

# EL CASO *BILDU*: UN SUPUESTO DE EXTRALIMITACIÓN DE FUNCIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Comentario de la Sentencia de la Sala Especial del Tribunal Supremo de 1 de mayo de 2011 y de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de mayo de 2011

JAVIER TAJADURA TEJADA

I. INTRODUCCIÓN.—II. LA SENTENCIA DE LA SALA ESPECIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 1 DE MAYO DE 2011: 1. *Las demandas de la Abogacía del Estado y del Ministerio Fiscal*. 2. *Las alegaciones de Bildu*. 3. *La fundamentación del fallo mayoritario de la Sala Especial*: 3.1. *Normativa aplicable*. 3.2. *Análisis y valoración de la prueba*. 3.3. *Conclusiones*. 3.4. *El «contraindicio»*. 3.5. *El principio de proporcionalidad*. 4. *Análisis del Voto particular*.—III. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 5 DE MAYO DE 2011: 1. *La fundamentación del recurso de amparo*. 2. *Las alegaciones de la Abogacía del Estado y del Ministerio Fiscal*. 3. *Los Fundamentos Jurídicos de la sentencia*. 4. *El Voto particular del profesor Manuel Aragón*.—IV. CONSIDERACIONES FINALES.

## I. INTRODUCCIÓN

El día 5 de mayo de 2011, por una exigua mayoría de seis votos frente a cinco, el Pleno del Tribunal Constitucional, tras una deliberación de urgencia de menos de cuatro horas, dictó una de las sentencias más importantes de toda su historia. En ella estimó el recurso de amparo de la coalición electoral *Bildu* contra la sentencia de la Sala Especial del Tribunal Supremo que cuatro días atrás había anulado todas las candidaturas presentadas a los comicios del 22 de mayo.

Desde el punto de vista jurídico, la principal objeción que cabe formular a esta sentencia es la de haberse extralimitado en sus funciones y haber invadido, de forma clara y notoria, el ámbito competencial propio del Tribunal Supremo. Y ello porque el Tribunal Constitucional no se limita a determinar si la sentencia recurrida en amparo violó o no derechos fundamentales de los recurrentes,

esto es, si la valoración de la prueba efectuada por la Sala Especial —y por la que llega a la conclusión de que las candidaturas anuladas son un instrumento de ETA-Batasuna para eludir las consecuencias de la sentencia de ilegalización dictada en marzo de 2003—, por ser irracional o arbitraria, implicaba una lesión ilegítima del derecho fundamental reconocido en el artículo 23 CE. El Tribunal Constitucional, entrando en el ámbito de la legalidad ordinaria, realiza una valoración aislada y descontextualizada de las pruebas mediante la que llega a unas sorprendentes conclusiones. Y finalmente, sustituye la valoración de la prueba realizada por la Sala Especial por la suya propia. El exceso de jurisdicción es tan flagrante que los cinco votos particulares formulados a la sentencia mayoritaria lo denuncian expresamente.

Este conflicto de jurisdicciones ha tenido en el pasado episodios notables. En este sentido no es nuevo, sino el último capítulo de lo que se ha dado en llamar «la guerra de las Cortes» y nos obliga a plantearnos, una vez más, la necesidad de reformar la regulación del amparo constitucional.

Ocurre, sin embargo, que, por su trascendencia político-constitucional este enfrentamiento entre nuestros dos máximos tribunales reviste mucha mayor importancia que, pongamos un ejemplo significativo, el celeberrimo caso de Isabel Preysler. La extralimitación de funciones del Tribunal Constitucional viene acompañada, desde una perspectiva material, por un cuestionamiento de la legitimidad constitucional de la legislación de partidos y electoral vigente, en la medida en que contienen procedimientos de control preventivo de la legalidad de partidos y candidaturas, que el Tribunal, *de facto*, deja sin efecto.

A mayor abundamiento, todo ello se fundamenta, desde el punto de vista de la Teoría del Estado Constitucional, en una doctrina que hipertrofia el valor pluralismo, al atribuirle un «rango axiológico superior» a los principios constitucionales y a los derechos fundamentales.

Para una cabal comprensión de la gravedad de los excesos cometidos por el Tribunal Constitucional y de las consecuencias de tan desafortunada sentencia, resulta imprescindible comenzar este comentario con una exposición detallada de la Sentencia recurrida en amparo: la Sentencia de la Sala Especial del Tribunal Supremo de 1 de mayo de 2011. Una Sentencia que, como todas, puede ser discutida, pero cuya coherencia y solidez argumental resulta modélica.

## II. LA SENTENCIA DE LA SALA ESPECIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 1 DE MAYO DE 2011

La Sentencia de la Sala Especial del Tribunal Supremo de 1 de mayo de 2011 resuelve los recursos contencioso-electorales interpuestos por la Abogacía del Estado y el Ministerio Fiscal —al amparo de los arts. 44.4 y 49.1 de la LOREG (1)— contra los acuerdos de proclamación de las candidaturas de la coalición electoral «*Bildu*-Eusko Alkartasuna (EA)/Alternatiba Eraikitzen», publicadas en los Boletines Oficiales de Navarra, Vizcaya, Álava, Guipúzcoa y Burgos de 26 de abril de 2011, para las elecciones municipales, elecciones al Parlamento de Navarra, a las Juntas Generales de los Territorios Históricos citados y para las elecciones concejiles en Navarra.

Los recursos presentados por el Abogado del Estado y por el Ministerio Fiscal son coincidentes y susceptibles de un tratamiento conjunto. En ambos se solicita la anulación de los actos de las Juntas Electorales competentes por los que se proclaman todas las candidaturas de la coalición electoral *Bildu*, y ello con base en idéntico fundamento legal (art. 44.4 LOREG), y siguiendo idéntico procedimiento (art. 49.5 LOREG). La argumentación, como vamos a ver a continuación, también es prácticamente idéntica. Los recursos fueron acumulados por Auto de 28 de abril de 2011.

### 1. *Las demandas de la Abogacía del Estado y el Ministerio Fiscal*

Los recurrentes inician sus demandas recordando los reiterados intentos del «complejo ETA/Batasuna» de acceder a la legalidad burlando los efectos de la sentencia de ilegalización de 27 de marzo de 2003. El complejo o entramado ETA/Batasuna ha tratado de utilizar agrupaciones de electores, partidos políticos preexistentes ya inscritos que pretendían ser utilizados con el mismo designio, coaliciones de partidos o partidos políticos de nueva creación a los que se pretendía inscribir. Y en todos esos casos se advierte la existencia de lo que puede calificarse como una constante en los intentos de defraudación: el intento de combinar simultáneamente varios instrumentos con carácter alternativo o subsidiario. Esa estrategia vuelve a utilizarse en las elecciones locales y autonómicas de 2011. De este modo, junto al nuevo partido «*SORTU*» (cuya inscripción fue rechazada por auto de la Sala Especial, de 30 de marzo) ha

---

(1) En la redacción dada por la Ley Orgánica 3/2011, de 28 de enero.

articulado, como «plan B», una coalición con dos partidos legales Eusko Alkartasuna y Alternatiba, con el objetivo de poder concurrir a los comicios del mes de mayo de 2011.

El problema de fondo es el mismo que en los casos anteriores, aunque existe una novedad respecto a ellos: el haberse utilizado ahora 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». En todo caso, esta posibilidad defraudatoria ha sido regulada de manera directa por la Ley Orgánica 3/2011, de 28 de enero, que introduce la posibilidad de interponer recurso contencioso-electoral ante la Sala del artículo 61 de la LOPJ contra las candidaturas presentadas por coaliciones de partidos, cuando las mismas «de hecho vengán a continuar o suceder la actividad de un partido político declarado judicialmente ilegal y disuelto, o suspendido» (arts. 44.4 y 49.5 LOREG ).

Fácilmente se advierte que, planteado así el caso, el debate jurídico va a centrarse en la valoración de las pruebas que acrediten esa continuidad. Puesto que es la continuidad lo que se prohíbe con objeto de evitar el fraude de ley.

Esa continuidad puede demostrarse mediante dos tipos de pruebas. En primer lugar, la constituida por elementos objetivos «atinentes al diseño, organización y configuración de la operación desde y por el complejo ETA/Batasuna». Y en segundo lugar, la prueba subjetiva, basada en el elemento personal. Los recurrentes fundamentan su demanda en pruebas objetivas y prescinden de la prueba subjetiva basada en la concreta composición personal de las candidaturas. De éstas sólo interesa su configuración general (2).

Los recurrentes aportaron un abundante material probatorio de carácter objetivo, integrado básicamente por informes elaborados por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, informaciones periodísticas, declaraciones en actos públicos de dirigentes o representantes de los partidos políticos ilegalizados y documentos incautados en procedimientos penales. Y enfatizaron

---

(2) En la medida en que «reflejan un milimétrico cumplimiento de lo impuesto por Batasuna, pese a su situación de ilegalidad, a Eusko Alkartasuna y Alternatiba, esto es, que las candidaturas son expresión del peso respectivo de cada partido (abrumadoramente favorables a Batasuna, por tanto), y que no se trata de añadir independientes a la coalición sino de reflejar una determinada relación de fuerzas en la que Batasuna es ampliamente dominante. De este modo, las listas electorales no son el mero reparto o la mera agregación de candidatos de uno y otro partido según los porcentajes y en los puestos que se pactan —de acuerdo con el peso electoral previo que se atribuye a cada uno— sino que pretenden ser la plasmación del acuerdo político básico derivado del «Programa Marco o Programa Básico acordado a nivel nacional». El número de candidaturas presentadas por *Bildu* es muy superior a las que presentaron EA y Ezker Batua en 2007.

la necesidad, remarcada por la jurisprudencia, de una apreciación conjunta de la prueba.

A juicio de los recurrentes, de todas esas pruebas cabe concluir en síntesis lo siguiente: *a)* Existe un plan de ETA, dentro de su estrategia articulada en torno al autodenominado «Proceso Democrático» de acumular fuerzas, esto es, de reunir en torno a su estrategia al mayor número posible de fuerzas políticas que estén dispuestas a colaborar con su estrategia. *b)* El complejo ETA/Batasuna ha concluido al menos tres acuerdos con Eusko Alkartasuna y Alternatiba para concurrir coaligadamente a las elecciones municipales y forales de mayo de 2011, repartiéndose los puestos electorales en función del respectivo peso electoral de los tres partidos, apareciendo los candidatos de Batasuna bajo la rúbrica de «independientes», pero representando exactamente, sobre todo en los puestos de previsible elección, el porcentaje de voto de Batasuna o de sus franquicias. *c)* La aplicación y puesta en práctica de estos acuerdos se revela claramente del conjunto de las comunicaciones, conversaciones y manifestaciones públicas de miembros de Batasuna y de los responsables de la coalición. *d)* *Bildu* es el «Plan B» del complejo ETA/Batasuna, ante el fracaso de su inicial apuesta de crear un nuevo partido político (*Sortu*).

En definitiva, la política seguida por EA y Alternatiba ha permitido propiciar una alianza para la implementación de un instrumento electoral que sirva de vehículo para facilitar la presencia ETA-Batasuna en las instituciones; siendo esta constatación la que determina la impugnación de las candidaturas «en cuanto instrumento formal de acceso de los partidos ilegalizados a las instituciones representativas». En todo caso, los recurrentes entienden que esa colaboración de dos partidos legales con uno ilegal, «no alcanza la intensidad necesaria para afectar al núcleo de legalidad de esos partidos», razón por la cual no se insta su ilegalización.

Todo lo anterior justifica que en las demandas pueda prescindirse del elemento personal y que se recurra la totalidad de las candidaturas presentadas por *Bildu* «puesto que el designio general de ser sucesión o continuación de Batasuna es más que evidenciador de que, con independencia de su composición personal, todas las candidaturas de *Bildu* son un intento de continuación de Batasuna en los organismos representativos que se eligen». De todo ello resulta con claridad, entiende el Abogado del Estado, un designio general, por parte del complejo ETA/Batasuna, afectante a todas las candidaturas, puesto que ha sido ese entramado el organizador, diseñador y promotor de la operación de coalición («acumulación de fuerzas») y de la conformación de las candidaturas.

En definitiva, los recurrentes consideran, sin duda alguna —y la Sala va a compartir su argumentación— que puede considerarse probada la estrategia

defraudatoria que exige el artículo 44.4 LOREG para que se proceda a la anulación pretendida.

En este sentido el Ministerio Fiscal enumera y describe diversos documentos incautados a personas detenidas por su relación con ETA, que demuestran la voluntad de la banda terrorista de confirmar una alianza independentista, para cuyo asentamiento estaría dispuesta a conceder determinados períodos de tregua o sin acciones terroristas. De esos documentos se deduce que el alto el fuego de ETA viene fundamentado en el impulso de la acumulación de fuerzas independentistas; y que es ETA quien marca el camino en ese proceso. Otros documentos elaborados específicamente por Batasuna revelan o describen el diseño de su estrategia para estar presente en las elecciones, en paralelismo con las ideas formuladas por ETA.

El Ministerio Fiscal centra su atención en el proceso de gestación de *Bildu*. Esta coalición comenzó a plasmarse con la firma de un acuerdo entre Eusko Alkartasuna y Batasuna, el día 20 de junio de 2010, denominado «Bases de un acuerdo estratégico entre fuerzas políticas independentistas», y conocido públicamente como «Lortu Arte/Hasta Conseguirlo», que tenía como objetivo construir un Estado Vasco independiente e impulsar la unidad de acción de fuerzas soberanistas. Fueron los propios dirigentes de Batasuna los que públicamente dijeron que el citado acuerdo podría tener una proyección electoral, y de hecho, a raíz del mismo se produjeron comparecencias públicas de los responsables de Batasuna y EA anunciando su intención de concurrir de manera conjunta a las elecciones, lo que se plasmó en distintos documentos a través de los que se fueron articulando propuestas concretas de alianza electoral, en las que Batasuna quiso dejar claro que ella misma gestionaría los cargos que le correspondieran.

La coalición no es más que «el resultado de un entramado defraudatorio, en el que, sirviéndose de las listas electorales presentadas por una coalición electoral, aspiran sus candidatos controlados por el entorno de Batasuna a participar en las instituciones democráticas». Este entramado debe ser desmontado por la Sala Especial. Es la única forma de garantizar el efectivo cumplimiento de la sentencia de ilegalización de Batasuna.

A través de la técnica del levantamiento del velo y sobre la base argumentativa del fraude de ley, se puede acreditar que todas las candidaturas de *Bildu* responden a una trama defraudatoria cuya prueba no se puede obtener mediante los elementos de convicción de naturaleza subjetiva, que en este caso resultan complementarios de los de naturaleza objetiva, puesto que en la gran mayoría de las candidaturas esos elementos subjetivos son irrelevantes o incluso inexistentes. Son, pues, elementos de naturaleza objetiva, de mayor consistencia que

los anteriores, los que, a juicio del Fiscal, permiten constatar la realidad defraudatoria que sostiene.

Se detiene particularmente el Fiscal en el documento denominado «Herri Akordioa. Metodología Básica», resaltando ante todo que es un documento cuyos redactores no tenían intención de hacer público, siendo éste un dato que pone de manifiesto una cierta clandestinidad en el desarrollo de la estrategia electoral de los tres partidos coaligados. Con base en los informes policiales, afirma el Fiscal que las formaciones políticas a las que hace referencia el documento son Batasuna, Eusko Alkartasuna y Alternatiba, ya que son las tres únicas formaciones políticas que, en el marco de una acumulación de fuerzas independentistas y soberanistas, como recogía el documento, han alcanzado un acuerdo estratégico «nacional», concurriendo por primera vez de forma conjunta a unos comicios electorales. Añade el Fiscal que en un primer momento estaba en la mente de los suscriptores del Acuerdo que la coalición fuera entre tres partidos que serían Eusko Alkartasuna, Alternatiba y Sortu, siendo llamativo que tras ser ilegalizado éste, y pese a ello, la definitiva confección de las listas ha tenido en cuenta en gran medida los criterios de distribución de puestos en las listas inicialmente establecidos, lo que demuestra que los demás partidos coaligados o bien están de acuerdo con que Batasuna, del modo que sea, pueda incluir candidatos propios en las listas, o bien, pese a no estar de acuerdo con ello, han consentido que Batasuna les imponga su criterio, y se hayan configurado finalmente las listas con candidatos de esta formación ilegalizada, que además, bajo la supuesta cobertura de aparecer como «independientes», las han ocupado en listas que, en superan en muchas circunscripciones el 50 por 100 del total de candidatos. Si los otros dos partidos legales de la Coalición, EA y Alternatiba, a la vista del Auto que no aprobó la inscripción de *Sortu* en el RPP, hubieran dejado sin efecto la validez de dicho Acuerdo ante la imposibilidad de establecerlo sobre la base de tres partidos, es evidente que los criterios de distribución de las listas establecidos en este Acuerdo habrían sido descartados puesto que ya no se podría dar entrada a los candidatos del partido no inscrito y la coalición habría tenido que conformar sus listas con los candidatos de las dos formaciones o con los de otros partidos o federaciones que se sumaran a la coalición. Sin embargo, pese a ello, el Acuerdo ha venido siendo cumplido en la gran mayoría de las listas.

Pues bien —continúa el Fiscal su exposición—, el dato de cumplimiento en gran medida de los criterios de elaboración de las listas establecidos en este documento, revelan que si *Sortu* era el tercer partido de este Acuerdo y *Sortu*, según el Auto de este Tribunal Supremo, es creación e iniciativa de Batasuna habiendo sido configurada en todos sus extremos por la formación ilegalizada,

el hecho de haber seguido respetando las otras dos formaciones ilegalizadas lo establecido en aquel acuerdo, lo que pone de manifiesto es que han asumido que en sus listas vayan candidatos comprometidos con Batasuna, esto es, en definitiva han aceptado que en las candidaturas de la *Bildu* se permita la entrada en aquéllas de personas que representan los intereses políticos de Batasuna.

Por último, y en relación a un tema de gran relevancia jurídica y política, el Ministerio Fiscal analiza la posición de *Bildu* ante la actividad criminal de ETA. En este sentido, un extenso análisis de las declaraciones públicas de los integrantes de la coalición pone de manifiesto cómo se ajustan al documento «Batasunak ETArekin ekinzen aurrena azaldu bearreko jarrera eta diskurtsorako irizpideak» «Criterios para el discurso y la postura que debe adoptar Batasuna ante las acciones de ETA», que constituye un auténtico «manual de instrucciones» sobre la postura a adoptar en relación a la condena de las acciones de ETA por parte de los miembros de Batasuna.

## 2. Las alegaciones de Bildu

Las alegaciones de *Bildu* —aunque serán rechazadas por la mayoría de los magistrados integrantes de la Sala Especial con argumentos coherentes basados en pruebas solventes y abundantes, interpretados según los criterios marcados por la jurisprudencia constitucional y europea—, serán aceptadas, en última instancia, por una exigua —pero suficiente— mayoría del Tribunal Constitucional en el recurso de amparo que analizaremos en el tercer epígrafe de este trabajo.

La coalición comienza invocando un derecho fundamental: el derecho de sufragio pasivo reconocido en el artículo 23.2 CE. Se alega que una eventual estimación del recurso supondría una vulneración de ese derecho. Se refiere, en este sentido, al «principio de máxima efectividad de los derechos fundamentales», recordando que al estar en juego la efectividad de un derecho fundamental, su eventual sacrificio exige que se extreme el rigor del enjuiciamiento, además de estar justificado y motivado y ser proporcionado.

Ahora bien, de esa indiscutible premisa, *Bildu* deduce que «para apreciar la efectiva concurrencia de la tan citada sucesión operativa no basta acreditar la voluntad defraudatoria de ETA y del partido ilegalizado Batasuna de querer estar presentes en una convocatoria electoral y en las instituciones que de ella se derivan, sino que es preciso acreditar 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 de partidos impugnadas».

Sobre esta base la coalición va a formular básicamente cuatro alegaciones: la falta de prueba subjetiva en las demandas, el contraindicio del rechazo a la violencia, el carácter democrático de los partidos que integran la coalición, y el respeto al principio de proporcionalidad que, dada la existencia de otros mecanismos de control, convierte en ilegítima por desproporcionada la decisión de anular las candidaturas recurridas. Por otro lado, respecto a la prueba objetiva, se limitan a negar la validez del documento Herri Akordioa. Se trata de un conjunto de argumentos de escasa consistencia, y que van a ser uno a uno rechazados por la Sala.

a) En primer lugar y en relación a la necesidad de una rigurosa actividad probatoria, y ante el reconocimiento por los propios recurrentes de que sus demandas se basaban en pruebas objetivas, y se prescindía de la subjetiva o personal, *Bildu* sostiene la necesidad de la concurrencia de ambas modalidades de indicios, remarcándose, además, que la presencia de elementos subjetivos de conexión con los partidos ilegalizados es relevante para la obtención de la convicción fundada de la materialización del designio defraudatorio.

b) En segundo lugar, *Bildu* alega la existencia de un contraindicio, que desvirtuaría por completo la prueba indiciaria aportada por los recurrentes. Ese contraindicio es el rechazo de la violencia de ETA.

c) En tercer lugar, *Bildu* recuerda que las reformas legales que introducen la posibilidad de apartar de sus escaños a los electos en partidos ilegalizados incrementan la exigencia de que la excepción a los derechos de participación política y sufragio pasivo requiera una interpretación más estricta. De una u otra forma, están aludiendo al respeto al principio de proporcionalidad.

d) En cuarto lugar, y aunque se trate de una objeción irrelevante en la medida en que nadie discute la legalidad de los dos partidos integrantes de *Bildu*, se subraya la trayectoria democrática de los mismos y su independencia respecto a ETA. Se aportan declaraciones y testimonios de representantes de ambos partidos políticos rechazando la violencia y los métodos violentos que practica ETA.

e) Finalmente, y en relación a un dato o hecho jurídicamente relevante —y decisivo—, esto es, el «Herri akordioa/Acuerdo popular», *Bildu* alega que los dos partidos integrantes de la coalición desconocían el contenido de ese documento hasta el momento en que lo han leído en las demandas en su integridad, no siendo cierto que el mismo hubiera sido acordado en una reunión celebrada el día 15 de marzo de 2011. Dicho documento ni es de la coalición ni de ninguno de los partidos políticos que la conforman, por lo que niega su validez.

Por todo ello *Bildu* concluye que sobre la base de los documentos incautados a ETA puede razonablemente deducirse que, en efecto, esa organización

concede cierta relevancia a los procesos electorales; incluso que pretenden servirse de algún modo de esa oportunidad para sus fines. Pero que ello haya de ser mediante la instrumentalización de la coalición *Bildu* es una conclusión que no puede alcanzarse del modo que constitucionalmente es exigible para limitar el derecho de participación política que está en juego.

### 3. *La fundamentación del fallo mayoritario de la Sala Especial*

La Sala Especial comienza situando este proceso en su contexto histórico y jurídico, que es el que deriva de su sentencia de 27 de marzo de 2003, por la que se declaró la ilegalización de los partidos políticos Herri Batasuna, Euskal Herritarrok y Batasuna. Como es bien sabido, la «ratio» de esa declaración de ilegalidad fue que la Sala llegó entonces a la conclusión, ampliamente argumentada y sustentada en abundante material probatorio, de que ETA y los partidos ilegalizados constituían un complejo orgánico con reparto de tareas para la consecución de los mismos objetivos y al servicio de la organización terrorista. Pues bien, desde entonces han sido varios los intentos del denominado «complejo ETA/Batasuna» de eludir fraudulentamente las consecuencias derivadas de esa ilegalización, para lo cual se ha servido de distintos instrumentos y estrategias, siempre con la intención de sortear fraudulentamente aquella sentencia y, en definitiva, acceder a las instituciones públicas (3).

---

(3) Así, con ocasión de las elecciones municipales y a las Juntas Generales de los Territorios Forales y Autonómicos en Navarra de 25 de mayo de 2003, las sentencias de la Sala Especial de 3 de mayo de 2003 (1 y 2/2003) estimaron las impugnaciones de los acuerdos de proclamación de las candidaturas referidas a varias agrupaciones electorales, entre otras la Plataforma Nafarroako autodeterminaziorako Bilguena (AuB), al entender que la mayoría de las agrupaciones vulneraban lo establecido en la *Ley Orgánica de Partidos Políticos 6/2002*. Decisión que el TC consideró razonable y suficiente en su STC 85/2003. Cuando con posterioridad se convocaron elecciones concejiles parciales, las sentencias de la misma Sala de 5 de octubre 2003 (3, 5 y 6/2003) desestimaron los recursos de diversas agrupaciones contra la decisión de la Junta Electoral de Zona de no proclamar su candidatura. Decisión que fue considerada conforme a Derecho por la STC 176/2003. Posteriormente, en las elecciones al Parlamento Europeo de 13 de junio de 2004, las sentencias de la Sala Especial de 21 de mayo de 2004 (1 y 2/2004) estimaron el recurso por el que se impugnó la proclamación de la candidatura de la agrupación electoral Herritarren Zerrenda (HZ). En las elecciones al Parlamento Vasco para los territorios históricos de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya de 21 de febrero de 2005, las sentencias de la Sala Especial de 26 de marzo de 2005 (7 y 8/2005) anularon la proclamación de las candidaturas de las agrupaciones electorales aglutinadas bajo la denominación Aukera Guztiak, al ser consideradas como sucesoras o continuadoras de las formaciones políticas ilegalizadas. Siendo desestimado el recurso de amparo contra la referida sentencia (STC 68/2005). En las elecciones de abril de 2007 al Parlamento de Navarra y a las Juntas Generales en los Terri-

La impugnación de las candidaturas de *Bildu* se sitúa en línea de continuidad con esos fracasados intentos, desde el momento que lo realmente controvertido es si, como afirman el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal, las candidaturas de la Coalición de partidos objeto de su impugnación no son más que una sucesión o continuación fraudulenta —y, por ende, ilícita y prohibida— del complejo ETA/Batasuna, o si, por el contrario, dichas candidaturas constituyen, como ella misma alega, 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.

### 3.1. *Normativa aplicable*

En segundo lugar, la Sala expone la normativa aplicable al supuesto que nos ocupa. La LOPP ha contemplado la posibilidad de que un partido político ilegalizado conforme a lo dispuesto en el artículo 9 pueda tratar de sortear esa ilegalización mediante la creación, usurpación o apropiación fraudulenta de otros partidos políticos aparente o formalmente desligados del partido ilegalizado pero realmente unidos en una línea de continuidad o, en palabras de la jurisprudencia, «sucesión operativa», esto es, de unidad y permanencia de designio,

---

torios Históricos y elecciones concejales en Navarra, se utilizó coordinadamente un nuevo sistema consistente en la presentación de una agrupación de electores bajo el nombre de «ABERTZALE SOZIALISTAK» y a la vez un partido político: Acción Nacionalista Vasca (ANV). Ambos intentos fueron, una vez más, jurídicamente desautorizados por las Sentencias de 5 de mayo de 2007 (1 y 2/2007) y por los Autos de 5 de mayo de 2007 (3 y 4/2007). Las STC 110 y 112/2007 desestimaron los recursos de amparo. Más adelante, y en relación con las elecciones de los territorios históricos de Vizcaya, Guipúzcoa y Álava y al Parlamento Vasco de 2009, por auto y sentencia de 8 de febrero de 2009 (1, 2, 3 y 4/2009), se anularon las candidaturas de los electores presentadas por el partido político Askatasuna y las correspondientes a las agrupaciones electorales Arabako Demokrazia 3.000.000; D3M y Demokrazia Hiru Milioi. Siendo denegados los amparos solicitados por las STC 43 y 44/2009. Los partidos políticos declarados sucesores o continuadores, así como las agrupaciones de electores que no pudieron participar en los indicados procesos electorales, se dirigieron al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, habiéndose dictado, hasta la fecha, cuatro sentencias, tres de 30 de junio de 2009 (asuntos Herri Batasuna contra España; Herritarren Zerrenda contra España y Etxeverria y otros contra España) y otra de 7 de diciembre de 2010 (caso *ANV contra España*), las cuales han desestimando la existencia de vulneración de diversos artículos del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Finalmente, el auto de la Sala Especial de 30 de marzo de 2011 (1/2003) declaró la improcedencia de la constitución del partido político denominado *Sortu* por ser continuidad o sucesión del partido político declarado ilegal y disuelto Batasuna.

propósitos y actividad. Sucesión que puede darse asimismo mediante otros cauces de acceso a los cargos públicos como las agrupaciones de electores.

Para evitar que tal posibilidad se materialice, el artículo 5.6 establece que «cuando se persiguiese la inscripción en el Registro de Partidos Políticos de un partido que pretenda continuar o suceder la actividad de otro declarado ilegal y disuelto, se actuará conforme a lo previsto en el artículo 12 de esta Ley Orgánica» y este último precepto dispone, por su parte, en su apartado 1.b), que «los actos ejecutados en fraude de ley o con abuso de personalidad jurídica no impedirán la debida aplicación de ésta. Se presumirá fraudulenta y no procederá la creación de un nuevo partido político o la utilización de otro ya inscrito en el Registro que continúe o suceda la actividad de un partido declarado ilegal y disuelto». A tal efecto, en el apartado 3 de este artículo 12 se puntualiza que se tendrá en cuenta, para determinar la conexión, «la similitud sustancial de ambos partidos políticos, de sus estructura, organización y funcionamiento, de las personas que las componen, rigen, representan o administran, de la procedencia de los medios de financiación o materiales, o de cualesquiera otras circunstancias relevantes que, como su disposición a apoyar la violencia o el terrorismo, permitan considerar dicha continuidad o sucesión en contraste con los datos y documentos obrantes en el proceso en el que se decretó la ilegalización y disolución». Y este artículo 12 LOPP ha de ponerse necesariamente en relación con el artículo 44 de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General (LOREG), que en este caso resulta de directa aplicación (atendido el concreto objeto de este litigio), y que en su redacción vigente y aplicable al caso (según la Ley Orgánica 3/2011) establece, en su apartado 3, que «en todo caso, los partidos políticos, las federaciones o coaliciones de partidos, y las agrupaciones de electores no podrán presentar candidaturas que, de hecho, vengan a continuar o suceder la actividad de un partido político declarado judicialmente ilegal y disuelto, o suspendido. A estos efectos, se tendrá en cuenta la similitud sustancial de sus estructuras, organización y funcionamiento, de las personas que los componen, rigen, representan, administran o integran cada una de las candidaturas, de la procedencia de los medios de financiación o materiales, o de cualesquiera otras circunstancias relevantes que, como su disposición a apoyar la violencia o el terrorismo, permitan considerar dicha continuidad o sucesión».

En ese marco normativo, la Sala sistematiza los criterios que apuntan coincidentemente la LOPP y la LOREG para constatar la «sucesión operativa» fraudulenta, y, por ende, prohibida, en torno a cuatro notas: 1.º La similitud sustancial de la estructura, organización y funcionamiento de los partidos políticos concernidos. 2.º La misma similitud en cuanto a las personas que los componen,

rigen, representan o administran. 3.º Igual similitud sustancial en lo concerniente a la procedencia de los medios de financiación o materiales. 4.º Cualesquiera otras circunstancias relevantes, como singularmente su disposición a apoyar la violencia o el terrorismo. Y, estas cuatro notas, advierte la Sala, pueden reducirse más aún, en torno a dos grandes 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; debiendo hacerse aquí un matiz relevante: 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, no es preciso para llegar a esta conclusión que concurren simultáneamente los elementos subjetivos junto con los objetivos, pues una adecuada prueba centrada en los elementos o aspectos objetivos puede resultar suficiente a estos efectos.

De esta forma se rechaza una de las alegaciones principales de *Bildu*, la referida a la insuficiencia del material probatorio por carecer de pruebas subjetivas (4).

Por otro lado, la Sala realiza una interpretación lógica y legítima, y en modo alguno novedosa, del artículo 12.3 LOPP y del artículo 44.3 LOREG. Según ella, estos preceptos legales tratan de objetivar las circunstancias que tienen que concurrir para dar lugar a la anulación de las candidaturas de un partido político, pero la enunciación de criterios que contienen no se realiza con pretensiones de exhaustividad, sino de forma orientativa (5).

---

(4) Lo que era ya por lo demás, doctrina de la Sala: Así se dice con claridad en el auto de 8 de febrero de 2009: «*En definitiva, 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.*»

(5) Interpretación que tampoco resultaba novedosa: En este sentido, el Auto de la Sala especial del artículo 61 LOPJ de 5 de mayo de 2007, que proporciona unas pautas útiles para indagar la efectiva concurrencia de las circunstancias que permiten detectar la sucesión o continuidad (FJ 3): «*[...] tales criterios no se relacionan “de forma exhaustiva o agotadora, sino orientativa, como se acredita por la referencia que el precepto hace a ‘cualesquiera otras circunstancias relevantes’ que, como [...] las manifestaciones, actuaciones y compromisos públicos de los promotores de la agrupación o de los candidatos y la posible participación o contribución de los partidos políticos disueltos en la promoción de la agrupación de electores, permitan considerar dicha continuidad o sucesión”, tal y como ya dijimos en las Sentencias de 3 de mayo de 2003 y 21 de mayo de 2004,*

La Sala entiende 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 la resolución del recurso, la Sala recurre, una vez más, a las técnicas del fraude de ley, abuso del derecho y levantamiento del velo (6).

---

*aunque en interpretación del artículo 44.4 de la LOREG, y se reitera en la de 26 de marzo de 2005 en interpretación de lo establecido en el artículo 9.4 de la Ley Orgánica 6/2002. La necesidad de tomar en consideración un amplio elenco de circunstancias, no expresamente citadas por el precepto legal, ni analizadas específicamente en los antecedentes jurisprudenciales existentes hasta la fecha, y que apreciadas en su conjunto sirvan para llevar a la convicción del Tribunal la existencia de una estrategia defraudatoria, resulta una consecuencia obligada de la propia naturaleza mutable y adaptable a las circunstancias del fraude de Ley, de forma que esa estrategia defraudatoria, conocedora de las pautas que fija el ordenamiento jurídico, se va acomodando y actualizando de manera permanente con el reprochable objetivo de continuar dando vida, de manera cada vez más opaca y depurada, a los objetivos que persigue. Lo verdaderamente relevante a los efectos de apreciar la continuidad defraudatoria no es la repetición de las mismas circunstancias o la conjugación de distintas de ellas, que fueran apreciadas en ocasiones anteriores, sino que ante el amplio número de posibilidades que pueden ser utilizadas, su apreciación conjunta nos permita llegar a idéntica conclusión —la instrumentalización en su provecho de las candidaturas del partido político ANV por el complejo Batasuna— cuando los actos y manifestaciones de esta continuidad fraudulenta hayan variado. En el mismo sentido se pronuncia la STC 99/2004 (FJ 16). A tal efecto, resulta sumamente esclarecedor el razonamiento empleado por el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 85/2003, de 8 de mayo, reiterado en las posteriores Sentencias 99/2004, de 27 de mayo, y 68/2005, de 31 de marzo, del mismo Tribunal, en la que pone de manifiesto, aunque refiriéndose a agrupaciones electorales, 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 de 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”. Para concluir el examen de los criterios que cabe considerar para apreciar la voluntad de suceder a un partido ilegalizado conviene precisar que, con independencia de cuál sea el fundamento teórico más adecuado para averiguar la verdad real que se oculta tras una apariencia jurídica —el fraude de Ley, el abuso de derecho o la infracción de las reglas de la buena fe [arts. 6.1 y 4, 7.1 y 2 del Código Civil (RTC 2005\68)]— la técnica del levantamiento del velo constituye, al igual que acontece en el presente caso, un instrumento idóneo para constatar la auténtica realidad que subyace bajo una apariencia formal.»*

(6) A tal efecto, la jurisprudencia ha recordado la utilidad de la doctrina del «levantamiento del velo», y así lo 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), con el siguiente tenor: «Como recuerda la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo número 782/2002, de 30 de julio, la técnica del levantamiento del velo de las personas jurídicas la inició

Esta 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 éste. «Ya hemos anticipado que cuando se trata de buscar la verdad oculta bajo las apariencias, resulta ineludible efectuar una apreciación conjunta o global de todos los medios probatorios puestos a disposición de la Sala, pues bien puede ocurrir que cada uno de ellos, por sí solo y al margen de los demás, parezca irrelevante o inane, y sin embargo la contemplación conjunta de todos adquiera trascendencia y unidad de significado» (7).

El núcleo de la sentencia reside precisamente en esa valoración global de la prueba, que como vamos a ver podrá o no compartirse, y como casi todo en derecho puede ser objeto de discusión. Ahora bien, lo que no se puede sostener es —como hace el Tribunal Constitucional— que dicha valoración sea arbitraria,

---

*la jurisprudencia de los Estados Unidos a través de la “disregard of the legal entity” para permitir a los jueces introducirse en los entresijos y entramados de las sociedades, actuando en el ámbito jurídico de nuestro entorno como instrumento eficaz para combatir sociedades ficticias o de sólo fachada que llevan a cabo un ejercicio social no ajustado a la línea de la buena fe comercial a efectos de defraudar a terceros, abusando de una personalidad jurídica formal que puede contar incluso con respaldo legal. A partir de este planteamiento, el levantamiento del velo se ha revelado como una excelente herramienta para resolver los conflictos que frecuentemente se plantean entre seguridad jurídica y justicia material, haciendo prevalecer a ésta sobre aquélla, fundamentándose su aplicación por nuestros Tribunales indistintamente, según los casos, en el fraude de ley, en el abuso de derecho y en la buena fe (arts. 6.1 y 4, 7.1 y 2 del Código Civil). Pues bien, con independencia de cuál sea el fundamento teórico más adecuado para averiguar la verdad real que se oculta tras una apariencia jurídica, lo cierto es que el uso de esa técnica está admitido de forma generalizada en la actualidad por nuestros más altos Tribunales (en este sentido, por recordar sólo algunas de las más recientes, pueden citarse las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de noviembre, 11 de octubre, 30 de julio y 25 de junio de 2002, así como las sentencias números 162/2002, 125/2001 y 115/2000 dictadas por el Tribunal Constitucional) y constituye en el presente caso un instrumento idóneo para constatar la auténtica realidad que subyace bajo la apariencia de tres partidos políticos legales —las tres formaciones demandadas en este proceso—, así como para determinar si tras esa veste formal se oculta verdaderamente la organización terrorista ETA, esto es, si HERRI BATASUNA, EUSKAL HERRITARROK y BATASUNA son sólo artificios legales creados por ETA para lograr el complemento político de su propia actividad terrorista, existiendo, por tanto, un único sujeto real que utiliza múltiples ropajes jurídicos.»*

(7) Y como de lo que se trata es de detectar una simulación o fraude, la prueba será de carácter indiciario. El ánimo de engañar integra el núcleo de la conducta de fraude, y, como se trata de un elemento subjetivo del comportamiento humano, sólo cabe constatarlo a través de una prueba de indicios, pues difícilmente puede imaginarse que el defraudador revelará abiertamente el fraude que pretende llevar a cabo. De modo que el elemento subjetivo final que debe ser objeto de prueba sólo puede alcanzarse mediante una prueba de esta índole, cuya eficacia probatoria desde la perspectiva del respeto a la protección de los derechos fundamentales ha sido avalada por el Tribunal Constitucional. SSTC 110/2007 y 44/2009.

irracional, o contraria a la lógica jurídica. Los Fundamentos Jurídicos 10 y 11 de la sentencia son por ello de lectura obligada.

### 3.2. *Análisis y valoración de la prueba*

En el Fundamento Jurídico 10 se enumeran, exponen y valoran los medios de prueba relevantes para el enjuiciamiento del caso y los criterios interpretativos constitucionalmente adecuados. Entre los medios de prueba no van a ser tenidos en cuenta los elementos subjetivos. De esta forma la Sala asume el planteamiento de los recurrentes según la cual la inexistencia de vinculaciones subjetivas, lejos de determinar una suerte desestimatoria de su acción, es en realidad un indicio más de la razón que les asiste, pues, afirman, el entramado ETA/Batasuna, lógicamente concedor de los criterios jurisprudenciales que han justificado el fracaso de los intentos previos por articular candidaturas fraudulentas que le permitan continuar su actividad en las instituciones, se ha esforzado en este caso por elaborar candidaturas «limpias» (sigamos el argot empleado a este respecto con ánimo puramente descriptivo) que sorteen los reproches que antes se les han formulado. La Sala afirma que «el argumento tiene indudable fuerza lógica». De esta forma, se rechaza con contundencia una de las principales alegaciones de *Bildu*: «No tiene razón la coalición electoral demandada cuando afirma que la afirmación de la sucesión o continuidad ilícita requiere forzosamente de la concurrencia simultánea de elementos tanto objetivos como subjetivos.»

Ciñendo, por tanto, el examen probatorio a los medios o elementos objetivos, éstos se obtienen básicamente de los informes de las fuerzas y cuerpos de seguridad y la documentación que a ellos se adjunta, lo cual, por lo demás, resulta plenamente legítimo según ha resaltado la jurisprudencia de forma reiterada y uniforme.

El examen de cada una de las pruebas viene precedido de los criterios hermenéuticos exigidos por la jurisprudencia constitucional.

a) Sobre la naturaleza y valor probatorio de los informes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, la Sala recuerda, tal y como sostenía el Tribunal Constitucional en la STC 99/2004, de 27 de mayo (FJ 12), que «lo relevante es la distinción entre los documentos o datos objetivos que se aportan con los informes, de un lado, y lo que pudieran ser meras opiniones o valoraciones de sus autores, de otro lado, pues su relevancia probatoria a la hora de su valoración es muy diferente». Igualmente, sobre la imparcialidad de los funcionarios que intervienen en la elaboración de estos informes, debe recordarse

que el Tribunal Constitucional en sus Sentencias 5/2004 y 99/2004 ha afirmado que no cabe tachar de parcialidad a quienes resulten ser autores de los informes policiales en términos razonables y, por tanto, constitucionalmente admisibles. Consecuentemente, en la valoración probatoria de los mismos, lo determinante será 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 reflejen en ellos los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (8).

Al respecto merece destacarse la doctrina contenida en relación con esta cuestión en la STC 126/2009, según la cual lo «determinante es extraer de los citados informes los documentos y datos objetivos a ellos incorporados, dejando al margen las posibles opiniones subjetivas que por los miembros de los citados Cuerpos pudieran verse en los mismos», sin que tampoco quepa «dudar de la imparcialidad de los funcionarios policiales autores de los referidos informes» que «en cuanto [...] la Sala toma en consideración, no las opiniones de los agentes, sino documentos y datos objetivos que figuran en los informes policiales, es de perfecta aplicación la doctrina recogida en la STC 5/2004, de 16 de enero, en la que no se estimó infracción constitucional alguna por la utilización de informes policiales como medio de prueba, al apreciarse que el informe (policial) examinado constituya o no una auténtica prueba pericial, no ha tenido, por tanto, más trascendencia probatoria que la que la Sala le ha concedido al material informativo en él agrupado, una vez fiscalizado su contenido y contrastado con otras pruebas practicadas durante el proceso».

b) La documentación adjunta a los informes policiales contiene numerosas informaciones periodísticas. En relación a éstas, la Sala recuerda que ya la STC 5/2004, descartó cualquier infracción constitucional en la decisión debidamente razonada y motivada, de considerar pertinentes y permitir la utilización de informaciones periodísticas como medios de prueba en el proceso regulado en el artículo 11 LOPP, a la vista del objeto de éste, de la naturaleza de las partes demandadas y de la legislación procesal aplicable, por estimar que se trata de un elemento probatorio idóneo para acreditar y dar certeza sobre las conductas y actividades de los partidos políticos. Y declaró también que «corresponde en todo caso a los Tribunales ordinarios pronunciarse sobre la pertinencia de los medios de prueba previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil y sobre la

---

(8) Criterio éste de valoración de dichos informes policiales que fue avalado por las Sentencias del Tribunal Constitucional 5/2004, de 16 de enero; 99/2004, de 27 de mayo, y 68/2005, de 31 de marzo.

interpretación de las normas legales aplicables en función de lo establecido en el art. 117.3».

Con esas premisas en el Fundamento Jurídico 11 —decisivo en cuanto contiene la descripción y prueba de toda la estrategia defraudadora— se analizan las pruebas con las que los recurrentes pretenden demostrar el fraude. Las pruebas son abundantes. Son documentos que demuestran el diseño por parte de ETA de una estrategia para eludir los efectos de la ilegalización de Batasuna mediante un acuerdo político con EA y Alternativa, traducido en la formación de una coalición electoral dirigida e integrada, mayoritariamente, por miembros de Batasuna. Baste citar: *a)* el documento denominado «Proceso Democrático. Reflexión sobre la alternativa para la solución democrática del conflicto político y para el reconocimiento de Euskal Herria», que recoge las claves de la estrategia de ETA en relación con el Estado español y con los demás partidos políticos. En él se dice «Hay que realizar una alianza política con Eusko Alkartasuna [...] Esa Estrategia de Negociación sólo lo conocerán la Organización, la Dirección de Batasuna [...] la dirección del Proceso está en la Organización y en la Dirección de Batasuna»; *b)* el documento «Earen Proposamenaz II.RTF, que establece algunos postulados de partida y la postura a seguir por la coalición en caso de atentado en los siguientes términos: «La coalición tiene que denunciar cualquier violación de los Derechos Humanos, incluidas las ekintzas de ETA»; *c)* el documento «Herri Akordioa. Metodología Básica» en el que se plantea la dificultad que supone a nivel nacional dictar criterios útiles para elaborar las listas electorales en cada localidad, y dispone: «El número de candidatos correspondientes a cada a cada partido y su ubicación en la lista, se hará en cada caso, según los siguientes criterios: Estos criterios son generales y el acuerdo de las adecuaciones que sean precisas se dejará en manos de cada pueblo. En todo caso, proponemos este procedimiento. Al objeto de hacer la proyección de voto de la coalición se definirá una cifra de votos en cada municipio. Para distribuir esa cifra de voto entre nosotros se concretará en función del resultado de las elecciones de años anteriores o del porcentaje pactado en el pueblo. Una vez concretada la cifra de voto que le corresponde a cada partido en la localidad, el orden de los candidatos se establecerá según la Ley D'Hont siempre tomando como base la proporcionalidad mencionada.»

Este documento es una prueba fundamental. Por ello una de las principales alegaciones de *Bildu* consistió, como ya vimos, en negar su validez. Pero el Tribunal rechaza rotundamente su objeción. Y lo hace por tres sólidas razones:

*a)* La primera, porque un acuerdo de esta índole, a través del cual se busca dar presencia electoral camuflada a un partido ilegalizado, no se hace, por principio, ni de forma pública ni mediante signos exteriores que lo identifiquen,

estando además dentro de la lógica que una vez que se hace público aunque no por la voluntad de quienes lo conformaron sino porque es interceptado, éstos pretendan desvincularse de él y así salvar las apariencias.

b) La segunda, porque por encima de las circunstancias coyunturales de su hallazgo por las Fuerzas de Seguridad, lo cierto es que antes de ello 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, sobre cuya actuación, por cierto, tampoco hay realmente razones para dudar.

c) La tercera, y ésta resulta fundamental, 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. La Sala se remite a los informes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, donde se justifica esta aseveración con cifras y datos que la demandada realmente no ha sabido o podido contrarrestar: «Cabalmente, si, como decimos, las listas realmente elaboradas siguen la pauta marcada por aquel acuerdo, sólo puede explicarse porque el mismo realmente existió y los partidos componentes de la coalición se sintieron vinculados por él, entre otros aspectos, en el de garantizar a Batasuna la elección de cargos representativos en proporción correlativa a sus resultados electorales precedentes y a las estimaciones de voto manejadas» (9).

### 3.3. Conclusiones

Los numerosos documentos, informes, conversaciones, declaraciones, etc., examinados en el Fundamento Jurídico 11 resultan probados, y sobre la base de esos hechos probados la Sala extrae las conclusiones siguientes, que considera, con sobradas razones, suficientemente acreditadas: a) El complejo ETA/Batasuna, que 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 así perpetuar su presencia activa en las instituciones representativas, ha persistido en ese planteamiento en

---

(9) Por todo ello, la Sala afirmará en el siguiente fundamento jurídico no tener 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».

los últimos tiempos y singularmente con vistas al proceso electoral aquí concernido. *b)* A tal efecto, 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 y no sometidos en principio a tacha alguna desde la perspectiva de la Ley Orgánica de Partidos Políticos; bien que cuidándose de advertir que las candidaturas que resultaran de los acuerdos así alcanzados permanecerían bajo su dirección y tutela. *c)* Singularmente, dirigió sus esfuerzos a la búsqueda de acuerdos electorales con el partido Eusko Alkartasuna (que en los últimos tiempos ha sufrido una escisión al abandonarlo los componentes y afiliados que rechazaban precisamente la estrategia de acercamiento a Batasuna, habiendo sido incluso apartado de Nafarroa Bai por tal razón). Del mismo modo, procuró un acercamiento a otro partido político, Alternatiba (una escisión de Izquierda Unida/Ezker Batua con limitada relevancia en la vida política y social del País Vasco). Los mismos documentos de ETA/Batasuna se refieren a esta cuestión con específica cita de EA. *d)* Esos acercamientos de ETA/Batasuna a ambos partidos 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. *e)* Con esta finalidad, consta acreditado que estas tres formaciones políticas llegaron a un acuerdo sobre la composición de las candidaturas en cada localidad, a través del llamado «Herri Akordioa», por el que se articulaba un mecanismo proporcional de presencia de dichos partidos en las distintas candidaturas de cada localidad, que giraría en torno a la presencia y resultados electorales de cada uno en anteriores comicios y la estimación razonable de voto en estas elecciones; criterios ambos que determinarían tanto el número de candidatos de uno y otro partido como el orden correspondiente en la lista electoral. El acuerdo procuró asegurar también una libertad de actuación para los candidatos electos de cada partido, por encima de la unidad formal de la coalición. *f)* Al denegarse la inscripción de *Sortu* en el Registro de Partidos Políticos, los otros dos partidos suscriptores de aquel acuerdo con Batasuna no desistieron de la concurrencia conjunta con ella de acuerdo con lo pactado, como hubiera sido en principio lo lógico al frustrarse la posibilidad de que Batasuna concurriera con un partido político legal. Al contrario, el acuerdo permaneció plenamente operativo, y simplemente se trató de darle contenido mediante otra vía (era el descriptivamente llamado 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 contami-

nados», que la propia Batasuna se encargó de buscar y reclutar (como se ha acreditado en la prueba anteriormente referida), en ocasiones «presionándoles» para que aceptaran (algo para lo que Eusko Alkartasuna y Alternatiba, dada su reducida entidad, carecían de capacidad organizativa), con el resultado de que en las listas definitivamente elaboradas Batasuna mantuvo *de facto* la presencia reclamada desde un principio.

Los hechos probados confirman, y no dejan lugar para la duda, la existencia del fraude de ley: «En definitiva, y salvo que se quiera mantener formalmente las apariencias a riesgo de hacer la realidad ininteligible, 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.»

### 3.4. El «contraindicio»

El Fundamento Jurídico 13 está dedicado a rechazar otra de las principales alegaciones de *Bildu*, la existencia del contraindicio que desvirtuaría todos los demás indicios, e impediría afirmar la continuidad o sucesión operativa. El hecho de que los candidatos que conforman las listas de la coalición, también los independientes, hayan 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, es prueba fehaciente del contraindicio.

La Sala rechaza contundentemente la referida alegación. Y ello porque 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 (que, en documentos probados, 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 presentan como colectivos distintos y no relacionados con el grupo terrorista. Por ello resulta plenamente comprensible que la Sala haya privado de cualquier valor a esas declaraciones: «Desde esta perspectiva, la condena de la violencia es una táctica instrumental que la propia ETA auspicia para impedir la ilegalización de su rama política; siendo éste un dato que priva de vigor decisivo a las manifestaciones de condena, más aún si éstas se formulan —como de hecho ha acaecido— mediante circunloquios, con un cuidadoso empleo de los vocablos

e incluso acudiendo a eufemismos, cuando no con paralelismos inaceptables entre la actuación legítima de las Fuerzas de Seguridad que actúan con sometimiento a la Ley y el Derecho, por un lado, y los crímenes de los terroristas.»

### 3.5. *El principio de proporcionalidad*

Finalmente, en el Fundamento Jurídico 14, la Sala va a dar respuesta expresa a dos alegaciones de *Bildu* íntimamente relacionadas, la referida a la necesidad de aplicar el principio de proporcionalidad, y según la cual en la medida en que en el ordenamiento jurídico se han introducido otros mecanismos de defensa —que permitirían expulsar de las instituciones a los electos por partidos ilegalizados— no resultaría proporcionado anular ahora las candidaturas de *Bildu*; y en relación con ella, que la anulación resultaría desproporcionada en la medida en que afectaría a dos partidos indudablemente democráticos.

La Sala rechaza ambas objeciones. Y ello es lógico porque no se acierta a comprender qué otra medida, distinta de la anulación de todas las candidaturas, podría impedir que se eludieran de forma fraudulenta los efectos de la sentencia de ilegalización de Batasuna de 2003: «La única forma constitucionalmente legítima y ponderada, esto es, proporcionada, de preservar la eficacia de los precedentes “fallos” de esta Sala acerca del complejo ETA/Batasuna y así garantizar bienes jurídicos como la seguridad pública y la libertad de los ciudadanos es, precisamente, 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 (v. gr., los censos), 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.»

Que la medida afecta a dos partidos democráticos y legales es indiscutible, pero eso es algo de lo que ellos mismos son responsables: «Ciertamente, esta anulación se proyecta asimismo sobre la actividad de partidos políticos no ilegalizados, como Eusko Alkartasuna y Alternatiba; ahora bien, si así acaece no será más que consecuencia de los propios actos y decisiones de dichos partidos y de la jurídicamente errónea determinación de su estrategia, pues si fueron estos

partidos —a través de sus órganos de gobierno— quienes optaron por acudir al proceso electoral junto con Batasuna aun conociendo su ilegalización judicial, e incluso cedieron a Batasuna la mayor parte de las candidaturas y los primeros puestos en ellas, habrán de cargar con las consecuencias de una opción como ésta, que no puede encontrar amparo en Derecho.»

Y es que, efectivamente, a pesar de las numerosas advertencias realizadas, los partidos legales afectados hicieron caso omiso de ellas y lanzaron así un órdago que, en esta primera fase de la batalla judicial, perdieron: «la indudable trayectoria histórica de los partidos coaligados en contra de la violencia terrorista, y sus declaraciones pasadas y actuales en el mismo sentido, no empecen el hecho de que al fin y al cabo, 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 la candidaturas electorales concernidas».

A pesar de la solidez y coherencia argumental empleada, y del abundante material probatorio aportado, por primera vez en este tipo de procesos, la Sala Especial no alumbró un fallo unánime. La Sentencia de 1 de mayo de 2011 cuenta con dos votos particulares discrepantes. El primero de ellos, firmado por seis Magistrados (D. Manuel Ramón Alarcón Caracuel, D. Juan Antonio Xiol Ríos, D. Gonzalo Moliner Tamborero, D. José Luis Calvo Cabello, D. Alberto Jorge Barreiro y D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos), considera que los recursos deberían haber sido desestimados. A su análisis dedicaré el siguiente epígrafe. En el segundo, el Magistrado discrepante (D. José Manuel Sieira Míguez) entiende que debería haberse producido una estimación parcial de los mismos.

#### 4. ANÁLISIS DEL VOTO PARTICULAR

El Voto particular, desde una perspectiva material, se fundamenta en unas premisas equivocadas, y desde una perspectiva formal, incurre en algunas descalificaciones de grueso calibre de las que podría haber prescindido.

Básicamente, los magistrados discrepantes sostienen que el fallo mayoritario se basa en una mera «teoría» deducida de unos elementos objetivos que pueden dar lugar a otras interpretaciones. Y que, en todo caso, el derecho fundamental de participación política debe prevalecer. A mayor abundamiento, la condena de la violencia formulada por los promotores e integrantes de las candidaturas impugnadas es un contraindicio suficiente para acreditar que no hay continuidad y, por lo tanto, tampoco fraude.

A nuestro juicio, este Voto particular se basa en otra «teoría», pero que a diferencia de la anterior no se corresponde con las pruebas presentadas: la ruptura del complejo ETA-Batasuna. Y respecto al contraindicio, no se refutan los argumentos con los que la mayoría de la Sala demuestra que el rechazo de la violencia es una táctica instrumental, prevista expresamente en el diseño de la estrategia defraudatoria.

El Voto incluye como presupuesto una determinada concepción del pluralismo político, cuya crítica excedería los límites de este comentario. En todo caso debe ser apuntada: al pluralismo político, los magistrados discrepantes le atribuyen un «rango axiológico superior al que, en principio, pudiera predicarse de los principios constitucionales y de los derechos fundamentales». Aferrándose a la desafortunada redacción literal del artículo 1 de nuestra Constitución, olvidan que ese rango axiológico superior sólo puede ser predicado de la «dignidad de la persona», reconocido expresamente como fundamento del orden político en el artículo 10, pero en modo alguno del pluralismo político, que necesariamente y por razones de pura lógica debe configurarse siempre como un principio instrumental, esto es, al servicio de los valores auténticos (libertad, igualdad y justicia), y, por lo tanto, inexcusablemente, sujeto a límites. Ese rango axiológico superior erróneamente atribuido al pluralismo les impide analizar correctamente el principal problema jurídico-constitucional que el pluralismo plantea y que no es otro que el de sus límites. Y que, innecesario es recordarlo, es el verdadero problema que el caso *Bildu* exige afrontar. A la descripción del pluralismo sin referencia alguna a sus límites, sigue, sin que venga al caso, el manido recordatorio (también incluido en la sentencia de la mayoría) de que la Constitución no establece un modelo de democracia militante (10).

Al margen de estas dos consideraciones doctrinales, el Voto discrepante va a fundamentarse, básicamente, en la existencia del contraindicio y en la insuficiencia de la prueba. La prueba indiciaria resultaría —a juicio de los firmantes del voto particular— insuficiente porque no concurren todos los indicios sino sólo uno; y en todo caso, ese indicio queda desvirtuado por el mencionado «contraindicio». A mayor abundamiento, el fallo carece de cobertura legal y constitucional —afirman hiperbólicamente los magistrados discrepantes— por afectar a dos partidos legales y democráticos (11). En definitiva, frente al fa-

---

(10) Sobre esta cuestión remito al lector a TAJADURA TEJADA, J., *Partidos Políticos y Constitución*, Madrid, Civitas, 2004.

(11) «La decisión mayoritaria va a privar de ese derecho a dos partidos políticos de larga trayectoria democrática y siempre opuestos a la violencia de ETA, como son Eusko Alkartasuna y Alternatiba (éste mucho más reciente pero derivado de uno, Ezker Batua, con muchos años de actividad política inequívocamente democrática)... Esta consecuencia de la estimación de los recursos

llo mayoritario que asume básicamente los planteamientos de las demandas, el Voto particular recoge todas y cada una de las alegaciones de *Bildu*.

En relación con el conraindicio, que es uno de los elementos centrales del debate jurídico sobre la legalidad de las candidaturas de *Bildu*, el Voto particular parte de una premisa cierta: la jurisprudencia ha construido la teoría del «conraindicio», según la cual, el rechazo de la violencia y del terrorismo neutralizará los demás indicios —en el caso de que éstos existieran— y producirá el efecto de que el ente en cuestión —que expresa dicho rechazo de forma inequívoca— no se puede ilegalizar. La concurrencia de este conraindicio tiene carácter concluyente, pues la STC 99/2004 declara, en relación con su concurrencia, que «ello ha de ser suficiente, por lo demás, para diluir la capacidad probatoria de indicios que en otro caso adquieren una considerable densidad de sentido».

Esto es algo que nadie discute. Lo que estaba en discusión no eran las consecuencias que cabe atribuir al conraindicio, sino su propia existencia. La Sala rechaza que el conraindicio se haya producido porque el rechazo de la violencia tiene que ser sincero. Y el Voto particular —en un formidable ejercicio de interpretación formalista y de suprema desvinculación de la realidad histórica y social— considera que la simple formulación de un rechazo a la violencia basta (12). Y nada dice sobre que éste responda a las expresas instrucciones que —como quedó probado— dio ETA al respecto. Y tampoco dice nada respecto a que ese rechazo o condena no se refiere a ninguna de las acciones criminales

---

presentados contra *Bildu* es insostenible en términos constitucionales y legales» (VP, FJ 9). Si así fuera, cualquier partido ilegalizado podría eludir las consecuencias de su ilegalización y continuar su actividad política en los órganos representativos, concurriendo a los comicios bajo la cobertura de independientes en una colación electoral integrada por partidos legales. Si estas candidaturas no pueden ser ilegalizadas por afectar también a partidos legales, la mencionada tesis supone la creación de un espacio de impunidad frente a los mecanismos establecidos en la legislación de partidos y electoral. En nuestra opinión es ésta la tesis que carece por completo de fundamento legal y constitucional. Y que confirma, en última instancia, la debilidad teórica, y la insuficiencia argumental de un Voto particular cuya relevancia hubiera requerido una más sólida fundamentación y una más elaborada construcción.

(12) «El conraindicio está constituido por una declaración firmada por todos los candidatos de *Bildu* cuyo significado no es ni más ni menos que el de 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» dimanante de haberse ilegalizado con posterioridad a su elección el partido, coalición o agrupación de electores en cuyas listas fue elegido» [...] «Parece evidente que esa declaración se ajusta a lo exigido por el artículo 6.4 de la LOREG. Y si ésta ordena que, simplemente con una declaración de ese tipo, el candidato electo evita ser desposeído de su cargo pese a que la formación a que pertenece haya sido ilegalizada, no hay motivo alguno para ilegalizar a una coalición en la que la totalidad de sus candidatos han hecho *a priori* esa declaración. El valor de este conraindicio —innecesario, por otro lado, ante la cuasi nula existencia de indicio alguno, según hemos visto— es innegable» (VP, FJ 8).

del pasado. Y, lo que es más grave, los magistrados discrepantes parecen olvidar que ETA no se ha disuelto, y que su misma existencia es por ello una realidad violenta que es preciso condenar y rechazar, exigiendo su inmediata disolución y la puesta a disposición de la Justicia de todos sus miembros. La coalición nunca ha formulado —y es evidente que a la luz del amparo concedido por el Tribunal Constitucional ya no lo hará nunca— ese rechazo. Ésa es la única condena que podría presentar una credibilidad suficiente para configurar un contraindicio a favor de la ruptura con ETA. Mientras ese rechazo o condena no se exprese de forma indubitada, constituye un ejercicio de puro voluntarismo político, sin fundamento lógico y jurídico alguno, dar por buena la ruptura de ETA-Batasuna. Sólo cuando Batasuna condene su propio pasado terrorista (como parte de ETA) podrá presumirse —jurídicamente— su desvinculación de ETA. Y esto no es una apreciación moral, sino la descripción precisa de los elementos objetivos que debe reunir el tan manido contraindicio.

Sin expresarlo en estos términos, cabe implícitamente pensar que la Sala comparte una concepción material del contraindicio, esto es que éste tiene que cumplir unos determinados requisitos (13). Por el contrario, y esto es lo criticable, en el Voto particular subyace una concepción meramente formal del contraindicio según la cual un rechazo formal e instrumental de la violencia serviría ya para desvirtuar todos los indicios que acreditaran la no desvinculación de Batasuna de ETA, la sucesión operativa, y, por lo tanto, el fraude de ley.

Esta errónea —y por lo demás absurda— concepción del contraindicio como un mero dato formal es suficiente para rechazar el fallo mayoritario. Por ello, en el Fundamento Jurídico 3 del Voto particular se sostiene que «en nuestra opinión, no queda demostrado dicho fraude de ley». Ahora bien, el Voto particular da un paso más, puesto que llega a afirmar que, incluso sin contraindicio, el material probatorio sería insuficiente porque contiene «un solo indicio»: «Cabría esperar que los recursos presentados analizaran y probaran con la debida atención la concurrencia o no de cada uno de los cuatro indicios [...] Sin embargo, ni uno ni otro recurso se refieren a la similitud sustancial de estructuras, organización y funcionamiento; ni a la procedencia de los medios de financiación o materiales; ni al importantísimo indicio de la disposición a apoyar la violencia o el terrorismo» (FJ 4). Esta afirmación se basa en una interpretación de la LO de partidos y de la LOREG muy discutible, y contraria en todo caso a la sostenida jurisprudencialmente en el sentido de que la lista de indicios es meramente orientativa. Con esa premisa, el Voto concluye afirmando que: «Los elementos objetivos acreditados por la documental aportada, carecen de la fortaleza exi-

---

(13) En el mismo sentido, en la STC, el Voto particular de Manuel Aragón.

gible a todo dato fáctico probado que pretenda limitar derechos fundamentales, precisando que supere el juicio de proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta), lo que no hacen.» El lector de este comentario habrá podido comprobar que esta afirmación no se corresponde con la realidad.

Finalmente, los magistrados discrepantes incurrir en una descalificación de grueso calibre respecto a sus colegas de la mayoría, a los que acusan de haber inventado una teoría: «La citada trama es una teoría —que tanto el Fiscal como el Abogado del Estado hacen suya a partir de los Informes de la Guardia Civil y de la Policía incorporados a autos, y que no han sido adverbados por sus autores [...] Pero, sobre todo, el argumento de la trama se monta sobre la base de una determinada interpretación de dichos documentos que se hace guiada por el manifiesto objetivo de demostrar la hipótesis de trabajo adoptada *a priori* y ya mencionada, y rechazando, por tanto, cualquier otra interpretación que, como mínimo, es tan plausible como la que se mantiene.»

El Voto particular atribuye a la mayoría haber llevado a cabo una valoración no objetiva de las pruebas, sino predeterminada. Efectivamente las pruebas pueden ser valoradas de muy distinta manera. Aunque resulta difícil comprender cómo pueden extraerse de ellas conclusiones tan radicalmente opuestas. A nuestro juicio, la valoración de la mayoría es coherente, rigurosa y lógica. No puedo decir lo mismo de la llevada a cabo por el Voto particular. Aunque tampoco la calificaría de arbitraria o irracional. Simplemente es una valoración que extrae conclusiones poco probables, voluntaristas, y podría decirse también que resulta predeterminada para demostrar una hipótesis adoptada *a priori*, la desvinculación de *Bildu* respecto a ETA. Se trata también de una teoría pero construida sobre unas bases documentales objetivas muy débiles, por no decir, inconsistentes.

El Voto particular imputa, reiteradamente, a la mayoría, realizar esfuerzos probatorios baldíos pero no menos baldío resulta el empeño de los magistrados discrepantes en demostrar que EA no es ETA y que condena a ETA, hecho que todo el mundo conoce y que la Sentencia mayoritaria en modo alguno discute. Pero realiza un espectacular salto acrobático, al sostener que EA ha conseguido la ruptura del complejo ETA-Batasuna, y que Batasuna se ha desvinculado de ETA. Esta afirmación que es la que en definitiva conduce al Voto particular a rechazar que haya continuidad de *Bildu* respecto a ETA-Batasuna es una interpretación que no puede ser compartida a la vista del material probatorio que en este proceso se ha aportado y analizado.

En todo caso, es preciso hacer hincapié en esto, en que en el seno del órgano jurisdiccional al que el ordenamiento jurídico atribuye el control de la legalidad de los partidos políticos y de las candidaturas electorales —la Sala Especial del

art. 61 de la LOPJ— se produjo un debate —de legalidad ordinaria— sobre la valoración de las pruebas aportadas al proceso. En ese debate, una determinada valoración de la prueba obtuvo un respaldo mayoritario y otra un menor apoyo. Y conviene anticipar ya que el Tribunal Constitucional ni puede ni debe entrar en ese debate que, insisto, es de legalidad ordinaria, salvo el supuesto extremo de que la valoración sea arbitraria, irracional, o contraria a la lógica, en cuyo caso por resultar lesiva de derechos fundamentales no puede ser constitucionalmente aceptada. Y, sin embargo, en un caso paradigmático de extralimitación de sus funciones, mediante una sentencia propia de una tercera instancia, esto es lo que el Tribunal Constitucional, en una controvertida sentencia —aprobada por una exigua pero suficiente mayoría (6-5)—, va a hacer.

### III. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 5 DE MAYO DE 2011

#### 1. *La fundamentación del recurso de amparo*

El 4 de mayo de 2011, *Bildu* interpuso recurso de amparo contra la Sentencia de la Sala Especial que acabamos de comentar por entender que infringe el artículo 23.1 y 2 de la Constitución en relación con los artículos 16, 20.1.a) y 22 CE. 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 anulación de la proclamación de la totalidad de las candidaturas de una coalición de partidos, y de ésta en particular, supone una indudable lesión y afectación a los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 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.

En este sentido, *Bildu* solicita que el Tribunal Constitucional 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 cuanto a la naturaleza fraudulenta de todas las candidaturas. 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. Como había señalado desde el principio, *Bildu* considera insuficiente una prueba que prescinda del elemento subjetivo, y de los diferentes indicios previstos en el artículo 44. LOREG (14). Y, por otro lado, también ve insuficiente la mera prueba de la voluntad del fraude si no se acredita que el mismo se ha materializado: «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». Por otro lado, recuerda al Tribunal, con cita de su propia jurisprudencia (SSTC 99/2004, de 27 de mayo, y 31/2009, de 29 de enero) el valor del contraindicio, consistente en el rechazo a la violencia. Y, por último, insiste en que tras las últimas reformas de la legislación electoral que permiten privar de su escaño a electos de partidos ilegalizados, la anulación de todas las candidaturas resulta desproporcionada.

---

(14) El recurso se basa en buena medida en los fundamentos jurídicos del Voto particular examinado anteriormente, que asumían a su vez, pero completándolos, los argumentos expuestos en las alegaciones que la propia *Bildu* formuló a las demandas de la Abogacía del Estado y el Ministerio Fiscal: «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 artículo 44.4 LOREG, 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, elemento alguno que acredite el denominado superindicio, 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 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 en el FJ 11 que ya hemos comentado. La recurrente en amparo extrae de los documentos presentados como prueba conclusiones radicalmente opuestas a las deducidas por la Sala Especial del Tribunal Supremo. Considera que no hay vínculo alguno de conexión entre los propósitos defraudatorios de ETA, y la creación de la coalición *Bildu* y la conformación de sus candidaturas.: «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.» Y más aún cuando concurre un contraindicio objetivo, la declaración que exige el artículo 6.4 LOREG de rechazo a la violencia, que tiene un valor innegable.

Resumiéndola, podemos decir que 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.

## 2. Las alegaciones de la Abogacía del Estado y el Ministerio Fiscal

En las alegaciones de la Abogacía del Estado y el Ministerio Fiscal, la oposición al recurso se expresa a través de tres bloques argumentales: en el primero se subraya la validez, suficiencia y razonabilidad de la prueba indiciaria valorada por la Sala Especial; en el segundo se examina el supuesto contraindicio de la condena del terrorismo; y en el último se destaca la corrección del juicio de proporcionalidad aplicado por la Sentencia objeto del recurso.

a) En relación con el primer aspecto, tanto la Abogacía del Estado como el Ministerio Fiscal recuerdan la doctrina del Tribunal Constitucional 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. No existe inconveniente constitucional alguno en que la Sala se haya fundado exclusivamente en indicios objetivos. 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. Del abundante material probatorio resulta acreditada la suscripción de un pacto entre los partidos coaligados y el complejo Batasuna y que los partidos coaligados se prestaron a dar continuidad a los partidos ilegalizados.

b) En relación con el contraindicio, la Fiscalía destaca 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.

c) Por último, se defiende la corrección del juicio de proporcionalidad efectuado por la Sala Especial. La anulación de las candidaturas 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 los fines terroristas de ETA. La anulación de las candidaturas es una medida necesaria para la consecución de esos fines, y no existe otra alternativa menos gravosa.

### 3. *Los Fundamentos Jurídicos de la sentencia*

La Sentencia del Tribunal Constitucional se basa en una serie de premisas, que a juicio de los firmantes de los cinco votos particulares —cuyos planteamientos comparte plenamente el autor de este comentario— son difícilmente aceptables.

En primer lugar, el Tribunal Constitucional realiza una determinada interpretación del artículo 44.4 LOREG, sobre los criterios a tener en cuenta para determinar la continuidad legal y constitucionalmente proscribida 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.

Esta continuidad, señala el Alto Tribunal, «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». El Tribunal recuerda, en este sentido, la STC 85/2003, de 8 de mayo, FJ 25, y la STC 126/2009, de 21 de mayo, FJ 8.

Fácilmente se comprende que el Tribunal en su interpretación del artículo 44.4 LOREG ha introducido subrepticamente el adverbio «además» que no figura en ella, ni en la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que ahora se cita.

Con esa premisa, en el Fundamento Jurídico 4 el Tribunal va a precisar el alcance de su función en el sentido de que debe ceñirse a «examinar si la convicción alcanzada por la Sala Especial del artículo 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 artículo 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».

No queda claro el alcance de esa afirmación. En última instancia, resulta bastante obvio que la convicción que alcance el Tribunal Supremo sobre la exis-

tencia de un fraude de ley pugnará siempre con el derecho de sufragio pasivo. Y, por otro lado, señalar que la revisión se llevará a cabo «desde los propios criterios interpretativos asumidos por el Tribunal Supremo» es contradictorio con la interpretación anticipada del artículo 44.4 LOREG, radicalmente distinta de la efectuada por la Sala Especial.

En segundo lugar, el Tribunal realiza una exposición sobre el valor de la prueba indiciaria (15) y anuncia que la comprobación de si la Sala Especial ha respetado esa doctrina le exige proceder a revisar la valoración de la prueba: «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.» Queda preparado así el terreno para la invasión competencial, esto es, para incurrir en el exceso de jurisdicción denunciado por los magistrados discrepantes, y ejercer funciones de tribunal de apelación.

En tercer lugar, en el Fundamento Jurídico 5 se formula un criterio hermenéutico que no puede ser aceptado. A saber, que la existencia de nuevos instrumentos introducidos por el legislador para la defensa del Estado frente a maniobras fraudulentas realizadas por formaciones políticas ilegalizadas, obliga a examinar desde una perspectiva más estricta la anulación de las candidaturas de *Bildu*:

---

(15) «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.»

«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» (16). 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) [...] En fin, la Ley Orgánica 3/2011, de 28 de enero, incluye en el artículo 6.4 LOREG una nueva causa de incompatibilidad (artículo 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.»

El razonamiento de este FJ es insostenible. Y ello por dos razones:

a) La primera porque la creación de mecanismos de control *a posteriori* como los introducidos por la LO 3/2011 no supone la derogación de los procedimientos de control previo como el que nos ocupa. En este sentido debemos denunciar no ya el exceso de jurisdicción, sino el dato de que el Tribunal pretende asumir una función de legislador negativo, sin haber sido instado a ello, esto es, de oficio. *De facto*, el efecto de su sentencia será dejar sin efecto el procedimiento para anular candidaturas fraudulentas, y ello porque tal decisión resultará siempre «desproporcionada» dado que cabe ejercer un control posterior de las mismas.

---

(16) «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». A esto cabe objetar que, constitucionalmente, el mismo «rigor» cabe exigir en la valoración de la prueba antes que después de la LO 3/2011.

b) Y la segunda razón, y ésta es decisiva, porque parte de una interpretación errónea de la LO 3/2011 (17). El Tribunal se refiere a la nueva causa de incompatibilidad sobrevenida introducida por la LOREG. Lamentablemente, el Tribunal no se ha enterado de que esa causa de incompatibilidad nunca podrá ser aplicada a los independientes de *Bildu* por la razón evidente de que éstos nunca tendrán la condición de electos por un «partido ilegalizado» por el hecho no menos evidente de que son «independientes». El Ministerio Fiscal lo advirtió con prudencia, para no cerrar la puerta a esta vía diciendo que era «discutible» que se pudiera aplicar. Lo cierto es que la puerta está cerrada. Dicho precepto nunca podrá ser aplicado a un independiente. Estaba pensado para supuestos como el de *Sortu*, pero no vale para *Bildu*. Desde esta óptica, la desafortunada decisión del Tribunal es irreversible.

En el Fundamento Jurídico 6 se inicia la invasión del ámbito competencial propio de la jurisdicción ordinaria, bajo la coartada de la necesaria defensa de un derecho fundamental: «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.»

Reiteramos aquí nuestra crítica a esta concepción del pluralismo como fundamento del ordenamiento constitucional. Dicho fundamento se encuentra en el artículo 10, dignidad de la persona y derechos fundamentales, y necesariamente opera como un límite al pluralismo, que como principio instrumental al servicio de los valores auténticos, no puede ser nunca fundamento de nada.

Sea de ello lo que fuere, lo que importa subrayar es que el Tribunal Constitucional anuncia que va a enjuiciar la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal Supremo. Y lo va a hacer sin respeto alguno al reparto competencial que el ordenamiento preve entre ambas jurisdicciones. En definitiva, ésta es la objeción más importante que cabe hacer a la sentencia que comentamos, y que justifica el título que hemos dado a este comentario jurisprudencial. El resto del Fundamento Jurídico es perfectamente prescindible, puesto que en él se limita

---

(17) Sobre el contenido, significado y alcance de esa Ley, TAJADURA TEJADA, J., «La reforma electoral y la ilegalización de partidos políticos: Comentario de la LO 3/2011, de 28 de enero, por la que se modifica la LO 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General», en *La reforma de la LOREG* (ÁLVAREZ CONDE, E., dir.), Madrid, Instituto de Derecho Público, 2011.

a reiterar la doctrina según la cual nuestro Estado Constitucional no responde al denominado modelo de «democracia militante».

En esta senda, en el Fundamento Jurídico 7 el Tribunal se pronuncia sobre el hecho de que la Sentencia impugnada considere acreditada la apreciación de la causa del artículo 44.4 LOREG en las candidaturas de *Bildu* a partir exclusivamente de elementos objetivos, prescindiendo de elementos subjetivos. A pesar de ello, y sobre las consecuencias que cabe atribuir a la presentación de unas listas no contaminadas, el Tribunal Constitucional rechaza la posición de la Abogacía del Estado, del Ministerio Fiscal y del Tribunal Supremo: «en modo alguno puede admitirse que la inexistencia de esas vinculaciones se convierta [...] 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 compararse, como se afirma en la Sentencia impugnada, que ese argumento de los recurrentes «tiene indudable fuerza lógica».

Ante esta afirmación del Tribunal Constitucional cabe señalar que, efectivamente, el argumento del Tribunal Supremo puede no ser compartido, pero difícilmente se puede negar su fuerza lógica. Y ello porque es lógico que quien tiene voluntad de defraudar prescinda de aquellos elementos que por sí mismos evidencian el fraude, como sería en este caso, la presencia masiva de personas vinculadas a ETA-Batasuna en las candidaturas de la coalición. Frente a esto, lo que resulta más difícil de reconocer —incluso para 5 de los 11 magistrados del Pleno (18)— es la lógica con la que opera el Tribunal Constitucional. Una lógica que consiste en impedir extraer conclusiones negativas para *Bildu*, derivadas de su propio proceder: «El Estado de Derecho y, en concreto, las exigencias del proceso debido no consienten, en modo alguno, que la inexistencia de indicios

---

(18) Con meridiana claridad y evidente acierto, el profesor Aragón denuncia en su Voto particular la ingenuidad y el candor, dignos de mejor causa, de la sentencia mayoritaria: «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 quienes 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.»

adversos al ejercicio de un derecho fundamental se constituya, invertido su sentido, en argumento para obstaculizar su ejercicio.»

Y tras este pronunciamiento sobre la prueba subjetiva, que en puridad resulta completamente innecesario habida cuenta que la sentencia impugnada se sustenta, como todas las partes reconocen, en la prueba objetiva, el Tribunal Constitucional dedica su Fundamento Jurídico 8 a rechazar la legitimidad constitucional de la valoración global de la prueba objetiva llevada a cabo por la Sala Especial. Esto es, básicamente, a la valoración de los informes policiales, y de diversos documentos de ETA-Batasuna.

El Tribunal Constitucional sustituye la valoración de la prueba que con rigor, coherencia y detalle había realizado la Sala Especial, por la suya propia (19). Y ello sin demostrar que la valoración anulada fuera arbitraria o irracional, simplemente por no coincidir con la suya propia. Y siendo esto ya grave, aún lo es más el hecho de que la valoración realizada por el Tribunal Constitucional si bien tampoco debiera ser calificada como irracional, sí que debe subrayarse su debilidad e inconsistencia. Y ello porque se basa en una distinción formal entre voluntad defraudatoria y materialización del fraude, que si desde un punto de vista conceptual es admisible, en su aplicación práctica, resulta por completo absurda. Acreditada y demostrada la primera, no se acierta a comprender que se niegue el hecho de que la formación de la coalición *Bildu* y la elaboración de sus candidaturas, sea precisamente la materialización del fraude. Así, el Tribunal afirma que «puede admitirse que razonablemente se deduzca que, en efecto, ETA y el partido político ilegalizado Batasuna [...] han propugnado «una estra-

---

(19) Lo que denuncian los Votos particulares. Por todos, Pérez de los Cobos: «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. 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, FJ 8; 112/2007, FJ 4; 31/2009, de 29 de enero, FJ 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»... «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.»

tegia de convergencia con otras fuerzas 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 dicho esto, el Tribunal Constitucional sostiene que *Bildu*, o los partidos políticos que la integran, no han dejado instrumentalizar sus candidaturas. Esa instrumentalización en modo alguno ha quedado probada.

Desde la óptica del Tribunal Constitucional la acreditación de la materialización del fraude se convierte así en una suerte de prueba diabólica o imposible. La voluntad defraudatoria no ha quedado en un mero plan, proyecto o diseño, sino que éste ha sido ejecutado hasta los últimos detalles [reparto de los puestos en las candidaturas (20)] y, a pesar de ello, el Tribunal dice que el fraude no se ha materializado porque esas candidaturas no son instrumento para el desarrollo de aquel plan.

El Fundamento Jurídico 9 se dedica a intentar justificar esa sorprendente conclusión. Y para ello el Tribunal Constitucional incurre en una valoración de pruebas aislada, descontextualizada y en ningún caso propia de su alta jurisdicción, sino más bien propia de una instancia no ya de casación —como algunos han criticado— sino de una simple jurisdicción de apelación (21).

---

(20) Aunque según el Tribunal Constitucional esto también carece de valor probatorio alguno: «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» (FJ 10).

(21) Por todos, Rodríguez Arribas: «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 intérprete 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, falta 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.»

Así, por ejemplo, se rechaza la fuerza probatoria del decisivo «Acuerdo electoral: Documento “Herri Akordioa. Metodología básica”» porque *Bildu* «ha 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» [...] «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».

Ante tan peregrino argumento uno de los magistrados discrepantes se pregunta en un muy razonado Voto particular, si con ello la mayoría entiende que todos los documentos acreditativos del fraude debieron ser rubricados ante notario (22).

A las reuniones celebradas, conversaciones telefónicas, informaciones periodísticas, al resto de documentos presentados, a los informes policiales, etc., tampoco cabe conferirles el valor probatorio que le otorga la Sala. Y ello porque «por sí mismos en nada acreditan que el designio defraudador de ETA y de Batasuna que la Sala estima aprobado se haya materializado en las candidaturas de la coalición recurrente».

En el Fundamento Jurídico 12 el Tribunal explicita la conclusión de su contundente juicio negativo sobre la valoración de la prueba efectuada por la Sala especial: «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.»

Para 5 de los 11 magistrados del Tribunal, que formulan Voto particular, los indicios tienen entidad probatoria más que suficiente (23).

---

(22) Rodríguez Arribas: «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 más difícil su descubrimiento y por ello, si no 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 LOPI, 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».

(23) Por todos, Manuel Aragón: «La convicción judicial de la existencia de una estrategia defraudatoria tendente a dar vida a los partidos ilegalizados a través de las candidaturas cuya

Para el Tribunal, la ausencia de indicios hace innecesario la valoración del contraindicio: «Esta insuficiencia probatoria, de acuerdo con nuestra doctrina, hace innecesario 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 [...] 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.»

Pero, en todo caso, también aquí el Tribunal Constitucional rechaza la valoración del contraindicio efectuada por la Sala Especial: «El contraindicio no puede ser despachado o relativizado, sin más, como “simulador” con el solo argumento de que la propia organización terrorista habría recomendado tal crítica o condena [...] 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 está formada por dos partidos que, como es público, [...] han condenado y condenan la violencia de ETA. [...] 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:

---

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».

“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).»

El Tribunal prescinde, una vez más, de un análisis en profundidad del caso. Considera el conraindicio en sentido meramente formal y prescinde de los requisitos objetivos exigibles desde una perspectiva sustantiva.

Con todo lo anterior, el Tribunal podía dictar ya su fallo estimatorio del amparo. Sin embargo la sentencia incluye un último Fundamento Jurídico, el décimo tercero, en el que se vierten afirmaciones de grueso calibre contra la Sala Especial. Se trata de un Fundamento Jurídico en el que el Tribunal Constitucional formula dos acusaciones tan injustas como innecesarias:

a) En primer lugar, se afirma con rotundidad y contundencia 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 acusación es de una dureza extraordinaria. Se imputa a la Sala Especial nada menos que haber fundamentado su resolución en «simples sospechas». Ahora bien, cualquier lector de la Sentencia de aquélla se percató pronto de que esta afirmación es rotundamente falsa.

b) En segundo lugar, el Tribunal Constitucional acusa al Supremo de haber puesto en peligro al Estado constitucional. «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.»

La seguridad del Estado constitucional debe ser garantizada con pleno respeto a los procedimientos previstos en el ordenamiento. En modo alguno se puede acusar a la Sala Especial de falta de respeto a ellos. Ocurre, sin embargo, que aunque el Tribunal Constitucional parezca ahora dudar de su legitimidad constitucional, entre esos procedimientos establecidos para garantizar la seguri-

dad del Estado, figuran unos de naturaleza eminentemente preventiva como son los previstos en la legislación sobre partidos y electoral. Que existan otros mecanismos de control *a posteriori* no significa que la utilización de los primeros sea *per se* ilegítima o desproporcionada, según las propias palabras del Tribunal Constitucional (24).

En su meritorio Voto particular —que analizaremos a continuación—, Manuel Aragón califica, con toda razón, de «lamentable» el contenido de este Fundamento Jurídico: «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» (25).

---

(24) Meridianamente claro es en este sentido, Manuel Aragón en su Voto particular, que analizaremos después: «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)».

(25) Por todos, Javier Delgado: «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*,

En su Fallo, el Tribunal Constitucional declara 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) y para restablecerla en su derecho, declara la nulidad de la Sentencia de la Sala Especial del Tribunal Supremo de 1 de mayo de 2011.

Cinco de los 11 magistrados discrepan radicalmente de esta decisión. Las razones de la discrepancia son muy similares. En este comentario creo oportuno detenerme en el muy bien fundamentado Voto del profesor Aragón en la medida en que es el voto más extenso y completo, y en él se denuncian con claridad y acierto los múltiples errores, defectos y contradicciones en los que incurre la sentencia mayoritaria.

#### 4. EL VOTO PARTICULAR DEL PROFESOR MANUEL ARAGÓN

Para el ilustre constitucionalista «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».

a) El profesor Aragón comienza recordando la plena constitucionalidad del artículo 44.4 LOREG, y ello porque en la desafortunada sentencia de la mayoría esto es algo que no resulta del todo claro: «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

---

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».

Derechos Humanos, entendiéndola como una restricción legítima de derechos, por ser adecuada y proporcional al fin que pretende.»

Y en segundo lugar, el profesor Aragón recuerda la vigencia de este artículo, que no resulta, en modo alguno, derogado por la Ley Orgánica 3/2011, de 28 de enero: «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).

b) Establecido esto, el Voto particular recuerda cuál es la función que la Constitución y la LOTC atribuyen al Alto Tribunal en cuanto jurisdicción de amparo. Una función con límites claros que la sentencia mayoritaria ha traspasado sin ningún pudor: «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 sólo se quiere dar continuidad a los partidos ilegalizados por Sentencia firme.» El Tribunal puede y debe revisar la apreciación del Tribunal Supremo, pero el alcance de esa revisión es limitado. Esto quiere decir que no puede anularla simplemente porque no la comparta o discrepe de ella: «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.» Por ello, «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 —continúa Manuel Aragón— 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.»

Al amparo de esta cláusula Aragón demuestra cómo del abundante material probatorio analizado resulta plenamente legítimo extraer las conclusiones que ha considerado acreditadas la Sala Especial. Y ello sin que pueda calificarse en modo alguno esa valoración global como irracional o arbitraria: «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 Administra-

ciones territoriales de acuerdo con sus estimaciones de electorado y con garantía de autonomía operativa, aun integrada en la coalición» (26).

c) Igualmente relevante resulta su interpretación y valoración del contraindicio. Sobre la inconsistencia del mismo en el caso que nos ocupa se pronuncia en los siguientes términos: «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”. “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» (27).

---

(26) «Así pues —concluye Aragón—, 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» [...] «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.»

(27) «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 tenida en cuenta como un contraindicio para excluir que mediante la coalición *Bildu* se pretenda continuar a los parti-

d) Finalmente, y sobre el hecho de que la anulación de las candidaturas afecte a dos partidos democráticos, Aragón recuerda que: «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.»

e) Por todo lo anterior, el profesor Aragón concluye lo siguiente: «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.»

Su razonamiento es de una coherencia y claridad meridianas. Y expresado en parecidos términos es compartido por los firmantes de los otros cuatro votos particulares. Innecesario es recordar al lector la singular «*auctoritas*» que en el ámbito del Derecho Constitucional ostenta el profesor Manuel Aragón. *Auctoritas* que justifica la transcripción que en este epígrafe hemos realizado de los argumentos principales defendidos en su Voto particular.

---

dos 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.»

## IV. CONSIDERACIONES FINALES

La conclusión principal que cabe extraer de las páginas precedentes es la que intitula este comentario, el Tribunal Constitucional ha incurrido en un exceso de jurisdicción evidente. Con su sentencia ha invadido el ámbito competencial propio del Tribunal Supremo, y ha sustituido la valoración global de la prueba llevada a cabo por aquél por la suya propia. Y ello sin haber demostrado que la valoración efectuada por la jurisdicción ordinaria resultara arbitraria o irracional, y como tal pudiera considerarse lesiva de un derecho fundamental.

Podemos preguntarnos finalmente qué ocurrirá si lograda su legalización y alcanzado el poder, los dirigentes y cargos electos de *Bildu* incurren en algunas de las conductas o actividades que determinaron la ilegalización de Batasuna (28). En el Voto particular a la sentencia de la Sala Especial y en la sentencia de la mayoría del Tribunal Constitucional se contiene una respuesta que es tan tranquilizadora como falsa, basada en una interpretación errónea de la LO 3/2011.

Los magistrados discrepantes de la Sala Especial utilizan un argumento que el Tribunal Constitucional hizo suyo. Dicho argumento consiste en afirmar que la existencia de nuevos instrumentos introducidos por el legislador para la defensa del Estado frente a maniobras fraudulentas realizadas por formaciones políticas ilegalizadas, obliga a examinar desde una perspectiva más estricta la anulación de las candidaturas de *Bildu*. Y en concreto se cita expresamente cómo la Ley Orgánica 3/2011, de 28 de enero, incluye en el artículo 6.4 LOREG una nueva causa de incompatibilidad sobrevenida: «[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.»

Lamentablemente, el Tribunal no se ha enterado (o no ha querido enterarse) de que esa causa de incompatibilidad nunca podrá ser aplicada a los independientes de *Bildu* por la razón evidente de que éstos nunca tendrán la condición de electos por un «partido ilegalizado» por el hecho no menos evidente de que son «independientes». El Ministerio Fiscal lo advirtió con prudencia, para no cerrar la puerta a esta vía, diciendo que era «discutible» que esta causa de in-

---

(28) Al día de hoy, 6 de septiembre de 2011, en que remito este comentario a la *REDC*, actuaciones de este tipo han tenido ya lugar.

compatibilidad se pudiera aplicar. Lo cierto es que la puerta está cerrada. Dicho precepto nunca podrá ser aplicado a un independiente. Estaba pensado para supuestos como el de *Sortu*, pero no vale para *Bildu*. Desde esta óptica, la desafortunada decisión del Tribunal Constitucional es irreversible.

En definitiva, con esta resolución el Tribunal Constitucional ha invadido el ámbito competencial del Tribunal Supremo, y ha reemplazado la valoración global de la prueba realizada por éste por la suya propia, realizada de forma aislada, y descontextualizada. Con ello ha dejado sin efecto la sentencia de ilegalización de Batasuna dictada por la Sala Especial en 2003, y ha derogado, *de facto*, los mecanismos de control previo de legalidad de partidos y candidaturas previstos en la legislación electoral y de partidos.