

Voto Particular que formula el Magistrado don Ramón Rodríguez Arribas, respecto a la Sentencia del Pleno de fecha 5 de mayo de 2011 dictada en el recurso de amparo núm. 2561-2011 .

En el ejercicio de la facultad que nos confiere el art. 90.2 de LOTC y con el pleno respeto a la opinión de la mayoría, expreso mi discrepancia con la Sentencia que fundo en las siguientes consideraciones:

1.- En el recurso de amparo electoral la función del Tribunal Constitucional, no consiste en realizar un nuevo examen de la prueba aportada ante la jurisdicción ordinaria para llegar a una nueva convicción sobre si los hechos se produjeron o no, al modo del jurado anglosajón, sino que nos debemos limitar a establecer si en el análisis de esa prueba, en su conjunto, realizado previamente por el Tribunal Supremo se ha incurrido o no en la lesión del derecho fundamental invocado por la parte recurrente.

Así lo ha entendido siempre nuestra doctrina en SSTC 112/2007, de 10 de mayo, FJ 7 y 43/2009, de 12 de febrero, FJ 11. Esta forma de proceder por nuestra parte es, además, la mas respetuosa con el Tribunal Supremo como el más alto y exclusivo interprete de la legalidad ordinaria, en la que se integran tanto la Ley Orgánica de Partidos Políticos como la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, de manera que sólo en aquellos casos en que el análisis de la prueba en su conjunto realizada por aquél, con arreglo a sus propios criterios interpretativos, resulte palmariamente erróneo, arbitrario, falto de fundamento razonable o con motivación ostensiblemente insuficiente, podemos, desde el Tribunal Constitucional, enmendar el desacierto, si se ha vulnerado un derecho fundamental. Hacer lo contrario, esto es, someter a nuevo escrutinio toda la prueba y una por una, conduce a convertir a este Tribunal, no ya en una última instancia, transformando el recurso de amparo en una suerte de super-casación, sino a llevarlo a la condición de apelación de plena jurisdicción.

Curiosamente, esta doctrina, que la Sentencia de la mayoría invoca, después no la aplica de hecho, ya que, por el contrario, incurre en la desviación que más arriba denunció, como lo acredita el contenido de los FF. JJ 9 y 10 de la misma, en los que se dice, anticipando el resultado, que “ A diferencia de lo sucedido en supuestos similares anteriores (SSTC 85/2003, de 8 de mayo; 99/2004, de 27 de mayo; 68/2005, de 31 de marzo ; 110/2007, de 10 de mayo; 112/2007 de 10 de mayo , 43/2009 , de 12 de febrero y 44/2009, de 12 de febrero), en este caso no existen elementos que acrediten la existencia de vínculos personales , de orden financiero o de apoyo material a ETA y el partido ilegalizado Batasuna y la coalición aquí recurrente, lo que fue relevante en aquellos casos”, para a continuación hacer un examen de los “elementos probatorios documentales” de manera separada y prácticamente uno por uno, obviando el análisis de la valoración probatoria hecha en conjunto por el Tribunal Supremo, que es a lo que debería haberse ceñido.

2. Y esto es así, por otra parte, porque quienes van a cometer un fraude no acuden al notario, ni se exponen a ser fotografiados en su intento, antes al contrario, lo ocultan meticulosamente para hacer más difícil su descubrimiento y por ello, sino se quiere que alcancen su propósito, la única manera de ponerlo de manifiesto e impedirlo es recurrir a la prueba de presunciones, usando de los indicios acumulados y examinados en su conjunto, cuando cumplen, como en este caso, las condiciones exigibles sobre su realidad, acreditación y relación racional con el resultado presumido, hasta llegar a la convicción, razonablemente asentada, de que la máxima probabilidad está en el engaño, por encima de la apariencia externa buscada de propósito para esconderlo.

La Sentencia dictada por la Sala Especial del Art. 61 de la LOPJ, del Tribunal Supremo, hizo un pormenorizado y razonado análisis del conjunto de las pruebas aportadas, especialmente por la Guardia Civil y por el Cuerpo Nacional de Policía, distinguiendo, con acertado criterio, los siguientes elementos de prueba:

DOCUMENTOS: Entre los que destacan: a) el llamado “Proceso Democrático. Reflexión sobre la alternativa para la solución democrática del conflicto político y para el reconocimiento de Euskal Herria”, que figura incorporado como Anexo 8 a los informes de la Policía de 13 de abril de 2011 –debidamente testimoniado- y de la Guardia Civil; documento intervenido que recoge las claves de la estrategia de ETA en relación con el Estado español y con los demás partidos políticos y que fue declarado probado ya por el Auto de la Sala de del TS de fecha 30.03.11 (proceso de Ilegalización de Sortu). b) el documento de la propia ETA sobre la configuración de su alianza con EUSKO ALKARTASUNA, titulado “EAREN PROPOSAMENAZ II.RTF”, que también se dio como probado en el citado Auto de 30/03/2011, y que aparece unido al informe de la guardia Civil 27/11, anexo 17 de la demanda, que establece algunos postulados de partida y la postura a seguir por la coalición en caso de atentado. c) El llamado “BTGNari komunikazioa orokerra 0906/0609 comunicación general al BTGN y que contiene unas consideraciones sobre el intento de colaboración que hubo entonces con EA para las elecciones al parlamento europeo de 2009 (se utiliza el término “hoja” para hacer alusión al logotipo de esa formación política legal). d) el denominado AKORDIO ELEKTORALERAKO OINARRIAK que es un documento intervenido en el registro efectuado a GORKA MAYO HERMOSO DE MENDOZA en su domicilio de Vidaurreta (Navarra) el 18 de enero de 2011 y está incorporado en las Diligencias Previas 285/2010 del Juzgado Central de Instrucción nº 3 de la Audiencia Nacional, e) el titulado en castellano “BASES PARA EL ACUERDO ELECTORAL. Marco Teórico del acuerdo” que aparece suscrito por Batasuna y está fechado en noviembre de 2010 en Navarra. Tiene por objetivo abrir una fase de diálogo con vistas a un acuerdo electoral con Eusko Alkartasuna y Aralar para las Elecciones Forales de 2011 a partir de una serie de criterios, destacando la discreción total sobre el proceso negociador por parte de los tres promotores y el deseo de que antes de diciembre debería estar resuelta la opción para el acuerdo.

DECLARACIONES PÚBLICAS Y NOTICIAS DE PRENSA NO DESMENTIDAS, entre las que destacan : a) las que se refieren al documento llamado LORTU-ARTE que según informaciones periodísticas unidas a las actuaciones en el propio Anexo 17 ya citado, hace referencia al acuerdo entre la

Izquierda Abertzale y Eusko Alkartasuna (según otras informaciones entre Batasuna y Eusko Alkartasuna) . Así en el Diario Vasco se dice en titular que “BATASUNA y EA abren el escenario para que la vía política arrincone la violencia”, en tanto que el Diario de Navarra titula “La izquierda “abertzale” y EA firman su alianza sin una condena de ETA”. b) entrevista publicada en el Diario Vasco y en Gara, ediciones de 26 de febrero de 2011, con el dirigente de la izquierda abertzale Rufi Etxeberria, que figura en la web, www.ezkerabertzalea.info.

CONVERSACIONES TELEFONICAS INTERVENIDAS LEGALMENTE.

Entre las que destacan entre otras: a) las transcritas en el informe policial de 13 de abril de 2011, sobre la intervención protagonista y decisiva de miembros de la ilegalizada Batasuna en la formación de las candidaturas de Bildu . b) la significativa conversación de Arnaldo Otegi y su mujer, intervenida por la Administración Penitenciaria el 2 de abril de 2011, sobre la composición de las candidaturas de Bildu en Elgoibar.

En varias de estas conversaciones se observa que se trata de gestiones hechas por gente BATASUNA para rellenar las listas de “independientes” en la colación electoral de BILDU, con candidatos “limpios”, que, naturalmente, cuanto más “limpios” están más se resistían a significarse como lo que eran, es decir, integrantes del complejo ETA- BATASUNA.

3.- Es de justicia destacar que, el acopio de todas estas pruebas por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, resulta más meritorio si cabe, respecto a otras ocasiones, porque desde la ilegalización por la Sentencia de la Sala Especial del Art. 61 LOPJ del Tribunal Supremo , de 27 de marzo de 2003, confirmada en este Tribunal por la STC 6/2004, de 16 de enero, de los partidos Herri- Batasuna, Euskal Herritarrok y Batasuna, por formar parte del entramado de la banda terrorista ETA, los integrantes de aquellos partidos políticos no han cesado en los intentos de defraudar la medida de defensa de la democracia española, avalada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sus Sentencias de 6 de noviembre de 2009, caso Echevarria y otros contra España y de 7 de diciembre de 2010, caso ANV contra España.

Así y sucesivamente, las jurisdicciones ordinaria y constitucional fueron saliendo al paso de estos intentos de fraude en los siguientes casos:

STC 85/2003 de 8 de mayo, FJ. 28 y ss. : Sobre la confirmación parcial de STS art. 61 LOPJ 3-5-2003 denegando la proclamación de algunas candidaturas electorales presentadas por agrupaciones electorales de AuB (*AUTODETERMINAZIORAKO BILGUNEA*), en elecciones locales 2003, por sucesión de Batasuna.

STC 99/2004 de 27 de mayo, FJ. 16 y ss: Sobre confirmación íntegra de STS art. 61 LOPJ 17-5-2004, de la ilegalización de Agrupaciones Electorales *HERRITARREN ZERENDA*, en elecciones europeas 2004, como sucesoras de Batasuna.

STC 68/2005 de 31 de marzo, FJ. 12 y ss.: Sobre confirmación por STS art. 61 LOPJ 26-3-2005 de la ilegalización de proclamación de las candidaturas de las agrupaciones electorales *AUKERA GUZTIAK*, en elecciones autonómicas 2005, por sucesoras de Batasuna.

STC 110/2007 de 10 de mayo, FJ. 13 y ss.: Sobre confirmación de la STS art. 61 LOPJ 5-5-2007 denegando la proclamación de las candidaturas de las agrupaciones electorales *SOZIALISTAK ABERTZALEAK* para las elecciones municipales 2007.

STC 112/2007 de 10 de mayo, FJ. 9 y ss: Confirma los AATS Sala art. 61 de 5-5-2007 que en ejecución de ilegalización de HB, declararon la ilegalización de *EUSKO ABERTZALE EKINTZA-ANV*, con ocasión de su presentación a las elecciones locales de 2007, por estimar que eran continuación de HB-BATASUNA.

STC 43/2009 de 12 de febrero, FJ. 11 y ss: Confirma los AATS art. 61 LOPJ de 8-2-2009 que en ejecución de ilegalización de HB, declara la no-proclamación de las candidaturas de *ASKATASUNA* para las elecciones autonómicas de 2009.

STC 44/2009 de 12 de febrero, FJ. 13 y ss. : Confirma la STS art. 61 LOPJ de 8-2-2009 anulaba la proclamación de candidaturas de las agrupaciones electorales *D3M*, en las elecciones autonómicas de 2009, como instrumentalizadas por HB-BATASUNA.

Así pues, desde 2003, los integrados en el complejo ilegalizado de ETA-BATASUNA han intentado sin descanso y en cada convocatoria electoral, acceder a las instituciones, burlando la prohibición jurisdiccional y han ido aprendiendo de las sucesivas resoluciones que se lo han impedido, haciendo cada vez más difícil el descubrimiento y prueba del fraude y con ello su eliminación.

En esta ocasión el procedimiento empleado es tan sencillo como inteligente, pero no por ello indetectable, como parece sostenerse en la Sentencia de la mayoría de este Tribunal y no sólo por que lo acredite el conjunto de las pruebas aportadas, que dada la entidad y contenido antes descrito de manera sumaria, sinceramente, resulta excesivo hasta dialécticamente calificar de “sospecha,” como hace la Sentencia de la mayoría en su FJ. 13, sino por la constancia de hechos y datos que por ser de público conocimiento y razonable interpretación conforme al común sentido, ni siquiera necesitarían prueba por constituir evidencias.

En efecto, el procedimiento empleado ha consistido en utilizar dos partidos políticos ya existentes, pero de presencia institucional y afiliación decrecientes, para constituir una coalición electoral con “independientes” que, curiosamente, han resultado ser los más numerosos en las listas confeccionadas y que, también curiosamente, son los que ocupan, en la mayor parte de los casos, los primeros puestos y por lo tanto con la posibilidad cierta de salir elegidos y además, resulta que estos “independientes”, que asumen el protagonismo de la coalición, desdibujando a los otros dos miembros de la misma, no proceden de las filas de ETA- BATASUNA, como tercer partido –tal y como concluyó la Sala especial del Tribunal Supremo en su Sentencia- sino que salen de una “izquierda aberztale” que si sociológicamente coincide con ETA- BATASUNA en los fines, políticamente ahora no lo hacen con sus medios violentos, que es lo que se viene a sostenerse en la Sentencia de este Tribunal, de la que me aparto, porque reiterando el respeto que siempre me merece la opinión de mis compañeros de la mayoría, me es imposible aceptarlo, ya que hasta la forma de elaborar las listas desde el absoluto protagonismo de los que realizan la búsqueda de los “independientes”, con una inusual forma de actuar, revela ya un acusado déficit democrático en cuanto a la

estructura y funcionamiento de la coalición electoral, que no es valorado por la Sentencia de este Tribunal.

4. Hay otros argumentos de la Sentencia, de la que tan abiertamente discrepo, que tampoco puedo compartir: por una parte, las referencias a la condición democrática y condenatoria de la violencia de los partidos miembros de la coalición no puede ser la patente para garantizar cualquier conducta posterior y enervar los vehementes indicios de connivencia con el partido ilegalizado para constituir una coalición, que luego resultó constituida.

Por otra parte, la pretendida coincidencia con la STC 126/2009, dictada por la Sala Segunda de este Tribunal y que estimó el amparo de “Iniciativa Internacionalista- La Solidaridad entre los Pueblos” a mi juicio no puede tampoco admitirse, ya que los hechos y las pruebas en aquella (referidos incluso a la condición de los avalistas de la candidatura) era mucho más abierta que el conjunto de las que avalan la conclusión de que BILDU es el último de los instrumentos de ETA-BATASUNA para acceder a un proceso electoral e introducirse en las instituciones democráticas del País Vasco y Navarra.

En cuanto al contraindicio del rechazo a la violencia por parte de los independientes, “incluso a la de ETA” (¿al mismo nivel que la institucional de las Fuerzas de Seguridad y los Tribunales del Estado?) referida a eventuales actos futuros, basta leer su contenido literal y ponerlo en relación con las instrucciones estratégicas de la propia ETA para advertir que no puede servir nada menos que para desvirtuar los demás indicios acreditativos de la vinculación con la banda criminal.

Finalmente, la referencia a la posibilidad, abierta por la última reforma legal, de que los candidatos, ahora admitidos al proceso electoral, pueden ser inhabilitados en cualquier momento posterior a este, en el caso de que actúen en forma que revelen la connivencia con ETA-BATASUNA, que ahora no se acierta a ver en la Sentencia objeto de mi discrepancia, aparte de ser dos cosas distintas como en la misma se reconoce, tampoco puede servir para enervar o desvirtuar los indicios que abonan la

necesidad de salir ya al paso de la maniobra defraudatoria de la ilegalización de los partidos incluidos en el entramado de ETA-BATASUNA.

Por todas estas razones, formulo mi voto discrepante,

En Madrid, a cinco de mayo de 2011