

VOTO PARTICULAR que formula el Magistrado don Javier Delgado Barrio respecto de la Sentencia de 20 de junio de 2012, dictada en el Recurso de Amparo avocado a Pleno 2891/2011.

Con pleno respeto a los compañeros de cuyo razonamiento y, por tanto, de su conclusión, discrepo, dejo constancia sucintamente de los fundamentos de mi posición. Creo, con la perspectiva propia de esta jurisdicción constitucional, que la Sentencia de la Sala del art. 61 LOPJ del Tribunal Supremo ha resuelto las cuestiones planteadas sin vulnerar en modo alguno el derecho de asociación de los recurrentes, en su vertiente de libertad de creación de partidos políticos –art. 22 CE, en relación con el art. 6 CE-.

1. La Sentencia de la que discrepo desborda los límites de la jurisdicción constitucional y en un claro exceso invade el campo que el art. 117.3 CE encomienda en exclusiva a la jurisdicción ordinaria.

En efecto, mientras que el Tribunal Supremo ha entendido que “existe una prueba contundente y completa de la existencia de un intento de fraude perpetrado por la organización terrorista –ETA- en connivencia con su brazo político -BATASUNA- para participar en la vida política instrumentalizando otra formación de ‘nueva creación’ -SORTU-”, por el contrario, la Sentencia que refleja el parecer de la mayoría, con un planteamiento distinto al del Tribunal Supremo y con una nueva valoración de la prueba, considera que esa conclusión es fruto de una mera “sospecha”. Así pues, para el Tribunal Supremo, “prueba contundente y completa” y, en cambio, para la Sentencia del Tribunal Constitucional, simple “sospecha”

Y es que la Sentencia de la que discrepo parte del texto de los estatutos de SORTU que contienen un expreso rechazo de la violencia, incluida la de ETA, a

lo que reconoce una importancia fundamental. Pero los estatutos son palabras, de modo que cuando el conjunto de los hechos probados, como señala el Tribunal Supremo, “desvirtúa por completo la realidad de tales manifestaciones”, las palabras saltan hechas trizas. No lo ha entendido así la mayoría que ha dado lugar a esta decisión del Pleno y aquí está la raíz de mi discrepancia, como señalaré en el punto 4 de este voto.

2. Importa destacar, ante todo, el contenido propio de esta jurisdicción constitucional que, cuando está en juego “la efectividad del ejercicio de un derecho fundamental”, está dirigido a la verificación de “la consistencia que, en términos constitucionales, ofrece la convicción judicial alcanzada en el proceso previo en punto a la naturaleza fraudulenta” de la operación, para lo cual hemos de aplicar “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” el acierto de la decisión del órgano jurisdiccional *a quo*, de modo que “solo nos cabe revisar la apreciación de la Sala del art. 61 LOPJ en aquellos supuestos en los que, desde los propios criterios interpretativos asumidos por el Tribunal Supremo, la convicción alcanzada pugne con un derecho constitucionalmente relevante” -STC 112/2007, de 10 de mayo, FJ 7-.

Sobre esta base, ha de señalarse:

A) La actividad dirigida a obtener la continuación o sucesión de un partido político ilegalizado, obviamente, se desarrolla ocultándola, de modo que son claras “las dificultades inherentes al descubrimiento de toda trama defraudatoria” –STC 112/2007, de 10 de mayo, FJ 8-, lo que dota de especial relieve a la prueba indiciaria.

B) Cuando se trata de dar continuidad a un partido político ilegalizado, las tentativas frustradas con anterioridad, como ocurre en este caso, pueden “avalarse también, en tanto que indicio, una línea de continuidad en esa tentativa defraudatoria” –STC 112/2007, de 10 de mayo, FJ 8-.

3. Así pues, no se trata en esta jurisdicción constitucional de valorar la prueba para concluir si SORTU es o no continuación o sucesión de partidos ilegalizados, sino solo de verificar si la conclusión del Auto recurrido está o no motivada y razonada suficientemente.

Por ello toda la referencia que a continuación he de hacer a la prueba practicada y que considero necesaria para fundar mi opinión sobre la valoración hecha por la Sala del art. 61 LOPJ, tendrá un carácter puramente descriptivo.

Ante todo, el Tribunal Supremo ha examinado dos conjuntos de documentos: a) en el primero se integran los denominados “HALBOKA”, que es “una estructura orgánica de la banda terrorista ETA” –FJ 6º del Auto impugnado-; y b) en el segundo se incluyen los que reflejan “la estrategia de BATASUNA” –FJ 7º de dicho Auto-.

Con una minuciosa argumentación, perfectamente razonable, la indicada prueba documental lleva a la Sala del Supremo a la conclusión de que la Izquierda Abertzale, con mayúsculas, claramente identificada con BATASUNA y distinta de la izquierda abertzale, con minúsculas, que es un “movimiento perfectamente legítimo”, se encontraba “debilitada”, “asfixiada” y con un “desgaste infinito” como consecuencia de la ilegalización de BATASUNA, de modo que para conseguir los fines de ETA era necesaria la formación de un nuevo partido político, heredero de BATASUNA, que actuaría en la vida

política bajo la dirección de ETA, “garante activo” y “custodio” de las actividades a desarrollar.

Del conjunto de los numerosos documentos incluidos en los dos apartados mencionados, deduce el Tribunal Supremo –este es el primero de los indicios que recoge el Auto impugnado- la existencia de una voluntad defraudatoria, tendente a la creación de un nuevo partido político, heredero de BATASUNA, conservando ETA su función de “custodio” del movimiento.

Y es de añadir que la existencia de esa voluntad defraudatoria, observa el Auto recurrido, se corrobora por las declaraciones de presuntos miembros de la organización terrorista EKIN -FJ 10º- y de miembros destacadas de la ilegalizada BATASUNA –FJ 11º-.

Por otra parte, el Auto del Tribunal Supremo destaca dos documentos porque integran un primer indicio de la conexión subjetiva SORTU-ETA: el denominado “Proceso Democrático”, atribuido a ETA por razón del contenido y lugar donde fue intervenido –despacho profesional de Arantza Zulueta Amuchastegui, alias “MATRAKA”, “MARXEL” y “BIXER”, y el que lleva como rúbrica “Zutik Euskal Herria” que el Letrado de SORTU, en el acto de la vista consideró “esencial”, destacando su “importancia” y “relevancia”, dato este que subraya el Auto recurrido para ligar el documento con SORTU. Pues bien, entre ambos documentos, el atribuido a ETA y el que es considerado esencial por el Letrado de SORTU, aprecia la Sala del Supremo “importantes coincidencias terminológicas”, “una semejanza sustancial” y “una identidad procedimental, terminológica y de conceptos que evidencian” que Zutik Euskal Herria es “la plasmación de las ideas centrales contenidas en el documento de estrategia de ETA denominado Proceso Democrático ... y son demasiadas coincidencias ... como para considerar que es fruto de la casualidad”...

Así pues, voluntad defraudatoria y también ya un indicio que apunta que “SORTU es la plasmación del designio de BATASUNA de constituir un nuevo partido político para que le suceda en su actividad”. En relación con este último extremo los datos examinados son los siguientes:

A) El acto organizado en el Hotel TRES REYES de Pamplona por un miembro de la Mesa Nacional de BATASUNA y al que acudieron numerosas personas que habían “desempeñado puestos orgánicos de la dirección o representativas de los partidos políticos ilegalizados” –veintitrés habían formado parte en alguna ocasión de la indicada Mesa Nacional-.

Asistieron dos personas que días después procederían a la presentación de SORTU, como partido político.

B) La presentación del nuevo partido político, sin denominarlo SORTU, en el Palacio Euskalduna de Bilbao, el 7 de febrero de 2011.

Organizado el acto por el responsable de comunicación de BATASUNA, intervino un miembro de su Mesa Nacional, asistiendo al mismo una amplia representación de dirigentes de la ilegalizada BATASUNA –diecinueve de ellos habían formado a parte en alguna ocasión de sus diferentes Mesas Nacionales-.

En este acto “se presentaban” los estatutos de SORTU, o al menos su “contenido esencial”.

C) Y al día siguiente, 8 de febrero de 2011, presentación de SORTU por sus promotores.

El acto tuvo lugar también en el Hotel Euskalduna de Bilbao. Y con “todos los actos descritos concatenados en el tiempo”, destaca la Sala del art. 61 LOPJ, que las declaraciones programáticas contenidas en el documento “Hacia un nuevo proyecto político y organizativo” presentado en el Hotel TRES REYES son coincidentes con los estatutos de SORTU en lo esencial y se ajustan a la línea estratégica marcada por la ilegalizada BATASUNA en el documento “Zutik Euskal Herria”.

Así las cosas y con el conjunto de los elementos probatorios obrantes en los autos, la Sala estima que “SORTU nace en BATASUNA para permitir el acceso de este partido ilegalizado a las instituciones democráticas”. Y a lo expuesto añade la Sala el examen de varios comunicados de ETA, cuyo contenido en el marco temporal en que se producen y en el contexto en que se desarrolla la nueva línea política de la Izquierda Abertzale ilegalizada –BATASUNA-, resulta revelador para el Supremo de que, como en intentos anteriores, existe una unidad de actuación ETA/BATASUNA, conservando ETA la “tutela” del desarrollo de toda la actuación.

Con todos los elementos probatorios recogidos hasta ahora la Sala del art. 61 LOPJ llega a una conclusión, todavía provisional: “SORTU es, una vez más, la concreción de una estrategia defraudatoria puesta en marcha, precisamente, desde la propia ETA en connivencia con la cúpula de BATASUNA a fin de conseguir eludir la LOPP y las consecuencias de la ilegalización decretada en 2003”.

Y ya en este punto el Auto recurrido examina el contraindicio que podría representar el rechazo de la violencia contenida en los estatutos de SORTU.

Pues bien, en el documento “EAREN PROPOSAMENAZ II.RTF”, incluido en el conjunto “HALBOKA”, ETA formula un manual de instrucciones relativas a la denuncia de la violencia, incluidas las “ekintzas” cometidas por la propia banda criminal ETA, de suerte que tales denuncias tienen para la Sala del art. 61 LPOJ un carácter instrumental, aparente y “meramente acomodaticio”

Así las cosas, la “abundante y contundente prueba practicada”, a juicio del Supremo, “desvirtúa por completo la realidad de tales manifestaciones”, de modo que el rechazo estatutario de la violencia es un “elemento del engaño en que todo fraude consiste”, por lo que “ninguna eficacia sanadora” puede tener.

En definitiva, una vez examinados primero los indicios y después el contraindicio, el Tribunal Supremo concluye: “existe una prueba contundente y completa de la existencia de un intento de fraude perpetrado por una organización terrorista –ETA- en connivencia con su brazo político –BATASUNA- para participar en la vida política, instrumentalizando otra formación de nueva creación –SORTU-”.

Y partiendo del contenido que es propio de esta jurisdicción constitucional, creo que la argumentación con la que el Auto reurrido llega a la conclusión indicada es una motivación suficiente, razonable y no arbitraria.

4. La Sentencia de la que discrepo, olvidando el cometido propio de la jurisdicción constitucional, es, pura y sencillamente, una nueva valoración de la prueba, es decir, un exceso de jurisdicción que invade el campo exclusivo de la jurisdicción ordinaria –art. 117.3 CE-.

Lo que para el Auto del Supremo son documentos decisivos, para la Sentencia de la que discrepo son conductas ajenas, es decir, documentos ajenos.

El rechazo de la violencia que en el Auto recurrido es un “elemento del engaño en que todo fraude consiste” y, por tanto, carente de “eficacia sanadora”, en la Sentencia es un “contraindicio suficiente para entender, en principio, contrarrestada o diluida la eficacia probatoria de otros elementos de convicción” y, en definitiva, en lo que para el Tribunal Supremo es “una prueba contundente y completa” del fraude, la Sentencia solo ve una “sospecha”.

La Sentencia toma como punto de partida de su razonamiento el rechazo estatutario de la violencia de ETA y lo erige en protagonista, prácticamente único, de su argumentación, lo que implica una doble quiebra: a) en primer término, alterando el orden lógico que ha seguido el Tribunal Supremo comienza por el examen del contraindicio, cuando lo razonable es estudiar primero los indicios para pasar luego al contraindicio; b) en segundo lugar, y esto es más grave, prescinde del examen de los otros elementos probatorios que ha tenido en cuenta el Tribunal Supremo, lo que, obviamente, ha de alterar sustancialmente la conclusión final.

Ninguna duda existe respecto de la importancia de los estatutos de un partido político, que cuando se constituye ha carecido de actividad anterior. Pero ocurre, por un lado, que los estatutos pueden esconder objetivos e intenciones diferentes de las que se proclaman, y, por otro, que el nacimiento de un partido político va precedido y acompañado de actuaciones que pueden ser significativas. Así, en el caso de estos autos, el Tribunal Supremo ha tenido en cuenta, en primer término, las reiteradas tentativas protagonizadas por lo seguidores de BATASUNA de eludir los efectos de la Sentencia que ilegalizó este partido, lo que, según la doctrina de este Tribunal -STC 112/2007, de 10 de mayo, FJ 8-, integra un claro indicio, y en segundo lugar, las instrucciones documentadas que ETA ha impartido para que se rechace la violencia que ella misma practica -documento EAREN PROPOSAMENAZ II.RTF-; y todo ello,

lo destaco, dentro de un conjunto de elementos probatorios –valoración conjunta- que viene a dotar de razonabilidad la conclusión del Auto del Tribunal Supremo: el rechazo estatutario de la violencia de ETA que la Sentencia de la discrepo examina aisladamente, atribuyéndole una importancia rigurosamente decisiva, en la apreciación conjunta de la prueba que hace el Tribunal Supremo, pierde ese valor decisivo pues la prueba practicada “desvirtúa por completo la realidad de tales manifestaciones” de rechazo, rechazo este que es “un elemento del engaño en que todo fraude consiste”, por lo que “ninguna eficacia sanadora” puede tener. Y así queda clara la necesidad de una valoración precisamente conjunta de la prueba, siempre destacada, como ya hemos visto, por nuestra doctrina: las palabras de los estatutos, cuando se examinan dentro del amplísimo contexto probatorio que figura en estos autos y se enfrentan con ello a los hechos, se reducen a la nada. El lenguaje de los estatutos no puede prevalecer sobre el inequívoco lenguaje de los hechos que el Tribunal Supremo ha estimado acreditados con una valoración de los datos probatorios que es razonable y no arbitraria.

En otra línea, la Sentencia de la que discrepo, considerando conductas ajenas los documentos que ha tenido en cuenta el Tribunal Supremo, niega que sirvan para probar la instrumentalización de SORTU al servicio de la estrategia de ETA. Nuevamente, con ello, la Sentencia aísla indebidamente un grupo de elementos indiciarios y desconoce la razonable argumentación del Supremo que ligando los documentos “Proceso Democrático” de ETA y “Zutik Euskal Herria”, conecta éste con SORTU y, sobre todo, prescinde del muy relevante resto del material probatorio. Olvida con ello la Sentencia, esto es lo fundamental, el ámbito propio de la jurisdicción constitucional, y también que esta técnica valorativa de la prueba, atendiendo a datos aislados, es justamente el camino ideal para llegar al error.

En último término, resulta que lo que el Tribunal Supremo considera “una prueba contundente y completa” -SORTU es la continuación o sucesión de BATASUNA- para la Sentencia de la que disiento es una mera “sospecha”. No es así. La afirmación de esta Sentencia sólo puede hacerse prescindiendo de los numerosos elementos probatorios que ha tenido en cuenta el Tribunal Supremo. La conclusión a la que llega éste, está muy lejos de ser un juicio de intenciones, es el fruto de una detallada y minuciosa valoración de la prueba que resulta en términos constitucionales plenamente razonable.

En consecuencia, creo que la convicción alcanzada por la Sala del art. 61 LOPJ en el juicio previo, desarrollado con contradicción plena respecto de los elementos probatorios, ofrece una clara “consistencia”, pues es fruto de una argumentación “razonable y no arbitraria”. Y puesto que estas observaciones que acabo de hacer definen en este punto el contenido de la jurisdicción constitucional –SSTC 112/2007, de 10 de mayo, FJ 7 y 43/2009, de 12 de febrero, FJ 11-, quíérese decir que la nueva valoración de la prueba, hecha por la Sentencia de la que discrepo, apartándose de “los propios criterios interpretativos asumidos por el Tribunal Supremo”–en este sentido, las ya citadas Sentencias-, integra un terminante exceso de jurisdicción, pues se ha invadido el ámbito objetivo de la jurisdicción ordinaria, concretada aquí en el Tribunal Supremo.

Y como deriva de todo lo expuesto, no puedo compartir la conclusión de la Sentencia apoyada por la mayoría que entiende que el Auto del Supremo ha vulnerado el derecho de asociación en la vertiente relativa a la creación de partidos políticos –art. 22 CE, en conexión con su art. 6º-. Este derecho ha de ejercitarse con “respeto a la Constitución y a la ley” –art. 6º CE- y en estos autos, los hechos que el Tribunal Supremo, órgano constitucionalmente habilitado para ello, ha considerado acreditados “con plenitud probatoria” -

fraude concretado en la creación de SORTU a fin de consumir la sucesión operativa y funcional de BATASUNA como medio de asegurar la continuidad del complejo ETA/BATASUNA- son, con toda evidencia, subsumibles en el supuesto que tipifica el art. 12.1.b) LOPP, de modo que la denegación de la constitución del partido político SORTU se ha fundado en una causa legal directamente conectada con el art. 6 CE.

Es claro, pues, que el recurso de amparo hubiera debido ser desestimado.

5. En último término, he de dejar constancia de que considero que el contenido del Fundamento jurídico 14 de la Sentencia está completamente fuera de lugar.

Se refiere a los instrumentos de control *a posteriori* que se han introducido últimamente en nuestra legislación –posibilidad de solicitar la suspensión cautelar de la proclamación de electos, anunciando la presentación de la demanda de ilegalización o del incidente de ejecución y también la inclusión de una nueva causa de incompatibilidad en el art. 6.4 LOREG-. Creo que cuando se está actuando el control previo que ha desarrollado el Tribunal Supremo, referirse a instrumentos de control *a posteriori*, sólo puede producir el efecto de debilitar el previo, lo que no resulta admisible, pues esto condena a la sociedad a sufrir las consecuencias de la actuación de un partido que debió ser ilegalizado, para ilegalizarlo después cuando ya se ha consumado el daño. El control *a posteriori* es un control adicional y subsiguiente al previo y no sustitutorio de éste. En este caso, al existir en la fase previa pruebas bastantes para considerar que el partido que pretende fundarse es continuación de uno ilegalizado, el control previo debe tener eficacia para impedir su constitución –esta es la función que le encomienda el ordenamiento jurídico-, sin que la

posibilidad de controlar su actividad *ex post* pueda privar de virtualidad al previo. El control *a posteriori*, en lo que aquí importa, es consecuencia de un fracaso del control previo. Y, por mi parte, no creo procedente contribuir a ese fracaso.

Ahora bien, una vez que la Sentencia, indebidamente, ha decidido incluir la referencia que creo fuera de lugar, he de señalar que considero coherente, a la vista de las circunstancias concurrentes, la enumeración de conductas que pueden conducir a la ilegalización de una determinada formación política –FJ 15–.

Y este es mi parecer que expongo con todo respeto a mis compañeros.

Madrid a veinte de junio de dos mil doce.