

TRIBUNAL SUPREMO

SALA ESPECIAL ART. 61 L.O.P.J.

VOTO PARTICULAR

FECHA:01/04/2011

VOTO PARTICULAR QUE FORMULAN LOS MAGISTRADOS, EXCMOS. SRES.: D. JUAN ANTONIO XIOL RÍOS, D. GONZALO MOLINER TAMBORERO, D. JOSÉ MANUEL SIEIRA MÍGUEZ, D. JOSÉ LUIS CALVO CABELLO, D. ALBERTO JORGE BARREIRO, D. RAFAEL GIMENO-BAYÓN COBOS Y D. MANUEL RAMÓN ALARCÓN CARACUEL, al auto de 30 de marzo de 2011, dictado en el procedimiento seguido en la Sala Especial del artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial para conocer de las demandas incidentales de ejecución de la sentencia de 27 de marzo de 2003 (autos acumulados n.º 6/2002 y 7/2002) presentadas por el abogado del Estado y el Ministerio Fiscal sobre declaración de improcedencia de continuidad o sucesión de partido disuelto en relación con la organización política denominada Sortu

1. Antecedentes

Las demandas de ejecución de sentencia deducidas por el abogado del Estado y el Ministerio Fiscal abren un procedimiento incidental en el seno de la ejecución de la sentencia de 27 de marzo de 2003 (por virtud de la cual se declaró la ilegalidad y consiguiente disolución de los partidos políticos Herri Batasuna, Euskal Heritarrok y Batasuna) y tienen por objeto obtener de esta Sala una resolución por virtud de la cual se declare que la organización política denominada Sortu, cuya inscripción en el RPP se pretende por sus promotores, no puede constituirse como tal partido político, por ser continuadora y sucesora de las formaciones políticas ilegalizadas, declarando improcedente su creación formal y la denegación de su inscripción en el RPP.

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.

A efectos de facilitar la lectura de este voto, se hace constar que se han empleado las siguientes siglas:

ATS, auto del Tribunal Supremo.

CE, Constitución Española.

FJ, fundamento jurídico.

LEC, Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

LO, Ley Orgánica.

LOPJ, Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

LOPP, Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos.

LOREG, Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.

RPP, Registro de Partidos Políticos.

SSTC, sentencias del Tribunal Constitucional.

SSTS, sentencias del Tribunal Supremo

STC, sentencia del Tribunal Constitucional.

STEDH, sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

STS, sentencia del Tribunal Supremo.

TC, Tribunal Constitucional.

TEDH, Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

TS, Tribunal Supremo.

2. Resumen del voto particular

Los firmantes de este voto particular sostienen que (i) la resolución mayoritaria sustituye la valoración de la prueba por la construcción de un relato de identificación entre los miembros de la Izquierda Abertzale, la banda terrorista ETA y la creación de Sortu como producto de una instrucción directa de ETA; (ii) la resolución mayoritaria extrae este relato de un prolijo documento de ETA de hace más de un año y medio y lo justifica con citas parciales y conjeturas incompatibles con innumerables elementos probatorios que lo contradicen, documentales, periodísticos y de testimonio de los agentes policiales que declararon en el proceso; (iii) la resolución mayoritaria desconoce totalmente el valor decisivo que la jurisprudencia otorga a la terminante renuncia de la violencia formulada en los Estatutos del nuevo partido.

Los firmantes consideran, por el contrario, que (i) la prueba practicada no ha logrado desmentir que la creación del nuevo partido político constituye un intento de una parte al menos del mundo abertzale de que en el País Vasco sean defendidas determinadas aspiraciones políticas independentistas por vías estrictamente políticas abandonando la violencia y toda connivencia con ella, como exige el Estado constitucional; (ii) esta conclusión se acredita por la existencia de innumerables indicios de la existencia de discrepancias graves en el seno de la Izquierda Abertzale sobre el abandono de la violencia y por el carácter terminante de la renuncia a la violencia formulada en los Estatutos del nuevo partido, referida a la organización terrorista ETA, como sujeto de conductas que vulneran los derechos humanos; (iii) por ello, resulta obligado, según los principios del Estado de Derecho, tal como se concretan en la jurisprudencia constitucional y europea de derechos humanos, admitir la actividad política del nuevo partido en tanto no se demuestre cualquier tipo de connivencia del nuevo partido con el terrorismo, momento en que la ley española permite su ilegalización inmediata.

3. Presupuestos legislativos y constitucionales de la decisión

3.1. La ilegalización de partidos políticos y la normativa aplicable.

El procedimiento de ilegalización de un partido político, aunque formalmente, en el caso examinado, constituye un incidente de ejecución de una sentencia firme, es un proceso de la máxima importancia constitucional, puesto que en él debe decidirse si una parte del electorado de las comunidades autónomas del País Vasco y de Navarra, identificado con la denominada Izquierda Abertzale, puede contar con un partido político propio para aspirar a formar parte de las instituciones elegidas democráticamente y, en general, participar en la actividad política.

Por ilegalización -término utilizado por la STC 48/2003- debe entenderse no solo la disolución judicial de un partido político, cuyo efecto principal es el «cese inmediato de toda actividad» (artículo 12.1.a] LOPP), sino también la que consiste en impedir el nacimiento de un partido político mediante la denegación de su inscripción en el RPP, que, a tenor del artículo 3.2 LOPP, es requisito indispensable para que los partidos adquieran personalidad jurídica. Como una modalidad específica de esta última se prevé la denegación de la inscripción, por vía de ejecución de sentencia, del partido que pretenda continuar o suceder la actividad de otro declarado ilegal o disuelto (artículo 5.6 LOPP). Este es el supuesto al que se refiere el presente incidente.

Como normativa principal aplicable al caso examinado deben citarse los artículos 1, 6, 15, 23 y 53.2 CE; la LOPP, especialmente los artículos 5.1, 12.3 y 12.4 sobre ilegalización de partidos políticos y el artículo 11 sobre procedimiento y recursos, así como los artículos concordantes de la LOREG, y los artículos de la LEC sobre la ejecución de las sentencias (especialmente el artículo 343) y de la LOPJ sobre el funcionamiento de esta Sala Especial y recursos contra sus resoluciones (especialmente el artículo 61).

Posteriores a la mayoría de las resoluciones jurisprudenciales que seguidamente se citarán son determinadas modificaciones legislativas operadas con posterioridad en las normas citadas. Desde el punto de vista procesal, cabe citar la modificación del artículo 241 LOPJ llevada a cabo por la LO 6/2007, de 24 de mayo, mediante la que se amplía el objeto del incidente de nulidad de actuaciones ante el propio tribunal que dictó la resolución, como vía previa al amparo constitucional, a las vulneraciones de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 53.2 CE.

Desde el punto de vista sustantivo, reviste especial importancia la modificación de la LOREG llevada a cabo por la LO 3/2011, de 28 de enero, en la cual se destaca la inclusión de un apartado 4 en el artículo 6, que transcribimos íntegramente:

«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».

3.2. *Límites constitucionales.*

La STC 48/2003, que declaró la constitucionalidad de la LOPP, fija los límites dentro de los cuales debe desenvolverse el enjuiciamiento de la ilegalidad de un partido político. La STC (FJ 7), partiendo de que la CE no contiene un modelo de lo que se denomina «democracia militante», consistente en que se imponga no ya el respeto, sino la adhesión positiva a ella y al conjunto del ordenamiento jurídico, declara que «[l]a Ley recurrida no acoge ese modelo de democracia. Ante todo, ya en la Exposición de Motivos parte de la base de la distinción entre ideas o fines proclamados por un partido, de un lado, y sus actividades, de otro, destacando que "los únicos fines explícitamente vetados son aquellos que incurren en el ilícito penal", de suerte que "cualquier proyecto u objetivo se entiende compatible con la Constitución siempre y cuando no se defienda mediante una actividad que vulnere

los principios democráticos o los derechos fundamentales de los ciudadanos". Y, en consecuencia con ello, en lo que ahora importa, la Ley contempla como causas de ilegalización, precisamente "conductas", es decir, supuestos de actuación de partidos políticos que vulneran con su actividad, y no con los fines últimos recogidos en sus programas, las exigencias del artículo 6 de la Constitución, que la Ley viene a concretar».

En este mismo sentido, la STC 5/2004 (FJ 9) declara que «las circunstancias que verdaderamente definen a la asociación como partido únicamente se acreditan una vez constituido, pues solo entonces puede determinarse si se ajusta en su actividad a las funciones referidas en el artículo 6 CE. Y solo entonces puede constatarse si los fines definidores de su ideario político, en principio constitucionalmente libres, se persiguen por medios, no ya pacíficos, sino, antes aun, compatibles con las funciones constitucionales a las que los partidos sirven como instrumento. La constatación de ese extremo en el momento de la constitución del partido solo sería imaginable a través de un juicio de intenciones que pugnaría groseramente con el régimen de libertad de creación de partidos garantizado por la Constitución».

La STC 48/2003 declara, en segundo lugar (FJ 9), que «[a]ntes que a un fin propiamente retributivo, las causas de ilegalización y disolución previstas en la Ley responden a una finalidad de garantía de que su actuación respete las condiciones definidoras de los partidos políticos, en tanto que asociaciones calificadas por la relevancia constitucional de sus funciones. El control jurídico de esa vertiente definidora de la asociación como partido consistente en el respeto a las exigencias del ordenamiento jurídico democrático recogidas en el art. 6 CE ha de ser, por necesidad, un control a posteriori».

En suma, el marco que delimita la LOPP según la interpretación realizada por el TC se cifra en que solo cabe ilegalizar a un partido sobre la base de sus actividades o conductas y, por tanto, solamente cuando estas se hayan producido, de tal suerte que no cabe la ilegalización preventiva. En consonancia con ello la Exposición de Motivos de la LOPP dice que «cualquier proyecto objetivo se entiende compatible con la Constitución, siempre y cuando no se defienda mediante una actividad que vulnere los principios democráticos o los derechos fundamentales de los ciudadanos».

Por el contrario, no son compatibles con la CE las conductas consistentes en el apoyo político a la violencia y a las actividades de bandas terroristas. La Exposición de Motivos de la LOPP dice que «por razón de la actividad del terrorismo, resulta indispensable identificar y diferenciar con toda nitidez aquellas organizaciones que defienden y promueven sus ideas y programas, cualesquiera que estas sean, incluso aquellas que pretenden revisar el propio marco institucional, con un respeto escrupuloso de los métodos y principios democráticos, de aquellas

otras que sustenta su acción política en la connivencia con la violencia, el terror, la discriminación, la exclusión y la violación de los derechos y las libertades».

3.3. *La continuidad en las personas.*

Esta Sala, siguiendo la jurisprudencia del TC, tiene declarado que la sucesión o continuidad en la actividad del partido político disuelto, por exigencias constitucionales del principio de participación política en el marco del pluralismo (artículo 1 CE), de la función constitucional de los partidos políticos (artículo 6 CE) y de la libertad ideológica (artículo 16 CE) no es una continuidad o sucesión en las personas, sino en la actividad por la razones que han determinado la ilegalización, que son cabalmente las de connivencia con el terrorismo. El ATS de esta Sala de 22 de mayo de 2007, en efecto, fija el siguiente criterio, del cual resulta imposible apartarse, a juicio de los firmantes de este voto particular, sin vulnerar los citados principios constitucionales:

«Desde esta perspectiva, las recurrentes y cualesquiera otras personas vinculadas a los partidos ilegalizados pueden emprender una nueva vía, acudiendo a la concurrencia política bajo el amparo de formaciones de nueva creación, como abundantemente ha reiterado esta Sala, así como el Tribunal Constitucional, siempre que el nuevo partido creado no constituya una continuación o sucesión del partido ilegal y disuelto. La denominada "Izquierda Abertzale", en cuanto no implica una identificación formal con una formación orgánica o funcionalmente activa, constituye una opción ideológica legítima, susceptible de expresarse por los cauces de participación política que permite la ley de acuerdo con la CE. La Sala estima que nada puede impedir a los miembros de la Izquierda Abertzale crear un instrumento político para expresar su voluntad colectiva.» Esta es la razón, según el citado ATS de 22 de mayo de 2007, por la cual «la limitación al derecho de participación política que la prohibición de la sucesión o continuación del partido ilegalizado puede suponer, no comporta una limitación desproporcionada de los derechos individuales de quienes tratan de conseguir este efecto en contra de los pronunciamientos de la sentencia judicial firme, ya que sus derechos políticos pueden ejercitarse, en lo que aquí interesa, mediante la adscripción a otras formaciones políticas o mediante la creación de un nuevo partido político que objetivamente no constituya un mero instrumento de continuación o sucesión del disuelto, con absoluta independencia, insistimos, de los fines que persiga y de la ideología política a que responda.»

Este criterio es plenamente acorde con la CE. La STC 126/2009, en efecto, declara que «Las diferentes alusiones que con carácter general se hacen en el Auto recurrido a la "Izquierda Abertzale" podrían llevar el ámbito de la "fiscalización judicial al terreno de la ideología y las convicciones personales absolutamente vedado en un proceso electoral y en cualesquiera otros de nuestro ordenamiento". Una vez más hemos de insistir en que la Izquierda Abertzale como expresión

ideológica "no ha sido proscrita de nuestro ordenamiento ni podría llegar a serlo sin quiebra del principio pluralista y de los derechos fundamentales a él conexos" [...]».

Este criterio jurisprudencial es el que ha sido seguido en la Ley Orgánica 3/2011, de 28 de enero por la que se modifica la LOREG, pues a las personas electas en candidaturas presentadas por partidos, federaciones o coaliciones de partidos declarados ilegales por sentencia judicial firme no se les exige una declaración de separación personal del espacio social, político u organizativo en el que se formaron tales partidos, federaciones o coaliciones, sino que, para que pueden eludir la incompatibilidad sobrevenida en virtud de la declaración de ilegalidad del partido al que pertenecían cuando fueron elegidos, basta «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 hubiera resultado electo [...]» (artículo 6.4 LOREG).

4. Objeto de la decisión

En desarrollo del artículo 5.6, la LOPP establece un instrumento de garantía para prevenir determinadas situaciones fraudulentas encaminadas a orillar los efectos prohibitivos de la sentencia de ilegalización de un partido político.

A tal fin, el artículo 12.1.b) LOPP dispone que «[l]os actos ejecutados en fraude de ley o con abuso de personalidad jurídica no impedirán la debida aplicación de esta. Se presumirá fraudulenta y no procederá la creación de un nuevo partido político o la utilización de otro ya inscrito en el RPP que continúe o suceda la actividad de un partido declarado ilegal y disuelto». El artículo 12.3 LOPP, entroncando con el precepto transcrito y, de forma mediata, con el artículo 5.6 LOPP, señala que «[e]n 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 sus estructuras, 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».

En suma, el artículo 12.3 LOPP pretende objetivar lo más posible las circunstancias que tienen que concurrir para que la Sala sentenciadora de la ilegalización por disolución del partido anterior, proceda, en ejecución de la sentencia dictada, a ilegalizar, por denegación de la inscripción, al nuevo partido.

El objeto del incidente es determinar si, valorados los elementos de convicción que se someten al examen de la Sala, según la enumeración que la

LOPP establece, puede afirmarse que el partido político cuya inscripción se pretende —mientras el plazo legal para su inscripción queda suspendido por ministerio de la ley— continúa o sucede la actividad de un partido declarado ilegal y disuelto.

A diferencia de los procesos a que se refieren las sentencias que con anterioridad habían examinado, en el marco de un procedimiento incidental de esta naturaleza, la proclamación o exclusión de candidaturas presentadas por agrupaciones de electores (SSTS de 27 de marzo de 2003, 21 de mayo de 2004, 26 de marzo de 2005; y SSTC núms. 85/2003, de 8 de mayo; 176/2003, de 10 de octubre; 99/2004, de 27 de mayo y 68/2005, de 31 de marzo) el ATS de 22 de mayo de 2007 (recurrido en amparo ante el TC, el cual declaró la inadmisibilidad del recurso) examinó la denegación de la inscripción de una formación que pretendía su inscripción como partido político.

En el citado ATS de 22 de mayo de 2007 se declaró que «[l]os criterios establecidos en las sentencias precedentes para aplicar los parámetros legales y, con ello, determinar los requisitos que han de concurrir para constatar que la formación o grupo político frente al que se dirija la demanda supone la continuidad o sucesión de Batasuna son, pues, aplicables en lo que tienen de común los casos examinados con el que ahora es objeto de demanda. Son aplicables, por lo general, en cuanto a las declaraciones que se establecen sobre los elementos concurrentes para que se pueda hablar de continuidad o sucesión [...]», con la única particularidad de que, cuando se examina la existencia de un posible fraude de ley por continuación o sucesión en la actividad prohibida de los partidos ilegalizados y disueltos, la presentación de un partido político de nueva creación obliga a tener en cuenta los caracteres específicos que este presenta frente a las agrupaciones de electores.

En virtud de ello, según el citado ATS de 22 de mayo de 2007, el examen de los elementos que expresa el artículo 12.3 LOPP debe hacerse teniendo en cuenta, entre otros extremos, que:

1) La «singular relevancia» de la vinculación de los candidatos con el partido ilegalizado «debe referirse a sus promotores», que asumen la iniciativa de su creación y caracterización.

2) La «formalización o expresión de un ideario político parece connatural a la formulación de los estatutos por los que ha de regirse el partido político que solicita su inscripción».

3) «El examen del acta fundacional y de los elementos que integran su contenido, en particular los estatutos por los que habrá de regirse el partido que se constituye, en cuanto permiten la comprobación de los fines propios del partido, son esenciales en el enjuiciamiento acerca de la utilización fraudulenta de un partido de nueva creación o ya inscrito.»

Los firmantes de este voto particular no pueden compartir la alegación del Ministerio Fiscal en el sentido de que el supuesto que se examina en este procedimiento es distinto del contemplado en el ATS de 22 de mayo de 2007 ni la posición, al menos implícita en el auto del que discrepamos («*innecesariedad* de un análisis más exhaustivo de los criterios citados *ad exemplum* en el artículo 12.3 de la LOPP», FJ 15.IV), en el sentido de que no son aplicables, en sentido propio, los presupuestos establecidos en el artículo 12.3 LOPP, pues de nuestra jurisprudencia, como ha quedado expuesto, se desprende que los citados presupuestos son aplicables al supuesto en el que debe examinarse si un nuevo partido político es sucesión o continuación de la actividad de otro anterior ilegalizado. Por lo demás, el principio de legalidad difícilmente permitiría otra solución.

En consonancia con ello, los criterios que deben ser examinados para advertir si puede establecerse por la vía de la presunción establecida en la LOPP la continuidad o sucesión del partido político cuya inscripción se solicita en la actividad de los partidos políticos ilegalizados son las siguientes:

(a) Similitud sustancial de ambos partidos políticos, de sus estructuras, organización y funcionamiento.

(b) Similitud sustancial de las personas que las componen, rigen, representan o administran.

(c) Similitud sustancial de la procedencia de los medios de financiación o materiales.

(d) Cualesquiera otras circunstancias relevantes, como su disposición a apoyar la violencia o el terrorismo.

Estos elementos se examinan a continuación.

5. Similitud sustancial de ambos partidos políticos, de sus estructuras, organización y funcionamiento

La resolución de la mayoría no hace referencia este punto.

El ATS de 22 de mayo de 2007 aprecia en un partido político «un cierto grado de similitud entre la estructura del partido de nueva constitución y la propia de Batasuna», que concreta en que los órganos de este partido «son coincidentes, en lo esencial, con los que constan en los Estatutos de Batasuna [...]: Asamblea de pueblo o barrio; Mesa de Pueblo o Barrio; Asamblea Provincial; Mesa de Herrialde; Asamblea Nacional y Mesa Nacional». No se aprecia similitud en los Estatutos de la nueva organización política, cuyos órganos son: el Congreso, la Asamblea Nacional, la Comisión Ejecutiva Nacional, el/la Secretario/a General, la Asamblea Local, el Grupo Local, el Comité de Control y Garantías y el Comité de Cuentas (artículo 12 de los Estatutos). Por lo demás, la demanda del abogado del Estado y la del Ministerio Fiscal no aluden a este punto.

Los demás elementos de similitud expresamente contemplados en el ATS de 22 de mayo de 2007, tales como denominación, símbolos, etc., no concurren en el

caso de los Estatutos que estamos considerando, como así se desprende de las demandas presentadas y del examen del texto de aquellos.

Ambas partes demandantes, el abogado del Estado y el Ministerio Fiscal, deducen, sin embargo, de los Estatutos de la organización política Sortu la existencia de una similitud sustancial con los partidos ilegalizados. Para ello se fundan, esencialmente, en que (a) de los mismos se desprende que constituyen un proyecto político y organizativo de la Izquierda Abertzale (la cual, afirman, constituye la organización que integra las organizaciones políticas ilegalizadas) y en que (b) en los Estatutos del nuevo partido se da impulso al llamado proceso democrático, el cual, afirman, es una estrategia vinculada a la dirección de la banda terrorista ETA para combinar acciones violentas con actuaciones de carácter político y tiene, en consecuencia, un valor simbólico.

Los firmantes de este voto particular entienden que estos argumentos no son suficientes para sustentar la conclusión que se propugna, pues:

(a) La denominación Izquierda Abertzale, más allá de su significado literal y semántico, puede ser utilizada con distintos fines en el lenguaje pragmático. Del contexto de los Estatutos, cuyo examen se verificará más detenidamente en este texto, no se deduce que la denominación se utilice en ellos para referirse a una concreta organización en connivencia con la banda terrorista ETA. Basta ahora con hacer constar que la Izquierda Abertzale se define en los Estatutos del nuevo partido como «espacio social y político» en el marco de una afirmación que destaca «la ruptura con los modelos organizativos y formas de funcionamiento de los que se ha dotado ese espacio social y político en el pasado y, por tanto, con los vínculos de dependencia a que aquellos daban lugar».

La resolución de la mayoría considera que la expresión Izquierda Abertzale se usa siempre como equivalente al conjunto de formaciones ilegalizadas.

Los firmantes de este voto particular consideran que esta posición no puede mantenerse, con arreglo a la jurisprudencia constitucional, en aquellos casos en los que la expresión Izquierda Abertzale aparece unida a la ruptura con las organizaciones anteriores. Consideran que tampoco puede mantenerse de manera concluyente, como hace la resolución de la mayoría, en los casos en que la expresión Izquierda Abertzale aparece con un sentido ambiguo. Esto último sucede, entre otros supuestos, con la siguiente expresión contenida en el documento «Clarificando...»: «[L]a ilegalización de Herri Batasuna/Euskal Herritarrok/Batasuna» supuso «la expulsión de la Izquierda Abertzale de las elecciones y las instituciones». En este caso, en efecto, la identificación no sería cierta si se admitiese que la presencia en las instituciones, según el principio de representación democrática, corresponde no a los elegidos, sino a los electores, aunque aquellos no ostenten mandato imperativo de estos.

(b) En los informes presentados por la Policía y la Guardia Civil se pone de

manifiesto la utilización de la expresión «proceso democrático» en documentos internos de la banda terrorista ETA en los que se combina la acción violenta y la actuación por medios políticos. Sin embargo, como se verá más detenidamente, existen documentos elaborados en el seno de la Izquierda Abertzale en los que la expresión «proceso democrático» figura unida o relacionada con la afirmación de la utilización con carácter exclusivo de vías políticas y democráticas (v. gr., en el documento «Clarificando...»). A este último sentido se atienen los Estatutos del nuevo partido, pues en ellos el «impulso de un proceso democrático», aparece precisado seguidamente por la frase «adoptando una posición clara e inequívoca de actuación por vías exclusivamente políticas y democráticas».

En suma, debe concluirse que no se ha acreditado la concurrencia del elemento de similitud sustancial de ambos partidos políticos, de sus estructuras, organización y funcionamiento.

6. Similitud sustancial de las personas que las componen, rigen, representan o administran

La resolución de la mayoría no hace referencia a este punto.

Como expresión de lo que entiende prueba directa de la sucesión de las formaciones ilegalizadas por la nueva formación política, pone de manifiesto que en el acto de Pamplona para la presentación del nuevo proyecto político (FJ 12.1), así como el acto en el Palacio Euskalduna de Bilbao de presentación de aquel (FJ 12.2) asistieron personas vinculadas al mundo abertzale, en asientos más o menos preferentes.

A juicio de los firmantes de este voto particular esta circunstancia carece de relevancia para apreciar la similitud sustancial de las personas que componen, rigen, representan o administran el nuevo partido político, no solo (i) porque en muchas de ellas no concurren las circunstancias personales que exige la jurisprudencia constitucional para apreciar dicha conexión si formaran parte del nuevo partido, sino especialmente (ii) porque, como ha quedado dicho, el elemento de la similitud de las personas solo puede referirse a los promotores o personas que directamente participan en la organización del nuevo partido político.

En las demandas se sostiene que existen elementos suficientes para advertir la concurrencia de este elemento de similitud en los promotores del nuevo partido, a los cuales, según el citado ATS de 22 de mayo de 2007, debe referirse la concurrencia de esta relevante circunstancia.

Se ha alegado por las partes demandantes que esta similitud concurre respecto de una de las personas que formaron la mesa presidencial en el acto de presentación del nuevo partido.

Los firmantes de este voto particular consideran que no es necesario examinar la relevancia que pudiera tener este elemento, pues el presupuesto de hecho en el que se basa la alegación de esta circunstancia ha sido desvirtuado en

virtud de la prueba practicada. En efecto, en uno de los informes presentados por las Fuerzas de Seguridad del Estado se afirma que una de las personas que figuraban en la mesa presidencial podía pertenecer a un comando de la banda terrorista ETA. La prueba, sin embargo, ha desvirtuado totalmente esta afirmación. La expresión «sin tocar», según se ha podido comprobar, es la traducción correcta (frente a la traducción «para tocar» que se propone en el informe y en la prueba testifical) de la nota que acompaña al nombre de la persona interesada en el documento incautado en el que se acredita el propósito de la banda terrorista de tratar de incorporarla a sus filas («ikutu gabe», expresión equivalente, según el diccionario consultado, a «ukitu gabe»: «sin tocar»). Dicha nota acredita que ni siquiera puede considerarse probado que hubiera existido algún contacto. Los años transcurridos desde que el documento fue incautado sin que hayan aparecido otros indicios o evidencias corroboran esta conclusión. En la prueba testifical no se negó esta realidad, aunque se afirmó que la intención de contactar por parte de la banda terrorista ETA con la persona interesada es una muestra indudable de su radicalidad.

Los firmantes de este voto particular, muy al contrario, entienden que el concepto de radicalidad, en los términos que han quedado examinados, se desenvuelve en el ámbito de la libertad ideológica.

Por último, respecto de otra persona, también participante activo en la formación de la nueva organización política, uno de los informes policiales aportados deduce su pertenencia a Batasuna de una conversación grabada en el locutorio de un centro penitenciario con su hijo, encarcelado por presunta pertenencia a Ekin. De dicha conversación es difícil extraer esa conclusión, pero resulta decisivo que dicha prueba no puede ser tomada en consideración, pues fue obtenida ilegalmente, dada la condición de abogado del preso, según consta en autos, de quien visitó a su hijo en su condición de abogado presentando para ello la preceptiva certificación judicial. Así pues, se vulneraron los límites establecidos en la Orden del director del Centro Penitenciario que autorizó las grabaciones de las conversaciones del preso «quedando excluidas de la presente Orden, las comunicaciones con su abogado defensor, siempre que exista constancia en el establecimiento de su condición» y, con ello, el artículo 51.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y las garantías constitucionales que derivan del artículo 18.3 CE, cosa que impide tomar en consideración dicha prueba.

Las partes demandantes alegan también que, aunque no fueran sus promotores, detrás del proyecto de la nueva organización política existen personas procedentes de la Izquierda Abertzale, algunas de las cuales pertenecieron a alguno de los partidos que fueron disueltos. Esto debe conducir en opinión de los demandantes y de la resolución de la mayoría a la que se refiere este voto particular a denegar la inscripción del nuevo partido.

Los firmantes de este voto particular entienden, muy al contrario, como ha quedado expuesto con anterioridad, que el supuesto de hecho contemplado en los artículos 5.6 y 12.1.b] LOPP no es de naturaleza subjetiva sino objetiva, por exigencias del respeto a los derechos constitucionales a la participación política. No se puede impedir el derecho constitucional a la participación política a través de la creación de un nuevo partido sobre la base de la pertenencia anterior de una persona a un partido que ha sido ilegalizado si no se demuestra que mediante el nuevo partido se pretende continuar las actividades por las que fue ilegalizado el partido anterior.

En suma, debe concluirse que no se ha acreditado la concurrencia del elemento de similitud sustancial entre ambos partidos políticos de las personas que los componen, rigen, representan o administran.

7. Similitud sustancial de la procedencia de los medios de financiación o materiales

La resolución de la mayoría no hace referencia este punto.

Durante la prueba testifical uno de los agentes de la Guardia Civil -en todos los cuales, al igual que en los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía, los firmantes de este voto particular han advertido un grado notable de profesionalidad en las investigaciones conducentes al examen de las posibles relaciones existentes entre el nuevo partido y los partidos ilegalizados- afirmó que no había podido obtenerse ningún dato acerca de la existencia de una conexión financiera con los partidos o formaciones ilegalizadas y el nuevo partido cuya inscripción se pretende.

Las partes demandantes aportan como prueba la existencia de una cuenta a cargo de una de las personas que participaron en la formación del nuevo partido político con el objetivo de procurar un sistema de financiación regular a los presos de la banda terrorista ETA. Ante las explicaciones dadas en las alegaciones formuladas por la parte demandada, según las cuales se trataría de un sistema de natural solidaridad entre compañeros de trabajo para permitir la visita a familiares confinados en prisiones alejadas, el Ministerio Fiscal ha considerado totalmente desvirtuada esta prueba y ha retirado las alegaciones de la demanda que en ella se apoyan.

En suma, debe concluirse que no se ha acreditado la concurrencia del elemento de similitud sustancial con los partidos ilegalizados de la procedencia de los medios de financiación o materiales del nuevo partido.

8. Cualesquiera otras circunstancias relevantes, como su disposición a apoyar la violencia o el terrorismo

8.1. El rechazo de la violencia.

Como se ha visto, según el ATS de 22 de mayo de 2007, las personas vinculadas a los partidos ilegalizados pueden emprender una nueva vía, acudiendo a la concurrencia política bajo el amparo de formaciones de nueva creación. Sin

embargo es preciso que el nuevo partido creado no constituya una continuación o sucesión del partido ilegal y disuelto. Por esta razón, el citado ATS de 22 de mayo de 2007 declara que «[c]uando existen indicios sustanciales de continuación o sucesión de un partido político ilegalizado y disuelto por connivencia con el terrorismo, pesa sobre sus promotores la carga de desvirtuar estos indicios mediante una actitud de condena o rechazo del terrorismo.» Y añade que «[e]n resolución, en casos en que recaen sobre determinadas personas, grupos, candidaturas o partidos indicios fundados y consistentes de que fueron parte de formaciones políticas formalmente ilegalizadas o de que, de cualquier modo, emplearon, justificaron o consintieron la utilización de medios ilegítimos de hacer política se precisa con mayor intensidad, para desvanecer toda duda, un rechazo inequívoco de la violencia terrorista que ha motivado la ilegalización [...]».

Esta jurisprudencia es aplicable al caso presente, pues, aunque no existen indicios de sucesión o continuación desde la perspectiva de los elementos de similitud a que anteriormente se ha hecho referencia, sin embargo el nuevo partido político aparece constituido como un nuevo proyecto político de la Izquierda Abertzale en el que sus representantes admiten (en los Estatutos del nuevo partido, en las alegaciones escritas y en el acto de la comparecencia) la contribución de personas que estuvieron vinculadas o integradas en las organizaciones políticas disueltas y que manifiestan su voluntad de «ruptura con los modelos organizativos y formas de funcionamiento de los que se ha dotado ese espacio social y político en el pasado y, por tanto, con los vínculos de dependencia a que aquellos daba lugar».

La condena o rechazo del terrorismo, según nuestra jurisprudencia, ha de ser referido específicamente, en el contexto que estamos examinando, a la banda terrorista ETA. En efecto, el citado ATS de 22 de mayo de 2007 declara que «[d]ebe 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 [...]. [Q]uebrar 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. Nos referimos a 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 pone de manifiesto que la especial relevancia del contraindicio de rechazo de la violencia está relacionado con la epistemología

procesal, tal como se viene entendiendo largamente por la ciencia del Derecho, pues 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, «[e]n 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...).»

La resolución de la mayoría no recoge esta jurisprudencia sobre el contraindicio de rechazo a la violencia, sin duda por considerar que, hallándose probada la sucesión mediante prueba directa, carece de toda relevancia.

Los firmantes de este voto particular entienden, sin embargo, que de acuerdo con la jurisprudencia ordinaria, constitucional y europea es procedente examinar si se ha producido por parte del nuevo partido político la condena o rechazo de la violencia en los términos que han quedado examinados, para lo cual, dado el carácter relevante que estos tienen, deben ser examinados, en primer lugar, sus Estatutos.

Esta opinión de los firmantes del voto particular coincide plenamente con las demandas del abogado del Estado y del Ministerio Fiscal, las cuales coinciden en poner el énfasis en la procedencia de examinar el valor de la renuncia a la violencia contenida en los Estatutos de la nueva formación política.

8.2. Examen de los Estatutos.

En el Capítulo Preliminar de los Estatutos de la nueva organización política cuya inscripción se pretende se dice que el nuevo partido surge de un debate interno en el seno de la Izquierda Abertzale, cuya conclusión ha sido la adopción de «una posición clara e inequívoca de actuación por vías exclusivamente políticas y democráticas»; se dice que el nuevo proyecto «supone la ruptura con los modelos organizativos y formas de funcionamiento» anteriores, así como con «los vínculos de dependencia a que aquellos daban lugar» y se proclama el propósito de «impedir su instrumentalización por las organizaciones que practiquen la violencia o por partidos políticos que fueron ilegalizados y disueltos por su connivencia con ella»; se aceptan como guía y pauta de actuación los «principios del senador Mitchell, considerándolos como ineludibles e indispensables para avanzar hacia una realidad de paz y soluciones democráticas»; se manifiesta el compromiso de «configurar un escenario de no violencia con garantías y de normalización política progresiva»; y se expresa la voluntad de «contribuir con el resto de agentes políticos, sociales y sindicales [...] a la definitiva y total desaparición de cualquier clase de violencia, en particular, la de la organización ETA [y] al reconocimiento y reparación de todas las víctimas originadas por las múltiples violencias que han tenido presencia en nuestro pueblo en las últimas décadas.»

En el artículo 3 se proclama que «Sortu se opondrá a cualquier subordinación, condicionamiento, o tutela externas que pretendan convertirla en una organización vicarial de quienes practican la violencia»; que «[e]n la estrategia independentista y socialista de nuestro proyecto político y organizativo no hay cabida para forma alguna de actuación violenta ni para conductas que le sirvan de complemento y apoyo político»; que «Sortu desarrollará su actividad desde el rechazo de la violencia como instrumento de acción política o método para el logro de objetivos políticos, cualquiera que sea su origen y naturaleza; rechazo que,

abiertamente y sin ambages, incluye a la organización ETA, en cuanto sujeto activo de conductas que vulneran derechos y libertades fundamentales de las personas.»

En el mismo artículo 3 se afirma que los representantes, militantes y cargos orgánicos y constitucionales de Sortu actuarán conforme a los siguientes criterios: «Rechazo firme e inequívoco de todo acto de violencia y terrorismo y sus autores. Rechazo de las diferentes formas de manifestación de violencia y terrorismo y de sus autores. Rechazo de las diferentes formas de manifestación de la violencia y el terrorismo, tal y como legislativamente han sido definidas en los diferentes apartados del artículo 9 de la LOPP -cuyos contenidos literales se dan por reproducidos e integrados en esta declaración-. Rechazo de quienes fomenten, amparen o legitimen los actos de terrorismo, oponiéndose de manera clara y expresa a cualquier justificación conceptual y cobertura ideológica de los mismos. Rechazo de cualquier connivencia política y organizativa con la violencia, así como de cualquier manifestación del fenómeno terrorista.»

En el mismo art. 3 se dice que «la configuración estructural y funcional de Sortu está orientada a impedir la realización de actividades que lo conviertan en instrumento de continuación o sustitución orgánica o funcional de los partidos políticos ilegalizados y disueltos en virtud de sentencias de la Sala Especial del art. 61 de LOPJ del Tribunal Supremo.»

«No se trata —acaba diciendo el artículo 3— de la reconstitución o refundación de organizaciones ilegalizadas, sino de materializar una nítida separación y una indubitada ruptura respecto de ellas.»

En el art. 11.4 de los Estatutos se expresa que «[e]n todo caso, se considerará como falta muy grave, y será sancionada con la expulsión del partido la realización de alguna de las conductas previstas en el art. 9 de la LO6/2002, de Partidos Políticos.»

En el art. 16, párrafo último, se establece que «[p]ara poder ser candidata/o en cualquiera de las listas electorales que presente Sortu se deberán asumir, previamente a la presentación de aquellas, las bases ideológicas y los compromisos de actuación política contemplados en el Capítulo Preliminar y en el art. 3.º de los presentes estatutos.»

De la lectura de los Estatutos se infiere, en conclusión, que se proclama un rechazo firme e inequívoco de todo acto de violencia y terrorismo y de sus autores; que se acude a referencias internas y externas a favor de la no-violencia; que se afirma la ruptura respecto de las organizaciones políticas ilegalizadas; que se establecen cautelas para la entrada de cualquier candidato y para controlar la conducta de los militantes mientras permanezcan en el partido con el fin de garantizar la separación de la violencia; y que se proclama el rechazo de la violencia con referencia específica a ETA, la cual aparece caracterizada (en una actitud inequívoca de rechazo), mediante un tiempo verbal que no puede referirse

únicamente al futuro, pues se trata de un presente de indicativo continuo, como «sujeto activo de conductas que vulneran derechos y libertades fundamentales de las personas».

Por otra parte, reviste especial significación la incorporación a los Estatutos del artículo 9 de la LOPP. La STC 48/2003 (FJ 14) declara que «como reconoce el Abogado del Estado, "no cabe negar, puesto que es notorio", que la configuración de buena parte del artículo 9 "se ha hecho teniendo en cuenta la trayectoria y actividad de un notorio partido político vasco, que ha dado lugar al primer supuesto de aplicación del artículo 11 LOPP, en trámite cuando estas líneas se escriben"». El TC declara, pues, en esta sentencia que el artículo 9 de la LOPP (que la nueva organización política incorpora íntegramente como parte de sus propios Estatutos), sin renunciar a la nota de generalidad propia de la ley, nace como una concreta expresión del rechazo legislativo a la connivencia con el terrorismo de Batasuna.

En el Capítulo Preliminar de los Estatutos del nuevo partido político se incluyen expresamente los denominados Principios del senador Mitchell, que, en realidad, son el punto 20 de un documento mucho más amplio elaborado por el Cuerpo Internacional para el Decomiso de las Armas en Irlanda del Norte (enero de 1996). Entre esos principios figura «el desarme total de todas las organizaciones paramilitares». Debe entenderse que se considera ese principio, como todos los demás del senador Mitchell, «ineludible e indispensable».

En la resolución de la mayoría se analizan parcialmente los Estatutos de la nueva organización política, pero en sus fundamentos jurídicos no figuran expresamente recogidos los pasajes en los cuales se proclama expresamente el rechazo a la violencia de la organización terrorista ETA (FJ 12.5), que, a nuestro juicio, tienen una importancia decisiva. La resolución mayoritaria estima que la afirmación de ruptura con los modelos y formas de funcionamiento que ha adoptado la Izquierda Abertzale en el pasado (que, a nuestro juicio resulta esencial para valorar la continuidad o sucesión en la actividad de connivencia con el terrorismo) «queda vacía de contenido», entre otros argumentos, por ser paradójica esta afirmación de ruptura «[s]i Sortu declara en sus estatutos que no quiere ser instrumentalizado por partidos políticos ilegalizados».

No podemos aceptar esta argumentación, pues no existe paradoja alguna (en el sentido de contradicción), según los principios constitucionales sobre sucesión personal en la actuación política que han sido expuestos, si se afirma la ruptura con una organización a la que se ha pertenecido y por la cual no se quiere ser instrumentalizado.

8.3. La «condena» de la violencia, el rechazo de la violencia ya producida y el carácter expreso de este.

A) La «condena» y los hechos pasados. En las demandas se alega que el rechazo de la violencia que se contiene en los Estatutos no es suficiente, pues (a)

debe existir una condena de la violencia y no solo un rechazo; (b) esta condena debe referirse no solamente a los hechos futuros, sino también a los pasados.

Estos argumentos, a juicio de los firmantes de este voto particular, carecen de la suficiente relevancia para desvirtuar la virtualidad del rechazo de la violencia contenida en los estatutos de la nueva formación política, en virtud de los siguientes razonamientos:

(a) Es posible discutir sobre el respectivo valor semántico de las palabras rechazo y condena. Desde el punto de vista jurídico, sin embargo, a la vista de la jurisprudencia y de la legislación aplicable, ambas palabras son igualmente eficaces para expresar el apartamiento de la violencia por parte de quienes pretenden crear una nueva organización política separándose de los partidos ilegalizados. En efecto, en el ATS de 22 de mayo de 2007 se utilizan disyuntivamente ambos términos mediante la expresión «rechazo o condena» (a continuación, se utiliza hasta tres veces el término «rechazo» y no el de «condena») y el artículo 6.4 LOREG impone a los candidatos electos de formaciones posteriormente ilegalizadas «una declaración expresa e indubitada de separación y rechazo respecto de las causas determinantes de la declaración de ilegalidad»; pero no utiliza la palabra condena.

(b) El ATS de 22 de mayo de 2007, al configurar el contraindicio de rechazo de la violencia, no exige que este se formule respecto de los hechos del pasado («Se trata, en suma, de un rechazo a la violencia política de ETA como instrumento de acción política a partir de la constitución del nuevo partido»).

Independientemente de ello, tal como aparece proclamado en los Estatutos de la nueva formación política, el rechazo de la violencia, referida específicamente a la banda terrorista ETA, aparece formulada con carácter general en presente de indicativo, puesto que se habla de esta «en cuanto sujeto activo de conductas que vulneran derechos y libertades fundamentales de las personas» y, por consiguiente, no puede considerarse que el rechazo de la violencia se refiere solamente a hechos futuros. La referencia de los Estatutos a la voluntad de contribuir «al reconocimiento y reparación de toda las víctimas originadas por las múltiples violencias que han tenido presencia nuestro pueblo en las últimas décadas», formulada en un párrafo en el que pocas líneas antes se hace referencia a la «definitiva y total desaparición de cualquier clase de violencia, en particular, la de la organización terrorista ETA», contribuye a desvirtuar aquella posible interpretación.

B) La condena de actos concretos de terrorismo. Finalmente, en las demandas se alega que respecto de determinados hechos posteriores a la solicitud de inscripción de un nuevo partido la condena por parte de los promotores debe ser específica y no basta con una referencia al contenido de los Estatutos.

Los Estatutos de un partido político tienen especial relevancia para valorar el ideario político de este partido y, desde la perspectiva que estamos examinando, para examinar si existe una condena de la violencia de carácter inequívoco y

expreso suficiente para dejar sin efecto los indicios de continuidad o sucesión que puedan deducirse del hecho de que la nueva formación política haya surgido en el seno del tejido ideológico y social formado por personas que han podido pertenecer a organizaciones políticas ilegalizadas y que afirman romper con ellas en cuanto el motivo de la ilegalización fue la connivencia con el terrorismo.

Sin embargo, los Estatutos no pueden ser tomados como el único elemento que debe ser tenido en consideración para apreciar la existencia del llamado contraindicio de rechazo de la violencia. El ATS de 22 de mayo de 2007 tiene en cuenta la conducta posterior de los promotores en relación con los actos de violencia terrorista.

En efecto, el citado ATS de 22 de mayo de 2007 declara lo siguiente:

«A la luz de la doctrina expuesta examinaremos más adelante, conjuntamente con el resto de los elementos probatorios, la actitud adoptada por las promotoras del partido cuya inscripción se pretende perfeccionar —ASB— en relación con la violencia. Este análisis no se puede detener, como se ha razonado, en la fórmula empleada en el acta fundacional y en los estatutos del partido en cuanto —tal como se enfatizó en el acto de la comparecencia— se afirma inequívocamente la utilización exclusiva por este de vías pacíficas, como se recoge en el antecedente de hecho decimotercero, pues ello resulta insuficiente para considerar que, aunque no se tome parte directa en el ejercicio de actividades violentas, se rechaza o condena la connivencia con el terrorismo de ETA. Por ello el análisis debe extenderse necesariamente a la posición personal de las tres promotoras de dicha formación, para advertir si de alguna manera se exterioriza un rechazo en los términos expresados, en relación con la banda terrorista ETA y con el partido Batasuna, que probadamente forma parte del complejo que dirige aquella, de acuerdo con la actitud respecto a la violencia terrorista que mantienen públicamente.»

La STC 5/2004, de 16 de enero (FJ 18), se refiere, en idéntico sentido a las «declaraciones públicas de responsables del partido que se niega a condenar por sistema».

En consonancia con ello, debe prestarse especial atención, como un hecho especialmente relevante, a la circunstancia, puesta de manifiesto en las demandas, de que en el comunicado de prensa de Sortu de 3 de marzo de 2011 se eludía una condena específica de los hechos de *kale borroka* y detención de un comando terrorista dispuesto, según las informaciones policiales, a llevar a cabo actuaciones criminales contra la vida. Este hecho se destaca especialmente en los escritos de demanda y puede tener especial relevancia desde el punto de vista del criterio sentado en el citado ATS de 22 de mayo de 2007. En efecto, aunque en este ATS parece relacionarse el examen del rechazo de la violencia por parte de los promotores del nuevo partido con una insuficiente previsión en los Estatutos, parece

lógico entender que una conducta por parte de los promotores contradictoria con las declaraciones contundentes contenidas en los Estatutos, puede ser suficiente, siguiendo la lógica del propio ATS, para desvirtuar la eficacia del contraindicio.

Sin embargo, esta circunstancia ha quedado desvirtuada por el hecho de que en un nuevo comunicado de prensa del día 10 de marzo de 2011, posterior a la presentación de las demandas, el rechazo se refiere expresamente a los actos de violencia referidos (se dice, «ante la filtración en diversos medios de comunicación de supuestas y presuntas planificaciones de la comisión de actos de violencia contra bienes y personas, entre ellos, al parecer, contra el Lehendakari Patxi López, reafirmarnos en nuestro rechazo ante cualquier acto de violencia»; y se afirma «de manera nítida [...] [v]olver rechazar los actos de violencia y coacción» producidos la semana pasada en Gazteiz y Portugalete con independencia de su autoría», destacando, entre otros términos «el rechazo inequívoco de la violencia», que «incluye la violencia de ETA»). Carece de trascendencia el hecho de que en este nuevo comunicado (i) los hechos acreditados en virtud de las investigaciones policiales se consideren como presuntos y que (ii) aquella condena específica se una a la de cualquier otro acto de violencia y se una a denuncias de tortura y a la petición del fin de la detención incomunicada; pues (i) lo primero es exigible en virtud del principio de presunción de inocencia, dado el carácter criminal de los hechos considerados; y (ii) lo segundo no es suficiente para entender que se enmascara la violencia terrorista en un contexto abstracto (esta actitud, en efecto, según nuestra jurisprudencia, privaría de valor a la expresión de rechazo, pues, según la STS de 27 de marzo de 2003, estaría encaminada «a anular el horror de la sociedad ante los crímenes»), pues de la jurisprudencia se desprende que esto es así cuando no existe una condena o rechazo de actos concretos o de la violencia concreta de ETA y parece lógico entender que resulta incompatible con una condena o rechazo producida en estos términos.

8.4. La autenticidad del rechazo de la violencia.

El carácter contundente del rechazo de la violencia contenido en los Estatutos de la nueva organización política cuya legalización se pretende, en unión de la ausencia de indicios de continuidad orgánico-funcional y financiera entre el nuevo partido y los disueltos cumple formalmente con los requisitos establecidos en la LOPP para la inscripción, pues opera como contraindicio admitido por la jurisprudencia para desvirtuar el hecho de que la nueva organización política surge en el tejido político y social de personas que pueden haber pertenecido a las organizaciones ilegalizadas.

Sin embargo, el examen de las circunstancias hasta ahora tenidas en consideración no agota las posibilidades de fraude que la LOPP contempla. Cabe, en efecto, tener en consideración «cualesquiera otras circunstancias relevantes que [...] 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».

Entre las circunstancias alegadas en las demandas, la única que nos queda por examinar es la de si el rechazo de violencia que se contiene en los Estatutos responde a una voluntad auténtica, o por el contrario es producto de una simulación encaminada a obtener por vía de fraude la continuidad de la actividad de las formaciones ilegalizadas en connivencia con la violencia de la banda terrorista ETA.

El Ministerio Fiscal ha admitido en la comparecencia que se está ante un cambio cualitativo en el entorno de la Izquierda Abertzale y en el ámbito de la antigua Batasuna, pero afirma que se trata, a su entender, de un cambio insuficiente. La resolución mayoritaria va mucho más allá de la posición del Ministerio Fiscal, puesto que niega tajantemente esta realidad. Según el Ministerio Fiscal, de considerar insuficientes los indicios objetivos de conexión orgánica o funcional entre las organizaciones disueltas y el partido que pretende constituirse, el rechazo de la violencia por parte del nuevo partido solo puede tener virtualidad en dos casos: (i) si se extingue la banda terrorista ETA o (ii) si se demuestra que la nueva organización política responde a un proyecto político distinto del que la banda defiende.

(i) La primera alternativa no es una exigencia de la LOPP y, por otra parte, el propio Ministerio Fiscal reconoce que no está en la mano de los promotores de Sortu hacer que la banda terrorista desaparezca. En el Capítulo Preliminar de los Estatutos presentados se afirma, además, que «mostramos nuestra voluntad y deseo de contribuir con el resto de agentes políticos, sociales y sindicales a la definitiva y total desaparición de cualquier clase de violencia, en particular, la de la organización ETA».

(ii) En cuanto a la segunda alternativa, si por «proyecto político distinto» se entiende que Sortu no puede pretender que lo que en sus Estatutos se denomina Euskal Herria sea un Estado independiente de los Estados español y francés -que es lo que dice pretender también ETA- esta exigencia no es aceptable en nuestro sistema democrático constitucional, como ya hemos analizado. Lo único exigible es que ese objetivo no se persiga a través de la violencia y que no se dé cobertura de ningún tipo a quien lo persigue por medios violentos.

Así pues, los firmantes del voto particular consideran que esta disyuntiva no puede aceptarse en estos términos, sino que, de acuerdo con la jurisprudencia expuesta, la cuestión debe plantearse exclusivamente en los términos de si existe una prueba razonable de que el rechazo de la violencia en los Estatutos de la nueva organización política responde a una voluntad de fraude o, por el contrario, esta prueba no existe o no es suficiente, caso en el que el principio *pro libertate* (en la duda, en favor de la libertad) obliga a dar preferencia a la libertad ideológica y de creación de los partidos políticos en aras del pluralismo político esencial en toda

democracia y cuyo sacrificio, según ha declarado reiteradamente el TEDH, solamente es posible cuando tiene carácter proporcionado en relación con las exigencias de una sociedad democrática.

La STC 20/1990 de 15 de febrero (FJ 5) declara, en efecto, recogiendo una inveterada jurisprudencia constitucional, la «indispensable interpretación restrictiva de la libertad ideológica», en los siguientes términos: «[l]a libertad ideológica indisolublemente unida al pluralismo político que, como valor esencial de nuestro ordenamiento jurídico propugna la Constitución, exige la máxima amplitud en el ejercicio de aquella y, naturalmente, no solo en lo coincidente con la Constitución y con el resto del ordenamiento jurídico, sino también en lo que resulte contrapuesto a los valores y bienes que en ellos se consagran, excluida siempre la violencia para imponer los propios criterios, pero permitiendo la libre exposición de los mismos en los términos que impone una democracia avanzada. De ahí la indispensable interpretación restrictiva de las limitaciones a la libertad ideológica y del derecho a expresarla, sin el cual carecería aquélla de toda efectividad.»

No creemos aceptable, en consecuencia, que «el principio constitucional de "máxima efectividad de los derechos fundamentales"» no resulte vulnerado siempre que se aprecie la existencia de un límite (pues «los derechos fundamentales no son absolutos y están sometidos a límites», FJ 15.V de la resolución de la mayoría), pues esta apreciación está sometida al principio de la interpretación restrictiva de las limitaciones a las libertades constitucionales, la cual debe tenerse en cuenta en relación con la prueba.

Esto significa que el debate probatorio no debe centrarse en dilucidar si el nuevo partido contiene o no los mismos miembros personales de Batasuna, pues este hecho está, al menos en gran medida, reconocido por la parte demandada.

La afirmación contraria llevaría la interpretación del texto legal al absurdo, puesto que si de la LOPP (y de la jurisprudencia constitucional) se desprende que se exige el rechazo de la violencia a los que antes no la rechazaban y no a los restantes partidos políticos o sus integrantes, carecería de sentido cerrar el paso a quienes cumplen la exigencia legal del rechazo a la violencia y el terrorismo de ETA argumentando que son las mismas personas que antes no la rechazaban.

El debate probatorio debe centrarse, pues, en si está o no acreditado que el nuevo partido implica un apartamiento de la violencia de la banda terrorista ETA apoyada por el sector más radical de la Izquierda Abertzale que fue ilegalizado en 2003 y que no se está ante una conducta engañosa susceptible de ser subsumida en el fraude de ley que contempla el artículo 12 LOPP.

En otros términos, la cuestión debe quedar centrada en el examen, a través de la prueba obtenida en el proceso, de si, frente a un rechazo tan claro y contundente de la violencia como la que se observa en los Estatutos de la nueva organización política cuya inscripción se propone, y la especial relevancia que la

jurisprudencia, y hoy la LOPP, reconoce a este contraindicio, puede aceptarse la postura de las partes demandantes sobre la falta de sinceridad y la veracidad del pronunciamiento y la inexistencia de una separación real de la violencia de la banda terrorista ETA.

8.5. Consideraciones sobre la prueba de indicios y grado de certeza exigible.

A) *La prueba indiciaria.* La carga de la prueba acreditativa del fraude en la conducta desarrollada por la parte demandada al constituir el nuevo partido político corresponde a las partes demandantes.

La prueba que ha de determinar la certeza del supuesto fáctico de fraude ha de ser una prueba de las que se conocen en la técnica jurídica como prueba indiciaria o prueba de indicios. En efecto, el ánimo de engañar integra el núcleo de la conducta de fraude, y, como se trata de un elemento subjetivo del comportamiento humano, solo cabe constatarlo a través de una prueba de indicios, pues difícilmente puede imaginarse que el defraudador revelará abiertamente el fraude que pretende llevar a cabo. De modo que, aunque algunos de los eslabones en la cadena de indicios que nos lleven al hecho psíquico final del engaño puedan probarse mediante pruebas directas, el elemento subjetivo final que debe ser objeto de prueba solo puede alcanzarse mediante una prueba de indicios.

La aplicación de la prueba de indicios se corresponde también, desde el punto de vista sustancial, con la naturaleza constitucional del supuesto de ilegalización de un partido de nueva creación. Dado que resulta imposible que un nuevo partido haya desarrollado actividad alguna por la que se le pueda denegar la inscripción, la única forma de justificar dicha denegación, que comporta una grave restricción de derechos fundamentales, es recurrir a una presunción fundada en los indicios que sin carácter exhaustivo, se enumeran en el artículo 12.3 LOPP como conceptos jurídicos indeterminados, con el fin de inducir una conclusión de continuidad o sucesión respecto de un partido político ilegalizado.

Dado el carácter de garantía de derechos constitucionales que tiene la fijación por el artículo 12.3 LOPP de una serie de circunstancias objetivas no podemos aceptar la afirmación de la resolución de la mayoría en el sentido de que dichos indicios se fijan únicamente «ad exemplum», pues la prueba de indicios a que el artículo 12.3 LOPP expresamente se refiere cuando utiliza la técnica de la presunción, característica de dicho medio de prueba («Se presumirá fraudulenta...») solo puede referirse a los indicios que se contienen en dicho precepto y a otros que tengan el mismo sentido.

En lo que respecta a la prueba de indicios, el Tribunal Constitucional viene declarando desde sus primeras sentencias sobre la materia (SSTC 174/1985, 175/1985, 24/1997, 157/1998, 189/1998, 68/1998, 220/1998, 44/2000 y 117/2000) que a falta de prueba directa de cargo también la prueba indiciaria puede sustentar

un pronunciamiento condenatorio, sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia. Y en resoluciones más 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).

El Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, al que pertenecen las restantes sentencias del Tribunal Supremo que se citan en este apartado) tiene también establecido de forma reiterada que la prueba indiciaria, indirecta o circunstancial exige, por una parte, que consten los indicios o hechos base plenamente acreditados que permitan acceder mediante un juicio de inferencia al hecho consecuencia; y, por otra parte, que, o bien exista un indicio de singular potencia acreditativa, o bien existan varios indicios plenamente evidenciados, los cuales no deben estar destruidos por contraindicios, deben reforzarse entre sí, y deben permitir obtener un juicio de inferencia razonable (SSTS 1085/2000, de 26 de junio; 1364/2000, de 8 de septiembre; 24/2001, de 18 de enero; 813/2008, de 2 de diciembre; 19/2009, de 7 de enero; y 139/2009, de 24 de febrero).

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».

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).

En relación con los llamados contraindicios, 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.

B) Grado de certeza exigible. 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 para acoger como probada la hipótesis fáctica de la parte demandante. 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 lo tanto, si bien no se ha de exigir el grado de certeza propio de una condena penal (situado, según los teóricos, si fuera posible concretar en porcentajes materias de esta naturaleza, en un hipotético porcentaje superior al noventa por ciento), sí ha de observarse un grado superior al que corresponde al principio de la verdad preponderante propuesto por ciertos estudiosos de la epistemología judicial en el ámbito del proceso civil (de acuerdo con el cual sería suficiente un índice de certeza del 51 por ciento para acoger como probado el ánimo fraudulento; aunque existen teorías que elevan hasta un 80 por ciento el grado de certeza que se exige judicialmente en el ámbito del Derecho continental).

No nos hallamos, ciertamente, ante un procedimiento penal, ya que tal naturaleza ha sido excluida, tanto por la LOPP, como por la jurisprudencia del TC y del TS, pero tampoco nos encontramos ante un proceso civil en el que se dirimen, por regla general, intereses particulares de las partes. La STC 48/2003, de 12 de marzo, en la que se resuelve sobre la constitucionalidad de la LOPP, niega que el proceso de ilegalización tenga carácter penal, pero se hace argumentando que «aunque en cierto sentido pudiera decirse que la disolución impuesta en la ley de partidos es una sanción, no es desde luego una sanción penal». 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».

La STEDH de 7 de diciembre de 2006, caso Linkov contra República Checa, declara el apartado 35 que, aunque la libertad de asociación no impide a las autoridades de un Estado reaccionar cuando una asociación, por sus actividades o las intenciones que declara expresa o implícitamente en su programa, pone en peligro las instituciones del Estado o los derechos y libertades ajenos, «el Estado debe hacer uso de ese poder con parsimonia, ya que las excepciones a la regla de la libertad de asociación requieren una interpretación estricta, ya que solamente unas razones convincentes e imperativas justificarían una restricción a esta libertad». En el apartado 37 de esta sentencia el TEDH declara que el Tribunal deberá principalmente indagar, entre otros extremos «si existen indicios de que el

riesgo de atentado contra la democracia es suficiente y razonablemente próximo» y «si los actos y los discursos imputables al partido político constituyen un conjunto que da una imagen clara de un modelo de sociedad concebido y defendido por el partido y que estaría en contradicción con el concepto de "sociedad democrática"»

El carácter restrictivo, en suma, de derechos fundamentales que la ilegalización de un partido político lleva consigo debe traducirse en la aplicación de un canon de especial exigencia en la valoración de la prueba sobre las circunstancias que fundamentan dicha ilegalización, el cual no permite sustituir la certeza objetiva por la sospecha o la convicción subjetiva.

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.»

8.6. *Examen de la prueba.*

A) *Introducción.* Para la debida comprensión de las cuestiones planteadas en este apartado, los firmantes del voto particular creen oportuno reproducir en esta introducción el sentido general de su voto.

Los firmantes de este voto particular sostienen que (i) la resolución mayoritaria sustituye la valoración de la prueba por la construcción de un relato de identificación entre los miembros de la Izquierda Abertzale, la banda terrorista ETA y la creación de Sortu como producto de una instrucción directa de ETA; (ii) la resolución mayoritaria extrae este relato de un prolijo documento de ETA de hace más de un año y medio y lo justifica con citas parciales y conjeturas incompatibles con innumerables elementos probatorios que lo contradicen, documentales, periodísticos y de testimonio de los agentes policiales que declararon en el proceso; (iii) la resolución mayoritaria desconoce totalmente el valor decisivo que la jurisprudencia otorga a la terminante renuncia de la violencia formulada en los Estatutos del nuevo partido.

Los firmantes consideran, por el contrario, que (i) la prueba practicada no ha

logrado desmentir que la creación del nuevo partido político constituye un intento de una parte al menos del mundo abertzale de que en el País Vasco sean defendidas determinadas aspiraciones políticas independentistas por vías estrictamente políticas abandonando la violencia y toda connivencia con ella, como exige el Estado constitucional; (ii) esta conclusión se acredita por la existencia de innumerables indicios de la existencia de discrepancias graves en el seno de la Izquierda Abertzale sobre el abandono de la violencia y por el carácter terminante de la renuncia a la violencia formulada en los Estatutos del nuevo partido, referida a la organización terrorista ETA, como sujeto de conductas que vulneran los derechos humanos; (iii) por ello, resulta obligado, según los principios del Estado de Derecho, tal como se concretan en la jurisprudencia constitucional y europea de derechos humanos, admitir la actividad política del nuevo partido en tanto no se demuestre cualquier tipo de connivencia del nuevo partido con el terrorismo, momento en que la ley española permite su ilegalización inmediata.

B) *La prueba directa.* La resolución de la mayoría a la que formulamos voto particular se funda, como premisa dominante, en la apreciación de una prueba directa de sucesión o continuación de la nueva formación política, cuya legalización se pretende, con las formaciones políticas ilegalizadas; las cual resulta, según su relato, de los Estatutos del nuevo partido político, de los documentos aportados y del hecho de que el abogado de la parte demandada había reconocido este hecho en el acto de la comparecencia a lo largo de su informe.

La resolución de la mayoría se refiere, en efecto, a la existencia de «una sólida prueba -no impugnada ni desvirtuada por la parte demandada- que, de forma directa y sin necesidad de tener que recurrir a ningún tipo de inferencia lógica, acredita la mencionada sucesión [la sucesión de Batasuna por otra formación]» [FJ 14. IV] y pondera en otros pasajes la importancia del reconocimiento por el abogado de la parte demandada de dicha sucesión en el acto de la comparecencia. Así, entre otros muchos pasajes, en el FJ 12 se dice que «por todo ello, cabe concluir que la propia parte demandada acepta que Sortu es una creación de lo que denomina Izquierda Abertzale que, atendidos los precedentes exhaustivamente expuestos en este auto, es la misma Batasuna».

No podemos aceptar esta interpretación -que conduciría a la conclusión, poco conforme con la ortodoxia procesal, de que la prueba definitiva para la estimación de la demanda fue suministrada en parte o completada por el abogado de la parte demandada en su informe- en virtud de las siguientes razones:

(i) Como ha quedado expuesto, la prueba adecuada para la demostración de la existencia de actos ejecutados en fraude de ley del artículo 12.1.b) LOPP es, en el normal desarrollo del proceso y conforme a la naturaleza de lo que se trata de demostrar, la prueba de indicios.

(ii) La existencia de una prueba directa sobre la continuidad del nuevo partido

político con las formaciones ilegalizadas es difícil de imaginar sin que desaparezca el fraude (verbigracia, mediante una confesión). Por ello entendemos que la resolución mayoritaria incurre en una contradicción al mantener simultáneamente la existencia de un propósito fraudulento de ocultar la continuidad del nuevo partido político con las formaciones políticas ilegalizadas y de una prueba directa de dicho propósito.

(iii) La prueba aportada por las partes y manejada en este proceso es una prueba de indicios, pues como tal ha sido considerada por la jurisprudencia la prueba, que es la que profusamente las partes demandantes han propuesto, encaminada a revelar las circunstancias contenidas en el artículo 12.3 LOPP, las cuales pueden determinar la conexión del partido cuya inscripción se solicita con el partido ilegalizado o disuelto. Las partes demandantes no han pretendido que exista prueba directa de la continuidad o sucesión con las formaciones políticas ilegalizadas que tratan de demostrar mediante la prueba de indicios.

(iv) La afirmación de la resolución de la mayoría a la que se refiere este voto particular solo puede explicarse si se parte de identificar la continuidad de personas en función de su ideología política con la continuación o sucesión en la actividad de un partido político ilegalizado o disuelto en virtud de su connivencia con el terrorismo.

Como ha quedado expuesto, esta posición no se aviene con el respeto a la libertad ideológica, tal como debe ser entendida en una sociedad democrática según la jurisprudencia constitucional y convierte en solo aparente el reconocimiento de los derechos que se proclama. En efecto, el abogado de la parte demandada admitió que la nueva formación política procedía de la Izquierda Abertzale (cosa que no constituye una novedad, pues se reconoce en los Estatutos de la nueva organización política), pero subrayó que se trataba de un proyecto político nuevo que pretendía romper los lazos de dependencia con las organizaciones ilegalizadas y proclamaba el rechazo de toda connivencia con el terrorismo, fundamento de la ilegalización de aquellas (como así también se proclama en los Estatutos).

El artículo 5.6 LOPP exige que se «pretenda continuar o suceder la actividad de un partido declarado ilegal y disuelto». No se trata de que entre el partido disuelto o el nuevo no deban existir ligámenes de naturaleza subjetiva, sino que únicamente se exige que la actividad que el nuevo partido pretenda llevar a cabo pueda considerarse (objetivamente) una continuación o sucesión de la que llevaba a cabo el partido disuelto. El dato que se consigna en los Estatutos acerca del desarrollo por la Izquierda Abertzale de «su proyecto independentista y socialista» y el implícito reconocimiento de la procedencia sociológica de los promotores del nuevo partido no es, en el marco de la libertad ideológica y de participación política, sino la consecuencia obvia de que un partido socialista y abertzale no pueden nacer

sino de movimientos o sustratos sociales que reúnan ambos componentes.

En suma, la interpretación del Capítulo Preliminar de los Estatutos del nuevo partido político, en opinión de los firmantes de este voto particular, conduce a sostener que la única prueba existente que puede considerarse de carácter directo es la de que (con independencia de que la decisión de tener o no carácter fraudulento, aspecto que se examinara a continuación) un sector de la Izquierda Abertzale, cuyos miembros pudieron o no estar integrados en organizaciones ilegalizadas, manifiestan su decisión de emprender una actividad política rechazando la violencia de la banda terrorista ETA.

C) *Examen de los documentos.* La resolución de la mayoría a la que se refiere este voto particular analiza detalladamente los documentos aportados con los informes policiales. Del examen de diversos particulares de algunos de ellos, a los que da especial importancia, extrae la conclusión de la existencia de un plan político que se inició en el año 2009 mediante el documento llamado «Proceso democrático» (ETA, agosto de 2009), en el cual se diseñó una estrategia de cooperación entre la actividad violenta de la banda terrorista y la actividad política de su entorno. Analizando diversos documentos procedentes del ámbito de la Izquierda Abertzale considera que esta estrategia ha venido siendo ejecutada por las diversas organizaciones que la integran. Subraya particularmente algunos puntos, como el pacto de Guernica con Eusko Alkartasuna y Alternatiba, que considera que responde a un mandato de la banda terrorista ETA, la cual, afirma, ha aprobado todos los pasos dados por la Izquierda Abertzale, y esta, a su vez, siguiendo sus instrucciones, no ha condenado nunca la violencia ni ha roto con la banda terrorista y, de común acuerdo con ella, en ejecución final del plan, ha presentado un partido político para participar en las próximas elecciones municipales y en los territorios forales proclamando poco tiempo antes un alto el fuego permanente y verificable en los términos acordados con dichas organizaciones.

Resulta evidente que, de admitirse con suficiente grado de probabilidad la explicación que se mantiene en la resolución de la mayoría a la que se refiere este voto particular, debería llegarse a la conclusión de que el rechazo de la violencia, la ruptura con las organizaciones ilegalizadas y la calificación de ETA como sujeto de actividades que vulneran los derechos humanos constituirían una mera máscara para continuar un llamado proceso democrático combinando la violencia terrorista, o al menos su admisibilidad como instrumento de acción política, con las acciones no violentas en el plano político.

Los firmantes del voto particular, sin embargo, no estiman que concurra el grado de probabilidad exigible para tener por probadas estas afirmaciones.

Dado que toda argumentación jurídica contiene inevitablemente cierta carga retórica, no debe atribuirse relevancia a ciertos paralogismos en que podría haberse

incurrido al valorar indicios de signo contrario. (Por ejemplo: (i) Si los miembros pertenecientes a organizaciones políticas de la Izquierda Abertzale no concurren al acto de presentación de la nueva organización política, se interpreta que se trata de ocultar que esta procede de aquella; pero si, por el contrario, concurren a un acto político celebrado poco antes de la presentación del nuevo proyecto político, se interpreta como una demostración de la continuidad con el partido ilegalizado; y lo mismo, a la inversa, con los promotores [FJ 12.2 y 3]. (ii) Si no han existido discrepancias entre la Izquierda Abertzale y la banda terrorista ETA, como se afirma en la resolución de la mayoría, se interpreta que esto demuestra un desdoblamiento de actividades y una coordinación entre ambas; pero si en el escrito de alegaciones se sostiene que pueden haber tenido discrepancias y disensiones, esto comporta que se «identifica a la Izquierda Abertzale como una unidad orgánica y funcional vinculada ETA» [FJ 12.6]).

Lo realmente importante es que los firmantes de este voto particular consideran que la inferencia realizada en la resolución de la mayoría no puede considerarse probada por no presentar, según el canon de la lógica, los indicios considerados un suficiente grado de probabilidad (ya que, junto a los elementos ponderados en el auto, existen otros de sentido contrario que desvirtúan el carácter unidireccional exigido constantemente por la jurisprudencia para que el conjunto de indicios tenga valor probatorio suficiente); y, en segundo lugar, por ser la inferencia obtenida, aplicando el canon de la suficiencia, excesivamente abierta (ya que existen elementos en los documentos examinados que permiten sostener con un razonable grado de probabilidad la hipótesis de que el rechazo de la violencia forma parte de la imposición de una parte de la Izquierda Abertzale sobre la banda terrorista tras la existencia de un debate sobre ello). En consonancia con ello, el grado de certeza alcanzado es muy inferior al que debe considerarse exigible para una inferencia de esta naturaleza.

La valoración de la prueba pormenorizadamente realizada en la resolución de la mayoría destaca una serie de elementos de hecho, todos ellos en un determinado sentido, pero no valora en el sentido que estimamos adecuado otros elementos de signo contrario, estrechamente relacionados con los primeros, que impiden apreciar el carácter unidireccional que, como requisito necesario para su eficacia probatoria, la jurisprudencia exige en el conjunto de indicios valorados.

Estimamos, en suma, que los indicios que pueden extraerse de los medios de prueba permiten en conjunto formular una hipótesis fáctica de signo contrario con mayor grado de probabilidad. Así:

(i) Es cierto que en el documento llamado «Proceso democrático» (ETA, agosto de 2009) se fijan determinadas pautas estratégicas en relación con toda la Izquierda Abertzale. Pero también es cierto que en el mismo se hace una referencia al abandono de la actividad de ETA susceptible de ser explicado como producto de

un debate sobre la necesidad de mantener la violencia terrorista, en sentido contrario a como lo interpreta la resolución de la mayoría. Por otra parte, en el documento se prevén actuaciones que luego se han llevado a cabo (por ejemplo, el pacto con Eusko Alkartasuna y Alternatiba); sin embargo, estas actuaciones pueden considerarse, desde el punto de vista político, como obvias en la actuación de la Izquierda Abertzale; y, por el contrario, las tres fases que se expresan en el documento con carácter pormenorizado no guardan una correspondencia razonable con el ritmo de lo sucedido después (la resolución de la mayoría solo se refiere de modo concreto a que la primera fase o «fase 0» que identifica con la de legalización de un nuevo partido político). En efecto, el contenido de las «fases» no se corresponde en absoluto con el desarrollo real del proceso llevado a cabo por la Izquierda Abertzale. No hay más que comprobar que la llamada «fase 0» se diseña en el documento de ETA a partir de un «Pacto entre la ETA y el Estado» que, notoriamente, no se ha producido ni podría suponerse que se fuera a producir. Tampoco se ha realizado la «fase 1», que incluye la reforma del Estatuto de Navarra para permitir su unificación con el País Vasco y menos aún las «fases» 2 y 3. Pero, sobre todo, dicho documento de ETA es totalmente contradictorio con los acontecimientos posteriores de rechazo de la violencia, afirmación de la utilización de las vías políticas con carácter exclusivo y presentación de unos Estatutos de un nuevo partido en que se declara la ruptura con ETA y se la califica como sujeto activo de actividades que vulneran los derechos humanos. La alianza con Eusko Alkartasuna, por otra parte, lo fue también con otra formación política no prevista en el documento, cosa que la resolución de la mayoría justifica con un argumento no concluyente considerando a esta última comprendida en el término «gallinero de partidos».

En el mismo documento «Proceso democrático» se dice «lo que no es el Proceso Democrático» y se afirma (tal como refleja la resolución de la mayoría) que «[n]o es el proceso que se abre en la creencia equivocada de que se multiplican las opciones políticas desactivando la lucha armada». Se trata, a la luz de la apariencia más verosímil, de una admonición dirigida a aquellos que formando parte de la Izquierda Abertzale, al menos desde agosto de 2009, fecha del documento, pretenden dar el salto del «ciclo armado» al «ciclo político».

Tales planteamientos de ETA son los que se recogen en una ponencia que se denomina «Mugarri»; pero esta, como se verá, fue excluida de la discusión en el marco de la Izquierda Abertzale.

Por otra parte, el documento «Proceso democrático» (ETA, agosto de 2009) tiene como precedentes otros documentos de ETA de años anteriores, en los cuales se habla ya de «proceso democrático» («Alternativa democrática», abril de 1995; «La Izquierda Abertzale y el proceso democrático», mayo de 2006, «Herri Antolatua...», diciembre de 2008, citados en el informe de la Comisaría General

de Información). En ellos se contienen expresiones que se vienen repitiendo sistemáticamente en los documentos posteriores, entre otras las que explican qué no debe entenderse por proceso democrático. En «Herri Antolatua...» se establece a partir de 2009 un plazo de cinco años para la realización de actos violentos (estrategia de confrontación) como preparación para la acción política (este dato se refleja incidentalmente en la resolución de la mayoría, FJ 7, documento primero), pero esta referencia se abandona en el inmediato documento «Proceso democrático» (que recoge esta terminología de los anteriores), en una inflexión ajena a la programación anterior de la banda terrorista. Estos antecedentes no permiten, a nuestro parecer, formular como hipótesis probada que la estrategia del llamado proceso democrático se inicia en el año 2009 por la organización terrorista ETA mediante el documento fundacional «Proceso Democrático», al que la resolución de la mayoría califica de «instrucción» que «fue cumplimentada por la Izquierda Abertzale» y se mantuvo invariable.

De esto se sigue que resulta muy problemático hablar de una línea unidireccional seguida de común acuerdo entre la banda terrorista ETA y el resto de Izquierda Abertzale por imposición de aquella, pues el documento básico que la resolución de la mayoría considera revelador de esta estrategia contiene elementos contradictorios con otros contemporáneos y con lo sucedido antes y después y las conclusiones de la Sala descansan en gran parte en inferencias de escaso valor, como es la similitud del lenguaje político empleado en los documentos de la banda terrorista y de la Izquierda Abertzale («identidad procedimental, terminológica y de conceptos», FJ 6, documento segundo), el continuo propósito de la banda terrorista de promover la legalización de un partido político (v. gr., FJ 5) y ciertas analogías en la configuración de las fases del proceso político recogidas en los documentos de la banda terrorista y de Izquierda Abertzale (FJ 6, documento primero).

La ponencia «Mugarri» (ETA, Ekin, octubre de 2009) es un importante documento que no fue incluido dentro de la extensísima documentación aportada por la Policía y por la Guardia Civil, sino que lo fue por la parte demandada. Dicha ponencia trató de ser sometida a discusión por la banda terrorista entre los presos políticos y también entre el conjunto de la Izquierda Abertzale, a través de Ekin y Segi, organizaciones afines a ETA, y en ella se defendía la práctica de la violencia como complemento o preparación de la acción política, en consonancia con los documentos conocidos de la organización terrorista de 2008. Tras valorar muy positivamente el papel que ha jugado la lucha armada en los últimos cuarenta años, se decía en ella que «[e]n la fase política en la que nos encontramos, el papel que juega la lucha armada es también fundamental» (documento n.º 2 de la parte demandada). Fue retirada de la discusión, y únicamente se permitió la discusión del documento «Clarificando...» (Izquierda Abertzale, octubre de 2009), en el cual no se habla de la violencia, y el cual fue seguido poco después (noviembre de 2009)

por el documento de Alsasua, en que se contiene un rechazo explícito de la misma, y por el documento «Zutik...» (febrero de 2010) en el que se califican de «únicos» los procedimientos políticos como instrumentos de acción de la Izquierda Abertzale, al igual que ocurre con la carta dirigida a los presos en el mismo mes.

Los elementos de prueba existentes permiten inducir como hipótesis más probable que la ponencia «Mugarri» no se discutió porque los dirigentes de Batasuna se negaron a ello y propusieron como ponencia base la titulada «Clarificando...», que es la que, efectivamente, se discutió, pero no por voluntad de la banda terrorista. Por el contrario, consta también y así fue aceptado en la prueba testifical- que la organización Ekin, afín a ETA, difundió la ponencia «Mugarri» sobre todo entre el colectivo de presos, lo que provocó una carta de Batasuna al colectivo de presos (que consta en la prueba documental y fue reconocida como auténtica por el testigo-perito de la Guardia Civil) denunciando esta maniobra de Ekin.

La ponencia «Clarificando...», pues, es la que dio lugar al documento finalmente aprobado por las bases de la Izquierda Abertzale tras un largo proceso de debate en el que participaron siete mil militantes durante cinco meses, dato aportado por la prueba testifical.

En la ponencia «Clarificando...», destinada al consumo interno de la Izquierda Abertzale, se contienen expresiones que no pueden ser entendidas sino como consecuencia de la existencia de un fuerte debate interno sobre el abandono de la violencia. Así, se dice que «[a]l finalizar también surgieron diferentes puntos de vista sobre la manera de entender el proceso, el modelo de negociación y sus garantías. Para unos, la mayor garantía era la lucha armada; para otros, sin embargo, en un futuro la única garantía habrá que buscarla en la activación del pueblo y en la acumulación de fuerzas [...]. [T]ras la ruptura se han exteriorizado nuestros problemas estructurales [...]. Así, con la convicción de que no existían condiciones para un cambio político, de forma que no se podría reconstruir el proceso democrático o construir uno nuevo, se expandió la idea de que la Izquierda Abertzale estaba condenada a una larga fase de confrontación, reproduciendo de manera mimética el esquema después de las negociaciones de Argel.»

De todo esto se infiere que resulta más plausible hablar de un intenso debate sobre el abandono de la violencia en el seno de Izquierda Abertzale, en contra de los propósitos de ETA, con opiniones contrapuestas y enfrentamiento entre distintos colectivos, que sostener, como se observa en la resolución de la mayoría, la existencia de una línea unidireccional impuesta imperativamente a partir de un documento de 2009 por la banda terrorista ETA al conjunto de la Izquierda Abertzale consistente en la combinación de acciones violentas con la actuación política y seguida dócilmente por esta. La resolución de la mayoría rechaza «el supuesto acontecimiento de un gran debate» (FJ 7, documento primero) y para justificarlo

destaca las coincidencias ideológicas y terminológicas entre «Proceso democrático», por una parte, y «Clarificando...» y «Zutik...», por otra. Sin embargo, creemos que, en aras del canon de la suficiencia, que exige considerar todos los indicios relevantes cualquiera que sea su signo, no pueden omitirse los elementos diferenciales que se han señalado, los cuales entendemos que son de gran importancia para valorar la existencia de una situación de debate y enfrentamiento.

El enfrentamiento entre ETA y Batasuna es coincidente con la exposición de hechos efectuada en el auto de 20 de noviembre de 2010 del Juzgado Central de Instrucción n.º 3 de la Audiencia Nacional en el que se explica que la organización Segi es la única en el entorno de la Izquierda Abertzale que no se habría desmarcado de ETA acogándose a los postulados del documento «Zutik...» (FJ 7, documento primero). La resolución de la mayoría de la que discrepamos considera que las afirmaciones de este auto deben entenderse desvirtuadas en virtud de una entrevista radiofónica (que obra en la prueba documental y se recoge en FJ 7, documento primero) en la que un miembro relevante de Batasuna manifiesta que Segi está de acuerdo con el camino emprendido por Batasuna. Sin embargo, creemos que esta interpretación es producto de una lectura inexacta del contenido de la entrevista, pues en ella lo más relevante es que el entrevistador manifiesta su sorpresa («nos ha llamado mucho la atención») porque un juez «haga una consideración política del calibre de "la izquierda abertzale sí está dando pasos para desmarcarse de ETA, no así [la organización juvenil] Segi y por eso mando a prisión a estos jóvenes [imputados]"». Pues bien, el entrevistado contesta que el juez se equivoca; pero no por lo primero, sino por lo segundo: porque, según afirma, «[...] lo que dice él es que se basa en un documento que cogió hace dos años o dos años y medio [...]. [T]odos los movimientos juveniles que hay en este pueblo ya han tomado la determinación de apoyar el proceso [...] y apuestan por las vías pacíficas y democráticas [...]». Es decir, no niega que haya existido este enfrentamiento, sino que desmiente que se siga manteniendo en el momento de su declaración, pues afirma que el auto se basa para la incriminación en un documento antiguo.

Indicios de enfrentamiento son también los que se reflejan en una serie de documentos incorporados al informe de la Guardia Civil, como el documento n.º 21.7, incautado a la banda terrorista, cuyo autor se queja de que en el debate se plantee «que el nuevo ciclo es un cambio de estrategia de la Izquierda Abertzale», que se esté diciendo que «debe ser un proceso sin lucha armada» y se propugne que «lo que debemos recuperar es la dirección de Batasuna».

(ii) En un documento sobre «Criterios...» (febrero de 2009) incautado a la banda terrorista ETA (calificado por la resolución de la mayoría como «auténtico "manual de instrucciones"» [FJ 6, documento tercero]), se establece que no se condenarán los atentados de esta. Sin embargo, en otro documento («EAren...», FJ 6, documento cuarto) incautado según la resolución de la mayoría a la banda

terrorista contemporáneamente al llamado «Proceso democrático» (agosto de 2009), se propone como solución para evitar la ruptura de la coalición con Eusko Alkartasuna que se condenen todos los actos de violencia, incluidas las *ekintzas* (palabra que en euskera quiere decir «acciones») y que se refiere a los asesinatos y demás atentados de ETA).

A los firmantes de este voto particular les resulta imposible aceptar la conclusión probatoria a que llega la resolución de la mayoría partiendo de esta propuesta de condena de la violencia (la denuncia «tiene un mero valor instrumental o aparente»), fundada en que «lo único real que se pretende es mantener una coalición política con un determinado partido político» y en que «ETA fija las instrucciones sobre la forma en que se debe denunciar la violencia que ella misma practica». Parece más plausible la explicación de la existencia de un radical cambio de orientación con respecto al documento «Criterios...», muy próximo en el tiempo a «Proceso democrático» (según la resolución mayoritaria, de carácter fundacional), en el que consta la siguiente afirmación (que no figura en la resolución de la mayoría): «Las ruedas de prensa y las notas de la Izquierda Abertzale no son para justificar o reivindicar las acciones de ETA, del mismo modo que ni que decir tiene que la Izquierda Abertzale no condenará nunca las acciones de la Organización [se refiere a la banda terrorista].»

Dicho en otros términos: si en el documento «Criterios...» (febrero de 2009), que se admite que procede de ETA, se ordena a la Izquierda Abertzale que no condene los atentados terroristas (extremo que se omite en la resolución de la mayoría) carece de explicación plausible sin la existencia de una presión sobre la organización terrorista, que esta, en un documento contemporáneo al llamado «Proceso democrático», elaborado pocos meses después, al que la resolución de la mayoría atribuye un significado fundamental, proponga que la coalición en la que debe integrarse la Izquierda Abertzale condene los atentados terroristas. La explicación dada en la resolución de la mayoría, en el sentido de que la denuncia tiene un valor aparente, pues ETA fija sus condiciones, carece de valor lógico, puesto que no explica por qué, sea o no aparente la denuncia que se propone de la violencia, se produce una contradicción sustancial entre la instrucción de que no se denuncie y la propuesta de que se denuncie, formulada pocos meses después.

Por ello no resulta posible, a nuestro juicio, aceptar como probado que el rechazo de la violencia por la Izquierda Abertzale fue determinada por la obediencia al plan trazado por la banda terrorista ETA. Una vez más, a nuestro juicio, estas manifestaciones documentales pueden explicarse más plausiblemente como producto de discrepancias entre diversos elementos de la Izquierda Abertzale.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional y ordinaria la resolución de la mayoría reconoce la relevancia probatoria que cabe dar a las informaciones periodísticas. Pues bien, de la prueba documental aportada por la parte

demandada, en la consta una extensa muestra (más de medio centenar) de esas informaciones (que la resolución de la mayoría enumera en el FJ 12.2), se deduce que los medios informativos de las más diversas orientaciones coincidieron en percibir este enfrentamiento. Consultando los documentos correspondientes se puede leer (entre otras informaciones de sentido similar) lo que sigue: «ETA critica duramente a la Izquierda Abertzale por cuestionar a la dirección y su estrategia» (*Noticias de Guipuzkoa*, 26 octubre 2009); «La línea dura de ETA pierde la mayoría frente a los poli-milis de Otegi» (*Mundo*, 23 noviembre 2009); el mismo día, en cambio, *Público* titula: «ETA impone la vía violenta en el debate interno de Batasuna». Unos días después matiza: «El núcleo dirigente de Batasuna defiende el final de la violencia» (*Público*, 29 noviembre 2009). En enero de 2010 *Público* dice: «Las bases de Batasuna afianzan la vía política». Antes de eso *Deia* titula el 11 de diciembre de 2009: «La ponencia del "sector duro" supedita la estrategia de Batasuna a la lucha armada»; el 27 de diciembre de 2009 dice *Diario Vasco*: «La Izquierda Abertzale debate sobre su futuro». El 28 de diciembre de 2009 dice *interview.es*: «La propuesta Mugarri de ETA no atrae a la Izquierda Abertzale.» El *correo.com* de 10 de enero de 2010 titula: «ETA y Batasuna, un año de conflicto». Los firmantes de este voto particular creemos que negar a ultranza todo conflicto o debate y analizar lo acontecido como un simple producto de una maniobra cosmética diseñada por ETA y aplicada dócilmente por la Izquierda Abertzale no se compadece con la realidad; y que, en cualquier caso, no es una hipótesis a la que se pueda reconocer un grado de certeza suficiente como para hacer descansar en ella la privación del derecho fundamental de participación política mediante la creación de un partido político a un conjunto de ciudadanos.

(iii) Como reconoce la resolución de la mayoría, en los documentos de la Izquierda Abertzale aparecen manifestaciones de rechazo de la violencia. En efecto, en el documento de Alsasua (noviembre de 2009) se rechaza expresamente la violencia («6. El proceso democrático tiene que desarrollarse en ausencia total de violencia y sin injerencias, mediante la utilización de vías y medios exclusivamente políticos y democráticos...»). «7. Dicho proceso, entendemos debe regirse por los principios del senador Mitchell. Mostramos nuestro compromiso con los mismos»); y en el documento «Zutik...» (febrero de 2010), como ha quedado dicho, al igual que la carta a los presos del mismo mes, se califican de únicos los procedimientos políticos como instrumentos de acción de la Izquierda Abertzale. En «Zutik...» se dice que «[l]a conclusión del debate se ha decantado por situar todas las formas de actuación al servicio del reto que entraña la nueva fase política; para favorecer la acumulación de fuerzas que exige el nuevo ciclo. Por tanto, con el objetivo de la acumulación de fuerzas como horizonte, la lucha de masas, la lucha institucional y la lucha ideológica, la modificación de la correlación de fuerzas y la búsqueda del apoyo internacional serán los únicos instrumentos del proceso democrático. El

apoyo popular supondrá la única garantía, y el movimiento popular, el acicate más eficaz». Debe advertirse que en el Informe 12/2011 de la Guardia Civil, al recoger este párrafo no aparece el término «únicos» («únicos instrumentos del proceso democrático»), que los firmantes del voto particular han comprobado que figura en el documento que obra en autos (la resolución de la mayoría no hace referencia a este extremo).

A nadie puede pasar inadvertida la importancia de la calificación como únicos de los procedimientos políticos ajenos a la violencia cuando la discusión tiene lugar en el entorno de una organización terrorista. En este documento se reclama «un proceso sin injerencias ni violencia», en sentido contrario a lo que la banda terrorista planteó en la ponencia «Mugarri» y en sus documentos anteriores. La banda terrorista ETA dijo, respecto de «Zutik...», estar de acuerdo «con la apuesta política que se desprende de esa resolución», pero que «no la haría suya palabra por palabra» (FJ 7, documento segundo). La resolución de la mayoría concluye que «Zutik...» no rechaza la violencia porque la banda terrorista acepta «la apuesta política» de dicho documento. Creemos que con ello se incurre en una petición de principio, puesto que la conclusión es idéntica a la premisa en que se funda: que la violencia, incluida por la banda en la acción política, se incluye en la «apuesta política» de «Zutik...».

La reunión de Bruselas (abril de 2010) y la reunión de Pamplona (noviembre de 2010) se orientan también en el sentido de propugnar el abandono de la violencia por parte de la banda terrorista ETA, bien directamente, bien mediante la referencia a la implantación de un nuevo proyecto político, el cual implícitamente se basa en dicho abandono.

Estas manifestaciones de renuncia a la violencia obedecen, según la resolución de la mayoría, al reparto de papeles («desdoblamiento estratégico») entre la banda terrorista ETA, encargada de la violencia, y las organizaciones de la Izquierda Abertzale, encargadas de la acción política. Sin embargo, resulta difícil privar de significado alguno a estos contraindicios afirmando, como se hace en la resolución de la mayoría, que responden a la estrategia de ETA de favorecer la constitución de un nuevo partido político sin renunciar a la violencia, pues, contraviniendo las reglas de la lógica, este argumento sería igualmente válido invirtiendo su sentido: si no existieran manifestaciones de rechazo a la violencia sería por imposición de la banda terrorista, la cual en el documento «Criterios...» establecía que esta no podía ser condenada.

Es cierto que por parte de la banda terrorista ETA se da lugar a una proliferación de comunicados desde febrero de 2010 en adelante haciendo suyo el comunicado de Alsasua, diciendo que el documento Zutik genera ilusión, aceptando el comunicado de Bruselas y formulando comunicados sobre la no-violencia. La resolución de la mayoría da a estos comunicados el significado de una aprobación

por la banda terrorista ETA de la línea política por ella impuesta, sin renunciar a la violencia, al resto de las organizaciones de la Izquierda Abertzale. Sin embargo, los firmantes de este voto particular consideran que esta afirmación no está probada, por el hecho de que resulta más plausible otra explicación (que tampoco puede considerarse probada), en el sentido de que la presión hacia el abandono de la violencia pudo generar en la banda terrorista un temor a la pérdida de influencia que quiso ser contrarrestada mediante comunicados de adhesión o aceptación, frente a la afirmación de la resolución de la mayoría de que «los hechos ponen de manifiesto una actuación concatenada de la ilegalizada Batasuna y la organización terrorista ETA dirigida a facilitar la gestación de la formación política Sortu en una materia especialmente sensible como es la de la condena de la lucha armada», la cual, según la resolución de la mayoría, culmina con el anuncio de «un alto el fuego permanente y de carácter general» (FJ 13.VII). En efecto, esta última inducción se aviene menos con el propósito de la organización terrorista ETA, formulada en sus documentos iniciales, de que sus actos terroristas no fueran objeto de condena y con el hecho de que el alto el fuego se acordó con una condición (su carácter verificable) que, según los antecedentes no figura en los iniciales documentos de la organización terrorista ETA, sino que figura por primera vez en documentos de la Izquierda Abertzale y responde a los principios del senador Mitchell.

(iv) La resolución de la mayoría, al examinar «declaraciones públicas de los miembros destacados de la ilegalizada Batasuna» (FJ 11) expone «[l]a claridad con la que los diversos miembros de la Izquierda Abertzale ilegalizada afirman que Batasuna se ha marcado la estrategia de concurrir a través de un nuevo partido político a las elecciones de mayo de 2011». Sin embargo, niega valor a estos posibles contraindicios afirmando que esta claridad contrasta con «la ambigüedad las declaraciones públicas de Rufino Etxeberria Arbelaiz». Los firmantes del voto particular pueden aceptar que estas declaraciones no hayan tenido la contundencia que la Sala estima procedente; pero considera que no pueden calificarse de ambiguas las afirmaciones de esta persona, entre las cuales figura la de que «[l]a cuestión fundamental es la posición política y no las palabras. Y la posición política es que cualquier estrategia que no se atenga a las vías políticas y democráticas queda fuera de la nueva estrategia de la izquierda abertzale, con lo que el atentado sería motivo de rechazo.»

(v) La resolución de la mayoría considera que el alto el fuego de 10 de enero de 2011 proclamado por la banda terrorista ETA obedecía al desarrollo del proyecto impuesto en agosto de 2009 por la banda terrorista al resto de las organizaciones de Izquierda Abertzale. Sin embargo, los firmantes de este voto particular, a la vista de las noticias de prensa que han sido aportadas a los autos, consideran más plausible la explicación de que el alto el fuego obedeció a una presión sobre la organización terrorista y no fue proclamado en los mismos términos que en

ocasiones anteriores, pues, en contra de lo que aquella parecía dispuesta a aceptar, se estableció que tendría carácter verificable, aun cuando la banda terrorista no aceptó la entrega las armas que se le requería en aplicación de los principios Mitchell, por más que terminara escenificándose la existencia de un acuerdo.

D) *La prueba en la comparecencia ante este Tribunal.* A la vista de estas dos posibles interpretaciones, y teniendo en cuenta que las mismas se producen al hilo de los documentos aportados por los informes elaborados por la Policía y la Guardia Civil, resulta fundamental, a juicio de los firmantes de este voto particular, el examen de la prueba testifical mediante la cual los agentes autores del informe se ratificaron en su contenido y expresaron sus opiniones en torno al mismo.

Como declara el ATS de 22 de mayo de 2007 (y recoge la resolución de la mayoría) «[e]l valor probatorio de los atestados, informes y documentos policiales está directamente asociado con su contenido y con la información que aporten y depende en buena medida de la razón de ciencia que quepa deducir de su examen y de su consistencia, ya que el valor y eficacia que cabe atribuirles no reside en cualidades intrínsecas de los documentos mismos por razón de su origen o de las formalidades a que se ajustan, sino en los datos, informaciones y circunstancias que en ellos se hacen constar y en su consistencia. No tienen, pues, el valor propio de una prueba tasada, sino que su valor probatorio está subordinado a la apreciación de las restantes pruebas acerca de los hechos sobre los que recae la información; es susceptible de ser destruido de contrario; y está subordinado al principio de contradicción procesal.»

De esta jurisprudencia se infiere que resulta esencial, desde el punto de vista procesal, la prueba testifical practicada durante el acto de la comparecencia, por cuanto mediante ella se obtuvo declaración de los autores de los informes, quienes manifestaron su opinión acerca de los mismos y permitieron, en definitiva, a la Sala, con sujeción al principio de contradicción procesal, valorar la consistencia de los informes, la razón de ciencia de los datos consignados en ellos y alcance de las opiniones y valoraciones formuladas en los mismos y sujetas al criterio de la Sala.

La resolución de la mayoría, sin embargo, no analiza sistemáticamente esta prueba, sino que se refiere a ella solo de modo muy incidental (v. gr., FJ 7, documento primero, sobre la afirmación de los testigos de que la ponencia «Mugarri» no se debatió).

Los firmantes de este voto particular consideran procedente destacar, en primer término, que el agente que fue interrogado acerca de las razones por las cuales en el informe de la Guardia Civil no se hacía apenas referencia a la ponencia «Mugarri» (mientras que en un documento que se presentaba como un borrador o una versión anterior del informe publicada por Internet por una conocida cadena de medios de información se hablaba extensamente de dicha ponencia y de la existencia de una controversia en torno a la misma en el ámbito de la Izquierda

Abertzale acerca del abandono de la violencia) no dio más explicación (para justificar la falta de importancia de la ponencia para revelar la existencia de una controversia en el seno de la Izquierda Abertzale sobre el abandono de la violencia) que el hecho de que la ponencia «Mugarri» no llegó a ser discutida.

Presentan una especial relevancia las manifestaciones en la vista oral del funcionario policial n.º 19242, principal testigo de la parte demandante, que depuso en la condición de testigo-perito por ser un destacado experto en el tema del terrorismo de ETA con muchos años de servicio, demostrando ante la Sala un especial dominio sobre la materia. Fue una prueba en la que además el interrogatorio del testigo resultó muy fluido, preciso y con una singular fuerza esclarecedora sobre los hechos tratados.

Pues bien, el testigo, a preguntas de las partes, aportó respuestas que acreditan de forma consistente que hubo un importante debate interno en la Izquierda Abertzale en el curso del cual el movimiento político rechazó de forma diáfana la opción político-militar de ETA.

En efecto, el testigo-perito manifestó que ese debate tuvo lugar entre los meses de noviembre de 2009 y febrero de 2010. El debate se centró en el documento «Clarificando...», porque el documento «Mugarri», confeccionado por ETA, en el que se postula la línea político-militar, fue ya rechazado en la fase previa al debate. Las dos ponencias («Mugarri» y «Clarificando...») son de octubre de 2009. Los partidarios de la ponencia «Mugarri» intentaron introducirla en el debate, pero fue rechazada previamente a su inicio. Reconoce el testigo que en su informe se omitió la existencia de la ponencia «Mugarri» y el intento de introducirla en el debate. En este participaron unos 7000 militantes, procedentes de numerosos pueblos del País Vasco. La apuesta de ETA en ese momento seguía siendo la lucha armada, que consideraba imprescindible. En las asambleas de la Izquierda Abertzale solo se admitió la ponencia que postulaba la línea política, es decir, «Clarificando...».

También dijo el testigo que se quiso hacer el boicot a las asambleas que no querían debatir el documento «Mugarri», sabiéndolo el funcionario por percepción directa (según sus propias palabras). Especificó que no pone en cuestión que haya habido un proceso de divergencia y una decisión en contra de la ponencia «Mugarri». Explicó que ETA dio el plácet al nuevo proyecto y que se impuso la línea política. Matizó que ETA también está escindida. Preguntado si ETA había aceptado finalmente el documento «Zutik...» respondió literalmente: «a regañadientes». Dijo que Batasuna llevó a ETA a su terreno y que se impuso la línea política; que la acción se iba a centrar en la lucha política, institucional e ideológica. «Lo político pasó a ser las mayúsculas». Los medios políticos se reconvirtieron en los escritos de la Izquierda Abertzale de «fundamentales» en «únicos».

El análisis racional y razonable de ese conjunto de frases pronunciadas por el

testigo en el curso de su extenso interrogatorio permite acoger como probado que sí hubo un debate profundo dentro del movimiento de la Izquierda Abertzale sobre el rechazo de la violencia como medio de presión en el ámbito político, y que se trató de un debate en que se enfrentaron, de un lado, ETA y el sector más radical de Batasuna, y, de otro, el movimiento político Abertzale. En el discurrir del mismo resultó vencedor el sector que rechazaba la violencia.

Esta conclusión, que puede obtenerse de las manifestaciones del testigo-perito que propusieron las propias partes demandantes, enerva de forma sustancial la premisa básica de que parte la resolución mayoritaria: que el nuevo proyecto político de la Izquierda Abertzale es una estrategia autónoma de ETA, limitándose el movimiento político Abertzale a desempeñar la función de correa de transmisión. Por eso este acaba siendo considerado en la resolución de la mayoría como un mero instrumento de las directrices que va marcando concretamente la organización terrorista.

Esa premisa, que la resolución mayoritaria fundamenta de forma casi exclusiva en la prueba documental, y más en concreto en el documento-cabecera «Proceso Democrático», choca frontalmente con algunos pasajes fundamentales de la declaración de su testigo principal. La resolución mayoritaria no se refiere apenas a las manifestaciones del testigo-perito, el cual fue presentado en el juicio como uno de los mayores especialistas en ETA, y lleva más de treinta años dedicado exclusivamente al análisis y estudio de la organización terrorista.

A los magistrados que suscriben el voto discrepante no les parece coherente que los datos, las inferencias y conclusiones que obtuvo el experto especializado en ETA, en las que admitió la existencia de un debate profundo sobre la línea política a seguir y también una auténtica escisión y enfrentamiento con motivo de la exclusión de la línea político-militar, no hayan sido ni siquiera examinadas en la resolución mayoritaria. Y ello a pesar de que el testigo-perito fue una de las personas que confeccionaron la documentación aportada y demostró en el juicio conocerla de forma pormenorizada y minuciosa.

El debate interno y la disensión en el seno de la Izquierda Abertzale que se coligen de la referida prueba testifical proporciona un importante indicio sobre la veracidad y sinceridad del rechazo de la violencia de ETA que se plasma en los estatutos del nuevo partido Sortu. Este indicio no es tomado en consideración por la resolución mayoritaria sin argumentos consistentes que desvirtúen algunas de las manifestaciones y conclusiones relevantes del testigo-perito. Entendemos que no cabe dar prevalencia en la valoración probatoria al encadenamiento unidireccional de una serie de documentos —auténtico hilo conductor con el que se teje la justificación del relato de la resolución mayoritaria— sobre el análisis de un especialista sobre ETA que ha estudiado minuciosamente toda la documentación que figura en el procedimiento.

El acto de la comparecencia, en conclusión, refuerza nuestra consideración, inferida del examen de la prueba documental, acerca de la subsistencia, como hipótesis plausible, de un apartamiento de ETA por parte de la Izquierda Abertzale y de una sumisión de ETA a los nuevos criterios políticos, como resultado de la presión derivada de un fuerte debate interno, sin descartar la posible vuelta a las armas ante una nueva coyuntura. Esta explicación resulta una alternativa más plausible que la existencia de una estrategia impuesta por la banda terrorista ETA al conjunto de la Izquierda Abertzale, sostenida en la resolución de la mayoría de la cual disintimos.

No puede revertir el juicio probatorio realizado el hecho de que el apartamiento de la violencia pueda responder a consideraciones utilitaristas, dada la precaria situación de la banda, en lo cual insistieron los funcionarios policiales que intervinieron como testigos. En efecto, la procedencia de no imponer determinadas restricciones o sanciones a las conductas de los ciudadanos depende exclusivamente de que estas sean conformes con el Derecho, independientemente de que este ajuste se deba a motivos de temor al ejercicio de la legítima coacción por parte del Estado de Derecho, y no a motivos cívicos, morales, altruistas o de arrepentimiento. Tampoco, finalmente, puede revertir la valoración de la prueba el hecho de que el apartamiento de la violencia sea más fácil cuando la banda ha declarado un alto el fuego si este no es definitivo, como alegó el Ministerio Fiscal. En efecto, oponer un apartamiento definitivo de la violencia (tal como aparece en los Estatutos de la nueva organización política) a un alto el fuego que no es definitivo envuelve, cuando menos, una discrepancia que no desvirtúa la existencia de un enfrentamiento e impide valorar este hecho como indicio favorable al carácter fraudulento de los actos de rechazo de la violencia.

9. Resumen de la prueba

1) Como conclusión de la prueba practicada debe establecerse, a nuestro juicio, que no se ha probado que la fundación del nuevo partido y su andadura política sea una maniobra fraudulenta para que siga operando Batasuna en el juego político de nuestro país como instrumento político de la organización terrorista ETA. A juicio de los firmantes de este voto particular, esto solo podría afirmarse, por el momento, mediante la construcción de un relato fundado en conjeturas y sospechas sin un fundamento sólido, el cual no es acorde con las interpretaciones de normas constitucionales y ordinarias y con el tipo de inferencias lógicas que la CE, interpretada por el Tribunal Constitucional, nos autoriza a realizar en esta materia. Por lo cual ha de afirmarse que, a la vista de las evidencias hasta el momento existentes, no puede catalogarse a Sortu como la continuación de la antigua Batasuna, sino como un nuevo partido político creado por un importante sector de la Izquierda Abertzale con arreglo a las exigencias y parámetros constitucionales.

2) No estamos de acuerdo con la valoración de la prueba que se realiza

en la resolución de la mayoría en virtud de los siguientes argumentos:

(i) No integra en su argumentación lo más fundamental de la prueba. Omite, en efecto, la cita y valoración de la parte de los Estatutos de la nueva formación política en las que se rechaza terminantemente la violencia de ETA.

(ii) Omite una valoración del testimonio del agente de policía que declaró en primer lugar, de gran importancia para determinar el sentido de los documentos incautados.

(iii) Omite toda referencia a que las pruebas que aparecen como más relevantes en las demandas, especialmente del Ministerio Fiscal, han sido renunciadas por el Ministerio Fiscal o han decaído en su valor probatorio. Nos referimos a la presencia de un miembro de la banda terrorista ETA en la mesa presidencial de presentación del partido (que se desvirtuó al traducir correctamente un documento), en la existencia de una cuenta de financiación de los presos de la banda terrorista (que se renunció por el Ministerio Fiscal), y en la falta de condena concreta de las actuaciones más recientes de la banda terrorista (que se incluyó en una nota de prensa posterior a la demanda).

(iv) Yendo más allá de lo que proponen las partes demandantes construye el relato extrayéndolo del contenido de un documento de la banda terrorista ETA que considera de valor esencial para la Izquierda Abertzale («Proceso democrático»). Atribuya este documento un significado unívoco de instrucciones de la banda a la Izquierda Abertzale demostrada por el cumplimiento de sus premisas con docilidad y exactitud por parte de esta. Sin embargo, (i) o bien omite los elementos que demuestran las discrepancias o contradicciones de dicho documento con otros anteriores en el tiempo, con otros contemporáneos y con los sucesos acaecidos con posterioridad, (ii) o bien justifica dichas discrepancias con el argumento de autoridad del propio relato.

(iii) Justifica el relato así construido con indicios seleccionados de los documentos incautados, pero omitiendo la consideración de los indicios de sentido contrario o justificándolos con el argumento de autoridad del propio relato. Con ello, a nuestro juicio, se infringe la regla de la suficiencia de los indicios probatorios.

(iv) Funda el relato construido en la premisa de una identificación subjetiva entre los miembros de la Izquierda Abertzale y las organizaciones ilegalizadas sin dar valor, en contra de lo exigido por la ley y la jurisprudencia, a la existencia de un elemento de ruptura con estas.

(v) Atribuye al relato construido la consideración de prueba directa los hechos, y por esta razón desprecia la concurrencia de cualquier otro indicio.

(vi) Como consecuencia de todo lo anterior, la resolución de la mayoría se desvía de las cuestiones principales sobre las que ha girado el debate probatorio (el valor del rechazo a la violencia en los Estatutos de la nueva organización política y la existencia o no de indicios sobre el carácter fraudulento de este concreto

rechazo).

(vii) Se separa de la jurisprudencia al admitir implícitamente que, para impedir el ejercicio del derecho de participación política, no es necesario un grado de certeza elevado sobre la realización de actividades ilícitas por un partido político de nueva creación.

10. Consecuencias jurídicas de la valoración probatoria

Como ha quedado expuesto, ha de afirmarse que, a la vista de las evidencias hasta el momento existentes, no puede catalogarse a Sortu como la continuación de la antigua Batasuna, sino como un nuevo partido político creado por un importante sector de la Izquierda Abertzale con arreglo a las exigencias y parámetros constitucionales.

Para formular una conclusión jurídica no debe abandonarse el examen de las consecuencias de la decisión judicial que, a nuestro juicio, debe adoptarse. El Ministerio Fiscal alegó en el acto de la comparecencia que, según la jurisprudencia del TEDH, bastaba con la existencia de un riesgo para el Estado democrático para justificar la ilegalización de un partido político. Sin embargo, la jurisprudencia del TEDH exige que este riesgo sea razonablemente próximo, probado y suficiente.

La valoración de este riesgo no debe hacerse en relación con el riesgo del terrorismo en general o de su posible reanudación, sino en relación con el riesgo que supone la creación de un partido político que en la andadura posterior a su creación demuestre cualquier tipo de connivencia con el terrorismo.

Al menos en una ocasión (STEDH de 13 de abril de 2006, Tsonev contra Bulgaria), el TEDH toma en consideración como uno de los elementos para valorar la proporcionalidad de las medidas adoptadas para conjurar este riesgo, la posibilidad de ilegalizar el partido, una vez aceptado, reaccionando contra las actuaciones posteriores de sus miembros contrarias a la Ley y a sus estatutos. Como es sabido, esta posibilidad, inexistente hasta el momento, se ofrece en la actualidad al Estado mediante una modificación reciente de la LOREG, que ha sido citada en los antecedentes de este voto particular.

Cabe afirmar, pues, que el Estado tiene poder político, policial y jurídico para reaccionar con eficacia en el caso de que el nuevo partido preste su connivencia en cualquier momento al terrorismo, actual o futuro. Este hecho, que en una concepción del Derecho fundada en un formalismo pragmático sería indiferente, tiene una indudable relevancia jurídica en un Estado de Derecho regido por el paradigma constitucional, en donde el ejercicio de los derechos fundamentales, por una parte, y la conjura de los riesgos que amenazan el ejercicio de estos derechos y, con ello, el funcionamiento del principio democrático, por otra, deben inspirarse en criterios de efectividad.

Si esto es así -entendemos los firmantes del voto particular- resulta obligado según los principios del Estado de Derecho admitir la actividad política del nuevo

partido cuando menos en este periodo, pues la prueba practicada no ha logrado desmentir que se trata de un intento de una parte al menos del mundo abertzale de que en el País Vasco sean defendidas determinadas aspiraciones políticas independentistas por vías estrictamente políticas abandonando la violencia y toda connivencia con ella, como exige el Estado constitucional.

11. Resumen de conclusiones

1) Solo cabe ilegalizar a un partido sobre la base de sus actividades o conductas y, por tanto, solamente cuando estas se hayan producido, de tal suerte que no cabe la ilegalización preventiva.

2) Es motivo de ilegalización la sucesión o continuidad en la actividad de un partido político disuelto; pero esta, por exigencias constitucionales del principio de participación política en el marco del pluralismo (artículo 1 CE), de la función constitucional de los partidos políticos (artículo 6 CE) y de la libertad ideológica (artículo 16 CE) no es una continuidad o sucesión en las personas, sino en la actividad por las razones que han determinado la ilegalización, que son cabalmente las de connivencia con el terrorismo

3) No puede mantenerse, como ocurre en la resolución de la mayoría, que la expresión Izquierda Abertzale se use siempre como equivalente al conjunto de formaciones ilegalizadas, pues no cabe hacerlo, con arreglo a la jurisprudencia constitucional, en aquellos casos en los que la expresión Izquierda Abertzale aparece unida a la ruptura con las organizaciones anteriores.

4) La resolución mayoritaria considera como premisa fundamental de su relato de identificación de ETA con la Izquierda Abertzale y, finalmente, con Sortu la interpretación de la expresión «proceso democrático», contenido en documentos internos de la banda terrorista ETA, como expresión de una combinación de la acción violenta con la actuación por medios políticos. Sin embargo, existen documentos elaborados en el seno de la Izquierda Abertzale en los que la expresión «proceso democrático» figura unida o relacionada con la afirmación de la utilización con carácter exclusivo de vías políticas y democráticas

5) Frente a quienes han pertenecido a organizaciones ilegalizadas, la jurisprudencia considera como contraindicio de la continuidad con aquellas el rechazo o la condena del terrorismo, siempre que se refiera expresamente a la banda terrorista ETA. Este criterio es acorde con las exigencias derivadas de la CE.

6) La concurrencia de este contraindicio tiene carácter concluyente, según la jurisprudencia constitucional, para diluir la capacidad probatoria de indicios que en otro caso adquieren una considerable densidad de sentido.

7) De la lectura de los Estatutos de Sortu se infiere que en ellos se proclama un rechazo firme e inequívoco de todo acto de violencia y terrorismo y de sus autores; que se acude a referencias internas y externas a favor de la no-violencia; que se afirma la ruptura respecto de las organizaciones políticas

ilegalizadas; que se establecen cautelas para la entrada de cualquier candidato y para controlar la conducta de los militantes mientras permanezcan en el partido con el fin de garantizar la separación de la violencia; y que se proclama el rechazo de la violencia con referencia específica a ETA, la cual aparece caracterizada (en una actitud inequívoca de rechazo), mediante un tiempo verbal que no puede referirse únicamente al futuro, pues se trata de un presente de indicativo continuo, como «sujeto activo de conductas que vulneran derechos y libertades fundamentales de las personas».

8) Reviste especial significación la incorporación a los Estatutos del artículo 9 de la LOPP, el cual nació como una concreta expresión del rechazo legislativo a la connivencia con el terrorismo de Batasuna.

9) En el Capítulo Preliminar de los Estatutos del nuevo partido político se incluyen expresamente los denominados Principios del senador Mitchell, entre los que figura «el desarme total de todas las organizaciones paramilitares».

10) En la resolución de la mayoría se analizan parcialmente los Estatutos de la nueva organización política, pero en sus fundamentos jurídicos no figuran expresamente recogidos los pasajes en los cuales se proclama expresamente el rechazo a la violencia de la organización terrorista ETA, que tienen una importancia decisiva.

11) Ante el valor concluyente del rechazo a la violencia, la cuestión debe plantearse exclusivamente en los términos de si existe una prueba razonable de que el rechazo de la violencia en los Estatutos de la nueva organización política responde a una voluntad de fraude o, por el contrario, esta prueba no existe o no es suficiente, caso en el que el principio *pro libertate* (en la duda, en favor de la libertad) obliga a dar preferencia a la libertad ideológica y de creación de los partidos políticos en aras del pluralismo político esencial en toda democracia

12) La carga de la prueba acreditativa del fraude en la conducta desarrollada por la parte demandada al constituir el nuevo partido político corresponde a las partes demandantes.

13) 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 para acoger como probada la hipótesis fáctica de la parte demandante, pues el carácter restrictivo de derechos fundamentales que la ilegalización de un partido político lleva consigo debe traducirse en la aplicación de un canon de especial exigencia en la valoración de la prueba sobre las circunstancias que fundamentan dicha ilegalización, el cual no permite sustituir la certeza objetiva por la sospecha o la convicción subjetiva.

14) En contra de lo que afirma la resolución mayoritaria, la única prueba existente que puede considerarse de carácter directo es la de que un sector de la Izquierda Abertzale, cuyos miembros pudieron o no estar integrados en

organizaciones ilegalizadas, manifiesta su decisión de emprender una actividad política rechazando la violencia de la banda terrorista ETA.

15) La valoración de la prueba pormenorizadamente realizada en el auto de la Sala la resolución de la mayoría destaca una serie de elementos de hecho, todos ellos en un determinado sentido, pero no valora en el sentido que estimamos adecuado otros elementos de signo contrario.

16) Resulta más plausible hablar de un intenso debate sobre el abandono de la violencia en el seno de Izquierda Abertzale, en contra de los propósitos de ETA, con opiniones contrapuestas y enfrentamiento entre distintos colectivos, que sostener, como se observa en la resolución de la mayoría, la existencia de una línea unidireccional impuesta imperativamente a partir de un documento de 2009 por la banda terrorista ETA al conjunto de la Izquierda Abertzale consistente en la combinación de acciones violentas con la actuación política y seguida dócilmente por esta.

17) El enfrentamiento entre ETA y Batasuna es coincidente con la exposición de hechos efectuada en el auto de 20 de noviembre de 2010 del Juzgado Central de Instrucción n.º 3 de la Audiencia Nacional.

18) Del testimonio ante la Sala de un experto policía se desprende que hubo un importante debate sobre el abandono de la violencia, con más intensidad de la que aparentemente resulta de los informes emitidos por escrito y aportados a la causa. También quedó constatado que en el curso de ese debate la línea violenta de ETA resultó apartada y que se impuso, al menos por el momento, la línea política como pauta de actuación.

19) Los firmantes de este voto particular sostienen que (i) la resolución mayoritaria sustituye la valoración de la prueba por la construcción de un relato de identificación entre los miembros de la Izquierda Abertzale, la banda terrorista ETA y la creación de Sortu como producto de una instrucción directa de ETA; (ii) la resolución mayoritaria extrae este relato de un prolijo documento de ETA de hace más de un año y medio y lo justifica con citas parciales y conjeturas incompatibles con innumerables elementos probatorios que lo contradicen, documentales, periodísticos y de testimonio de los agentes policiales que declararon en el proceso; (iii) la resolución mayoritaria desconoce totalmente el valor decisivo que la jurisprudencia otorga a la terminante renuncia de la violencia formulada en los Estatutos del nuevo partido.

20) Los firmantes consideran, por el contrario, que (i) la prueba practicada no ha logrado desmentir que la creación del nuevo partido político constituye un intento de una parte al menos del mundo abertzale de que en el País Vasco sean defendidas determinadas aspiraciones políticas independentistas por vías estrictamente políticas abandonando la violencia y toda connivencia con ella, como exige el Estado constitucional; (ii) esta conclusión se acredita por la existencia de

innumerables indicios de la existencia de discrepancias graves en el seno de la Izquierda Abertzale sobre el abandono de la violencia y por el carácter terminante de la renuncia a la violencia formulada en los Estatutos del nuevo partido, referida a la organización terrorista ETA, como sujeto de conductas que vulneran los derechos humanos; (iii) por ello, resulta obligado, según los principios del Estado de Derecho, tal como se concretan en la jurisprudencia constitucional y europea de derechos humanos, admitir la actividad política del nuevo partido en tanto no se demuestre cualquier tipo de connivencia del nuevo partido con el terrorismo, momento en que la ley española permite su ilegalización inmediata.

21) Como ha quedado expuesto, ha de afirmarse que, a la vista de las evidencias hasta el momento existentes, no puede catalogarse a Sortu como la continuación de la antigua Batasuna, sino como un nuevo partido político creado por un importante sector de la Izquierda Abertzale con arreglo a las exigencias y parámetros constitucionales.

22) Cabe afirmar, pues, que el Estado tiene poder político, policial y jurídico para reaccionar con eficacia en el caso de que el nuevo partido preste su connivencia en cualquier momento al terrorismo, actual o futuro.

23) Resulta obligado según los principios del Estado de Derecho admitir la actividad política del nuevo partido cuando menos en este periodo, pues la prueba practicada no ha logrado desmentir que se trata de un intento de una parte al menos del mundo abertzale de que en el País Vasco sean defendidas determinadas aspiraciones políticas independentistas por vías estrictamente políticas abandonando la violencia y toda connivencia con ella, como exige el Estado constitucional.