

STC 138/2012, DE 20 DE JUNIO, SOBRE CONSTITUCIÓN DE *SORTU*: LA ¿DEFINITIVA? LEGALIZACIÓN DE LA IZQUIERDA *ABERTZALE*

EDUARDO VÍRGALA FORURIA

La ilegalización en 2003 de los partidos de la Izquierda *Abertzale* (1) no forzó inicialmente un cambio en su estrategia político-terrorista. Durante seis años la actitud de su arma política, *Batasuna*, siguió siendo la misma, cooperando con la banda terrorista ETA y amparando la violencia utilizada por esta última, lo que llevó a que sus sucesivas reencarnaciones fueran ilegalizadas, con buen criterio, por el TS: ASB en 2007 (2), ANV y PCTV en 2008 (3). Sin embargo, en 2011 las circunstancias eran radicalmente diferentes. El fracaso en 2006 de la negociación entre el Estado y ETA, y la amplia percepción en la sociedad vasca de la culpabilidad de la segunda en dicho fracaso, condujo a la Izquierda *Abertzale*, representada por *Batasuna* hasta ese momento, a repensar su estrategia a lo que coadyuvó en no escasa medida la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH) de junio de 2009 que avaló la ilegalización en España de *Herri Batasuna*, *Euskal Herriarrok* y *Batasuna* (4).

(1) E. VÍRGALA FORURIA, «El cerco judicial a los partidos con vínculos terroristas: de la STC 48/2003 al ATS de 18 de junio de 2003», en *Jueces para la democracia*, núm. 48, 2003, págs. 9-20.

(2) E. VÍRGALA FORURIA, «El recorrido jurisprudencial de la suspensión y disolución de *Batasuna*: agosto de 2002 a mayo de 2007», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 81, 2007, págs. 243-305.

(3) E. VÍRGALA FORURIA, «Los efectos jurídicos de la ilegalización de partidos políticos (2003-2008)», en *Cuadernos de Alzate*, núm. 38, 2008, págs. 65-87.

(4) E. VÍRGALA FORURIA, «El TEDH avala la ilegalización de *Batasuna* (aspectos positivos y algunos pocos negativos de su jurisprudencia)», en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 13, 2010, págs. 415-436.

A partir de entonces, los debates dentro de la Izquierda *Abertzale* se caracterizan por las discrepancias entre ETA y algunas organizaciones satélite de la misma frente a importantes sectores de *Batasuna*, hasta que el debate se cierra a favor de la tesis de la exclusiva participación política y del abandono de lo que denominan estrategia político-militar. Fruto del mismo son las declaraciones que se van produciendo a partir de mediados de 2009 y que culminan con el acto de Bilbao de enero de 2011 en el que dos portavoces tan significados de la Izquierda *Abertzale* como Rufi Etxeberria y el abogado Iñigo Iruín utilizan un lenguaje desconocido en ese sector desde la fundación en abril de 1978 de *Herri Batasuna*. Pasos definitivos en esta evolución han sido la creación del partido político *Sortu* (nacer, surgir o crear en euskera), que incorpora en sus estatutos el lenguaje antes citado y añade disposiciones reveladoras, a las que luego me referiré, y la participación de la Izquierda *Abertzale* en la coalición electoral *Bildu* (reunir, recoger o juntar en euskera) (5), luego continuada en las coaliciones *Amaiur* (6) y *EH-Bildu* (7). Es evidente que todavía deben dar más pasos en esa senda, pero también que no se percibe una marcha atrás y que, por las razones que sean, han terminado aceptando lo que la inmensa mayoría de la sociedad vasca reclama y que es el rechazo o la condena de cualquier actuación violenta, aunque provenga de personas que se puedan identificar con la Izquierda *Abertzale*. Como antes he señalado, un escenario radicalmente diferente del que se dio entre 2007 y 2008.

En un artículo de hace cinco años ya adelanté que «sólo si esa dirección [de *Batasuna*] proclamara expresamente su alejamiento de las actividades anteriores de vulneración de las libertades y derechos fundamentales, promoviendo, justificando o exculpando los atentados contra la vida o la integridad de las personas [art. 9.2.a) LOPP], podría considerarse que la actividad no representa al antiguo partido. Esa expresión tendría que ser explícita de ruptura con la violencia terrorista de ETA, ya que ése fue el motivo fundamental para declarar la ilegalización. Esto explica que ese requisito se exija a una futura sucesión política de *Batasuna* y no al resto de partidos que se puedan inscribir en el Registro» (8). Como en-

(5) Coalición para las elecciones locales de 22 de mayo de 2011, formada por independientes de la Izquierda *Abertzale*, *Eusko Alkartasuna* y *Alternatiba* (escisión en *Euskadi* de Izquierda Unida-Ezker Batua).

(6) Coalición para las elecciones generales de 20 de noviembre de 2011, formada por independientes de la Izquierda *Abertzale*, *Eusko Alkartasuna*, *Alternatiba* y Aralar.

(7) Coalición para las elecciones autonómicas de 21 de octubre de 2012, formada por *Sortu*, *Eusko Alkartasuna*, *Alternatiba* y Aralar.

(8) «Los efectos de la ilegalización de partidos políticos», en HERMES, *Revista de pensamiento e historia*, núm. 23, 2007, págs. 72-80.

tiendo que esto es lo que se ha producido con *Sortu*, adelanto ya mi completo acuerdo con el fallo de la STC 138/2012, aunque discrepe con algunos de sus fundamentos jurídicos.

Entraré ahora en las vicisitudes del proceso de registro del partido político *Sortu* que han culminado en la STC 138/2012. *Sortu* se constituye el 30 de enero de 2011 en San Sebastián y presenta sus estatutos en el Registro de partidos políticos el 10 de febrero. La inscripción es paralizada por la actuación de la Abogacía del Estado, que el 3 de marzo de 2011 presenta demanda incidental en proceso de ejecución de la sentencia de 27 de marzo de 2003 de ilegalización de *Batasuna* determinando la suspensión automática de la inscripción. De la misma forma, el 7 de marzo de 2011 el Ministerio Fiscal formula demanda incidental de ejecución de la sentencia de 2003. A solicitud del Ministerio Fiscal, la Sala, a pesar de no estar obligada a ello, convoca una comparecencia pública para el 21 de marzo de 2011 «a fin de garantizar de la manera más amplia y concreta la tutela de los intereses generales y particulares concurrentes» (9).

La Sala Especial del artículo 61 resuelve las demandas incidentales acumuladas en el Auto de 30 de marzo de 2011 sobre la inscripción en el Registro de *Sortu* (ATS-*Sortu*, a partir de ahora) admitiendo los argumentos de la Abogacía del Estado y del Ministerio Fiscal y negando, por tanto, la inscripción.

La primera conclusión que puede obtenerse del ATS-*Sortu* es que la mayoría, existiendo un Voto particular de 7 de sus 16 magistrados (10), de la Sala del artículo 61 ha optado por impedir que la Izquierda *Abertzale* pueda llegar a ser legal en España, ni aunque rechace con contundencia la utilización del terrorismo de ETA. Lo dice expresamente en la página 208 del ATS-*Sortu*: «el único e inevitable destino legalmente previsto para el partido ilegalizado es su disolución y liquidación, y no su “resurrección” a la vida jurídica y política so pretexto de un cambio en sus métodos o formas de actuación».

Esta conclusión es muy decepcionante ya que impide la reintegración a la vida política de un significativo sector social que, al margen de la valoración moral que pueda hacerse de su actuación en los últimos 35 años, ha decidido, probablemente por un sentido utilitarista, romper lazos con el terrorismo. Si ese sector socio-político opta por trabajar políticamente sin el apoyo de la coac-

(9) ATS-*Sortu*, antecedente 9.

(10) En la posterior Sentencia de 1 de mayo de 2011 de la Sala del artículo 61 del TS sobre la coalición electoral *Bildu* también hubo un Voto particular de seis magistrados (formulado por M. R. Alarcón y otros cinco magistrados) y otro individual del magistrado J. M. Sieira. Sobre el caso *Bildu*: E. VÍRGALA FORURIA, «Las sentencias del TS y del TC de mayo de 2011 sobre *Bildu* y las Agrupaciones electorales», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 93, 2011, págs. 307-326.

ción violenta, el Estado democrático no puede más que aceptar esa situación y legalizar la opción política con la que parte de la sociedad vasca se identifica. No se puede pensar en mantener en la ilegalidad a un partido que puede llegar a representar el 15 o el 20 por 100 del electorado y que ha decidido actuar mediante medios políticos y legales sin colaborar con o coadyuvar a la actuación de ETA.

La Constitución está permeada por toda una serie de principios y disposiciones que instan a la legalización de todo partido que haya aceptado actuar en el marco constitucional. La «sociedad democrática avanzada» del Preámbulo no puede construirse con la presunción, parece que *iuris et de iure*, de que un importante sector socio-político nunca va a corregir su comportamiento y, por lo tanto, debe permanecer en la ilegalidad. Si el «pluralismo político» es un valor superior de nuestro Ordenamiento jurídico (art. 1.1) y los partidos son los que lo expresan (art. 6.1) significa que sólo pruebas contundentes de que un partido se propone acabar con dicho pluralismo pueden conducir a su exclusión del juego político. De la misma forma, sólo los límites constitucionales del artículo 22 CE y las actividades contra la Constitución, de las que habla el artículo 6 CE, pueden ser un freno para la existencia de un partido político, pero nunca su ideología por mucho que sea autodeterminista, independentista e incluso integracionista de una Comunidad Autónoma en otra (11). Todo ello a partir de una interpretación expansiva, y no restrictiva, de los derechos fundamentales que está en la base del artículo 10.1 CE y que el TC siempre ha acogido (12).

El propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia sobre *Batasuna* de 30 de junio de 2009 recalcó que las excepciones al derecho de asociación han de interpretarse restrictivamente (13), y, en concreto sobre los partidos políticos, es conocida su posición de que es obligación de los Estados garantizar que en las elecciones concurren «una pluralidad de partidos políticos representando las diferentes posturas de opinión existentes en la población del país» y que las restricciones a la actividad de un partido han de interpretarse restrictivamente (14).

El ATS-*Sortu*, por el contrario, continúa, desde mi punto de vista, una cierta tendencia de la Sala del artículo 61 del TS (últimamente sólo de la mayoría) de

(11) Siempre que esa integración se realice por los cauces constitucionales previstos en la Disposición Transitoria Cuarta CE.

(12) Por ejemplo, STC 1/1989, de 16 de enero.

(13) Punto 77.

(14) Por ejemplo, SSTEDH Partido comunista de Turquía de 1998, puntos 44 y 46; Partido socialista de Turquía de 1998, punto 50; Partido de la Libertad y de la Democracia de Turquía de 1999, punto 44.

aceptar acríticamente la posición del Gobierno y de la Fiscalía, ya iniciada en la sentencia de 2005 sobre *Aukera Guztiak* (15), mantenida, aunque en otro sentido, en el Auto de 2007 sobre ANV (16), y reiterada en el Auto de 2009 sobre Iniciativa Internacionalista (17). En este sentido, entiendo que el Voto particular está muy bien argumentado jurídicamente y coincido sustancialmente con lo expresado en el mismo (18). La conclusión a la que llega este Voto particular creo que puede resumirse en la primera frase del punto 2 del mismo cuando dice que «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» (19).

No voy a detenerme ahora en el ATS-*Sortu* ni en su Voto particular, sobre lo que ya he escrito en otras publicaciones a las que me remito (20). Pasaré al análisis de la STC 138/2012, que trae causa del recurso de amparo interpuesto por los fundadores y el propio *Sortu* contra el ATS-*Sortu*.

La solidez del voto particular de los magistrados del TS discrepantes con el rechazo a la inscripción de *Sortu* ya anunciaba la alta probabilidad de que el TC concediera el amparo y legalizara al nuevo partido de la Izquierda *Abertzale*. Así ha sido en la sentencia de 20 de junio de 2012, que es coherente con la jurisprudencia reciente del TC y continúa la senda iniciada en 2009 con el amparo concedido a Iniciativa Internacionalista y en 2011 a *Bildu*. No es constitucionalmente posible en España la exclusión de la vida política de un partido que proclama tajantemente el rechazo a la utilización de la violencia terrorista.

(15) STS de 26 de marzo de 2005. Los argumentos utilizados por el TS fueron muy frágiles ya que no se aportó ningún documento interno de ETA o *Batasuna* en que, aunque sea indirectamente, existiera mención a *Aukera Guztiak*.

(16) ATS de 5 de mayo de 2007. La Sala del artículo 61 aceptó la «jugada táctica» del Gobierno de anular sólo parte de las candidaturas municipales de ANV en lugar de una ilegalización en un proceso específico.

(17) ATS de 16 de mayo de 2009. El TS se conforma con decir que ETA-*Batasuna* «ha tenido en todo momento intención de presentarse» sin que existiera un solo documento en que esa intención se concretara en alguna mención, aunque sea indirecta, a Iniciativa Internacionalista. Como es sabido, el Auto fue afortunadamente corregido por el TC en su sentencia 126/2009, de 21 de mayo.

(18) En este sentido, E. VÍRGALA, «Un voto particular contundente», en *El Correo* (Bilbao), 2 de abril de 2011.

(19) Voto particular al ATS-*Sortu*, punto 2.

(20) «El Auto sobre Sortu: una visión estática (y poco constitucional) de la Izquierda Abertzale», en *El Cronista del Estado social y democrático de derecho*, núm. 20, 2011, págs. 18-25, y «Sortu, Bildu y la Izquierda abertzale en los tribunales», en *Jueces para la democracia*, núm. 71, 2011, págs. 17-33.

La sentencia, por lo tanto, es, desde mi punto de vista, correcta en cuanto al resultado al que llega. Otra cosa son algunos de los argumentos utilizados por el TC y que oscurecen un tanto el acierto del amparo concedido.

Una de las diferencias clave con procesos anteriores de ilegalización es que el TC se encuentra por vez primera con la solicitud de inscripción de un nuevo partido que, al no haber sido inscrito por el Ministerio del Interior, no ha tenido prácticamente más actividad que su presentación y constitución ante Notario.

En 2007 *Batasuna* intentó reconstituirse como *Abertzale Batasunen Sozialista* (ASB), pero el caso no llegó al TC. Denegada su inscripción en el Registro, tanto la Abogacía del Estado como la Fiscalía General del Estado formularon demanda incidental de ejecución de sentencia a fin de que fuera declarada fraudulenta y no procedente su constitución como partido político por ser ASB continuadora y sucesora de *Batasuna*. La Sala especial del artículo 61 del TS declaró en Auto de 22 de mayo de 2007 «la improcedencia de la constitución del partido político denominado “Abertzale Sozialisten Batasuna” por ser continuidad o sucesión del partido político declarado ilegal y disuelto *Batasuna*».

Ante la alegación de las promotoras, basada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), de inexistencia de actividad alguna de ASB para ser considerada ilegal, el TS entendió que tal jurisprudencia del TEDH se refería a partidos políticos nuevos, mientras que con ASB lo que correspondía era «examinar si, habiendo sido ilegalizado el partido político *Batasuna* por virtud de sentencia firme de esta Sala, las exigencias de cumplimiento íntegro de la sentencia reclaman que se impida con las garantías del proceso la sustitución del partido ilegalizado por otro que continúe o suceda en su actividad». Así, «[e]l enjuiciamiento de la actividad contraria a los mismos fundamentos de la democracia se llevó a cabo, de manera completa y precisa, en la sentencia de ilegalización de *Batasuna*, de cuya ejecución se trata ahora. No se precisa en este momento, para determinar la concurrencia de fraude de ley, el análisis de una inexistente, o al menos escasa, actividad preliminar en el partido ASB, sino determinar si existen elementos suficientes para tener por probado que se ha creado como instrumento para burlar la ley e incumplir la sentencia de ilegalización construyendo un enlace para la continuación inmediata de la actividad del partido disuelto, ya calificada por el tribunal como ilegal por incurrir en una actividad atentatoria contra la democracia, la cual, evitada por la sentencia de ilegalización, volvería a desarrollarse, lo que justifica impedir que se produzca este efecto como medida necesaria en una sociedad democrática» (21).

(21) ATS de 22 de mayo de 2007, FJ 4.

Además, el TS dio por probado que «[l]as tres promotoras de ASB pertenecen, de manera pública y notoria a Batasuna, y no consta gesto alguno que pudiera valorarse como signo de alejamiento o de reconsideración de su pertenencia a aquélla o de renuncia a sus fines y estrategias, sino que se integran en el órgano máximo de dirección del partido entre asambleas, la denominada Mesa Nacional» y deja claro que «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» (22).

En el caso de *Sortu* en 2011, sin actividad al momento de presentarse las demandas iniciales por el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal, cobra especial relevancia la antes mencionada doctrina sentada desde los años noventa por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ante las dificultades de analizar la licitud de un partido recién nacido y sin prácticamente actividad. El Tribunal de Estrasburgo entiende que deben analizarse los estatutos y el programa político, pero, también, los actos y declaraciones de los dirigentes del nuevo partido. Para el TEDH «no hay justificación para la prohibición de un grupo político sólo por su intención de debatir en público la situación de parte de la población del Estado y de tomar parte en la vida política nacional para buscar, de acuerdo a métodos democráticos, soluciones capaces de satisfacer a todas las partes afectadas» (23), por lo que la comparación entre su programa y sus actividades es imposible en el caso al haber sido disuelto el Partido [Comunista de Turquía] inmediatamente después de su formación (24).

El primer punto que analiza la STC 138/2012 es el de la legitimación, ya que el recurso de amparo se había planteado tanto por los promotores como por el propio partido *Sortu*. El TC traslada su doctrina de la ausencia de legitimación por disolución de un partido político (ATC 520/2005, de 20 de diciembre, FJ 4) al partido político que no ha adquirido personalidad jurídica al haberse

(22) ATS de 22 de mayo de 2007, FJ 8.

(23) STEDH Partido comunista de Turquía de 1998, punto 57; en términos similares, STEDH Partido de la Libertad y de la Democracia de Turquía de 1999, punto 41.

(24) STEDH Partido comunista de Turquía de 1998, punto 58.

declarado «por la Sala Especial del Tribunal Supremo del artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial la improcedencia de constitución y la no procedencia de su inscripción en el Registro de Partidos Políticos —arts. 3.2 y 4.3 LOPP—, «el partido deja de ser sujeto en Derecho y sujeto de derechos», por lo que, de un lado, «deja de tener suerte alguna de capacidad jurídica para actuar en Derecho, en defensa de cualesquiera derechos o intereses, propios o ajenos, y de otro, la extinción de la personalidad jurídica-civil del partido político comporta la desaparición de su círculo jurídico, esto es, del haz de derechos y facultades que configuraban la propia existencia jurídica de la entidad disuelta» (FJ 3)» (25).

Resuelta la impugnación formal anterior, el TC entra en el fondo de la admisibilidad de la constitución de un partido como *Sortu* en nuestro ordenamiento jurídico. Recuerda su jurisprudencia anterior, a partir de la primera sentencia sobre ilegalización de *Batasuna* (5/2004), en relación con la importancia de los partidos políticos para el pluralismo político (26) y rechaza la actuación, pedida en la demanda de amparo, como parámetro de los artículos 10 y 11 CEDH, recordando su asentada doctrina de que «no le corresponde a este Tribunal, al conocer de un recurso de amparo, examinar la observancia o inobservancia *per se* de textos internacionales que obliguen a España, sino comprobar el respeto

(25) FJ 2.

(26) «Los partidos son medio cualificado para la articulación del pluralismo al que sirven de expresión y, en consecuencia, tienen en la libertad ideológica el fundamento necesario para la definición de su identidad política, verdadero referente para aquellos a quienes se ofrece como pauta para la intervención en el proceso de formación de la voluntad popular. Y tienen también en la libertad de expresión, de manera no menos ineluctable, la garantía necesaria para que su participación en ese proceso no se vea desvirtuada o impedida. Si los partidos son asociaciones cualificadas por la relevancia constitucional de sus funciones y éstas se cifran en la expresión organizada del pluralismo político con el fin de asegurar la mejor correspondencia entre la voluntad de los ciudadanos y la voluntad general expresada en la ley, se sigue con naturalidad que la vulneración de los derechos fundamentales cuyo ejercicio es inherente al de la libertad de asociación política adquiere una significación constitucional añadida, por cuanto trasciende a aquellos derechos en particular, en la medida en que afecta a la libertad que los comprende. En otras palabras, infringir la libertad de creación de partidos políticos es conculcar los derechos para cuyo ejercicio en el ámbito de la formación de la voluntad popular se ha concebido aquella libertad. Con todo, por más que todas estas infracciones sean inseparables, la reconocida en el artículo 22 CE (en relación con el art. 6 CE) conforma el contexto en el que concurren las libertades ideológica y de expresión cuando su ejercicio no es estrictamente individual sino organizado en partidos políticos. De ahí la posición de centralidad que [...] ha de concederse a la libertad de asociación en el examen de las quejas deducidas por el demandante. En el bien entendido, claro está, de que con ello no se ha de marginar en absoluto, la consideración de las libertades ideológica y de expresión, sino, por el contrario, integrar su contenido privativo en el más amplio de la libertad de asociación que les sirve de contexto y ámbito de ejercicio cualificado» (FJ 2, que cita el FJ 16 de la STC 5/2004).

o la infracción de los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales y libertades públicas susceptibles de protección a través del recurso de amparo (arts. 53.2 CE y 49.1 LOTC), sin perjuicio de que, por mandato del artículo 10.2 CE, deban tales preceptos ser interpretados de conformidad con la Declaración universal de derechos humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (por todas, SSTC 85/2003, de 8 de mayo, FJ 6; 99/2004, de 27 de mayo, FJ 3), entre los que figura de manera destacada el Convenio Europeo de Derechos Humanos» (FJ 3).

En cuanto a la vulneración del derecho de asociación en su vertiente de derecho a la creación de partidos políticos, objeto central del recurso, el TC señala que «sólo cabrá la denegación de la inscripción o la declaración de disolución de un partido político cuando, de conformidad con lo previsto en la LOPP, concorra una causa legal para ello, vinculada a la vulneración de las exigencias del artículo 6 CE, apreciada por la autoridad judicial competente en el marco del correspondiente procedimiento» (FJ 4).

Como la constitución de un partido político exclusivamente pone de manifiesto la voluntad de sus promotores, sólo cuando aquél comience a actuar es cuando podrá apreciarse si su actividad respeta la Constitución y la ley como exige el artículo 6 CE, claramente siguiendo la jurisprudencia del TEDH antes señalada. «Y sólo entonces puede constatarse si los fines definidores de su ideario político, en principio constitucionalmente libres, se persiguen por medios, no ya pacíficos, sino, antes aún, 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 sólo sería imaginable a través de un juicio de intenciones que pugnaría groseramente con el régimen de libertad de creación de partidos garantizado por el artículo 22 CE» (STC 5/2004, de 16 de enero, citada en el FJ 5 de la STC 138/2012). Es necesario, por lo tanto, la combinación del examen de los estatutos y del programa político con los actos y tomas de postura de los miembros y dirigentes del partido [FJ 5, siguiendo la doctrina de las SSTEDH de 3 de febrero de 2005, caso *Partidul Comunistilor (Nepceeristi) c. Rumanía*, § 57, y de 7 de marzo de 2007, caso *Linkov c. República Checa*].

Para valorar ese conjunto de estatutos, programa político, actos y declaraciones, el TC, como ya hizo en la STC 62/2011, de 5 de mayo, sobre la coalición electoral *Bildu* (STC-*Bildu*, a partir de ahora), pero ahora con mayor énfasis ante las críticas recibidas (27), reitera que «no se puede pretender de este Tribu-

(27) J. TAJADURA TEJADA, «El caso *Bildu*: un supuesto de extralimitación de funciones del Tribunal Constitucional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 93, 2011,

nal “la revisión de las pruebas practicadas en el proceso, ni la de la valoración que las mismas han merecido del Tribunal Supremo, pues en otro caso, con infracción del principio de exclusividad de la jurisdicción ordinaria (art. 117.3 CE), incurriríamos en un claro exceso de nuestra jurisdicción constitucional” (SSTC 5/2004, de 16 de enero, FJ 17; 31/2009, de 29 de enero, FJ 4). Otra cosa es que el Tribunal Constitucional, en cuanto supremo órgano jurisdiccional en materia de garantías constitucionales (art. 123.1 CEE) y supremo intérprete de la Constitución (art. 1.1 LOTC), deba realizar una valoración global del material probatorio asumido por los tribunales ordinarios, en este caso por el Tribunal Supremo, sin cuestionarlo, puesto que en otro caso no cumpliría con las funciones que la Constitución le ha encomendado» (FJ 6) (28). Sin embargo, y en esto tiene razón el Magistrado Rodríguez Arribas en su Voto particular, «se desprende que si no se entra a establecer, aunque sea en su conjunto, si la valoración de prueba hecha por el Tribunal Supremo era o no razonable, arbitraria o incurra en error patente, es por que no cabía atribuirle ningún de esos defectos, sino el de no haber evaluado suficientemente “la existencia de los otros elementos a que se refiere el artículo 12.3. LOPP” y no haber ponderado “que la existencia del derecho de asociación es una pieza clave de una sociedad democrática”, esto es, porque incurre en un defecto de motivación. No cabe duda de que esta fórmula, que pretende la cuadratura del círculo, es más respetuosa con el Tribunal Supremo y con las funciones que la Constitución le encomienda, pero para ello en realidad elude el verdadero problema, que no es otro que el de establecer si la valoración de indicios de fraude lo acreditaba o no».

Establecido lo anterior, el TC pasa a analizar los dos elementos que posee para valorar si *Bildu* es una mera sucesión de *Batasuna*: los estatutos y la actividad proyectada del partido ilegalizado sobre el nuevo.

En cuanto al primer elemento a considerar, los Estatutos del partido (29), el TC va relatando sus diversos apartados. En este punto hay que señalar que poca duda podía existir de la adecuación de los estatutos de *Sortu* a la Ley de partidos, ya que fueron redactados de manera muy estudiada para cumplir los

págs. 327-375. Mi opinión, contraria a que el TC se hubiera extralimitado en la STC *Bildu*, puede verse en E. VÍRGALA FORURIA, «Las sentencias del TS y del TC de mayo de 2011 sobre *Bildu* y las Agrupaciones electorales», en el mismo núm. 93 de la *Revista Española de Derecho Constitucional*, págs. 307-326.

(28) Discrepa el Magistrado Delgado Barrio en su Voto particular a la STC 138/2012, ya que «desborda los límites de la jurisdicción constitucional y en un claro exceso invade el campo que el artículo 117.3 CE encomienda en exclusiva a la jurisdicción ordinaria».

(29) Los estatutos de *Sortu* pueden obtenerse de http://www.gara.net/agiriak/20110209_Estatutos_Sortu.pdf (última visita 26 de agosto de 2012).

estándares que había ido fijando el TC en su jurisprudencia. Proclaman su intención de contribuir a «la definitiva y total desaparición de cualquier clase de violencia y terrorismo, en particular, la de la organización ETA» (Capítulo Preliminar) y anuncian el rechazo de la violencia «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» (art. 3.B). En este sentido es determinante la sanción de expulsión para el futuro afiliado que realice «alguna de las conductas previstas en el artículo 9 de la Ley Orgánica 6/2002, de Partidos Políticos» (art. 11.4).

En su momento, al analizar el ATS-*Sortu* (30), indiqué que la Sala del 61 diferenciaba entre la izquierda *abertzale* (en minúsculas) como movimiento ideológico legítimo y la Izquierda *Abertzale* (con mayúsculas) identificada con *Batasuna* y las organizaciones vinculadas a ETA (31). Entendía que en este aspecto sólo se podía estar parcialmente de acuerdo con la Sala, ya que si bien el término «Izquierda *Abertzale*» es polisémico, en lo que aquí interesa ha tenido hasta el momento básicamente dos significados. El primero, cuando es utilizado fuera del conglomerado *ETA-Batasuna*, para designar un espectro ideológico independentista radical que no tiene por qué apoyar la violencia terrorista, aunque tampoco cabe excluir una cierta aceptación crítica de la misma, y el segundo, cuando el término es utilizado por el citado conglomerado *ETA-Batasuna* en que va dirigido a agrupar a las diferentes organizaciones vinculadas al mismo. En este sentido, el primero estaría amparado por la libertad ideológica de la Constitución al ser una ideología alternativa a las disposiciones de la misma pero admisible en una democracia no militante como la española. El segundo significado, sin embargo, aludiría a las organizaciones que desarrollan actividades de complemento de la banda terrorista y deben ser ilegalizadas por así establecerlo nuestro ordenamiento jurídico. La cuestión es si puede existir una evolución o una visión dinámica de la segunda Izquierda *Abertzale*. Eso es lo que planteaba, en definitiva, el debate en el seno de la misma a partir de 2009 y que se concretaba en la aparición de *Sortu*. Como indicaba el Voto particular ATS-*Sortu* (32), los estatutos de *Sortu* y las declaraciones de sus promotores parecían indicar con claridad que la Izquierda *Abertzale* (en el segundo significado que antes señalaba) vinculada históricamente a *ETA-Batasuna* se estaba

(30) «El Auto sobre *Sortu*: una visión estática (y poco constitucional) de la Izquierda *Abertzale*», en *El Cronista del Estado social y democrático de derecho*, núm. 20, 2011, págs. 18-25.

(31) ATS-*Sortu*, FD 9.

(32) Voto particular al ATS-*Sortu*, punto 5.

transformando en un movimiento que puede encajar sin dificultad ahora en el primer significado de ser una ideología (o un «espacio social y político» en los estatutos de *Sortu*) que rompe con los modelos organizativos y formas de funcionamiento de aquella Izquierda *Abertzale*.

Aunque la Sala del artículo 61 no analizaba en sentido estricto la similitud de las personas que componen *Batasuna* y *Sortu*, daba, sin embargo, por sentada la continuidad de *Batasuna* no a partir de datos objetivos sino de la mera presencia de sus miembros en actos que conducían a la creación de *Sortu*. Para ello, se basaba en declaraciones de miembros de EKIN (33) que manifestaban haber participado en reuniones de *Batasuna* en las que se decidió obtener la legalización de la Izquierda *Abertzale* para participar en las elecciones locales de 2011, no manifestando una ruptura entre ETA y *Batasuna*. Abundarían en el mismo sentido, para la mayoría de la Sala, las declaraciones de dirigentes de *Batasuna* (34). Todo lo anterior se manifestaría especialmente en dos momentos concretos (35). El primero era el acto organizado en Pamplona el 27 de noviembre de 2010 protagonizado por quienes meses después anunciarían la constitución del nuevo partido de la Izquierda *Abertzale*, Rufi Etxeberria e Iñigo Iruín, y acto en el que participaron numerosos miembros de *Batasuna* para presentar un nuevo proyecto político organizativo basado en vías exclusivamente pacíficas y democráticas, rechazo de la violencia, compromiso del uso exclusivo de la movilización y adhesión popular y la participación político-institucional.

El segundo momento, como era de prever, era la presentación del nuevo partido, todavía sin nombre, en el Palacio Euskalduna de Bilbao el 7 de febrero de 2011 por los ya citados Etxeberria e Iruín y con la presencia también de numerosos miembros de *Batasuna*, entre los que destacarían los abogados Arantza Zulueta e Iñaki Goyoaga, detenidos meses antes por su presunta pertenencia a ETA. Tras estos dos actos se produjo la presentación pública de *Sortu* en Bilbao el 8 de febrero de 2011 en la que la Sala destacaba la ausencia de cualquier dirigente de *Batasuna* (36). Las conclusiones para la Sala de esta presentación eran: *Sortu* sale de *Batasuna* para concurrir en las elecciones locales de mayo de 2011, fruto de una estrategia diseñada por *Batasuna* y ETA, siendo *Batasuna* quien controla la presentación en sociedad y puesta en escena de *Sortu*, asistiendo a dicha presentación dos presuntos miembros de ETA, y resultando los estatutos de *Sortu* ajustados a la línea estratégica de los documentos de *Batasuna*,

(33) ATS-*Sortu*, FD 10.

(34) ATS-*Sortu*, FD 11.

(35) ATS-*Sortu*, FD 12.

(36) Aquí podría responderse con la expresión popular de «si están porque están, si no están porque no están».

además de ser revelador que el anuncio del nuevo partido lo hicieran miembros de *Batasuna* y no los promotores de *Sortu*. Añadía que los estatutos de *Sortu* reconocían que eran fruto de la evolución en la Izquierda *Abertzale* (identificada con *Batasuna*), recogiendo el «impulso de un proceso democrático», con lo que tiene esta expresión de significado en el entorno de ETA. Lo anterior vaciaría de contenido el resto de declaraciones programáticas de los estatutos (ruptura de los modelos y formas de funcionamiento anteriores, rechazo del terrorismo, etc.).

Frente a esta argumentación, el TC, en lo que indefectiblemente he de coincidir, pone el acento en que en esos actos «tanto el contenido del documento leído en el primero, como las intervenciones habidas en el segundo, expresan la opción por las vías exclusivamente pacíficas y democráticas y el rechazo del uso de la violencia o la amenaza de su utilización para el logro de objetivos políticos, con inclusión de la violencia de ETA (FD 12) [del ATS-*Sortu*]» (FJ 8).

Producido en los estatutos de *Sortu* el rechazo a la violencia terrorista, falta por determinar si lo ha hecho en términos suficientes «para contrarrestar otros elementos de convicción que pudieran fundamentar la acreditación judicial de una estrategia defraudadora de la Sentencia de ilegalización de los partidos políticos Herri Batasuna, Euskal Herritarrok y Batasuna, este Tribunal ha establecido una sólida doctrina» (FJ 9). Para ello, se recuerda su posición establecida a partir de la STC 99/2004, de 27 de mayo, de que «quebrar la dimensión negativa del silencio ante violencia “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. Y ello ha de ser suficiente, por demás, para diluir la capacidad probatoria de indicios que en otro caso adquieren una considerable densidad de sentido” (STC 99/2004, FJ 19). En otras palabras, “[I]a negativa a condenar expresamente el terrorismo no es, por tanto, indicio bastante para acreditar *per se* una voluntad defraudatoria como la contemplada por el artículo 44.4 LOREG. Más bien sucede que su contrario, la condena inequívoca constituye un contraindicio capaz de desacreditar la realidad de una voluntad de ese cariz deducida a partir de indicios suficientes”, si bien el Tribunal estima que no puede operar como contrapeso suficiente a los fines de desvirtuar estos indicios la genérica condena de la violación de los derechos humanos, a la que le atribuye “un cierto sentido de abstracción”, frente a la condena concreta del terrorismo, “que implica un referente subjetivo mucho más preciso, y que de existir constituiría el contraindicio referido en nuestra jurisprudencia” (STC 68/2005, de 31 de marzo; doctrina que se reitera en las SSTC 126/2009, de 21 de mayo, FJ 14; 62/2011, de 5 de mayo, FJ 12)» (FJ 9).

No habiendo ningún indicio en contrario ni en los estatutos ni en las declaraciones de los dirigentes de *Sortu* al rechazo a la violencia terrorista, el TC no puede más que constatar, como ya había hecho en su sentencia sobre *Bildu*, que dicha condena «no puede estar “sometida al dilema —insoluble para el Derecho— de la mayor o menor sinceridad del sujeto, aunque sí puede quedar condicionada a la identificación objetiva de la intención real de las declaraciones en las que el contraindicio consistiría, intención, sin embargo, que sólo puede desvelarse como contraria (y disimulada, por tanto) a partir de hechos observables y referidos o imputables al propio sujeto que pretende ejercer su derecho fundamental” (STC 62/2011, de 5 de mayo, FJ 12).

En este caso, no cabe ignorar que, como se ha recogido en los anteriores fundamentos jurídicos, en términos tajantes se expone en los estatutos del partido político SORTU su programa de actuación por vías exclusivamente políticas y democráticas, su ruptura con los modelos y las organizaciones políticas judicialmente ilegalizadas y disueltas por su connivencia con la banda terrorista ETA y el rechazo de la violencia como instrumento de acción política o método para el logro de objetivos políticos, incluyendo la de esta organización terrorista. De manera igualmente firme e inequívoca los promotores y dirigentes del partido político SORTU en el acto de presentación de esta formación política manifestaron su apuesta por las vías exclusivamente pacíficas y democráticas para la consecución de objetos políticos y rechazaron la violencia, incluida la de la organización terrorista ETA» (FJ 10) (37).

Como los estatutos fueron realizados teniendo en cuenta tanto la Ley de partidos como la jurisprudencia constitucional sobre la misma, el TC hace particular mención de que aquéllos «hagan suyo, integrándolo por remisión de su artículo 3.B, el contenido literal del artículo 9 de la LOPP, precepto en el que el legislador ha pormenorizado las conductas que realizadas de forma grave y

(37) El Voto particular del Magistrado Rodríguez Arribas entiende que para aceptar la condena de la violencia por un partido conectado con la Izquierda *Abertzale* deben darse una serie de requisitos (que, por otro lado, añado yo, ni la legislación de partidos ni la jurisprudencia del propio TC exigen): «la única diferencia con lo que hasta ahora han venido diciendo los dirigentes de los partidos políticos ilegalizados por su conexión con el terrorismo, en relación con la condena de la violencia, es la referencia expresa a la ETA, que ahora si se produce, pero añadiendo, como acabamos de ver, que ni ésa es la única violencia ejercida en el País Vasco (¿también la violencia institucional, la de las fuerzas de seguridad, las de los Tribunales de Justicia, la del Estado en general...?) ni las víctimas del terrorismo, que desgraciadamente se cuentan por centenares, son las únicas a las que hay que reconocer y ofrecer reparación (¿también a los miembros de ETA muertos al manipular un artefacto o en enfrentamientos con las fuerzas de seguridad, también a los presos de la banda criminal?). En estas condiciones no se puede calificar esa condena ampliada de «inequívoca», sino mas bien de estudiadamente ambigua».

reiterada pueden determinar la declaración de ilegalidad de un partido político, configurándose en los citados estatutos la realización por sus afiliados de cualquiera de ellas como una falta muy grave sancionada con la expulsión del partido. También ha de resaltarse la exigencia para ser candidato en cualquiera de las listas electorales del partido político SORTU de asumir las bases ideológicas y los compromisos de actuación política del rechazo a la violencia, incluida la de la organización terrorista ETA, y el recurso a las vías exclusivamente pacíficas y democráticas para la consecución de objetivos políticos» (FJ 10).

Todo ello constituye «un contraindicio suficiente para entender, en principio, contrarrestada o diluida la eficacia probatoria de otros elementos de convicción de los que pudiera inferirse que el nuevo partido político cuya inscripción se pretende en el Registro de Partidos Políticos pudiera perseguir continuar o suceder la actividad de los partidos políticos judicialmente ilegalizados y disueltos por la Sentencia 1/2003, de 27 de marzo [art. 12.1.b) LOPP].

La conclusión alcanzada en modo alguno puede resultar desvirtuada por la alegación del Abogado del Estado de que los estatutos del partido político sólo rigen hasta la celebración de su congreso constituyente, órgano que puede ratificarlos o cambiarlos. En puridad, los estatutos aprobados por las personas promotoras que se constituyen en Comisión Permanente hasta la celebración del Congreso Constituyente no prevén su vigencia sólo hasta la celebración de este Congreso, como parece desprenderse del escrito del Abogado del Estado, sino que lo que disponen, en una práctica habitual y común en la constitución de partidos políticos, es la facultad del Congreso Constituyente de ratificar los estatutos aprobados por la Comisión Permanente o modificarlos (disposición transitoria primera de los estatutos de SORTU). Por lo demás, en el caso que ahora nos ocupa, salvo que se pretendan ilegalizaciones preventivas, habrá que estar al contenido de los estatutos en el momento de la constitución e inscripción del partido político. Además, si los estatutos fueran modificados, el nuevo texto también tendría que ser inscrito en el Ministerio del Interior, alcanzando con ello la publicidad debida y, en su caso, un posible control» (FJ 10).

En cuanto a los actos de los dirigentes del nuevo partido, en todas sus declaraciones han reiterado la apuesta por las vías políticas y el rechazo sin ambages de la violencia. En lo que puede denominarse, en la concepción que antes he defendido, una visión dinámica de la Izquierda *Abertzale*, el TC entiende que lo anterior no queda descalificado por la presencia en determinados actos, como el del Euskalduna de Bilbao, de antiguos dirigentes de *Batasuna* (38), ya que lo

(38) Es curioso que para el Magistrado Rodríguez Arribas (Voto particular): «la Sentencia de la mayoría pasa de puntillas, porque la realidad es que en los actos públicos preparatorios de la

decisivo es la opción actual por las vías exclusivamente pacíficas y de rechazo a la violencia (39).

El elemento de condena de la violencia terrorista había sido considerado desde 2004 por el TC el conraindicio fundamental para contrarrestar el intento fraudulento de resucitar a los partidos ilegalizados. Esa condena, o rechazo en palabras de *Sortu*, es inequívoca tanto en los estatutos como en las declaraciones de sus dirigentes. A partir de ahí, como acertadamente razona el TC, los tribunales no pueden en derecho aquilatar la mayor o menor sinceridad de las declaraciones de rechazo a la violencia de ETA, salvo que existan hechos «observables y referidos o imputados» a los dirigentes de *Sortu*. La demostración de que ETA y *Batasuna* desearan en su momento tener un partido político legal no puede conducir sin más a que ese partido sea ahora *Sortu*, ya que eso no ha quedado probado por ninguno de los documentos analizados por el TS.

Uno de los elementos puestos de relieve con mayor énfasis por el Voto particular del ATS-*Sortu* era la ausencia de mención a los requisitos que establece el artículo 12.3 LOPP para entender que ha existido continuidad o sucesión de un partido ilegalizado. El TC retoma esa argumentación y señala que «[n]inguna referencia se contiene en el Auto recurrido a los actos y tomas de posturas de los promotores y dirigentes del partido político SORTU posteriores a su pretensión de inscripción en el Registro de Partidos Políticos ni a su comparación con el contenido de los estatutos o con las manifestaciones efectuadas por aquéllos el día de la presentación de la formación política, destinada a establecer una posible constatación de que en realidad escondiesen intenciones diferentes a las solemnemente declaradas en aquellos estatutos y manifestadas en aquel acto, reveladoras en particular de una posible connivencia con los partidos políticos judicialmente ilegalizados y disueltos o con la banda terrorista o de su respaldo, con el silencio o la ambigüedad, a los actos de violencia terrorista.

Debe recordarse que cuando este Tribunal avaló la ilegalización y disolución de los Partidos Políticos Herri Batasuna, Euskal Herritarrok y Batasuna

constitución y presentación pública de *Sortu*, estaban destacados miembros de *Batasuna*, que luego no comparecieron en el acto formal de presentación, lo que crea la vehemente impresión de que estaban urdiendo el engaño, pero ocultándolo cuidadosamente». Digo que es curioso ya que no se entiende que se urda un engaño, ocultándolo cuidadosamente, pero mediante la presencia destacada en actos públicos.

(39) Un exponente de la visión estática sobre la Izquierda *Abertzale*, que antes he criticado, puede verse en el VP del Magistrado Rodríguez Arribas: «la «izquierda aberztale» no es una organización espontánea, sino una designación estratégica inventada por ETA, convertida en una «magma» que ya no se sabe dónde empieza ni dónde termina» (Voto particular).

por la STS 1/2003, de 27 de marzo —de la que, como queda dicho, la presente causa es un incidente de ejecución— lo hizo teniendo en cuenta que en la misma el Alto Tribunal había establecido la existencia de una “comunidad de identidades” entre los tres partidos, acreditada “con la identidad de personas que ejercen cargos directivos y de representación en los tres partidos, con la continuidad de sus páginas electrónicas, con la sucesión de integrantes de grupos parlamentarios y municipales, con la sucesión en el uso de sedes y locales o con la identidad sustancial de estrategias y programas de actuación” (SSTC 5/2004, de 16 de enero, FJ 15, y 6/2004, de igual fecha, FJ 5). Ninguno de estos elementos aparece acreditado en el Auto recurrido» (FJ 11).

Por otro lado, «tampoco se pondera en la resolución cuestionada que la existencia del derecho de asociación concretamente en partidos políticos, constituye una pieza clave de una sociedad democrática, cuya limitación ha de resultar proporcionada al peligro contrastado que el sedicente partido pudiera constituir para la propia existencia del Estado de Derecho.

En suma, la sospecha de que el partido político, cuya inscripción en el Registro de Partidos Políticos ha sido denegada, pudiera pretender continuar o suceder la actividad de los partidos políticos judicialmente ilegalizados y disueltos ocho años antes, no puede constituirse en argumento jurídicamente suficiente para condicionar el pleno ejercicio de un derecho fundamental, en este caso, el derecho de asociación, en su vertiente de derecho a la creación de partidos políticos (art. 22 CE, en relación con su art. 6)» (FJ 12).

No habiendo datos que corroboren la existencia de los elementos previstos en el artículo 12.3 LOPP para determinar la sucesión o continuidad de un partido ilegalizado, el TC concluye que «no cabe inferir que [ETA y *Batasuna*] hayan instrumentalizado al partido político SORTU para sus fines o que éste se haya dejado instrumentalizar por la organización terrorista y el partido político ilegalizado del modo que constitucionalmente es exigible en este caso para limitar el derecho de asociación» (FJ 13).

A continuación el TC, como ya hacía en la *STC-Bildu*, se refiere a las medidas legislativas establecidas a comienzos de 2011: «la limitación para el libre ejercicio del derecho de asociación que supone la denegación de la inscripción controvertida resulta además en este caso desproporcionada a la vista de los instrumentos de control *a posteriori* de que se ha dotado, mediante las últimas reformas legales, nuestro ordenamiento (STC 62/2011, de 5 de mayo, FJ 13). La existencia de estos remedios posteriores también es ponderada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en casos como el que ahora nos ocupa para valorar si la declaración de ilegalidad o la negativa a inscribir un partido político constituye una medida proporcionada y necesaria en una sociedad democrática

a la luz de los artículos 10 y 11 CEDH [STEDH de 13 de abril de 2006, caso Tsonev contra Bulgaria, apartados 61.a) 63]» (FJ 14).

Frente a esta posición del TC, creo que en este punto acierta el ATS-*Sortu* cuando señala que si existe un riesgo en la legalización de *Sortu*, dicho riesgo no puede ser minimizado por la entonces reciente reforma de la Ley electoral, ya que la valoración de la corrección de la inscripción de un partido debe realizarse al margen de que luego sea más o menos difícil de reparar los efectos de la misma (40). Como el ATS-*Sortu* indica, estas reformas legales han de entenderse como un complemento de las disposiciones previas de la LOPP y no como una sustitución de las mismas.

En el mismo sentido se pronuncia el Voto particular del Magistrado Delgado Barrio cuando dice que «referirse a instrumentos de control *a posteriori*, sólo puede producir el efecto de debilitar el previo, lo que no resulta admisible, pues esto condena a la sociedad a sufrir las consecuencias de la actuación de un partido que debió ser ilegalizado, para ilegalizarlo después cuando ya se ha consumado el daño» y del Voto Particular del Magistrado Rodríguez Arribas, en cuanto que «[l]a posibilidad de actuar después contra un partido político o sus integrantes electos, que resulten ser, uno y otros, instrumentos de un partido ilegalizado no puede condicionar, adelgazándola, la utilización legalmente establecida de las medidas preventivas del fraude, porque lo contrario sería tan absurdo como esperar a que éste se repita para poder hacerle frente».

Finalmente, y parece que con la intención de que los votos particulares de discrepancia no fueran numerosos y de que ciertos sectores políticos no elevarán en exceso el ruido mediático, la sentencia del TC sobre *Sortu* queda lastrada por una cierta sensación de mala conciencia en el fundamento jurídico núm. 15.

(40) Cuestión diferente es que no comparta la decisión de no inscribir a *Sortu*. También es indiferente para el argumento del texto mi desacuerdo, desde el punto de vista constitucional, con las últimas reformas legales en materia de partidos recogidas en la LO 3/2011, de 28 de enero, de reforma de la LOREG. Aunque éste no es el momento ni el lugar para entrar a fondo en este tema, sí que me gustaría puntualizar que la LO3/2011 plantea algunas dudas de constitucionalidad tanto en cuanto a la denominada incompatibilidad «sobrevvenida» (no parece, desde luego, que el tipo de causas que previó la Constitución a modo de ejemplo en el art. 70 encajen con esta nueva incompatibilidad provocada por la pertenencia a un partido que es ilegalizado con posterioridad a la elección a cargos públicos de sus miembros, pudiendo chocar también con la concepción hasta ahora mantenida de la prohibición constitucional del mandato imperativo) como a la impugnación de candidaturas «contaminadas» (la participación en las elecciones es la función fundamental de un partido político y si se anulan sus candidaturas se está cercenando gravemente la actuación del mismo, siendo mucho más correcto un proceso de legalización y, como consecuencia del mismo, la imposibilidad de que el partido ilegalizado presente candidaturas a las elecciones, y no una especie de «media» ilegalización de un partido sin las garantías procesales completas que debería tener).

Parece como si el Tribunal no estuviera convencido de su decisión e intentara curarse en salud ante una venidera desviación de *Sortu* de la senda democrática (41). En ese FJ 15, el TC utiliza argumentos que son jurídicamente difíciles de aceptar y que, a mi entender, exceden claramente del ámbito que debe ser propio del recurso de amparo.

El recurso de amparo sirve para que el TC determine si una concreta actuación de un poder público ha vulnerado los derechos fundamentales de los recurrentes. Se trata, por lo tanto, de saber si el poder público mediante disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho ha violado los derechos fundamentales de uno o de varios ciudadanos. Si la actuación del poder público ha supuesto esa vulneración de derechos, el TC ha de conceder el amparo, pero lo que no puede es advertir o amonestar al ciudadano con que si realiza determinadas conductas, el poder público podrá, entonces, actuar contra él. Sólo en el momento en que el poder público actúe, el TC podrá determinar, en atención a todos los datos existentes en ese futuro momento, si el ciudadano ha visto vulnerado su derecho fundamental.

Como acertadamente dice el Voto particular del Magistrado Aragón Reyes, el recurso de amparo no es un procedimiento para determinar en abstracto qué conductas pueden incluirse en determinados preceptos legales, en este caso la Ley de partidos. En este sentido, a mi entender, determinar previamente qué conductas futuras puede o no realizar un ciudadano o un partido político excede claramente del papel del TC como órgano jurisdiccional especial de protección de los derechos fundamentales. El recurso de amparo no es un procedimiento para prevenir conductas futuras sino para determinar aquí y ahora si ha habido violación de derechos fundamentales. Por ello, entiendo que ese FJ 15 de la STC 138/2012 es un error del TC, explicable, pero no justificable, por la campaña mediática en su contra.

Dicho esto, el TC lo que hace es «llamar la atención sobre algunas conductas que, por su manifiesto contraste con el principio democrático y el pluralismo político (art. 1 CE), pueden conducir a la ilegalización de una determinada formación política» (FJ 15).

A partir de ahí, el TC enumera las conductas que podrían llevar a una hipotética ilegalización de *Sortu*: «Así ocurre con las expresiones de equiparación de la violencia terrorista con la coacción legítima que en un Estado de Derecho se reserva a las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado cuando persiguen,

(41) Véase la valoración positiva de ese fundamento jurídico en los Votos particulares de los Magistrados Delgado Barrio y Rodríguez Arribas (reconociendo este último que es «una formulación atípica pero justificada por la singularidad del caso»).

detienen y ponen a disposición judicial a los responsables de los delitos de terrorismo; y a los Jueces y Tribunales cuando les condenan en un proceso justo y con todas las garantías. Y es que en una democracia como la implantada por la Constitución de 1978, tal equiparación pugna con el hecho de que en ella pueda defenderse cualquier opción política, siempre que se haga por procedimientos genuinamente democráticos, es decir, sin incurrir en conductas que, tipificadas como delitos, determinan la actuación de las fuerzas de orden público. En este sentido, ya hemos advertido de que no resultan admisibles “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 sólo es constitutiva de ilícitos penales—, con lo que se pretende que la responsabilidad de ésta quede disminuida o desplazada” (STC 5/2004, de 16 de enero, FJ 18). Es, por ello, que tampoco resultan admisibles las actuaciones que tengan por objeto cuestionar el deber de las fuerzas policiales de perseguir a los responsables de la violencia terrorista.

De igual modo, y por idénticas razones, también implica una justificación implícita del terrorismo, que no puede asumirse en democracia, todo intento de colocar en el mismo plano el sufrimiento infligido a las víctimas de la violencia terrorista y el eventual efecto afflictivo asociado al cumplimiento de la pena impuesta precisamente por la responsabilidad en que incurrieron quienes, recurriendo o justificando el terror, con su comportamiento causaron graves daños no sólo a las víctimas sino a la esencia misma de una sociedad democrática.

Idéntica calificación han de merecer las actuaciones tendentes a otorgar al terrorismo una legitimación, especialmente si la misma está proyectada a su justificación como medio necesario para alcanzar o avanzar en la consecución de objetivos políticos o cuando se utiliza la situación latente del terrorismo como chantaje para la consecución de objetivos políticos de una organización terrorista por las vías de la presión política y social al margen de los cauces pacíficos y democráticos, o exculpando y minimizando su significado y la violación de derechos fundamentales que comporta.

La misma significación habrá que dar al ensalzamiento de los autores de acciones terroristas, o su presentación como víctimas o héroes, teniendo especial alcance cuando tales conductas se realicen por quienes, estando en puestos institucionales, las autorizan o toleran, así como la realización de actos públicos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas o de sus familiares. En este sentido, hay que subrayar que el reconocimiento a las víctimas del terrorismo se inserta en el conjunto de medidas de deslegitimación social del terrorismo, objetivo al que deben contribuir los grupos y partidos políticos

democráticos. Como dice el Preámbulo de la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo, “los poderes públicos contribuirán al conocimiento de la verdad, atendiendo a las causas reales de victimización y contribuyendo a un relato de lo que sucedió que evite equidistancias morales o políticas, ambigüedades o neutralidades valorativas, que recoja con absoluta claridad la existencia de víctimas y terroristas, de quien ha sufrido el daño y de quien lo ha causado y que favorezca un desenlace en el que las víctimas se sientan apoyadas y respetadas, sin que quepa justificación alguna del terrorismo y de los terroristas”.

También ha de entenderse que la actividad de un partido político vulnera los principios democráticos y legitima la violencia terrorista cuando, con manifiesto desprecio del orden constitucional, supedita su rechazo a la consecución negociada de objetivos políticos que sólo pueden alcanzarse en un Estado de Derecho mediante la utilización de procedimientos democráticos. Por ello son conductas que entran en la misma órbita de consideraciones, la incitación al incumplimiento de leyes democráticamente aprobadas, con la específica finalidad de favorecer las actividades de las organizaciones terroristas, en lugar de promover su derogación o modificación por cauces legales, así como cualquier tipo de actuación que contribuya al sostenimiento económico de una organización terrorista» (FJ 15).

En definitiva, el TC, consciente de su debilidad por las críticas recibidas en los últimos tiempos y por su menguada composición, ha terminado dictando una sentencia no muy acertada técnicamente en alguno de sus fundamentos jurídicos y que, sin embargo, no ha apaciguado a los sectores más recalcitrantes en la exclusión de la Izquierda *Abertzale* de la vida política. En todo caso, confío en que sea la última sentencia sobre ilegalización de partidos de la Izquierda *Abertzale* que haya que comentar, ya que eso será muestra de que la violencia terrorista de ETA ha desaparecido o, al menos, que no hay ningún partido político que la alienta.

