaria (art. 117.3 CE), incurriríamos en un claro exceso de nuestra jurisdicción constitucional. Lo único que corresponde en este proceso de amparo electoral es verificar si la valoración judicial de los hechos por la Sala Especial del art. 61 LOPJ ha sido más improbable que probable o a la inversa. En el presente caso, como seguidamente razonaré, resulta que esa valoración ha sido más probable que improbable, por lo que debió concluirse que la Sala ha inferido de modo razonable y no arbitrario que las candidaturas de la coalición Bildu han actuado, de hecho, como continuadoras de la actividad de los partidos ilegalizados y disueltos.

No puedo compartir, en consecuencia, la afirmación que se contiene en la Sentencia de la mayoría sobre la “insuficiencia probatoria” de los indicios manejados por el Tribunal Supremo para sustentar su convicción sobre la existencia de la trama defraudatoria. Que el Tribunal Supremo haya descartado los elementos subjetivos resulta perfectamente explicable en un contexto en el que de lo que se trata es de desvelar el engaño instrumentado a través de un designio defraudatorio cuyo resultado es, justamente, la coalición Bildu. La mayoría que sustenta la Sentencia de la que se disiente en el presente voto particular obvia que el art. 44.4 LOREG, a los efectos de valorar cuando estamos ante candidaturas que, de hecho, vengán a continuar o suceder la actividad de un partido político declarado judicialmente ilegal y disuelto, o

suspendido, se refiere también a “cualesquiera otras circunstancias relevantes que ... permitan considerar dicha continuidad o sucesión”.

Tampoco estamos, en fin, ante un supuesto equivalente al resuelto en la STC 126/2009, que se cita en la Sentencia a que se refiere el presente voto particular en apoyo de la tesis de la mayoría, pues en el presente caso la actividad probatoria y los datos que de ella se derivan son sustancialmente distintos (sin perjuicio de advertir, en cualquier caso, que la STC 126/2009 no contradice, claro está, nuestra reiterada doctrina en relación con la impugnación de candidaturas en el marco del art. 44.4 LOREG).

5. La convicción judicial de la existencia de una estrategia defraudatoria tendente a dar vida a los partidos ilegalizados a través de las candidaturas cuya proclamación ha sido anulada se funda en el presente caso en la concurrencia de una serie de elementos probatorios que, apreciados en su conjunto, han llevado a la Sala Especial del art. 61 LOPJ a la conclusión de que aquellas candidaturas de la coalición recurrente Bildu han sido instrumentalizadas en su provecho por los partidos políticos ilegalizados y disueltos por la Sentencia firme de dicha Sala de 27 de marzo de 2003, de suerte que los candidatos que figuran como independientes en las listas de Bildu, que, aparte de ocupar por lo general los puestos preferentes en las listas, superan en casi todas las candidaturas y en porcentaje de participación a la suma conjunta de los candidatos de los dos partidos políticos legales coaligados (Eusko Alkartasuna y Alternatiba Eraikitzen) son, en realidad, candidatos de Batasuna, y defienden el propósito fraudulento de esta formación ilegalizada de participar nuevamente en la vida política por esta vía. Para alcanzar esta conclusión la Sala ha debido superar, como en otras ocasiones, “las dificultades inherentes al descubrimiento de toda trama defraudatoria y se ha basado en un material probatorio constituido tanto por pruebas directas como indiciarias” (STC 112/2007, FJ 8).

El Tribunal Supremo advierte en la Sentencia impugnada en amparo (Fundamento jurídico 10) que en su convicción sobre la existencia de la trama defraudatoria se ha atendido a los medios o elementos de prueba “objetivos”, prescindiendo por tanto de los elementos subjetivos, esto es, de los datos concernientes a hipotéticas vinculaciones subjetivas de los miembros independientes de las candidaturas enjuiciadas con el entramado ETA/Batasuna, habida cuenta de la irrelevancia de dichos elementos subjetivos en el presente caso, lo que resulta justamente explicado en razón de la existencia del fraude de ley articulado mediante la

configuración de la coalición Bildu, pues el engaño característico del fraude sólo puede ser apreciado a partir de elementos objetivos. Carecería de sentido que, pretendiéndose realizar un fraude, se presentasen candidatos “contaminados”, cuando ello, como es perfectamente sabido dada la reiterada doctrina de este Tribunal Constitucional, hubiese llevado por sí sólo y directamente a la anulación de las candidaturas. Si lo que se quiere es engañar, no puede pedirse a quien lo pretende que acuda para ello a una vía que sabe de antemano que le conduciría al fracaso. Precisamente por ese empeño engañoso consustancial al fraude carecería igualmente de sentido que quien lo intenta realizar lo confiese paladinamente, y por ello resultaría cuanto menos candoroso exigir, como antes dije, que quiénes quieren engañar lo manifiesten de manera fehaciente. De ahí que el descubrimiento del fraude haya de basarse, casi necesariamente, en una prueba de indicios. Prueba de indicio que ha sido plenamente aceptada por los demandantes, extremo éste que es de suma importancia destacarlo: la validez de los elementos probatorios en los que funda su convicción el Tribunal Supremo no ha sido impugnada por la coalición recurrente en amparo.

Antes de referirse a la naturaleza y eficacia de algunos elementos probatorios objetivos tomados en consideración, en concreto, el valor que cabe conferir a los informes elaborados por los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado (SSTC 5/2004, FJ 14, y 99/2004, FJ 12), y a las informaciones periodísticas (STC 5/2004, de 16 de enero, FJ 11), la Sala del Tribunal Supremo parte como dato objetivo, debidamente acreditado, de los sucesivos intentos de la organización terrorista ETA y de los partidos ilegalizados y disueltos de participar desde las Sentencias de ilegalización en todos los procesos electorales que han tenido lugar en la Comunidad Autónoma del País Vasco y en la Comunidad Foral de Navarra –con la única excepción de las elecciones generales del 2004–, trazando a tal fin las estrategias necesarias y cursando las oportunas instrucciones a las personas u organizaciones de su entorno, con el propósito de eludir fraudulentamente las consecuencias derivadas de esa ilegalización y, en definitiva, acceder a las instituciones públicas. Debe recordarse al respecto que este Tribunal ha señalado “que, tratándose de la continuidad de un partido ilegalizado, el dato de tentativas de formalización de candidaturas frustradas en el pasado por razón, precisamente, de esa continuidad ilícita, puede avalar también, en tanto que indicio, una línea de continuidad en esa tentativa defraudatoria” (STC 112/2007, FJ 8).

A partir del dato apuntado, la Sala enumera en el Fundamento jurídico 11 de la Sentencia impugnada en amparo los elementos o indicios de carácter objetivo de los que

infiere la actividad fraudulenta desplegada por los partidos ilegalizados y disueltos para utilizar las candidaturas de la coalición recurrente en amparo como vía de acceso a las instituciones democráticas.

Partiendo de esos elementos indiciarios, la Sala ha considerado acreditado, en primer lugar, que el entramado ETA/Batasuna tiene la estrategia de converger con otras fuerzas políticas legales de la denominada “izquierda abertzale” y, en concreto, con Eusko Alkartasuna y Alternatiba Eraikitzen, que se prestan a dar continuidad a los partidos ilegalizados, reservándose el complejo ETA-Batasuna la iniciativa y la dirección de todo el proceso de alianzas con esas fuerzas políticas. Para llegar a esta conclusión, la Sala ha tenido en cuenta, entre otros documentos que relaciona, aportados por las fuerzas y cuerpos de seguridad, el documento denominado “Proceso Democrático”, atribuido a la organización terrorista y que “recoge las claves de la estrategia de ETA en relación con el Estado español y con los demás partidos políticos”, basándose en una acumulación de fuerzas, apuntando a la necesidad de un acuerdo con Eusko Alkartasuna y afirmando la intención defraudatoria de esta estrategia, que queda bajo la dirección de ETA/Batasuna. Asimismo destaca la Sala la importancia del documento denominado “AKORDIO ELEKTORALERAKO OINARRIAK (BASES PARA EL ACUERDO ELECTORAL. Marco Teórico del acuerdo)”, suscrito por Batasuna y fechado en noviembre de 2010 en Navarra, con vistas a un acuerdo electoral con Eusko Alkartasuna y Aralar para las elecciones forales de 2011, en el que se realiza una precisa descripción de la trama defraudatoria diseñada por el complejo ETA/Batasuna y que tiene su reflejo en las candidaturas de la coalición Bildu, al señalar que los centros formales de decisión de la nueva coalición no tendrá “ninguna consecuencia” y que “se mantendrán los cargos que le corresponden a Batasuna”, que “gestionará los ámbitos que le corresponden”. A lo anterior añade la Sala el indicio de los extractos de conversaciones telefónicas mantenidas por diversos dirigentes del complejo ETA/Batasuna a fin de conseguir candidatos para alcanzar la presencia electoral que en las referidas “Bases para el acuerdo electoral” se otorgaba a esa organización ilegalizada.

En segundo lugar, la Sala entiende acreditado (Fundamento jurídico 12) que los acercamientos de ETA/Batasuna a Eusko Alkartasuna “cristalizaron en acuerdos para la presentación de candidaturas en las elecciones municipales sobre las que gira este recurso, que contemplaban la formación de una coalición ‘a tres bandas’ en la que participarían Eusko Alkartasuna y Alternatiba junto con un partido político legal de nuevo cuño que pudiera

aglutinar a los componentes de Batasuna y permitiera la presentación de Batasuna a las elecciones”, conclusión a la que llega razonablemente valorando el contenido del acuerdo “EUSKAL HERRIA EZKERRETIK/EUSKAL HERRIA DESDE LA IZQUIERDA (Acuerdo por el cambio político y social entre independentistas y soberanistas de izquierdas) suscrito el 16 de enero de 2011 por Batasuna, Eusko Alkartasuna y Alternatiba, y presentado en un acto público celebrado en Vitoria, en el que se anuncia la formación de una coalición electoral entre las organizaciones políticas firmantes del acuerdo, pero bajo la premisa de la presencia autónoma en la coalición de los partidos ilegalizados, al precisar que “cada organización mantiene sus propios objetivos y su propia identidad (...)”, lo que evidencia el propósito de dar continuidad a la actividad de los partidos ilegalizados a través de la coalición electoral con las formaciones políticas legales Eusko Alkartasuna y Alternatiba. Inferencia que se refuerza para la Sala por las numerosas declaraciones públicas de dirigentes de Batasuna, Eusko Alkartasuna y Alternatiba, que se relacionan en el apartado A) 11º del Fundamento jurídico 11 de la Sentencia impugnada, y en las que se alude al acuerdo alcanzado entre dichas formaciones para concurrir al proceso electoral a que se refiere este recurso de amparo.

Por último, la Sentencia impugnada considera acreditado que Batasuna, Eusko Alkartasuna y Alternatiba llegaron a un acuerdo sobre la composición de las candidaturas en cada localidad, a través del documento “HERRI AKORDIOA. METODOLOGÍA BÁSICA”, incorporado a las diligencias previas nº 3/10 del Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de la Audiencia Nacional, y que había sido hallado por las fuerzas de seguridad con ocasión de un control de carreteras, y previamente publicado en dos medios de comunicación diferentes, instrumento por el que se articulaba un mecanismo proporcional de presencia de dichos partidos en las distintas candidaturas de cada localidad. Este documento sigue en el tiempo a la firma el 16 de enero de 2011 del documento “Euskal Herria Ezkerretik/Euskal Herria desde la izquierda”, entre la llamada “Izquierda Abertzale” (que en este contexto ha de entenderse referido al sector de la izquierda abertzale relacionado con los partidos ilegalizados), Eusko Alkartasuna y Alternatiba, en el que se recogen los acuerdos alcanzados entre estas tres formaciones políticas con el fin de constituir una coalición y participar en las elecciones municipales y forales del 22 de mayo de 2011.

El acuerdo contiene indicaciones y directrices para elaborar las candidaturas conjuntas de las citadas formaciones políticas en las elecciones municipales, especificando que “el número de candidatos correspondientes a cada partido y su ubicación en la lista, se hará en cada caso, según

los siguientes criterios”, entre los que destacan “la proyección de voto de la coalición”, “en función del resultado de las elecciones de años anteriores o del porcentaje pactado en el pueblo”, y “una vez concretada la cifra de voto que le corresponde cada partido en la localidad, el orden de los candidatos se establecerá según la Ley D’Hont siempre tomando como base la proporcionalidad mencionada”, siempre manteniendo “la posibilidad de que cada partido forme grupo municipal propio”. Como colofón del acuerdo las organizaciones firmantes se comprometen en la defensa e impulso del acuerdo, para lo que crean un órgano de “seguimiento”, pero “mantienen su autonomía organizativa, su estructura e identidad propia”. La materialización de este propósito se realiza, justamente, mediante la coalición Bildu, que ejecuta al pie de la letra el citado acuerdo, como así lo ha apreciado la Sentencia del Tribunal Supremo impugnada en amparo. Precisamente la fiel ejecución del citado acuerdo, la misma naturaleza de las cosas (como acertadamente dice la Sentencia del Tribunal Supremo), prueba la autenticidad de aquel documento, por lo que cae por su base la afirmación contraria contenida en la Sentencia de este Tribunal de la que discrepo.

6. El juicio de constitucionalidad que aquí procede acerca de la valoración de los elementos probatorios objetivos a partir de los cuales la Sala Especial del art. 61 LOPJ considera que revelan de forma inequívoca y manifiesta la instrumentalización de las candidaturas de la coalición recurrente en amparo por los partidos políticos ilegalizados sólo puede llevarnos, pues, a descartar en este caso que la Sala haya alcanzado sobre esa base probatoria una conclusión irrazonable o arbitraria, en una consideración de conjunto que ha sido admitida por nuestra jurisprudencia (SSTC 5/2004, FJ 10; 99/2004, FJ 17). En efecto, no se advierte que la Sala haya operado a partir de un juicio de inferencia excesivamente abierto, sino que ha realizado una valoración razonable sobre la base de la pertinente ponderación de los bienes y derechos en conflicto, sin derivar de los indicios manejados ninguna inferencia ilógica o tan abierta que permita conclusiones contradictorias.

La Sala, en definitiva, ha concluido su apreciación probatoria con una nítida afirmación sobre la estrategia diseñada por Batasuna, de tal manera que los datos objetivos expuestos conducen a la conclusión de que “la coalición electoral Bildu responde a lo que fue el designio inicial del acuerdo suscrito entre Batasuna, Eusko Alkartasuna y Alternatiba: una coalición que permite a ETA/Batasuna volver a la presencia institucional en las Administraciones territoriales de acuerdo con sus estimaciones de electorado y con garantía de autonomía operativa, aun integrada en la coalición”.

Así pues, la Sala considera acreditado que el proceso de conformación de las candidaturas electorales de Bildu que nos ocupan ha sido gestado y dirigido en todo momento por el complejo ETA/Batasuna como mecanismo de continuidad de los partidos políticos ilegalizados, esta vez haciendo uso fraudulento de la fórmula de la coalición con dos partidos políticos legales, conclusión que, conforme a lo que ya hemos dejado dicho, no puede, en modo alguno, tacharse de desprovista de fundamento, sustentada como está en un acervo probatorio y en una concordancia de indicios que esta jurisdicción constitucional no puede valorar de nuevo, caso a caso, pero sí estimar, como a mi juicio ha debido hacerse, lo bastante sólida para alcanzar, conforme a criterios racionales de valoración de la prueba, las conclusiones ya referidas de la Sala Especial del art. 61 LOPJ.

Así las cosas, lo que ahora nos cumple reconocer es, estrictamente, lo siguiente. En primer lugar, que la Sala ha constatado —en términos que no admiten censura constitucional— que ha quedado acreditada una operación política del llamado “complejo ETA/Batasuna” para utilizar, con fines de sucesión política, un elevado número de candidaturas electorales de los partidos legales Eusko Alkartasuna y Alternatiba, operación consumada con la constitución a tal efecto de la coalición electoral Bildu. En segundo lugar, que dicha constatación jurisdiccional no ha afectado a los partidos Eusko Alkartasuna y Alternatiba en sí mismos y sí sólo a las candidaturas presentadas por la coalición Bildu que fueron objeto de impugnación en las demandas del Ministerio Fiscal y de la Abogacía del Estado. En tercer lugar, y por último, que la decisión anulatoria de la Sala Especial del art. 61 LOPJ no puede tacharse, sobre la base de lo anterior, de contraria a los derechos fundamentales (art. 23 CE) de los integrantes de las candidaturas anuladas, fundamentada como está, de manera inequívoca, en la probada utilización de la coalición electoral Bildu por el partido disuelto e ilegalizado Batasuna.

7. Las conclusiones a las que ha llegado la Sala Especial del art. 61 LOPJ en la Sentencia impugnada no pueden entenderse desvirtuadas por los contraindicios a que se refiere la coalición recurrente en amparo.

En primer lugar, por lo que se refiere a la trayectoria histórica de los partidos coaligados Eusko Alkartasuna y Alternatiba en contra de la violencia terrorista —y sin que sea necesario referirse al informe policial aportado por la Fiscalía y la Abogacía del Estado junto a sus escritos de alegaciones sobre nuevas investigaciones en relación con Bildu y al que se incorpora un acta

de ETA en relación con una reunión celebrada entre ETA y Eusko Alkartasuna en febrero de 2009— es claro que no es esa trayectoria irreprochable lo que aquí está en discusión, sino, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo, el que “a tenor de la prueba practicada en este proceso, han consentido la ocupación por Batasuna (no se olvide, rama política del complejo único de la organización terrorista ETA) de la mayor parte de los puestos de las candidaturas electorales concernidas”. Los partidos coaligados Eusko Alkartasuna y Alternatiba eran plenamente conscientes de la instrumentalización por el complejo ETA/Batasuna de las candidaturas de la coalición Bildu, cuando era pública y notoria la intención de los partidos ilegalizados de concurrir a las elecciones de mayo de 2011 y que, precisamente, una de las vías para conseguirlo era reconstituirse bajo la veste jurídica de las candidaturas electorales de la coalición creada al efecto. En definitiva, la Sala ha inferido de manera fundada y razonable, y esto es lo que resulta determinante a los efectos que nos ocupan, que Eusko Alkartasuna y Alternatiba han actuado como cooperadores necesarios en la materialización de la continuidad fraudulenta de los partidos ilegalizados y disueltos en su día por sentencia firme por su vinculación con la banda terrorista.

En segundo lugar, por lo que se refiere a la existencia de un proceso gradual de alejamiento por parte de quienes integraron los partidos ilegalizados respecto de la violencia terrorista de ETA, de lo cual sería exponente el rechazo de la denominada ponencia “Mugarri” y su sustitución por la ponencia “Clarificando la fase política y la estrategia”, así como la llamada “Declaración de Alsasua” de 14 de noviembre de 2009 y determinadas manifestaciones públicas de históricos dirigentes de Batasuna, es lo cierto que estos datos han de contrastarse con la constatación por la Sala Especial del art. 61 LOPJ de que tales documentos y declaraciones responden en realidad al plan preconcebido por ETA/Batasuna, reflejado en los documentos “Proceso democrático” y “EAREN PROPOSAMENAZ II.RTF”, que postulan un supuesto rechazo a la violencia de ETA, pero acompañado siempre de un correlativo rechazo a la violencia ejercida por el Estado.

En lo que atañe a la existencia de declaraciones de rechazo a la violencia terrorista como medio de acción política, realizadas por dirigentes de la coalición Bildu, no hay que olvidar, como destaca la Sala Especial del art. 61 LOPJ en la Sentencia recurrida al analizar este contraindicio, que estas declaraciones han de valorarse “en el contexto de la simulación y fraude que ha guiado siempre la actuación de ETA/Batasuna cuando se trata de acudir a comicios electorales”, destacando que las condenas de la violencia terrorista han sido incluso

recomendadas por ETA (que, en el citado documento “EAREN PROPOSAMENAZ II.RTF” ha llegado a dar instrucciones y pautas de actuación precisas al respecto), a fin de dar una apariencia de distanciamiento de ETA a quienes formalmente se presentan como colectivos distintos y no relacionados con el grupo terrorista, de lo que la Sala deduce, de manera razonable y fundada, que se trata de “una táctica instrumental” auspiciada por ETA, que “priva de vigor decisivo a las manifestaciones de condena”.

Asimismo, en relación con el denominado “código de actuación” suscrito por los supuestos “candidatos independientes” de la coalición Bildu, según el cual los mismos se comprometen a: “(...) actuar utilizando única y exclusivamente vías/métodos políticos, pacíficos y democráticos, lo que lleva aparejado la oposición a todos los medios que legítimamente tenga a su alcance, a cualquier acto o actividad que suponga agresión o violación a cualquier derecho humano y al uso de la violencia para lograr objetivos políticos”, es llamativo que ese “código” omita cualquier expresión de condena o rechazo expreso al terrorismo de ETA, que “no es, lamentablemente, una mera abstracción sino una realidad concreta” (STC 68/2005, FJ 16). Estamos, en suma, ante una mera declaración genérica de rechazo de la violencia y no ante una condena del terrorismo de ETA, lo que además, como pone de relieve el Abogado del Estado, contrasta poderosamente con las manifestaciones que, hasta la creación de la coalición Bildu, habían realizado dirigentes de los partidos coaligados Eusko Alkartasuna y Alternatiba de rechazo o condena inequívocos de ese terrorismo.

Así las cosas nada cabe oponer a que la Sala haya entendido en la Sentencia impugnada en amparo, de manera razonable y no arbitraria, que la genérica renuncia de los “candidatos independientes” de la coalición Bildu a acciones que supongan violación de los derechos humanos y al uso de la violencia para lograr objetivos políticos, no alcanza en este caso a constituir el contraindicio referido en nuestra doctrina. En efecto, el carácter abstracto y genérico de la declaración de los “candidatos independientes” de la coalición Bildu sobre el rechazo de la violencia no constituye una condena concreta e inequívoca del terrorismo de ETA, por lo que no puede ser tomada en cuenta como un contraindicio para excluir que mediante la coalición Bildu se pretenda continuar a los partidos disueltos por sus vínculos con ETA, de acuerdo con nuestra doctrina (SSSTC 5/2004, FJ 18; 99/2004, FJ 19; 68/2005, FJ 16, y 31/2009, FJ 12) y la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencia de 30 de junio de 2009, Herri Batasuna y Batasuna c. España, § 88, por todas). Y es que lo que sí resulta exigible (a tenor de la doctrina jurisprudencial que acaba de relacionarse), esto es, una condena inequívoca de lo que ETA ha

representado, representa y (puesto que no se ha disuelto) continuará por ahora representando, no aparece, en modo alguno, en las declaraciones de rechazo de la violencia que se han venido examinando.

8. La Sala Especial del art. 61 LOPJ, en definitiva, ha formado su convicción sobre la continuidad de los partidos ilegalizados y disueltos a través de las candidaturas no proclamadas de la coalición recurrente Bildu a partir de la valoración, que en modo alguno cabe tachar de arbitraria, irrazonable o errónea, de un conjunto de elementos probatorios de naturaleza objetiva que le han permitido concluir razonable y fundadamente que el designio defraudatorio concebido por los responsables de los partidos políticos disueltos ha tomado cuerpo en aquellas candidaturas, lo que ha determinado la estimación de las impugnaciones del Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal y la consiguiente anulación de los actos de proclamación de las candidaturas impugnadas.

No puedo, por tanto, compartir, el juicio de intenciones sobre la Sentencia del Tribunal Supremo impugnada que se contiene en el último fundamento jurídico de la Sentencia del Pleno a la que se refiere el presente voto particular, pues es impropio –y lamentable– que este Tribunal incurra en el exceso de imputar al Tribunal Supremo que haya constituido la “simple sospecha” en argumento jurídico para excluir a los candidatos de la coalición Bildu de su derecho a la participación política, afirmando gratuitamente a continuación –y en contradicción con lo anteriormente señalado en la propia Sentencia– que el control *ex ante* llevado a cabo “pone en riesgo al propio Estado constitucional” y resulta “desproporcionado a la vista de la panoplia de instrumentos de control a posteriori de que se ha dotado, mediante las últimas reformas legales, nuestro ordenamiento”. Pues bien, ni la Sentencia del Tribunal fundamenta su convicción sobre la existencia de la trama defraudatoria mediante la coalición Bildu en una mera “sospecha”, sino en la valoración, razonable y fundada, de una serie de indicios sustentados en los elementos objetivos que relaciona, ni la reforma de la LOREG llevada a cabo por la reciente Ley Orgánica 3/2011, supone, como ya se ha dicho, la sustitución de los mecanismos previstos en su redacción original y en la Ley Orgánica de Partidos Políticos, sino que su finalidad es la de posibilitar, además, la impugnación de candidaturas *a posteriori*, sin devaluar en modo alguno la eficacia del control *a priori* que ya existía antes y continúa existiendo después de la reforma.

En definitiva, estimo, por las razones antes expuestas, que es precisamente la Sentencia de la que discrepo la que se ha apartado de nuestra reiterada doctrina sobre la materia. A mi juicio, el recto entendimiento de nuestra función de defensa jurisdiccional del sistema constitucional democrático, el exacto cumplimiento de las previsiones de la LOREG (perfectamente constitucionales) y la aplicación de nuestra propia jurisprudencia (de la que, vuelvo a repetir, no se aparta en modo alguno la STC 126/2009) debieran haber conducido a este Tribunal a denegar el amparo solicitado por la coalición recurrente.

Y en ese sentido emito mi Voto particular.

Madrid, a cinco de mayo de dos mil once.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO DON FRANCISCO JOSÉ HERNANDO SANTIAGO A LA SENTENCIA QUE RESUELVE EL RECURSO DE AMPARO ELECTORAL AVOCADO AL PLENO NÚM. 2561-2011.

1. Con el habitual respeto que profeso al parecer de la mayoría, creo necesario hacer uso de la facultad prevista en el art. 90.2 LOTC de formular Voto Particular, por disentir radicalmente de la Sentencia que ha estimado el presente recurso de amparo electoral.

El 27 de junio de 2002 nuestra democracia se dotó de un instrumento legal -la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos- uno de cuyos fines es regular la ilegalización de aquellos partidos políticos que den un apoyo real y efectivo a la violencia o al terrorismo, supuesto distinto del que se preveía en el Código Penal para disolver las asociaciones ilícitas.

Los casi diez años de aplicación de esta Ley ofrecen un magnífico balance en el que se ha logrado cohonestar la eficaz protección de las instituciones democráticas con el respeto al insustituible papel que los partidos políticos desempeñan. A este éxito no ha sido ajena la labor de la Sala Especial del Tribunal Supremo regulada en el art. 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la cual simboliza, por su cuidada composición, al Pleno del Tribunal Supremo.

Pese a que en algunos ordenamientos se atribuye a la jurisdicción constitucional el control de la constitucionalidad de los partidos políticos (así, en Alemania por el art. 21.2 de la Ley Fundamental de Bonn o en Portugal por el art. 223.2 de su Constitución), sin embargo, en el nuestro la competencia para ilegalizar a las formaciones políticas o, en lo que aquí interesa, para anular candidaturas de coaliciones, agrupaciones electorales y partidos políticos que vengán a continuar o suceder la actividad de partidos políticos ilegalizados, está atribuida al Tribunal Supremo. Me parece oportuno insistir: la competencia es del Tribunal Supremo; y lo que al Tribunal Constitucional le corresponde es enjuiciar, en su caso, que el ejercicio de esa competencia no vulnere alguno de los derechos fundamentales susceptibles de recurso de amparo.

Sin embargo, a la vista de la Sentencia de la que ahora disiento, adquiero la convicción de la necesidad de reformar la Ley (art. 161.1.d CE), pues resulta verdaderamente perturbador que, cada vez que acontece un proceso electoral de estas características, en el lapso de escasos días

hayan de pronunciarse tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional. Provoca estupefacción en los ciudadanos que en tan mínimo periodo de tiempo estos dos altos Tribunales puedan llegar a conclusiones dispares y, desde luego, se propicia el menoscabo de la posición que el art. 123 de la Constitución atribuye al Tribunal Supremo como “órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales”.

Bien es cierto que la reforma legal no sería necesaria si se asumiese con convicción que la función del Tribunal Constitucional no es la de ejercer como un órgano de segunda instancia que examina de nuevo los aspectos fácticos sobre los que versó el proceso judicial y que vuelve a valorar la prueba como si del propio órgano judicial se tratara. Ya en la STC 112/2007, de 10 de mayo, señalamos que en el “proceso de amparo nos cumple [al Tribunal Constitucional] verificar si la Sala Especial del art. 61 LOPJ del Tribunal Supremo ha acreditado de manera motivada y suficiente en el caso de autos la existencia de una trama defraudatoria tendente a la instrumentalización de las candidaturas cuya proclamación ha sido anulada para suceder y dar continuidad a la actividad de los partidos políticos judicialmente declarados ilegales y disueltos. Desde la perspectiva que nos es propia en tanto que Tribunal de amparo, se trata de determinar si cabe apreciar una vulneración del derecho a participar en los asuntos públicos invocado por el partido recurrente en atención a la consistencia que, en términos constitucionales, ofrece la convicción judicial alcanzada en el proceso previo en punto a la naturaleza fraudulenta de las candidaturas que han sido excluidas del proceso electoral por haberse demostrado que con ellas solo se quiere dar continuidad a los partidos ilegalizados por sentencia firme” (FJ 7).

2. En esta ocasión la cuestión a resolver por el Tribunal Supremo era la de si las candidaturas presentadas por la coalición electoral “Bildu-Eusko Alkartasuna-Alternatiba Eraikitzen” implicaban “continuar o suceder la actividad de un partido político declarado judicialmente ilegal y disuelto” (art. 44.4 LOREG).

El Tribunal Supremo así lo apreció -como el Ministerio Fiscal y la Abogacía del Estado previamente- y su decisión se ha fundado en un abundante material probatorio del que ha deducido: (a) la voluntad del complejo ETA-Batasuna de participar en los comicios electorales, en fraude de lo resuelto en la Sentencia de ilegalización de Batasuna; (b) la materialización de esa voluntad defraudatoria en la articulación de candidaturas bajo la cobertura de partidos políticos legales, con los que ha llegado a un acuerdo; y (c) la insuficiencia de las manifestaciones de rechazo a la violencia terrorista.

La convicción judicial de la existencia de una estrategia defraudatoria tendente a dar vida a los partidos ilegalizados en su día, se ha fundado en la concurrencia de una serie de elementos probatorios que, apreciados en su conjunto, han llevado al Tribunal Supremo a la conclusión de que las candidaturas presentadas por la coalición electoral recurrente han sido instrumentalizadas en provecho de partidos políticos ilegalizados.

Sin embargo, la Sentencia de la que disiento toma cada uno de los indicios aportados (sean documentos, comunicaciones telefónicas intervenidas o el contenido de reuniones producidas) y los examina aisladamente -sin llegar a ponerlos nunca en conexión con los demás-, llegando una y otra vez a la misma previsible conclusión de que ninguno de ellos es idóneo para acreditar la defraudación. Obviamente, se trata de una defectuosa técnica de valoración de la prueba indiciaria, pues ésta sólo cobra su sentido cuando los indicios se valoran en su conjunto, haciendo posible la aplicación de la *disregard of the legal entity* o técnica del levantamiento del velo de las personas jurídicas, de común empleo en todos los ordenamientos.

Más aún, si se compara el presente caso con aquellos que dieron lugar a las Sentencias de este Tribunal 99/2004, de 27 de mayo (que desestimó el recurso de Herritarren Zerrenda), 68/2005, de 31 de marzo (que desestimó el recurso de Aukera Guzziak), 110/2007, de 10 de mayo (que desestimó el recurso de diversas agrupaciones electorales), 112/2007, de 10 de mayo (que desestimó el recurso de Eusko Abertzale Ekintza-Acción Nacionalista Vasca), 3/2009, de 12 de febrero (que desestimó el recurso de Askatasuna) y 44/2009, de 12 de febrero (que desestimó el recurso de Arabako Demokrazia 3.000.000-D3M, D3M y Democrazia 3 Milloi-D3M) la conclusión que se alcanza es que en el presente caso el Tribunal Supremo no ha dispuesto de menor material probatorio que en las ocasiones precedentes, sin perjuicio de que su valoración en conjunto exigiera en esta ocasión un mayor esfuerzo, esfuerzo que no puede hallarse en la Sentencia de la que discrepo. En efecto, tras haber asentado la descalificación de cada uno de los indicios de prueba (FFJJ 8 a 11) se hace inviable su valoración en conjunto, que se sustituye por la apodíctica afirmación de la “insuficiente entidad probatoria de los indicios manejados por el Tribunal Supremo” (FJ 12).

3. Aunque para la Sentencia aprobada la insuficiencia de los indicios hace innecesario profundizar en la existencia de declaraciones de rechazo a la violencia terrorista realizadas por dirigentes de la coalición electoral, es indudable que la condena inequívoca del terrorismo de

ETA puede ser un poderoso contraindicio para excluir el ánimo de continuar o suceder a los partidos ilegalizados. Pero es obvio que para que esa condena del terrorismo opere en el sentido pretendido por la coalición electoral recurrente ha de tratarse de una condena veraz, cualidad que no es predicable sin más de toda manifestación, sino en tanto en cuanto responda a una realidad, lo que, una vez más, exige una valoración singular en cada caso. En el presente, el Tribunal Supremo ha entendido, de manera razonable y fundada, que en el contexto de la simulación y fraude que ha guiado la actuación de ETA-Batasuna para poder participar en los comicios electorales, las condenas de la violencia han sido recomendadas por la propia ETA, que ha llegado a dar instrucciones y pautas de actuación precisas al respecto, a fin de dar una apariencia de distanciamiento de ella a quienes formalmente se presentan como colectivos no relacionados con el grupo terrorista.

Esto priva de valor a las manifestaciones de condena, más aún si se hacen mediante el paralelismo inaceptable de la actuación legítima de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad -que actúan con sometimiento a la Ley y al Derecho- y los crímenes de los terroristas. En este punto resulta conveniente recordar que en la STC 68/2005, de 31 de marzo (FJ 16) señalamos que el terrorismo “no es lamentablemente una mera abstracción, sino una realidad concreta, perfectamente definida, ante la que no tiene el mismo valor significativo la condena genérica de la vulneración de los derechos civiles y políticos de cualquiera (...) que la condena concreta del terrorismo, que implica un referente subjetivo mucho más preciso, y que de existir constituiría el contraindicio referido en nuestra jurisprudencia”.

4. Por lo que se refiere a la trayectoria de las formaciones políticas coaligadas, se sostiene que ha sido clara su condena de la violencia terrorista de ETA, afirmación ésta que el Tribunal Supremo comparte, si bien éste aprecia que las candidaturas presentadas por la coalición electoral han sido instrumentalizadas para dar continuidad al complejo ETA-Batasuna. Y es que, ciertamente, una anterior trayectoria irreprochable no es incompatible con que en el presente momento, a la vista de la prueba existente, sea razonable la inferencia de que los partidos coaligados eran conscientes de su instrumentalización por ETA-Batasuna, al ser pública su intención de concurrir a las presentes elecciones bajo algún ropaje que permitiera eludir la anulación de sus candidaturas. Siendo indiscutible que esta anulación de las candidaturas perjudicaría a todos quienes se integran en las mismas, no es menos cierto que ello es consecuencia de una decisión consciente de las respectivas formaciones políticas. Como se afirmó en la STC 43/2009, de 12 de febrero (FJ 4) y se recordó en la STC 126/2009, de 21 de

mayo, (FJ 4), “la nulidad de los actos ejecutados en fraude de ley o con abuso de personalidad jurídica no impedirán la debida aplicación de las consecuencias inherentes a la sentencia de disolución de un partido político, tal y como prescribe el art. 12.1.b) LOPP, de manera que si los actos fraudulentos en cuestión se han cifrado en unas candidaturas que, al amparo de la personalidad de un tercero, se han presentado con el fin de dar continuidad a un partido ilegalizado y, por ello, abusando de aquella personalidad formalmente propia y distinta, no resulta irrazonable que, en ejecución de la Sentencia disolutoria, la Sala del art. 61 LOPJ decrete la nulidad de las candidaturas fraudulentas”.

El Tribunal Supremo sostiene acertadamente que la única forma constitucionalmente legítima y ponderada, esto es, proporcionada, de preservar la eficacia de las anteriores decisiones de la propia Sala acerca del complejo ETA-Batasuna y así garantizar bienes jurídicos como la seguridad pública y la libertad de los ciudadanos es, precisamente, anular las candidaturas impugnadas, a fin de impedir que quienes las conforman en condición de “independientes” pero realmente al servicio de ETA-Batasuna, puedan, en condición de candidatos, acceder a una información política y administrativa que, una vez en manos del grupo terrorista, pudiera ser empleada para sus fines delictivos, y luego, en condición de electos, tomar posesión de sus cargos, ocupar eventualmente el poder en Administraciones territoriales, y, en tal condición, establecer una línea de gobierno favorecedora de los fines terroristas de ETA.

5. Un palmario indicio de prueba más de la conexión examinada se ha producido en este proceso de amparo. Me refiero a la solicitud de abstención y recusación del Magistrado firmante presentada por la coalición electoral recurrente, que si fuera ajena a toda vinculación con ETA-Batasuna no hubiera pensado en tal recusación personal, ni hubiera contemplado que las decisiones que en su día adopté o apoyé con mi voto como Presidente del Tribunal Supremo habrían de condicionar mi decisión en el caso presente.

6. Por todo lo expuesto, entiendo que, desde la perspectiva constitucional que es propia de este Tribunal, y desde el respeto, por tanto, a la jurisdicción ordinaria en el ejercicio de la función que la Constitución específicamente le atribuye, debemos desestimar la demanda, pues la Sentencia dictada por la Sala Especial del Tribunal Supremo del art. 61 LOPJ, al estimar que las candidaturas presentadas por la coalición electoral “Bildu-Eusko Alkartasuna-Alternatiba Eraikitzen” implicaban “continuar o suceder la actividad de un partido político declarado

judicialmente ilegal y disuelto” (art. 44.4 LOREG), no ha incurrido en vulneración alguna de la Constitución.

Madrid, a cinco de mayo de dos mil once.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO DON FRANCISCO PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL A LA SENTENCIA QUE RESUELVE EL RECURSO DE AMPARO ELECTORAL AVOCADO AL PLENO NÚM. 2561-2011.

Con todo respeto hacia la mayoría del Tribunal Constitucional, en uso de la facultad que me atribuye el art. 90.2 de la LOTC, me veo, en conciencia, en la obligación de manifestar a través de este Voto Particular mi discrepancia con el fallo y la fundamentación jurídica de la Sentencia que ha estimado el presente recurso de amparo electoral.

La principal razón de mi discrepancia radica en que, a mi juicio, el Tribunal ha incurrido en la Sentencia dictada en un exceso de jurisdicción, rebasando los límites que para el control de constitucionalidad dimanaban tanto del art. 44. 1 b) como del art. 54 de nuestra Ley reguladora.

De acuerdo con el primer precepto legal, para que las violaciones de los derechos y libertades que tengan su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial sea susceptibles de amparo, es necesario que “ la violación del derecho o libertad sea imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que aquéllas se produjeron, acerca de los que, en ningún caso, entrará a conocer el Tribunal Constitucional”. De acuerdo con el segundo, cuando el Tribunal conozca “del recurso de amparo respecto de decisiones de jueces y Tribunales, limitará su función a concretar si se han violado derechos o libertades del demandante y a preservar o restablecer estos derechos o libertades, y se abstendrá de cualquier otra consideración sobre la actuación de los órganos jurisdiccionales”.

De estos preceptos, a mi juicio, se deriva una clara delimitación del ámbito de nuestra jurisdicción. La vía de amparo no es una nueva instancia en la que pueden revisarse o alterarse los hechos que han sido tenidos por probados por los órganos

judiciales. El Tribunal Constitucional no puede alterar los presupuestos fácticos determinados en la vía judicial, ni revisar la valoración del material probatorio efectuado por los Tribunales ordinarios, limitándose nuestra competencia a enjuiciar las consecuencias jurídicas que éstos hayan extraído de tales hechos cuando, comprometido un derecho fundamental, dichas consecuencias resulten lesivas para el mismo (En este sentido, STC 31/2009, de 29 de Enero, F.J.4).

Pues bien, a mi entender, la sentencia de la que discrepo, al revisar la prueba que ha servido al Tribunal Supremo para detectar la situación fraudulenta, ha incurrido en el exceso de jurisdicción que denuncio. En contra de nuestra propia doctrina sobre la prueba de indicios en los supuestos de fraude electoral (SSTC 110/2007, de 10 de Mayo, F.J.8; 112/2007, FJ 4; 31/2009, de 29 de Enero, F.J.4), la Sentencia hace un análisis fragmentario de los indicios utilizados por el Tribunal Supremo, revisa y minimiza el valor probatorio otorgado a algunos de ellos, elude la valoración conjunta que el sistema de indicios exige y viene, al cabo, a sustituir la determinación de los hechos realizada por el Tribunal Supremo por otra propia.

De haberse respetado los límites de nuestra jurisdicción, el control de constitucionalidad que a este Tribunal compete debiera haberse limitado a enjuiciar si, habida cuenta del conjunto de indicios de fraude determinados y ponderados por el Tribunal Supremo, la conclusión que el mismo alcanza en su sentencia, es decir, que la coalición electoral “Bildu- Eusko Alkartasuna (EA)/Alternatiba Eraikitzen” constituye un cauce simulado y fraudulento para soslayar la ilegalización del brazo político de la banda terrorista ETA y así permitir el acceso de Batasuna/ETA a las instituciones, era razonable, no arbitraria y resultaba concluyente, pues así lo exige nuestra doctrina para garantizar la efectividad del derecho fundamental al sufragio pasivo(STC 44/2009, de 12 de Febrero, F.J. 14). En este punto, creo de interés recordar que nuestro más exigente canon en el control de la inferencia, el utilizado cuando se halla en juego la presunción de inocencia y, por tanto, el derecho a la libertad, consiste en determinar “si, a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado desde una perspectiva objetiva y externa que la versión judicial de los hechos era más improbable que probable”(STC 145/2005, de 6 de Junio, F.J.5)

Por consiguiente, aplicando estos exigentes cánones de control, a la sentencia recurrida, debiera a mi entender haberse desestimado el recurso de amparo. A la luz de los datos reseñados y acreditados en la Sentencia del Tribunal Supremo, no creo que pueda afirmarse que la conclusión alcanzada por éste -la continuación fraudulenta del partido ilegalizado- sea irrazonable, arbitraria, no concluyente o, extremando nuestro canon de control, más improbable que probable.

El respeto a la competencia de la jurisdicción ordinaria exige ceñir nuestro control a estos términos.

Madrid, a nueve de mayo de dos mil once.