

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO DEL TRIBUNAL SUPREMO EXCMO SR. D. JOSE MANUEL SIEIRA MIGUEZ.

Con absoluto respeto a la tesis de la sentencia mayoritaria me considero en el deber de formular el siguiente voto particular:

PRIMERO: El firmante de este voto particular entiende que la posición mayoritaria se fundamenta en la existencia de una trama defraudatoria, conducente a posibilitar el acceso de ETA/Batasuna a las instituciones democráticas, que no resulta suficientemente acreditada por los medios de prueba que proporcionan los demandantes.

Dispone el apartado 4 del artículo 44 de la LOREG, tras su reforma por Ley Orgánica 3/2011, de 28 de enero, que *«en todo caso, los partidos políticos, las federaciones o coaliciones de partidos, y las agrupaciones de electores no podrán presentar candidaturas que, de hecho, vengan a continuar o suceder la actividad de un partido político declarado judicialmente ilegal y disuelto, o suspendido. A estos efectos, se tendrá en cuenta la similitud sustancial de sus estructuras, organización y funcionamiento, de las personas que los componen, rigen, representan, administran o integran cada una de las candidaturas, de la procedencia de los medios de financiación o materiales, o de cualesquiera otras circunstancias relevantes que, como su disposición a apoyar la violencia o el terrorismo, permitan considerar dicha continuidad o sucesión»*.

Estas prescripciones legales traen causa de lo señalado en el art. 12.1, letra b) y art. 12.3 de la LOPP. El art. 12.1, letra b) LOPP, establece: *«Los actos ejecutados en fraude de ley o con abuso de personalidad jurídica no impedirán la debida aplicación de ésta. Se presumirá fraudulenta y no procederá la creación de un nuevo partido político o la utilización de otro ya inscrito en el Registro que continúe o suceda la actividad de un partido declarado ilegal y disuelto»*. A su vez, el art. 12.3 LOPP señala: *«En particular, corresponderá a la Sala sentenciadora, previa audiencia de los*

interesados, declarar la improcedencia de la continuidad o sucesión de un partido disuelto a la que se refiere el párrafo b) del apartado 1, teniendo en cuenta para determinar la conexión la similitud sustancial de ambos partidos políticos, de su estructura, organización y funcionamiento, de las personas que las componen, rigen, representan o administran, de la procedencia de los medios de financiación o materiales, o de cualesquiera otras circunstancias relevantes que, como su disposición a apoyar la violencia o el terrorismo, permitan considerar dicha continuidad o sucesión en contraste con los datos y documentos obrantes en el proceso en el que se decretó la ilegalización y disolución. Además de las partes de este proceso, podrán instar el pronunciamiento de la Sala sentenciadora el Ministerio del Interior y el Ministerio Fiscal, en el supuesto de que se presente para su inscripción conforme a lo dispuesto en los artículos 4 y 5 de esta Ley Orgánica».

Aunque la aplicación de la institución del fraude de ley ha resultado útil en otros supuestos análogos, para llegar a afirmar su existencia, en la forma que sostienen los demandantes, hemos de partir de una serie de premisas. Son las siguientes.

En primer lugar, la figura del fraude de ley, tal y como se contempla en el art. 44.4 LOREG, toma como base bien la creación de un ente electoral –en este caso una coalición de partidos a la que se suman un número significativo de candidatos independientes- que se convierte en un instrumento para la continuidad o sucesión del partido ilegalizado, cuya actividad se encuentra judicialmente prohibida. Así, para alcanzar la conclusión de que la presentación de candidaturas por parte de dicha coalición se ha hecho con el objeto de defraudar la Ley, es preciso determinar si existen elementos suficientes para tener por probado que se ha creado como instrumento para burlar la ley e incumplir la sentencia de ilegalización. De tal manera, que suponga la continuación inmediata de la actividad del partido disuelto (BATASUNA), ya calificada por este Tribunal como ilegal por incurrir en una actividad atentatoria contra la democracia, la cual, evitada por la sentencia de ilegalización, volvería a desarrollarse, lo que

justifica impedir que se produzca este efecto como medida necesaria en una sociedad democrática.

Por tanto, del propio tenor literal de la norma se deduce con claridad que la constatación de la sucesión es requisito ineludible para impedir la actividad de la formación política que sucede al partido ilegalizado, si bien cabe destacar que la LOREG y la LOPP permiten que la acreditación de la sucesión pueda llevarse a cabo, empleando cualesquiera medios probatorios admitidos en Derecho, mediante la evaluación de cualesquiera otras circunstancias relevantes para alcanzar una conclusión válida respecto de la sucesión o continuidad fraudulenta

En segundo lugar, para llegar a tal conclusión jurídica y determinar si existe tal sucesión o continuidad, ha de valorarse si concurre alguno de los parámetros que enuncia el art. 44.4 de la LOREG, que coinciden con los que recoge el art. 12.3 LOPP, por lo que es aplicable la jurisprudencia de esta Sala que los ha interpretado, parámetros a los que ya hemos hecho referencia cuando aludimos al Auto de esta Sala de 2 de febrero de 2009, teniendo presente que los mismos no están enunciados en el precepto con criterio exhaustivo o de *numerus clausus*, pues no se relacionan de forma exhaustiva o agotadora, sino orientativa, como se acredita por la referencia que el precepto hace a cualesquiera otras circunstancias relevantes que, como las manifestaciones, actuaciones y compromisos públicos de los promotores de la Coalición electoral y la posible participación o contribución de los partidos políticos disueltos en la promoción de aquélla que permitan considerar dicha continuidad o sucesión.

Contemplados los parámetros enumerados en el artículo 44.4 de la LOREG como reveladores del ánimo defraudatorio que se persigue con la sucesión de la actividad de un partido político ilegalizado, es decir, de un aspecto subjetivo del comportamiento humano, resulta evidente que será generalmente la prueba indiciaria el instrumento para alcanzar la certeza de su existencia en cada caso concreto, salvo el improbable caso de que exista

prueba directa. En este sentido el Tribunal Constitucional en resoluciones recientes (SSTC 111/2008 y 109/2009) ha considerado como requisitos imprescindibles la prueba plena de los hechos base o indicios; que exista un engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia; y que el razonamiento se funde en una comprensión razonable de la realidad. Este último requisito exige que la inferencia realizada sea lógica y coherente (canon de la lógica) y que los indicios tengan carácter concluyente o al menos suficiente, de tal modo que la inferencia no sea excesivamente abierta y permita conclusiones alternativas, pues en este caso ninguna de ellas puede darse por probada (canon de la suficiencia) (SSTC 189/1998, 220/1998, 124/2001, 137/2002, 155/2002, 229/2003, 300/2005, 123/2006).

En definitiva, lo relevante para que pueda entenderse establecida la prueba es que de los indicios pueda obtenerse un elevado grado de probabilidad y que aquella incertidumbre en su valoración no sea suficiente para ponerla en cuestión. Este 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.»

SEGUNDO: La trama defraudatoria cuya existencia esgrimien los demandantes y acoge la posición mayoritaria se sustenta básicamente en el elemento objetivo conformado por los documentos enumerados en el cuerpo de la sentencia. Sin embargo, los indicios que se desprenden de los mismos carecen del carácter concluyente y suficiente para alcanzar el grado de certeza que requeriría estimar plenamente acreditada su existencia, o al menos, la participación en la misma de EA y Alternatiba.

En relación con los mismos, ninguna objeción existe en aceptar que parte de ellos conducen a la conclusión lógica y racional de que el propósito de ETA ha sido procurar desde su ilegalización el acceso a las instituciones políticas mediante distintos cauces de participación en procesos electorales para tratar de eludir fraudulentamente las consecuencias de la ilegalización de Batasuna y así perpetuar la presencia activa de la organización terrorista en las instituciones representativas, e incluso que ha persistido en ese planteamiento con vistas al proceso electoral aquí concernido.

Ahora bien, tal circunstancia no presupone la existencia de concertación alguna entre ETA/Batasuna y los partidos integrados en la coalición, cuyas candidaturas proclamadas son impugnadas en este proceso. Desde esta perspectiva debe ser abordado el examen y valoración de algunos de los documentos en los que los demandantes y la posición mayoritaria sustentan sus conclusiones.

En primer lugar, debe resaltarse que el documento LORTU ARTE, constitutivo de las bases de un acuerdo estratégico entre las fuerzas políticas independentistas, suscrito entre EA y un sector de la izquierda abertzale, que previamente asumió la renuncia a la violencia y su condena conforme a las exigencias formulada por Eusko Alkartasuna, como luego se referirá, expresa el compromiso con el uso de vías exclusivamente políticas y democráticas y la defensa de todos los derechos humanos.

En segundo lugar, el documento denominado “Acuerdo por el cambio político y social entre independentistas y soberanistas de izquierda”, pone de manifiesto la apuesta de las fuerzas firmantes por las vías políticas y pacíficas y la consolidación de un escenario de no violencia con garantías.

Ambos documentos establecen las bases para una colaboración en la actuación política, pero ninguna mención hacen a las próximas elecciones locales y a Juntas Generales ni a los criterios de confección de las candidaturas electorales.

De manera que el contenido de la prueba documental hasta ahora citada no revela la existencia de trama defraudatoria alguna participada por EA y Alternatiba con el propósito que le atribuye la mayoría en la sentencia.

Continuando con la valoración de la prueba, merece especial atención el documento llamado “Bases para el acuerdo electoral-marco teórico para el acuerdo”, del que no cabe extraer las conclusiones sostenidas por la mayoría, toda vez que el conocimiento de su contenido ha sido negado por los demandados y se encuentra únicamente suscrito por Batasuna, cuya denominación aparece en el pie de mismo, sin rúbrica, firma o estampillado alguno. La misma conclusión cabe alcanzar en relación con el documento denominado “HERRI AKORDIOA. Metodología básica”, hallado por la Policía en el suelo al finalizar un control de carretera el día 20 de marzo de 2011, carente de fecha e indicación alguna acerca de sus autores y procedencia, si bien fue publicado su contenido el día anterior en los diarios Deia y El Mundo. Dicho documento constituye un elemento esencial para acreditar la participación de EA y Alternatiba en la tesis de los demandantes, que sostienen la existencia de una trama defraudatoria, pues aquel comprende referencias al programa, posibles desacuerdos respecto al mismo, reglas para la formación de las listas electorales, criterios para la elaboración técnica de las mismas y para solucionar los problemas que pudieran surgir al respecto. Sin embargo, pese a que los demandantes sostienen que no fue desmentido tras su aparición en los medios de comunicación, es lo cierto que

en una entrevista en Radio Popular el Secretario General de EA, “Pello Urizar”, realizada el día 28 de marzo, éste aseguró que <<“no hay acuerdo firmado electoralmente” entre su formación, Alternatiba y la izquierda abertzale>>. Razón por la cual no reviste fuerza probatoria alguna para acreditar la tesis de la mayoría.

Sentado lo anterior desaparece el vínculo de conexión entre los propósitos defraudatorios de ETA, que pretende basarse en los dos documentos citados anteriormente en primer lugar, y la pretendida participación de los partidos de la coalición para su consecución, mediante la incorporación en la coalición electoral del entramado ETA/Batasuna.

TERCERO: Conforme a lo antes expresado la sucesión o continuación de la actividad de los partidos declarados judicialmente ilegales exige el empleo de los parámetros enumerados, aunque sea sin ánimo de exhaustividad, por el artículo 44.4 de la LOREG.

Sin embargo, los demandantes prescinden de examinar la concurrencia de los requisitos del citado precepto, relativos a *la similitud sustancial de sus estructuras, organización y funcionamiento o de la procedencia de los medios de financiación o materiales*.

Por otro lado, en lo que atañe al elemento subjetivo, tampoco se refieren los demandantes, en absoluto, a *las personas que rigen, representan o administran cada una de las candidaturas*.

Por otro lado admiten la escasa vinculación de los integrantes de las candidaturas con Batasuna, lo que determina que aquella no pueda ser apreciada en el modo y manera en que lo ha sido por la Sala del artículo 61 del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional. Consciente de ello, el Ministerio Fiscal afirma lo siguiente: *“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.

En este sentido, la primera consideración que hay que hacer es que, en el apartado de antecedentes se han reflejado los porcentajes en relación con el total de las listas en los que aparecen una abrumadora mayoría de candidatos independientes hasta el punto de que, sumados los de las formaciones legalizadas, en la mayor parte de las candidaturas los supuestamente independientes superan el 50% del total.

El dato indiciario que es posible extraer del cúmulo de datos aportados es precisamente ese pues tan abrumadora mayoría de candidatos independientes incorporados a las listas de la Coalición, aparte de desnaturalizar la propia esencia de esta fórmula electoral, lleva a pensar que la misma no es más que un ropaje formal, la mera cobertura legal a una maniobra fraudulenta, todo ello, lógicamente sin poner en conexión este elemento de hecho con los apuntados en el anterior apartado.

Un segundo dato indiciario es posible deducirlo de la, a nuestro juicio, acreditada situación que se aprecia en la mayoría de las candidaturas presentadas, en las que se da el paradójico hecho de que en aquellas los puestos de relación con previsible obtención de cargo institucional se hallan ocupados por candidatos independientes quedando relegados los de las formaciones que legalmente integran la Coalición en el mejor de los casos a puestos de segundo nivel dentro de la lista”.

Lo anterior, sin embargo, no responde a la realidad. En cuanto a la primera consideración han quedado acreditados los numerosos errores de identificación en que se incurre en la demanda y a los que se refiere el escrito de alegaciones de la coalición demandada en los folios 81 a 117, por ejemplo en las candidaturas de los municipios de Bakaiku y Urdiain, entre otras muchas.

En lo que atañe a la segunda consideración, que los candidatos denominados “independientes” ocupan “los puestos de relación con previsible obtención de cargo institucional”, se trata de una mera afirmación voluntarista sobre la que los demandantes no invocan prueba documental alguna, quizás porque en las candidaturas no se especifica la condición de independiente.

Tampoco puede sostenerse la trama defraudatoria en la afirmación de que la condena de la violencia efectuada por el sector de la Izquierda Abertzale con el que los partidos legales de la coalición llegan a un acuerdo es una condena ad hoc para cumplir un requisito formal.

El Ministerio Fiscal en su escrito de demanda, folio 43, reconoce que el Secretario General de EA afirmó, el 30 de diciembre de 2010, que *“mientras no esté clarísimamente nítido que el proceso se va a hacer exclusivamente por vías políticas y pacíficas, Eusko Alkartasuna no va a estar ahí, pero, mientras eso esté asegurado y esté comprometido, EA va a aportar y que si no es en estas, será en las siguientes cuando se pueda formar esa entente independentista”*. Pero es más, en el escrito de alegaciones se hace referencia a una serie de declaraciones y tomas de postura de EA que arrancan desde el año 2003, en las que reiteradamente se formula esa exigencia de condena y renuncia a la violencia; renuncia y condena que se plasma en los documentos referidos (LORTU ARTE y Acuerdo por el cambio político y social), así como en la declaración cuya firma se exige a todos los candidatos de la coalición electoral BILDU, más concretamente en sus apartados 4 y 9.

CUARTO: La jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Constitucional ha llegado a considerar como 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 demás, para diluir la capacidad probatoria de indicios que en otro caso adquieren una considerable densidad de sentido».

El ATS de 22 de mayo de 2007 por su parte, afirma que la carga de desvirtuar los indicios mediante una actitud de condena o rechazo del terrorismo «responde a un principio que se ha intentado explicar técnicamente con arreglo a distintas construcciones (posibilidad de desvirtuar el valor concurrente de los indicios mediante los llamados contraindicios o indicios de signo contrario; refutación de los facta refutanda o hechos susceptibles de refutación con arreglo a la retórica clásica; carga de la prueba en sentido procesal de los hechos impositivos correspondiente a la parte demandada; carga natural de la prueba impuesta por la evidencia de los hechos demostrados en perjuicio de quien trata de desvirtuarlos; valor expresivo del silencio en circunstancias excepcionales, según la inveterada experiencia de la ciencia jurídica, reflejada en la glosa de las Partidas, inspirada en el jurista romano Paulo, tacens noc fatetur, sed nec negare videtur [quien calla no otorga, pero tampoco parece que niegue]), todas las cuales coinciden en admitir que determinadas evidencias pueden ser combatidas mediante la aportación de hechos que las refuten o desvirtúen o mediante manifestaciones que las desmientan».

Esta apreciación tiene una especial relevancia en relación con los medios de prueba, pues, como añade el citado ATS, «en consecuencia, estos hechos o manifestaciones de signo contrario a que se refiere la jurisprudencia que acabamos de reseñar no es necesario que tengan carácter formal y se reflejen en los estatutos del nuevo partido político constituido -aunque pueden aparecer en ellos-, sino que pueden tener lugar al margen de estos, mediante manifestaciones públicas ajenas al proceso o incluso, en una interpretación flexible favorable a la protección de los derechos fundamentales afectados, mediante escritos dirigidos al tribunal, como esta Sala ha admitido en resoluciones recientes sobre el enjuiciamiento del acto de proclamación de candidaturas correspondientes a agrupaciones electorales a las que se imputaba ser continuación o sucesión del partido político ilegal y disuelto Batasuna».

La STC 5/2004, de 16 de enero (FJ 18), declara que «la negativa de un partido político a condenar atentados terroristas puede constituir, en determinadas circunstancias, una actitud de "apoyo político [...] tácito al terrorismo" o de legitimación de "las acciones terroristas para la consecución de fines políticos", por cuanto esa negativa puede tener un componente cierto de exculpación y minimización del significado del terrorismo [...] en tanto que negativa de una expresión, abstenerse de condenar acciones terroristas es también manifestación tácita o implícita de un determinado posicionamiento frente al terror. No es, desde luego, una manifestación inocua cuando con ella se condensa un credo -hecho explícito, por lo demás, en declaraciones públicas de responsables del partido que se niega a condenar por sistema- erigido sobre la consideración de la violencia terrorista como estricto reflejo de una violencia originaria, esta practicada por el Estado».

«En un contexto de terrorismo, cuya realidad se remonta más de treinta años en el pasado, y en el que la legitimación del terror siempre se ha buscado por sus artífices desde el principio de equivalencia entre la naturaleza de las fuerzas enfrentadas, presentándose como única salida para la resolución de un pretendido conflicto histórico, inasequible a los procedimientos del Derecho, en ese contexto, decimos, la negativa de un partido a condenar un concreto atentado terrorista, como singularización inequívocamente buscada respecto a la actitud de condena de los demás partidos, adquiere una evidente densidad significativa por acumulación, pues se imbuje del significado añadido que le confiere su alineamiento en la trayectoria observada sobre ese particular por un partido que ha prodigado un entendimiento del fenómeno terrorista que, cuando menos, lo presenta como reacción inevitable a una agresión primera e injusta del Estado agredido por el terror. [...] Tal negativa se une a comunicados ambiguos y de compromiso sobre la base de una equidistancia entre el Estado y el terror, construida desde la premisa de no ver ninguna diferencia de cualidad entre el poder público -que monopoliza legítimamente la fuerza del Estado- y una banda criminal- cuya violencia solo es constitutiva de ilícitos penales-, con lo

que se pretende que la responsabilidad de esta quede disminuida o desplazada. La consecuencia legítima de todo lo anterior ha de ser, como ha sido, la privación de la condición de partido a la formación política que se ha demostrado ajena a la institución garantizada por el art. 6 CE».

Por su parte, la STEDH de 30 de junio de 2009 (Herri Batasuna y Batasuna contra España) declara lo siguiente (apartado 88): «El Tribunal suscribe los argumentos del Tribunal Constitucional expuestos en el apartado 46 supra cuando el Alto Tribunal considera que la negativa a condenar la violencia es una actitud de apoyo tácito al terrorismo y en un contexto de terrorismo que existe desde hace más de treinta años y que es condenado por todos los demás partidos políticos. En opinión de los demandantes, la disolución se basaría exclusivamente en la negativa a condenar actos violentos. Sin embargo, el Tribunal ha de puntualizar que tal elemento no era el único fundamento para la disolución de los partidos demandantes. En efecto, el Tribunal Constitucional constató que se sumaba a una pluralidad de actos y conductas, graves y reiterados, de los que razonablemente cabía inferir un compromiso con el terror y contra la convivencia organizada en un Estado democrático. En cualquier caso, el Tribunal señala que el mero hecho de que la disolución se fundamentara también en este elemento no sería contrario al Convenio, puesto que la conducta de los políticos engloba normalmente no solamente sus actos o afirmaciones, sino también, en ciertas circunstancias, sus omisiones o silencios, que pueden equivaler a tomas de posición y ser expresión de todo acto de apoyo expreso (véase, mutatis mutandis, Zdanoka contra Letonia [GS], núm. 58278/2000, aps. 123 y 130, TEDH 2006...).»

Las consideraciones realizadas acerca del valor atribuible a la condena o rechazo de la violencia para alcanzar fines políticos impiden, en mi opinión, sostener la tesis que en este punto sostiene la sentencia mayoritaria.

QUINTO: Lo hasta aquí dicho explica lo que el Ministerio Fiscal afirma al folio 339 de su demanda: *“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. A ello habría que añadir, como se ha anticipado en otros apartados de este recurso, la necesidad de que, de ser estimado el recurso, la solución judicial adoptada respete la regla de la proporcionalidad de los sacrificios y cumpla con las exigencias de idoneidad, indispensabilidad y proporcionalidad en sentido estricto, en aras de evitar ese serio riesgo para la democracia española que, en palabras del TEDH, justificaría la adopción de tal medida”.*

SEXTO: Lo hasta ahora expuesto, aunque desvirtúa las conclusiones alcanzadas por la mayoría, no conlleva necesariamente la desestimación total de las demandas, sino más bien su estimación parcial, algo que incluso podría inferirse de las manifestaciones del Fiscal anteriormente transcritas.

Es necesario garantizar hasta donde sea posible, sin violentar el ordenamiento jurídico, la no entrada en las instituciones democráticas de personas vinculadas con organizaciones terroristas, por cuanto la estabilidad del sistema democrático ha de primar sobre los derechos de participación política y acceso a cargos públicos.

A tal fin, ha de acudirse, por más dificultoso que pueda resultar, al análisis de la concurrencia de vinculaciones subjetivas entre los integrantes de las distintas candidaturas electorales con partidos ilegalizados, siendo indiferente el hecho de que en este caso, tal y como afirma el Ministerio Fiscal, resulten más o menos significativos si se atiende exclusivamente a los criterios hasta ahora asumidos por la jurisprudencia de esta Sala y la doctrina del Tribunal Constitucional.

En un caso como el que nos ocupa, en el que no nos encontramos ante situaciones singulares de condena de la violencia, sino ante un supuesto que afecta a un importante sector de personas hasta ahora vinculadas a un partido ilegalizado (Batasuna), quizás sea necesario acudir a otros criterios.

Uno de ellos podría ser considerar que la instrumentalización de las candidaturas puede estimarse acreditada en aquellas en las que no existe presencia de candidatos de los partidos EA y Alternatiba o que la presencia de estos es puramente testimonial.

La prueba, por medios objetivos, de la existencia de una utilización fraudulenta de la Coalición para la presentación de candidaturas de Batasuna, al igual que en casos anteriores en los que se ha tenido que pronunciar esta Sala, comporta la aplicación de unos estándares probatorios distintos de aquellos que se han venido empleando hasta ahora para determinar si las candidaturas electorales impugnadas eran o no un medio para la sucesión de un partido político ilegalizado.

Pues bien, examinada la prueba aportada, el criterio expuesto debe entenderse proporcionado y suficiente para descartar racionalmente que las candidaturas integradas en su totalidad por candidatos independientes puedan ser ajenas al partido político ilegalizado.

Con ello se garantiza plenamente la debida protección de los derechos fundamentales de las personas (singularmente los de participación política y acceso a los cargos públicos), pues no puede impedirse que sin mediar al respecto restricción legal o judicial, pudiera injustamente privarse de la posibilidad de concurrir a este proceso electoral a los miembros de los citados partidos de la Coalición.

SÉPTIMO: Como argumento final para sustentar un fallo estimatorio parcial de las demandas, que ha sido la tesis del Magistrado que suscribe, no puede obviarse la contradicción que se produce, en mi opinión, entre una estimación total del presente recurso y la estimación parcial de los recursos interpuestos frente a los Acuerdos de proclamación definitiva de candidaturas de agrupaciones de electores para participar en el proceso electoral en curso.

Si se admite la tesis de los demandantes de que estamos ante una trama defraudatoria con tres planes subsidiarios entre si, de tal manera que SORTU sería el plan A, la coalición BILDU el plan B y las agrupaciones electorales el plan C, la contradicción, a mi parecer, es manifiesta.

Todo lo expuesto justifica, en opinión del Magistrado que suscribe, un fallo parcialmente estimatorio.

D. José Manuel Siera Míguez