

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

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

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

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

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

Sin embargo, a la vista de la Sentencia de la que ahora disiento, adquiero la convicción de la necesidad de reformar la Ley (art. 161.1.d CE), pues resulta verdaderamente perturbador que, cada vez que acontece un proceso electoral de estas características, en el lapso de escasos días hayan de pronunciarse tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional. Provoca estupefacción en los ciudadanos que en tan mínimo periodo de tiempo estos dos altos Tribunales puedan llegar a conclusiones dispares y, desde luego, se propicia el menoscabo de la posición que el art. 123 de la Constitución atribuye al Tribunal Supremo como “órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales”.

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

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

El Tribunal Supremo así lo apreció -como el Ministerio Fiscal y la Abogacía del Estado previamente- y su decisión se ha fundado en un abundante material probatorio del

que ha deducido: (a) la voluntad del complejo ETA-Batasuna de participar en los comicios electorales, en fraude de lo resuelto en la Sentencia de ilegalización de Batasuna; (b) la materialización de esa voluntad defraudatoria en la articulación de candidaturas bajo la cobertura de partidos políticos legales, con los que ha llegado a un acuerdo; y (c) la insuficiencia de las manifestaciones de rechazo a la violencia terrorista.

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

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

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

cada uno de los indicios de prueba (FFJJ 8 a 11) se hace inviable su valoración en conjunto, que se sustituye por la apodíctica afirmación de la “insuficiente entidad probatoria de los indicios manejados por el Tribunal Supremo” (FJ 12).

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

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

4. Por lo que se refiere a la trayectoria de las formaciones políticas coaligadas, se sostiene que ha sido clara su condena de la violencia terrorista de ETA, afirmación ésta que el Tribunal Supremo comparte, si bien éste aprecia que las candidaturas presentadas

por la coalición electoral han sido instrumentalizadas para dar continuidad al complejo ETA-Batasuna. Y es que, ciertamente, una anterior trayectoria irreprochable no es incompatible con que en el presente momento, a la vista de la prueba existente, sea razonable la inferencia de que los partidos coaligados eran conscientes de su instrumentalización por ETA-Batasuna, al ser pública su intención de concurrir a las presentes elecciones bajo algún ropaje que permitiera eludir la anulación de sus candidaturas. Siendo indiscutible que esta anulación de las candidaturas perjudicaría a todos quienes se integran en las mismas, no es menos cierto que ello es consecuencia de una decisión consciente de las respectivas formaciones políticas. Como se afirmó en la STC 43/2009, de 12 de febrero (FJ 4) y se recordó en la STC 126/2009, de 21 de mayo, (FJ 4), “la nulidad de los actos ejecutados en fraude de ley o con abuso de personalidad jurídica no impedirán la debida aplicación de las consecuencias inherentes a la sentencia de disolución de un partido político, tal y como prescribe el art. 12.1.b) LOPP, de manera que si los actos fraudulentos en cuestión se han cifrado en unas candidaturas que, al amparo de la personalidad de un tercero, se han presentado con el fin de dar continuidad a un partido ilegalizado y, por ello, abusando de aquella personalidad formalmente propia y distinta, no resulta irrazonable que, en ejecución de la Sentencia disolutoria, la Sala del art. 61 LOPJ decrete la nulidad de las candidaturas fraudulentas”.

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

5. Un palmario indicio de prueba más de la conexión examinada se ha producido en este proceso de amparo. Me refiero a la solicitud de abstención y recusación del Magistrado firmante presentada por la coalición electoral recurrente, que si fuera ajena a

toda vinculación con ETA-Batasuna no hubiera pensado en tal recusación personal, ni hubiera contemplando que las decisiones que en su día adopté o apoyé con mi voto como Presidente del Tribunal Supremo habrían de condicionar mi decisión en el caso presente.

6. Por todo lo expuesto, entiendo que, desde la perspectiva constitucional que es propia de este Tribunal, y desde el respeto, por tanto, a la jurisdicción ordinaria en el ejercicio de la función que la Constitución específicamente le atribuye, debimos desestimar la demanda, pues la Sentencia dictada por la Sala Especial del Tribunal Supremo del art. 61 LOPJ, al estimar que las candidaturas presentadas por la coalición electoral “Bildu-Eusko Alkartasuna-Alternatiba Eraikitzen” implicaban “continuar o suceder la actividad de un partido político declarado judicialmente ilegal y disuelto” (art. 44.4 LOREG), no ha incurrido en vulneración alguna de la Constitución.

Madrid, a cinco de mayo de dos mil once.