

VOTO PARTICULAR QUE FORMULAN LOS MAGISTRADOS, EXCMOS. SRES.: D. Manuel Ramón Alarcón Caracuel, D. Juan Antonio Xiol Rios, D. Gonzalo Moliner Tamborero, D. Jose Luis Calvo Cabello, D. Alberto Jorge Barreiro y D. Rafael Gimeno-Bayon Cobos, a la sentencia de 1 de mayo de 2011, dictada en el procedimiento seguido en la Sala Especial del artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial para conocer de los recursos presentados por el abogado del Estado y el Ministerio Fiscal en procedimientos contencioso-electorales, números 2/2011 y 4/2011 acumulados, contra los acuerdos de proclamación de las candidaturas de la coalición electoral “BILDU–Eusko Alkartasuna (EA)/Alternatiba Eraikitzen”, adoptados por las Juntas Electorales de Zona de los Territorios Históricos de Álava, Vizcaya y Guipúzcoa a elecciones municipales y de Juntas Generales, de las Juntas Electorales de la Comunidad Foral de Navarra a elecciones municipales y al Parlamento Foral, y de la Junta Electoral de Miranda de Ebro (Burgos) respecto a la candidatura presentada en la localidad de Condado de Treviño, publicadas en los respectivos Boletines Oficiales de Álava, Vizcaya, Guipúzcoa, Navarra y Burgos, todos ellos de 26 de abril de 2011.

Los magistrados abajo firmantes, con respeto a la decisión de la Sala, adoptada por mayoría, formulan voto particular en el que expresan los fundamentos jurídicos de su parecer discrepante.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- 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, el artículo 44.4 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (LOREG) (añadido por la L.O. 6/2002 y modificado por la L.O. 3/2011), y siguiendo idéntico procedimiento, el previsto en el artículo 49.5 de la LOREG (añadido y modificado igualmente por las L.O. 6/2002 y 3/2011). La argumentación también es prácticamente idéntica y los recursos fueron acumulados por Auto de 28 de abril de 2011.

En dicho procedimiento del artículo 49.5 de la LOREG la valoración de la prueba presenta en estos casos especiales dificultades por causa de la brevedad del plazo para formular alegaciones y la imposibilidad de practicar prueba distinta de la documental. No cabe descartar que estas circunstancias pudieran causar indefensión a los demandados que, de concurrir los requisitos pertinentes, obligaría a plantearse la constitucionalidad de la norma reguladora del procedimiento. Ahora bien, en el presente caso, no procede efectuar tal planteamiento porque los firmantes del presente voto particular consideran procedente la desestimación total de los recursos.

SEGUNDO.- Conviene, en primer lugar, recordar el texto legal que debemos aplicar para resolver la cuestión planteada, esto es, el artículo 44.4 de la LOREG, que dice así:

“En todo caso, los partidos políticos, las federaciones o coaliciones de partidos, y las agrupaciones de electores no podrán presentar candidaturas que, de hecho, vengán 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.”

Se trata de un precepto que reproduce casi literalmente (con la salvedad que más adelante analizaremos) las condiciones establecidas por el legislador, en el artículo 12.3 de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos (LOPP), para declarar la ilegalización de un partido político, sea por denegación de la inscripción de uno nuevo, sea por disolución de uno ya existente, en los supuestos en que dicho partido “continúe o suceda la actividad de un partido político declarado judicialmente ilegal y disuelto”. Con ello el legislador deja patente que prohibir a un partido político –o a una coalición de varios- participar en unas elecciones es algo equivalente a una ilegalización transitoria, habida cuenta de que la función primordial de los partidos políticos es servir de vehículo para que los ciudadanos hagan efectivo un derecho fundamental cual es *“el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal”* (artículo 23 de la Constitución Española), tal como afirma explícitamente el artículo 6 de la propia Constitución: *“Los partidos políticos expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a la Ley. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos”*. En definitiva: impedir a un partido -o federaciones, o coalición de partidos, o agrupaciones de electores - presentarse a unas elecciones no perjudica únicamente a ese partido o a los miembros del mismo que pretendan presentarse como candidatos en sus listas (derecho de sufragio pasivo) sino a aquel sector del electorado que, ejerciendo su derecho de sufragio activo, desearían votar a esa opción ideológica o partidaria. Y perjudica también al conjunto de la sociedad, en cuanto se cercena la expresión del pluralismo político y la correcta manifestación de la voluntad popular, a que se refiere el artículo 6 de nuestra Constitución. Y ese impedimento constituye una ilegalización transitoria (que, en principio, durará cuatro años), razón por la cual el artículo 44.4 de la

LOREG exige para ello los mismos requisitos que el artículo 12.3 de la LOPP exige para la ilegalización permanente.

TERCERO.- 1. Procede, por lo tanto, analizar cuales son esos requisitos exigidos por el legislador para que se pueda apreciar que una determinada candidatura –o un conjunto de ellas- *“de hecho, vengan a continuar o suceder la actividad de un partido declarado ilegal o disuelto, o suspendido”*. Pero antes es necesario analizar el significado exacto de este primer inciso del artículo 44.4 de la LOREG. Nótese que el precepto legal que acabamos de transcribir no dice “suceder o continuar la actividad” sino “continuar o suceder la actividad”. No se trata de una cuestión baladí. En el primer caso, estaríamos ante una “o” disyuntiva, lo que significaría que el legislador ha diseñado dos supuestos de hecho distintos y cada uno de ellos determinante de la “ilegalización transitoria”: la sucesión y la continuación de la actividad. Por sucesión cabría entender la identidad de las personas dirigentes o incluso simples afiliados entre el partido disuelto y el nuevo (o coalición electoral o agrupación de electores), y la titularidad o uso de los mismos bienes materiales (locales, cuentas bancarias, etc.). Por continuar la actividad debemos entender la pretensión de hacer lo mismo que venía haciendo el partido político ilegalizado y por lo que fue ilegalizado: en nuestro caso, servir de instrumento político de una banda terrorista, ETA, dándole apoyo, cobertura, etc. etc. (sobre esto volveremos más adelante); por lo tanto, continuar la actividad no es meramente pretender participar en el juego político democrático y presentarse a las elecciones, si ello se hace de manera ajustada a la Constitución y a la Ley y rechazando de manera inequívoca toda connivencia con la banda terrorista ETA y con la utilización de la violencia. Siguiendo ahora con la segunda posibilidad interpretativa de ese precepto, ésta consiste en entender que, en la expresión utilizada por el legislador, la “o” tiene necesariamente una significación de sinonimia: suceder equivale a continuar, puesto que, si no, carecería de sentido (¿qué significa “suceder la actividad”?). Por lo tanto, estamos ante un único supuesto de hecho para la ilegalización transitoria: la continuación de la actividad, entendida en los términos que antes hemos dicho.

Es claro que esta segunda interpretación no es solamente la más coherente con las reglas de la lógica y de la semántica sino, sobre todo, la única que permite un Estado de Derecho como el que configura nuestra Constitución en el que no resulta posible sancionar (al fin y al cabo, impedir presentarse a unas elecciones es materialmente una sanción o, en cualquier caso, la privación de un derecho) identidades –como tampoco ideologías– sino solamente conductas.

Al respecto es conveniente recordar la jurisprudencia de esta Sala en relación con el pluralismo político y la democracia militante, que puede ser resumida en los siguientes puntos:

a.- Desde las SSTS de 27 de marzo de 2003 (6 y 7/2002) esta Sala ha venido insistiendo en el valor esencial del pluralismo político en un sistema democrático. Pues “el pluralismo político [ocupa] dentro del articulado de la Norma Suprema una posición preeminente, correspondiente, a su vez, con la condición de valor superior del Ordenamiento Jurídico que allí mismo se le atribuye. Esta condición comporta, desde luego, cierta dimensión trascendente o informadora del texto constitucional y del Ordenamiento Jurídico en su conjunto, pero en cierta medida también evoca un rango axiológico superior al que, en principio, pudiera predicarse de los principios constitucionales y de los derechos fundamentales”. Doctrina que ha sido reiterada, entre otras, en las SSTS de esta Sala de 3 de mayo de 2003 (1/2003), 21 de mayo de 2004 (1 y 2/2004), 22 de septiembre de 2008 (5 y 6/2008) y 7 de febrero de 2009 (3 y 4/2009).

En la misma línea la STC 32/1985, de 6 de marzo, ya razonó que el pluralismo político es “un valor jurídico fundamental” y que los partidos políticos son “expresión del tal pluralismo”, doctrina reiteradamente confirmada, entre otras en la reciente STC 126/2009, de 21 de mayo, donde se insiste en que el pluralismo político es un “valor fundamental del Estado constitucional democrático”.

b - Asimismo ha establecido esta Sala desde las SSTS de 27 de marzo de 2003 (6 y 7/2002) que: “La más precisa materialización de esta clase de pluralismo, el político, queda vinculada en nuestro texto constitucional a los partidos, respecto de los cuales no sólo se indica que dentro del mismo vivan, sino que llega a afirmarse que lo "expresan", es decir lo materializan”. Exigiendo la materialización del pluralismo reconocido a los partidos que se les garantice “una esfera singularmente amplia de libertad de expresión, pues el pluralismo, como es llano, no sólo abarca la posesión de planteamientos sino que también alcanza a su transmisión libre por la sociedad”.

Indicando las SSTC 48/2003, de 12 de marzo y 6/2004, de 1 de abril que los partidos políticos son “una realidad institucional cualificada por la relevancia de sus funciones constitucionales en cuanto “expresión principalísima” del pluralismo político” –doctrina reiterada, entre otras, en la STC 5/2004, de 16 de abril y 31/2009, de 29 de enero-. Al mismo tiempo, el TEDH ha venido sosteniendo de forma reiterada que los partidos políticos tienen un “papel esencial en el mantenimiento del pluralismo y el buen funcionamiento de la democracia” –STEDH de 3 de febrero de 2004 y STEDH de 30 de junio de 2009 -.

c.- La Sala ha venido sosteniendo la inexistencia de un sistema constitucional de “democracia militante”. Así, las SSTS de 27 de marzo de 2003 (6 y 7/2002) razonaron que: “nuestro texto constitucional rige (irradiada por el rango de valor superior del ordenamiento jurídico que se asigna al pluralismo político), en favor de un régimen de libertad política prácticamente ilimitada (en realidad absolutamente ilimitada en las ideas, no así en los actos a través de los que se pretenda su consecución), donde adquiere pleno sentido que nuestra Norma Suprema no haya optado por un sistema de "democracia militante", sino por un sistema extremadamente tolerante, si se quiere "combativamente" tolerante, a favor de todos los postulados políticos”. Pues “en nuestro sistema constitucional tienen cabida todas las

ideas y todos los proyectos políticos, incluso, en palabras del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencias de 7 de diciembre de 1976 o 13 de febrero de 2003), aquellos que "ofenden, chocan o inquietan". Tienen incluso cabida, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos, aquellas ideas que fueren contrarias al sistema constitucional, pretendan su sustitución o derogación o, desde luego, postulen fórmulas de organización territorial distintas a las elegidas por el constituyente. Por esto último la Sala acepta y hace suya la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 2 de octubre de 2001, en la que se señala que "el hecho de que un grupo de personas pida la autonomía o incluso la secesión de parte del territorio del país, y por tanto, exija cambios constitucionales y territoriales fundamentales, no puede automáticamente justificar la prohibición de sus reuniones"...".

Doctrina confirmada por la STC 48/2003, de 12 de marzo al razonarse que "en nuestro ordenamiento constitucional no tiene cabida un modelo de «democracia militante» en el sentido que él le confiere, esto es, un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución. Falta para ello el presupuesto inexcusable de la existencia de un núcleo normativo inaccesible a los procedimientos de reforma constitucional que, por su intangibilidad misma, pudiera erigirse en parámetro autónomo de corrección jurídica, de manera que la sola pretensión de afectarlo convirtiera en antijurídica la conducta que, sin embargo, se atuviera escrupulosamente a los procedimientos normativos. La Ley recurrida no acoge ese modelo de democracia. "

2. Pues bien, ese único supuesto de ilegalización transitoria –la continuación de la actividad del anterior partido ilegalizado permanentemente- ¿cuándo se produce?. Se trata de una pregunta no fácil de responder puesto que, por hipótesis, el nuevo partido (o coalición o agrupación) aún no ha tenido prácticamente tiempo de desarrollar una actividad sobre la que se pueda decir si la misma consiste o no en una

continuación de aquella actividad ilícita que determinó la ilegalización del partido anterior. Por lo tanto, el legislador coloca al intérprete y al juzgador en la difícil situación de pronunciarse sobre una hipótesis de futuro y, consciente de la dificultad práctica –y, sobre todo, de los escollos jurídico-constitucionales de semejante operación, difícilmente salvables- enumera hasta cuatro indicios que pueden llevar a dicha conclusión de que el nuevo ente “pretende” continuar la actividad ilícita del ente ilegalizado, a saber: la “*similitud sustancial*” de: a) las estructuras, organización y funcionamiento; b) de las personas que los componen, rigen, representan, administran o integran cada una de las candidaturas; y c) de la procedencia de los medios de financiación o materiales; y a ello se añade un cuarto indicio que, aunque comienza formulándose a modo de cláusula abierta –“*cualesquiera otras circunstancias relevantes*”- concluye concretándose en un indicio que la jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Constitucional ha llegado a considerar el super-indicio de que el nuevo ente pretende continuar la actividad del anteriormente ilegalizado: “*su disposición a apoyar la violencia o el terrorismo*”. Y dicha jurisprudencia ha construido, además, la teoría del “*contraindicio*”: el rechazo de la violencia y del terrorismo neutralizará los demás indicios –en el caso de que estos existieran- y producirá el efecto de que el ente en cuestión -que expresa dicho rechazo de forma inequívoca- no se puede ilegalizar.

Así, es conveniente recordar cómo el ATS de 22 de mayo de 2007 declara que «debe precisarse la jurisprudencia que se ha reseñado en el sentido de que la condena o rechazo del terrorismo, cuando concurren las circunstancias que determinan su exigibilidad, no comporta únicamente el compromiso de utilizar exclusivamente medios pacíficos en el nuevo partido político constituido, toda vez que lo exigible no es solo un compromiso de actuar por vías democráticas, sino también de rechazar toda connivencia con quienes actúan por medios violentos y, por ello, esencialmente antidemocráticos, y, en consecuencia, de rechazar de forma inequívoca las actividades terroristas en razón de cuya connivencia ha sido ilegalizado el partido disuelto. Se trata, en suma, de un rechazo a la violencia terrorista de

ETA como instrumento de acción política a partir de la constitución del nuevo partido».

Este criterio es acorde con las exigencias derivadas de la CE. Según STC 99/2004, de 27 de mayo (FJ 19), «si bien a ningún ciudadano se le puede exigir, por principio, manifestar adhesiones o repulsas que han de nacer solo, si lo hacen, de su libertad de expresión, es perfectamente aceptable en una sociedad democrática que, tan pronto se cierna sobre una agrupación electoral la sospecha fundada de connivencia con el terror o con formaciones que han sido proscritas en razón de esa connivencia, pueda esperarse de ella, si efectivamente no acepta más instrumentos que los del voto y el debate libre, una declaración inequívoca de distanciamiento, rechazo y condena de cuanto representan una organización criminal y sus instrumentos políticos [...]. Quebrar esa dimensión significativa del silencio con el pronunciamiento firme e indubitado frente al terrorismo y sus instrumentos es, en definitiva, lo menos que cabe demandar de quien quiere servirse de los beneficios que brinda el sistema que la criminalidad quiere subvertir».

En alguna resolución, el TC no considera indispensable, si reviste especiales caracteres de contundencia, que el distanciamiento, rechazo y condena se refiera específicamente a la banda terrorista ETA. Así ocurre en la STC 126/2009, en la que se declara lo siguiente: «No es necesario, en este caso, oponer a los indicios manejados, dada su insuficiencia probatoria, el contraindicio de la condena del terrorismo; pero sí resulta oportuno señalar que tal condena se ha verificado en la demanda de amparo -dato que no pudo conocer el Tribunal Supremo- en los siguientes términos: "Esta parte quiere manifestar de forma clara y sin ambigüedades, que la coalición electoral 'Iniciativa Internacionalista-La Solidaridad entre los Pueblos', así como los partidos que la integran, Izquierda Castellana y Comuner@s, nunca han utilizado medios que no sean estrictamente políticos para la obtención de sus objetivos programáticos, siendo el uso de la violencia completamente ajeno a su forma de acción y cultura política, por ello

expresan un claro rechazo y condena del uso de la violencia para la obtención de objetivos políticos en el marco de un Estado democrático"».

En todo caso, carece de valor decisivo como contraindicio una condena de carácter abstracto o genérico. La STC 99/2004 declara que el terrorismo «no es lamentablemente una mera abstracción, sino una realidad concreta, perfectamente definida, ante la que no tiene el mismo valor significativo la condena genérica de la vulneración de los derechos civiles y políticos de cualquiera, que es la única a la que se refiere la recurrente y a la que es atribuible un cierto sentido de abstracción, que la condena concreta del terrorismo, que implica un referente subjetivo mucho más preciso, y que de existir constituiría el contraindicio referido en nuestra jurisprudencia».

La concurrencia de este contraindicio 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».

3. Que lo que el precepto que estamos comentando –el segundo inciso del artículo 44.4 de la LOREG- contiene es una enumeración de “indicios” no es discutible ni discutido por nadie. La propia formulación del legislador así lo indica: “*A tales efectos, se tendrá en cuenta...*”. Y no puede ser de otro modo, puesto que se trata de despejar una hipótesis de futuro –si el nuevo ente continuará la actividad ilícita del anterior ilegalizado- y ello, por ese carácter hipotético, no puede ser objeto de una prueba directa sino solamente indiciaria. Así lo ha reconocido paladinamente la jurisprudencia cuando ha afirmado que cualquier indicio deja siempre cierta holgura que facilita alternativas favorables a la hipótesis contraria. Lo relevante para que pueda entenderse establecida la prueba es que de los indicios pueda obtenerse un elevado grado de probabilidad y que aquella holgura no sea suficiente para ponerla en cuestión. Como declara la STS 503/2008, de 17 de julio, es menester «que de los hechos base acreditados fluya, como conclusión natural, el dato precisado de acreditar, existiendo entre ambos un

enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano, rechazándose las inferencias demasiado abiertas o inconsistentes».

Y ese carácter de prueba indiciaria supone una serie de limitaciones en su uso.

Según jurisprudencia reiterada de este Tribunal, la fuerza de la prueba indiciaria procede precisamente de la interrelación y combinación de los diferentes indicios, que convergen y se refuerzan mutuamente cuando todos ellos señalan racionalmente en una misma dirección (SSTS 1088/2009, de 26 de octubre; 480/2009, de 22 de mayo; y 569/2010, de 8 de junio, entre otras). Es decir, la conclusión prohibitoria no puede reposar sobre un solo indicio.

En relación con los llamados contraindicios, es decir, aquéllos elementos de los que cabe extraer una prueba de sentido contrario al de los indicios, la STS 586/2010, de 10 de junio, declara que no pueden considerarse como tales las contradicciones de escasa entidad o con un componente de falta de lógica, constitutivas de datos que generan suspicacias, más que de auténticas contradicciones. Por otra parte, los recurrentes afirma que lo que en realidad ocurre es que estamos ante un fraude de ley perpetrado por Batasuna que pretende estar por una u otra vía en las elecciones. Pero, en nuestra opinión, no queda demostrado dicho fraude de ley. Hay que recordar que el grado de certeza exigible para considerar probado el supuesto fáctico del fraude no es el habitual aplicable como regla general en los procedimientos civiles, puesto que nos encontramos ante una resolución que va a afectar con mayor o menor gravedad al ejercicio de importantes derechos fundamentales (participación política, derecho de asociación, libertad de expresión, libertad ideológica...).

Por otra parte el carácter restrictivo de derechos fundamentales que supone impedir la concurrencia a un proceso electoral debe traducirse en la aplicación de un canon de especial exigencia en la valoración de la prueba,

el cual no permite sustituir la certeza objetiva por la sospecha o la mera convicción subjetiva, y además dicho canon interpretativo es el de la mayor efectividad del derecho fundamental. Así lo ha establecido de manera terminante nuestro Tribunal Constitucional. La STC 5/2004 (FJ 10) declara que «como venimos diciendo desde nuestra STC 26/1981, de 17 de julio, FJ 16, las limitaciones de derechos fundamentales exigen que la autoridad que las acuerde esté en condiciones de ofrecer la justificación pertinente, lo que, traducido al ámbito que nos ocupa, significa que los presupuestos justificativos de la limitación han de hallarse probados. Hay, pues, aquí, una atribución de la carga de la prueba al Estado, semejante a la que tiene lugar en virtud de la presunción de inocencia, si bien las exigencias probatorias no sean las mismas que las que rigen el proceso penal».

El grado de certeza exigible en un supuesto como el enjuiciado es, en definitiva, el fijado por la STC 126/2009, la cual declara que en virtud del pluralismo político, valor fundamental del Estado constitucional democrático, este puede «legítimamente defender la indemnidad del régimen de libertades frente a quienes persiguen su destrucción por medios violentos, [pero] no puede en ningún caso articular esa defensa por otros medios que los legalmente establecidos y sobre la base de certidumbres basadas en hechos y datos debidamente acreditados (como ha sido siempre el caso en aquellos supuestos en los que este Tribunal ha dado por correcta la anulación de determinadas candidaturas cuya vinculación con organizaciones terroristas se tuvo por suficientemente demostrada) nunca a partir de sospechas y convicciones que, por razonables que puedan resultar en términos políticos, han de quedar descartadas como elemento de conformación de la voluntad del poder público. Esta es, para sus críticos, la más grave y peligrosa debilidad del Estado de Derecho. En realidad, por el contrario, constituye su fuerza legitimadora y su verdadera grandeza.»

CUARTO.- Una vez aclarado todo lo anterior, podemos enfrentarnos con el análisis de los recursos planteados y, en definitiva, del caso sometido a nuestra consideración. Cabría esperar que los recursos presentados

analizaran y probaran con la debida atención la concurrencia o no de cada uno de los cuatro indicios citados. Sin embargo, ni uno ni otro recurso –ni el del Abogado del Estado ni el del Fiscal- 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 (ni, salvo alguna breve alusión, a la posible existencia del contraindicio del rechazo del terrorismo y todo género de violencia y el compromiso de actuar políticamente por vías exclusivamente pacíficas y democráticas). Por el contrario, los recursos se limitan a hacer un gran esfuerzo por demostrar algo que, por lo demás, es la evidencia misma: que algunos de los dirigentes o líderes actuales de la Izquierda Abertzale que han participado –junto con los dirigentes de la Coalición de los partidos “Eusko Alkartasuna” y “Alternatiba”- en la confección de las candidaturas de BILDU tuvieron anteriormente relaciones de muy diversa índole –a veces, como candidatos, como cargos electos, como dirigentes; a veces como simples militantes de base o simpatizantes o interventores de mesas electorales, etc.- con alguno o algunos de los partidos que hoy por hoy están ilegalizados, especialmente “BATASUNA”. Ese gran esfuerzo –realizado al hilo de los Informes de la Policía y de la Guardia Civil y que, pese a todo, no están exentos de algunos crasos errores- es, en realidad baldío. Y ello es así porque, con la doctrina constitucional en la mano, la ilegalización de un partido político no conlleva la privación de los derechos de participación política a sus miembros. Así la STC 110/2007, de 10 de mayo afirma: “Al respecto, según tuvo ocasión de señalar este Tribunal en la STC 85/2003, de 8 de mayo, “la disolución de un partido político no comporta la privación del derecho de sufragio, activo o pasivo, de quienes fueron sus promotores, dirigentes o afiliados. Semejante consecuencia sólo puede traer causa de un procedimiento judicial específicamente centrado en la conducta o en las circunstancias de personas físicas, quienes, en los términos previstos por la Ley, únicamente pueden verse privadas del ejercicio del derecho fundamental reconocido en el art. 23.1 CE si concurren las causas también taxativamente fijadas por el art. 6 de la Ley electoral, entre las que no figura la vinculación con un partido

disuelto en aplicación de la Ley Orgánica 6/2002” (FJ 23). Pues bien, entre las facultades de ese derecho de participación política que dichos sujetos conservan está la de promover la presencia de candidatos del sector ideológico al que ellos mismos pertenecen –la Izquierda Abertzale- en las listas de una Coalición de partidos –en el caso, EA y Alternatiba- negociando el programa, la composición de las listas, el orden de las mismas, etc. El esfuerzo por demostrar que esas negociaciones y esos acuerdos han existido y que, en virtud de los mismos, la composición de las listas de BILDU responden al respectivo peso electoral que, por los resultados obtenidos en procesos electorales anteriores, se supone que pueden tener actualmente los respectivos integrantes de BILDU –EA, Alternatiba y los Independientes de Izquierda Abertzale- es igualmente inútil: lo verdaderamente sorprendente –y hasta antidemocrático- sería que no fuera así. Es cierto que, como subrayan los recurrentes, la expectativa de voto de la Izquierda Abertzale solamente se puede calcular teniendo en cuenta los resultados obtenidos en su día por partidos legales representativos de dicho sector ideológico, algunos de los cuales, sin embargo, fueron posteriormente ilegalizados. Pero ello no significa que ese sector ideológico de la Izquierda Abertzale esté condenado a no poder participar nunca más en las elecciones a través de otras fórmulas organizativas. Lo podrá hacer con una única y exclusiva condición, que es la que la LOREG impone: que esa nueva fórmula organizativa para la participación electoral no pretenda continuar la actividad por la que fueron ilegalizados dichos otros partidos, a saber, apoyar a ETA. Y para llegar a la conclusión contraria, la coincidencia subjetiva apuntada por los recursos es un indicio muy débil ante la contundencia de los contraindicios de que hablaremos más adelante.

QUINTO.- Pero antes es necesario que nos refiramos a otro aspecto de esa posible “contaminación subjetiva”, a saber el que algunos de los componentes de las listas de candidatos de BILDU identificados en las mismas como independientes de la Izquierda Abertzale tengan o hayan tenido algún tipo de relación con alguno de los partidos que han sido ilegalizados. Pues bien, a este tema dedica el Fiscal la mitad de su recurso

(casi 200 páginas de la 137 a la 327, de un total de 388) para al final reconocer, ya en la página 364 del recurso, lo siguiente: “en el caso de autos, la precitada vinculación subjetiva en los términos que determinó el Auto de esa Excma. Sala de 22 de mayo de 2007 y ulteriormente confirmó la STC 112/2007 resultan escasamente significativos a los fines de demostrar la existencia de una sucesión o continuidad en la actividad de Batasuna puesto que, como pretenderemos demostrar con los indicios que se han recogido en el apartado correspondiente de antecedentes de este recurso, los candidatos “*supuestamente independientes*” que se han incluido en las listas de BILDU han sido cuidadosamente seleccionados para no provocar la “contaminación” de la lista. Así pues, en el caso presente, la vinculación con BATASUNA no es posible obtenerla de modo exclusivo a partir del análisis de las candidaturas y de los vínculos de los candidatos, al menos en el modo y manera en que han sido apreciados por la Jurisprudencia de esa Excma. Sala y del Tribunal Constitucional. Muy pocos son los candidatos que, de conformidad con la citada doctrina, pudieran mantener algún vínculo subjetivo de conexión con la formación ilegalizada. Por eso, del análisis de la relación de candidaturas, si a lo que se aspira es a demostrar la existencia de un fraude de ley y se acude a la técnica del levantamiento del velo, únicamente puede llegar a demostrarse si aquél se hace en conexión con la trama que pretendemos justificar en el anterior apartado de la valoración de la prueba”.

De esa “trama” nos ocuparemos más adelante. Ahora basta decir que esa conclusión del propio Fiscal termina de debilitar aún más el ya de por sí débil indicio de la contaminación subjetiva que venimos examinando. Solamente añadiremos que en las alegaciones de la parte recurrida se han denunciado más de un centenar de errores en el análisis de las listas hecho por el Fiscal (siguiendo el Informe de la Guardia Civil incorporado a autos) que, dadas las limitaciones procedimentales de este recurso contencioso-electoral, esta Sala no está en condiciones de afirmar si efectivamente todos ellos son o no errores. La mayoría de ellos consisten en atribuir la condición de miembros de partidos ilegalizados a personas que, en realidad,

pertenecen a Eusko Alkartasuna y de las que se facilita el número de afiliación a tal partido (y de algunos se ha aportado prueba documental de dicho extremo). Algunos de esos errores –si es que lo son- resultan especialmente llamativos: por ejemplo, atribuir la condición de miembro de ANV al primer candidato de la lista para el municipio de Arraia-Maeztu, cuando el mismo ha sido repetidamente candidato de Eusko Alkartasuna en la misma localidad; o pretender que el candidato nº 4 al municipio de Legutio fue candidato de la Plataforma Itzarzu en 2003, cuando en esa fecha era un menor de edad; o afirmar que el candidato nº 10 a las Juntas Generales de Guipúzcoa fue identificado en 1996 como simpatizante de Batasuna, cuando en dicha fecha Batasuna no existía (nació casi cinco años después); etc. etc.

Por otra parte, señala el Fiscal en varios momentos de su recurso que el elemento subjetivo tiene escasa relevancia, y sólo lo destaca a los efectos de computarlo globalmente, en términos porcentuales, para ofrecer unas cifras de presencia de independientes que considera sospechosas de que postergan a los candidatos de los dos partidos legales de la coalición para, en atención a la previsión de voto, ofrecer los mejores puestos a dichos independientes que, en su opinión tienen todas vinculaciones con los partidos ilegalizados. Pero lo cierto y verdad es que la única vinculación con los partidos ilegalizados con carácter, en principio, relevante de todas las que se exponen en el recurso del Fiscal y se reflejan pormenorizadamente en el informe de la Guardia Civil 28/11, es básicamente la condición de avalistas de esos candidatos en elecciones anteriores.

Precisamente respecto de los avalistas, el TC en S. 68/2005, de 31 de marzo, hizo referencia a que “la historia personal y política de los avalistas de una agrupación electoral no puede suponer indicio de tal sucesión o continuidad por la sola y evidente razón de que está en la entraña misma de la agrupación electoral, como forma de participación política, la apertura sin control posible ni mediatización alguna a la firma de cualesquiera electores en el ámbito de que se trate, firma que de iure no expresa sino el apoyo a que determinada candidatura acceda a la

competencia electoral. No cabe, dicho de otro modo, proyectar sobre la agrupación (sobre sus integrantes) sospechas a partir de apariencias o de indicios que surgen, a su vez, de unas conductas (firmas de aval) sobre las que la agrupación carece de control y que le son formalmente ajenas. En el caso extremo, una significativa presencia, entre los avalistas, de personas en su día ligadas a los partidos disueltos permitiría, tan solo, abrigar la conjetura de que tales personas ponen su confianza en la candidatura de la agrupación, pero a partir de esa conjetura no cabe construir aquí un indicio”.

En atención a lo expuesto, no cabe tomar en consideración en absoluto como elemento determinante de la afectación de una determinada candidatura, la circunstancia fáctica de que algunos candidatos hubieran sido en el pasado avalistas o firmantes de candidaturas ilegalizadas. Otra cosa es que, tomada en consideración la globalidad de los antiguos avalistas presentados como candidatos de Bildu, unida a otros elementos objetivos, pudiera gozar de cierta relevancia –aún así ciertamente débil- en orden a ponderar la existencia de una estrategia sucesoria de los partidos ilegalizados. Pero es que los elementos objetivos acreditados por la documental aportada, carecen de la fortaleza exigible 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.

SEXTO.- Llegamos ahora a una cuestión verdaderamente esencial: con esa cuasi inexistente “contaminación subjetiva” se pretende no ya eliminar de algunas de las candidaturas de BILDU a los candidatos que estuvieran contaminados (esto es lo máximo que permite el artículo 44.4 que dice –y ésta es la única diferencia con el artículo 12.3 de la LOPP a que antes aludimos- que se debe tomar en cuenta la similitud sustancial de las personas “de cada una de las candidaturas”) y ni siquiera eliminar todos los candidatos de la Izquierda Abertzale dentro de BILDU sino algo aún más radical: anular todas las candidaturas de BILDU incluyendo los candidatos de los dos partidos legales de la Coalición, EA y Alternatiba. El propio Ministerio

Fiscal es consciente de lo insostenible de esta tesis cuando afirma (pág. 339 de su recurso) lo siguiente: “No escapan a este Ministerio el conjunto de dificultades de índole probatoria y también jurídicas que entraña el sostenimiento de esta tesis, en primer lugar porque las candidaturas que ahora se impugnan lo son de una coalición de partidos y no de una única formación, que es lo que aconteció en el año 2007; por tanto, la impugnación de la totalidad de las mismas priva del derecho colectivo fundamental de participación en la vida política de las formaciones políticas legales que integran la coalición; en segundo término, porque, además también quedan excluidos del ejercicio de su derecho fundamental individual de sufragio pasivo, no sólo a los candidatos introducidos por Batasuna en las listas, sino también a los del resto de las formaciones políticas legales que forman parte de las mismas; y, finalmente, junto a esas dificultades de alcance constitucional, tampoco escapa a este Ministerio la dificultad que entraña la prueba del fraude de ley y del abuso del derecho y la aplicación de la técnica del levantamiento del velo para descubrir la trama argumental que sostenemos, cuando los candidatos que figuran como independientes en las mismas, en su gran mayoría, carecen de toda clase de vínculos “contaminantes” subjetivos con las formaciones políticas ilegalizadas”.

Manifestamos nuestro acuerdo con esta aseveración del Fiscal con dos importantes matizaciones. Primera: Batasuna no ha introducido a ningún candidato en BILDU. Lo habrán hecho miembros de la Izquierda Abertzale que, en algún momento, puede que tuvieran algún tipo de relación con la hoy disuelta Batasuna. Segundo: el sostenimiento de la tesis del Fiscal – coincidente con la del Abogado del Estado- no es que sea difícil es que resulta vedada por un principio elemental del Estado de Derecho: nadie puede ser sancionado -o privado de un derecho fundamental, como sería el caso- por acciones (como la presunta connivencia con el terrorismo) de las que no es autor ni responsable en modo alguno. Más aún: a las que se ha opuesto reiteradamente e inequívocamente desde siempre. Esto nos lleva a otro punto nodal del recurso: el de la, así denominada por el Fiscal, “trama”.

SÉPTIMO.- 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 dadas las ya repetidamente denunciadas limitaciones procedimentales de este contencioso electoral- según la cual ETA diseñó, como una especie de *deus ex machina*, todo el proceso que ha llevado finalmente a la constitución de BILDU, siendo obedecida no solamente por la Izquierda Abertzale sino también por Eusko Alkartasuna y Alternatiba. Para sustentar esa hipótesis, se alude a algunos documentos –de diversas fechas y variadas autorías (aunque alguno no tiene ni fecha ni autor)- y también de variado origen (desde documentos publicados por la propia Izquierda Abertzale con ocasión del debate que le ha llevado a concluir en el rechazo explícito y público de la violencia terrorista de ETA, hasta alguna incautación a algún presunto miembro de ETA). 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. Sin perjuicio de que más adelante mencionemos algunas manifestaciones demostrativas de lo que acabamos de decir, importa ahora señalar lo siguiente.

Ante todo, el examen de la documentación obrante en autos permite concluir que en modo alguno puede atribuirse a ETA la paternidad de la idea de crear lo que ha terminado denominándose un “polo soberanista” en el País Vasco, sino que dicha paternidad corresponde por derecho propio a Eusko Alkartasuna (EA). En efecto, el primer documento a que se refiere el recurso de fiscal es el denominado “Línea de cara al futuro. Caracterización de la fase política”. Este documento, atribuido a ETA, no está fechado pero, según el recurso, es anterior en unos meses al segundo documento que sí está fechado en diciembre de 2008. Pues bien, en el primero de ellos se dice que “*será imprescindible crear otra referencia institucional y política en el abertzalismo y en las bases de la Izquierda Abertzale*”; y en el segundo

documento, denominado “Estrategia Independentista Baterantz” y que, según afirma el Fiscal, es “el documento más relevante de esa primera etapa, se desarrolla, según el propio Fiscal, esa idea de la nueva referencia institucional y política porque en el mismo se alude ya, dice el Fiscal, “a la constitución de una <alianza independentista>”.

Pues bien, cinco años antes de estos documentos, concretamente el 2 de abril de 2003, Rafael Larreina, a la sazón portavoz del grupo parlamentario de Eusko Alkartasuna en la Cámara de Vitoria, afirmaba lo siguiente: *“Yo se lo digo con total claridad. Rafael Larreina, portavoz de EA en el Parlamento Vasco, está dispuesto a compartir lista electoral con usted, con el Sr. Arnaldo Otegi, en las próximas elecciones municipales, simplemente si estamos dispuestos a firmar los dos conjuntamente que es inadmisibile cualquier colación de derechos humanos, en general y en concreto, y que no admitimos interferencia en la voluntad de la sociedad vasca ni de ETA ni de Aznar”*.

En esa intervención parlamentaria hay cuatro cosas que deben destacarse. A la primera ya nos hemos referido: se hace en 2003, cinco años antes de que ETA imaginase nada ni remotamente parecido. Segunda: se hace con toda solemnidad y publicidad: en el Parlamento de Vitoria. Tercera: es absolutamente clara y explícita: aquí no se habla de “referencias institucionales” ni de indeterminadas “alianzas”, como hace ETA, sino de una oferta concreta de compartir lista electoral con la Izquierda Abertzale, en la persona de su líder más reconocido, Arnaldo Otegi. Pero la cuarta es la más importante de todas: ese pacto se subordina a que ambos líderes firmen conjuntamente “que es inadmisibile cualquier violación de derechos humanos, en general y en concreto, y que no admitimos interferencias en la voluntad de la sociedad vasca ni de ETA ni de Aznar”.

Mientras EA, a través de su portavoz parlamentario, se expresaba en estos términos ¿qué seguía diciendo ETA todavía en 2008?. La respuesta está en ese mismo documento citado por el Fiscal en segundo lugar:

“debemos continuar ajustando la estrategia de la lucha armada al nivel de lucha que el pueblo requiere: por un lado, aumentando el nivel de compromiso para con la lucha popular y por otro empleando la lucha armada como método de enseñanza”. Y ésta ha sido la posición que ETA ha mantenido inalterable desde entonces: su decisión es continuar la que denomina lucha armada e intentar subordinar al movimiento independentista abertzale que debería aceptar su tutela.

En cambio, EA ha repetido una y otra vez su oferta a la Izquierda Abertzale: alianza sí pero con una condición previa: apartarse de ETA. Estas son las sucesivas declaraciones de Rafael Larreina y otros líderes de EA, así como manifiestos de la organización:

a).- *“Hoy en día, tendríamos que impulsar la “vía escocesa”:* prescindir de quienes estén instalados en la estrategia de la violencia y tomar la iniciativa las fuerzas políticas para marcar la agenda política de una negociación a fondo.”

“Si las fuerzas políticas asumimos nuestra responsabilidad de liderar este proceso político por vías exclusivamente democráticas, sin ninguna duda dejaremos sin espacio político ni social a los estrategas de la violencia” (Secretario General Rafael Larreina, Julio de 2007 en el núm. 65 de la revista “Bake hitzak”).

b).- *“1.-La democracia se sustenta en el reconocimiento y la garantía efectiva de los derechos de todos y cada uno de los seres humanos por el hecho de serlo. Respetar y defender esos derechos, todos los derechos empezando por el más elemental, que es el derecho a la vida, es una obligación no sólo moral sino política de todos los ciudadanos, organizaciones y poderes públicos. Por ello, reiteramos hay nuestro compromiso inequívoco con la defensa real y efectiva de todos los derechos para todas las personas en todas las circunstancias y reafirmamos nuestra inflexible decisión de denunciar a quien los vulnere”.*

2.-*“Rechazamos sin paliativo alguno cualquier intento de explicar, justificar o defender una observancia parcial de esos derechos y negamos la más mínima legitimidad democrática a todo discurso que incluya la aceptación del recurso a la violencia para el logro de fines políticos (...)”* (Declaración de 16 de febrero de 2008 de los cargos electos de Eusko Alkartasuna reunidos en Guernika).

c).- *“Nada será posible, sin embargo, desde la violencia, el fanatismo y la intolerancia. En el Aberri Eguna de 2008 exigimos de nuevo la desaparición incondicional de toda vulneración de derechos, en especial del derecho a la vida, recientemente arrebatado a uno de nuestros conciudadanos.*

El dogmatismo irracional de ETA, la persecución y eliminación física del adversario político, es el principal obstáculo en la legítima defensa de los derechos nacionales del Pueblo Vasco. Para Eusko Alkartasuna es una exigencia ética y política insoslayable que la defensa y la reivindicación de la independencia signa en exclusiva vías estrictamente pacíficas y democráticas.” (Manifiesto de Eusko Alkartasuna publicado con ocasión del Aberri Eguna del año 2008).

d).- Además, reiteró su apuesta por un *“polo soberanista”*. En un comunicado, EA reiteró la necesidad de configurar un *“polo soberanista”* que permita avanzar en las reivindicaciones nacionales de Euskal Herria, remarcando, una vez más, que *“ETA no tendrá cabida en esa suma de fuerzas independentistas”*. (Declaraciones realizadas el 5 de enero de 2009 por el portavoz de la formación Mikel Irujo a los pocos días del asesinato del empresario Ignacio Uría).

e).- *“EUSKO ALKARTASUNA reafirma inequívocamente que el uso de la violencia, sea del tipo que sea, no tiene cabida en la acción política democrática y, consecuentemente, manifiesta su completo rechazo a*

lamisca, indicando claramente que sólo cabe la utilización de vías políticas y pacíficas para la consecución de los objetivos tácticos y estratégicos del soberanismo independentista vasco, sobre la base del respeto y del fomento de los derechos humanos, individuales y colectivos”. (Documento “Propuesta base de Eusko Alkartasuna para la activación de un acuerdo soberanista a favor de la independencia de Euskal Herria” emitido tras el V Congreso celebrado en junio de 2009 por la nueva Ejecutiva Nacional)

f).- *“Poco a poco, vamos avanzando en esta dirección. Así, por primera vez los partidos soberanistas hemos conseguido el acuerdo sobre un tema trascendental para Eusko Alkartasuna: la renuncia total a la violencia para lograr objetivos políticos, y la apuesta decidida por las vías democráticas y civiles para caminar hacia la independencia. Esto significa un paso decisivo en el camino a la pacificación de Euskal Herria. Significa que ya nadie justifica la violencia como arma política, y por lo tanto, que estamos mucho más cerca de verla desaparecer (...) No obstante, ETA continúa en su estrategia violenta con el reciente asesinato de un gendarme francés, y desoye todos los emplazamientos, incluido el de la izquierda abertzale, para que se “aparte” y deje de erigirse en un agente político, cuando no lo es. El uso de la violencia jamás va a ser el camino para lograr la independencia de Euskal Herria. Y Eusko Alkartasuna siempre actuará políticamente bajo esta premisa: todos los derechos para todas las personas y todos los pueblos”. (Manifiesto publicado por Alkartasuna con ocasión del a celebración del Aberri Eguna de 2010).*

g).- *“Eusko Alkartasuna condena rotundamente el atentado perpetrado por ETA contra (...) y desea expresar su más profundo pesar y solidaridad con los familiares y amigos de la víctima.*

Una vez más, ETA utiliza su estrategia de muerte y dolor que choca contra la voluntad de la sociedad vasca que exige vivir en paz.

No cabe duda que ETA constituye una lacra para el pueblo vasco carece de legitimidad alguna y reiteramos que la normalización política se alcanzará exclusivamente a través del respeto escrupuloso de los derechos humanos y el desarrollo de los valores democráticos.

Eusko Alkartasuna expresa su oposición frontal a ETA y a sus métodos y exige su inmediata disolución”. (Posicionamiento de Eusko Alkartasuna sobre los atentados cometidos por ETA en Diciembre de 2008 y Julio de 2009.)

Y más recientemente, ya en relación con los antecedentes inmediatos y con la conclusión del acuerdo que ha llevado a la constitución de BILDU, Pello Urizar, Secretario General de EA, ha manifestado:

a).- “La política vasca ha entrado en una nueva etapa que viene a completarse con las conclusiones del proceso de reflexión de la izquierda abertzale, hechas públicas ayer. Vivimos una nueva etapa en la que, sin duda, lo más importante es el consenso absoluto de los partidos soberanista en que cualquier avance en materia de reconocimiento del ejercicio del derecho de autodeterminación debe venir por vías exclusivamente civiles y democráticas.

Para un partido como Eusko Alkartasuna, que desde su fundación ha apostado por una unidad de acción soberanista para superar el bloque en el derecho a decidir de Euskal Herria, es una buena noticia que se allane el camino para ello”.

b).- “La diferencia fundamental es que en este proceso ETA no es parte ni arte, ni firmante ni garante, ni parte negociadora con el Estado ni con nadie. La izquierda abertzale ha tomado la iniciativa política de optar por vías exclusivamente políticas y pacíficas, que es lo que pusimos como condición previa. La diferencia es que de manera unilateral la izquierda abertzale ha

tomado esa decisión y arrastra a toda la izquierda abertzale por esa misma vía”.

c).-“(…) Respecto al papel de ETA en el nuevo escenario, Urizar ha sido tajante: *“ETA no tiene sitio en un acuerdo político entre fuerzas que tienen claro que todo lo que haya que hacer se hará por vías democráticas y no violentas. En este sentido el acuerdo firmado con la izquierda abertzale es el argumento que en la historia más reciente más ha deslegitimado a ETA, por su apuesta inequívoca por las vías estrictamente democráticas”.*

La conclusión de todas estas manifestaciones –todas ellas documentadas por la parte recurrida y otras similares recogidas también en el recurso del Fiscal- es clara y terminante: EA siempre ha rechazado la violencia de ETA y desde hace años ha ofrecido un pacto a la Izquierda Abertzale para constituir un polo soberanista que se presentara conjuntamente a las elecciones; pero lo ha subordinado siempre a una condición sine qua non: que la Izquierda Abertzale rechace a ETA. Y cuando lo ha hecho –y nadie con mayor autoridad que EA para constatarlo- ha dado luz verde a ese pacto.

Y la Izquierda Abertzale no ha dado ese paso de la noche a la mañana sino como culminación de un proceso público de discusión de cinco meses entre sus propias bases –que está perfectamente documentado en autos- en el que, tras descartar como documento de discusión el que quería imponer ETA, la denominada Ponencia Mugarri, en el que ETA pretendía seguir atribuyéndose la tutela de la Izquierda Abertzale, ésta impone como documento de discusión el denominado “Clarificando la fase política y la estrategia”, lo que culmina en la adopción del documento “Zutik Euskal Herría”, en el que, en oposición frontal a las tesis de ETA, de mantener la lucha armada y su papel tutelador de todo el movimiento independentista, se afirma que la lucha de masas, la lucha institucional y la lucha ideológica “serán los únicos instrumentos del proceso democrático” y se añade: “El apoyo popular será la única garantía”. A raíz de eso, Arnaldo Otegi, en

entrevista concedida desde la cárcel al diario El País (17 octubre 2010) declara: *“No existe más camino hacia la independencia que el que se desarrolle por vías pacíficas y democráticas. No contemplamos compatible con la estrategia independentista el recurso al a violencia armada. Esas es una de las conclusiones al as que hemos llegado y la expresamos sin ambigüedades”.*

Y con posterioridad han sido innumerables las declaraciones de Arnaldo Otegi y Rufino Etxebarria en idéntico sentido, todas las cuales constan documentadas en autos.

Y por otra parte, el Manifiesto de Alternatiba sobre la Construcción Nacional dice: *“Exigimos a ETA su desaparición por motivos de carácter ético, democrático y político”:*

OCTAVO.- En definitiva, no es ETA quien ha impuesto su diseño, a través de una disuelta Batasuna al conjunto de la Izquierda Abertzale sino, muy al contrario, es ésta la que a través de un proceso de maduración política y de discusión interna ha llegado a dar un giro copernicano desde su tradicional actitud subordinada a ETA –con variaciones entre la condescendencia, la legitimación o incluso el decidido apoyo a la banda terrorista, según sectores y épocas- hacia un rechazo absoluto y sin ambages de la violencia como método de intervención política, apostando exclusivamente por los métodos democráticos. Eso ha permitido el pacto con EA y con Alternatiba (un partido reciente, escisión de Ezker Batua, Izquierda Unida del País Vasco que nunca ha apoyado la violencia), puesto que EA siempre había puesto como condición para la constitución de ese polo soberanista el rechazo inequívoco de la violencia. Ahora bien: las partes firmantes del acuerdo que da lugar a BILDU han querido extremar al máximo el control de la autenticidad del nuevo escenario. Y así, el Secretario General de EA, Pello Urizar, en entrevista concedida a la SER el 18 de abril de 2011, con transcripción documentada en autos, afirmó: *“una premisa que se puso encima de la mesa para constituir Bildu fue que las personas que integraran*

las candidaturas no tengan vinculación con organizaciones ilegalizadas, “y así tiene que ser”, “Es más, no sólo es una premisa, sino que es un compromiso porque todas esas personas van a firmar un decálogo épico, donde va a quedar claro que la apuesta por las vías pacíficas y en contra de cualquier situación violenta, va a quedar explicitada y todo el mundo va a tener que firmar ese decálogo”.

Pues bien, esta doble condición impuesta, junto a otros elementos que hemos ido subrayando, arrojan como resultado una serie de diferencias muy importantes con el caso SORTU -decidido por esta Sala del TS a favor de la ilegalización de dicho nuevo partido, si bien con un nutrido voto particular discrepante y pendiente de resolución ante el Tribunal Constitucional-, que debería haber hecho inclinarse la balanza a favor de mantener la proclamación de la candidatura de BILDU.

En primer lugar, en el caso SORTU no había ninguna seguridad de que las listas no fueran a estar llenas de candidatos ligados a los partidos previamente ilegalizados, pues, por razones obvias, dichas listas aún no se habían confeccionado. Y la mayoría de la Sala prefirió no correr ese riesgo. Por el contrario, ahora las candidaturas de BILDU están ya confeccionadas y, como reconoce el Fiscal, son impolutas.

En segundo lugar, si bien en el caso SORTU había un importante contraindicio de que dicho nuevo partido no pretendía continuar la actividad de apoyo a ETA de los partidos en su día ilegalizados por esta Sala -ilegalización confirmada por la STC 5/2004 de 16 de enero- ese contraindicio, consistente en las terminantes declaraciones de los Estatutos de SORTU de rechazo a la violencia, no fue considerado suficiente por la mayoría de la Sala, que no llegó al convencimiento necesario para despejar las dudas que abrigaba sobre la autenticidad profunda de dichas declaraciones. Pero ahora tenemos dos elementos novedosos: uno es el “aval” de EA, un partido impecablemente democrático y que lleva años poniendo como condición sine qua non para un acuerdo electoral con la

Izquierda Abertzale que ésta rechace inequívocamente la violencia como método de intervención política y opte exclusivamente por las vías democráticas. Y el segundo elemento, de enorme importancia, es que ahora el contraindicio 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. Dice así el citado precepto: «4. Las causas de inelegibilidad lo son también de incompatibilidad. Las causas de incompatibilidad se regirán por lo dispuesto para cada tipo de proceso electoral. En todo caso serán incompatibles las personas electas en 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. La incompatibilidad surtirá efecto en el plazo de quince días naturales, desde que la Administración Electoral permanente comunique al interesado la causa de incompatibilidad, salvo que éste formule, voluntariamente, ante dicha Administración una declaración expresa e indubitada de separación y rechazo respecto de las causas determinantes de la declaración de ilegalidad del partido político o del partido integrante de la federación o coalición en cuya candidatura hubiese resultado electo; o, en su caso, del partido al que se hubiera declarado vinculada la agrupación de electores en cuya candidatura hubiere resultado electo. Si durante el ejercicio del mandato al que haya accedido tras haber explicitado dicha declaración, la persona electa se retractase, por cualquier medio, de la misma o mostrara contradicción, a través de hechos, omisiones o manifestaciones, respecto de su contenido, quedará definitivamente incurso en la causa de incompatibilidad regulada en este apartado. La incompatibilidad surtirá efecto a partir de la notificación realizada al efecto por la Administración Electoral

permanente, por sí o a instancia del Gobierno a través de la Abogacía del Estado o del Ministerio Fiscal.

En los supuestos previstos en los dos párrafos anteriores, el afectado y, en su caso, el Gobierno a través de la Abogacía del Estado y el Ministerio Fiscal podrán interponer recurso ante la Sala especial del Tribunal Supremo regulada en el artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en los plazos previstos en el artículo 49 de la presente ley.

El mismo régimen de incompatibilidad se aplicará a los integrantes de la candidatura de la formación política declarada ilegal que sean llamados a cubrir el escaño vacante, incluidos los suplentes.»

Pues bien, el documento firmado por todos los candidatos de BILDU –como exigencia ineludible para serlo- y que consta en autos, dice lo siguiente en su punto 9: *“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”*.

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 contraindicio –innecesario, por otro lado, ante la cuasi nula existencia de indicio alguno, según hemos visto- es innegable.

Y, en tercer y último lugar, por ser las manifestaciones más recientes de ese contraindicio pero no porque carezcan de importancia,

están las declaraciones de los líderes de EA y Alternatiba, Pello Urizar y Oskar Matute con ocasión de recientes operaciones de la policía contra ETA.

El pasado día 15 de abril la coalición Bildu se *“felicitó de que se hayan incautado en los últimos días dos toneladas de explosivos al “comando Eureka”*”. Así se pronuncia en declaraciones a Servimedia, Oskar Matute, portavoz de Alternatiba. Matute afirma que le *“parece bien que se incauten explosivos a una banda terrorista. Me alegro de que retire cualquier material que pueda causar daños a personas, quien añadió que ya han dicho públicamente que les parece bien que se elimine de la circulación este arsenal”*. (Declaraciones de 15 de abril de 2011). Y añadió: *“rechaza de forma expresa la violencia de ETA”, calificando de “absolutamente absurdo y de sinsentido decir que una coalición que rechaza de forma expresa la violencia de ETA, responde a una estrategia urdida por la propia ETA, salvo que se entienda que es la propia organización la que está contribuyendo a crear un instrumento para que defienda, precisamente, su desaparición”*. (Declaraciones de 28 de abril de 2011).

NOVENO. Pero hay una diferencia más entre el caso SORTU y el caso BILDU que, en nuestra opinión, debería haber sido decisiva para que – junto a todas las razones ya expuestas- la mayoría de la Sala se hubiera inclinado por desestimar los recursos planteados contra BILDU. Y es que, ahora, la decisión mayoritaria no se traduce en negar el derecho a concurrir a las próximas elecciones a una nueva formación política, SORTU, sobre la que pudiera parecer razonable albergar ciertas sospechas de continuidad respecto a la ilegalizada BATASUNA, sino que, en este caso, se 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 presentados contra BILDU es insostenible en términos constitucionales y legales, máxime cuando, como hemos puesto de manifiesto, EA siempre puso como condición sine qua non

para la alianza electoral con la Izquierda Abertzale que ésta rechazase la violencia y el terrorismo y, solamente cuando ha comprobado –a su juicio, fehacientemente, y no parece lógico pensar que EA carece de información solvente al respecto- el cumplimiento auténtico y no ficticio o fraudulento de esa condición, ha dado luz verde al proyecto BILDU.

Por todo ello, entendemos que la Sala del 61 del TS debería haber desestimado los recursos presentados por el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal en el presente caso.

D. Manuel Ramón Alarcón Caracuel D. Juan Antonio Xiol Ríos

D. Gonzalo Moliner Tamborero D. Jose Luis Calvo Cabello

D. Alberto Jorge Barreiro D. Rafael Gimeno-Bayon Cobos