

EN DEFENSA DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL: ANÁLISIS DEL CASO DE “BILDU”

Tomás S. Vives Antón

Catedrático Emérito de Derecho Penal
Universitat de València

Sumario: 1. Introducción. A. El debate político. B. El debate jurídico. 2. Sentencia y votos particulares: análisis de la discrepancia. A. Sobre el alcance de la jurisdicción constitucional: planteamiento del tema. B. El núcleo de la discrepancia. C. El canon de enjuiciamiento constitucional. D. La prohibición de conocer de los hechos. E. Un razonamiento adicional. 3. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

Me propongo analizar tanto el debate político surgido a raíz del enjuiciamiento constitucional de las candidaturas de la coalición *Bildu* a las elecciones municipales y autonómicas de 2011, cuanto la discusión plasmada en la sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de Mayo de 2011 (*Tol 2904828*) que le puso fin. Con ese análisis espero poder mostrar, de una parte, que el debate político se desarrolló sobre premisas incorrectas y que la sentencia que resolvió el asunto era la única jurídicamente posible y, por lo tanto, la única deseable si queremos seguir siendo un Estado de Derecho.

A. EL DEBATE POLÍTICO

El debate político acerca de la ilegalización de las listas de la coalición electoral *Bildu* ha estado condicionado por la sospecha, ampliamente difundida en la sociedad española, de que *Bildu* pudiera ser una estrategia de

E.T.A. para comparecer a las elecciones e infiltrarse en las instituciones públicas. Desde luego, esa sospecha se hallaba avalada por unos antecedentes históricos que no permiten depositar una confianza sin reservas en el entorno “abertzale”, que tantas veces ha sido un instrumento en manos de la organización terrorista; pero, sobre esa base, tanto la mayoría de los medios de comunicación de masas como la de los partidos políticos han llevado a cabo una campaña, previa a la decisión del Tribunal Constitucional, desenfocada o, más bien, enfocada en función de sus intereses y no dirigida a la finalidad, que la Constitución les atribuye, de formar una opinión pública ilustrada, esto es, reflexiva y esclarecida racionalmente.

Las ideas que se han barajado en esa campaña son varias, a saber: en primer lugar, la de que el Tribunal Constitucional podía y debía bendecir la ilegalización de *Bildu* acordada por el Tribunal Supremo, porque, de manera evidente, la coalición respondía a los designios de E.T.A. y, en consecuencia, era un

instrumento de E.T.A.. De modo que, si el Tribunal Constitucional anulaba la decisión del Supremo, actuaba como un simple instrumento de los deseos del Gobierno. Algún partido, el PNV, fue mucho más allá: para él, en cualquier caso, es decir, hiciera lo que hiciese, el Tribunal Constitucional pondría de manifiesto su dependencia del Gobierno, operando con una presunción absoluta, de tal manera que ningún hecho o ninguna reflexión podía refutarla, dado que el carácter de instrumento del Gobierno se predicaba del Tribunal Constitucional como algo definitorio, pese a que en el ordenamiento constitucional se afirme, justamente, lo contrario.

Dejando aparte esa singular posición (de un partido que olvida que, con una postura de desprecio a la independencia del Tribunal Constitucional, hizo ya el ridículo en el caso del Plan Ibarretxe —vid. ATC. 135/2004— por un supuesto agravio histórico, que puede explicar su actuación, pero no justificarla), otras no han sido mucho más correctas. Pues, de una parte, los partidos políticos forman parte del mismo sistema de instituciones que el Tribunal Constitucional, es decir, del sistema democrático definido por la Constitución, en el que les corresponde la función de designar a la mayoría de sus miembros, con lo que, al descalificarlos como dependientes del Gobierno, no hacen sino descalificarse a sí mismos; y, de otra, algunos de los medios de comunicación, a los que la Constitución encomienda la formación de la opinión pública mediante la difusión de información veraz, se colocan al margen de ese cometido: no solo difunden la idea falsa de que una sospecha, por verosímil que parezca a la mayoría, basta para declarar la ilegalidad de una coalición electoral; sino que transforman esa sospecha en una verdad absoluta, a partir de la cual la discrepancia descalifica a cualquiera que se atreva a sostenerla, incluidos, por supuesto, los altos magistrados.

Sobre la base de estas ideas, propagadas con ocasión de este asunto y de muchos otros que le anteceden, un amplio sector de la población proyecta sobre los Tribunales en general y sobre el Tribunal Constitucional en particular la

idea de que tenemos una justicia politizada, dependiente de la política y de los políticos; de una justicia que no es imparcial y, por lo tanto, no merece, en realidad, ese nombre.

De ninguna manera pretendo negar que haya casos de parcialidad. Los hay, y los propios Tribunales han reconocido y depurado algunos; pero, de ahí a afirmar que generalmente la justicia esté “politizada” y sea, en consecuencia, generalmente parcial, hay un abismo; y si la idea de politización se proyecta singularmente sobre el Tribunal Constitucional es porque se malentiende la función de los jueces en general y la del Tribunal Constitucional en particular.

Digo que se malentiende la función de los jueces en general porque (dejando aparte aquellos, que no son pocos, que los conciben tan inadecuadamente como a los árbitros de fútbol, que solo les agradan cuando juegan a su favor) un sector muy importante del público, incluso del público cultivado (o, que, al menos, debería estarlo por su formación académica), no entiende que haya diferencias de criterio de unos jueces a otros. Se dice: “si la ley es una ¿cómo es posible que los jueces la interpreten de modos diferentes y hasta opuestos?”. Con ese planteamiento, se olvida algo tan elemental como que las reglas jurídicas tratan de resolver los conflictos que se producen en el curso de la vida humana social. Esos conflictos son, como todo el mundo sabe, susceptibles de interpretaciones diversas; pero es que, a su vez, las reglas con arreglo a las cuales deben solventarse esos conflictos no son ni pueden ser como las reglas del cálculo aritmético o las leyes científicas; sino que se expresan con oraciones del lenguaje común que son, como los mismos conflictos que regulan, susceptibles de interpretaciones diversas. Esa diversidad de interpretaciones posibles no puede eliminarse, aunque el sistema jurídico podría reducirla de un modo cuantitativamente muy significativo, si dispusiera de mecanismos unificadores de doctrina jurisprudencial, cosa de la que nuestro sistema carece. Sería necesario establecer la vinculación al precedente, en términos semejantes a los que rigen en los sistemas anglosajones, a más de atribuir a un órgano supremo

la tarea de unificar los criterios dispares. La introducción de tales mecanismos reduciría, desde luego, las discrepancias; pero, no podría eliminarlas, por la naturaleza misma de los problemas que han de resolver las reglas y la de la forma en que necesariamente han de expresarse.

En cuanto al Tribunal Constitucional la posibilidad de confusión aumenta, pues sus jueces son, por decisión de la Constitución, jueces que deciden acerca de la legitimidad o ilegitimidad de cuestiones que forman parte del proceso político. Desde ese presupuesto, resulta difícil para el público en general, efectuar la distinción entre decisiones políticas y decisiones jurídicas. Ha de entenderse que unas, las decisiones políticas, atienden a la satisfacción de nuestros deseos e intereses y, las otras, las jurídicas, versan sobre la aplicabilidad o inaplicabilidad de ciertas reglas, en este caso las normas constitucionales, que determinan hasta qué punto es legítimo satisfacer esos deseos e intereses.

De modo natural, los ciudadanos colocan en el primer plano de su atención la satisfacción de sus deseos e intereses inmediatos y eso determina que les resulte difícil entender la necesidad de limitar su satisfacción en cumplimiento de las normas constitucionales. Edward S. Corwin distinguía las libertades civiles de las libertades constitucionales diciendo que “nosotros gozamos *de libertad civil* porque el Gobierno impone restricciones a nuestros vecinos para defendernos y *de libertad constitucional* porque el poder del Gobierno para imponernos restricciones tiene límites constitucionales” (*Liberty against Government*, Greenwood Press, Westport, Connecticut, 1948, pág. 7). Pues bien, en la actualidad los ciudadanos perciben inmediatamente la importancia de las libertades civiles, mediante las que pueden realizar sus deseos y defender sus intereses; pero, en la medida en que no viven bajo un poder tiránico, el valor de las libertades constitucionales no se percibe con la misma intensidad; sino que, por el contrario, a menudo pasa desapercibido.

Las reglas constitucionales, por otra parte son, contramayoritarias, en el sentido de que, en un sistema democrático, protegen los derechos de las minorías frente a las extralimitaciones del poder mayoritariamente elegido. Por eso, en muchas ocasiones, una gran parte de los ciudadanos no entiende ni su utilidad ni siquiera, ni siquiera, su sentido.

Por todo ello, sólo en los que han soportado directamente los excesos de un poder sin límites puede aparecer, si no han olvidado esa experiencia, la sensibilidad adecuada hacia el valor y el sentido de las reglas constitucionales de una manera natural. A todos los demás hay que explicarles, de modo que puedan comprender, e incluso ilustrarles con historias e imágenes que se la hagan sentir, la necesidad de esas reglas, no solo para los ciudadanos o las minorías que ocasionalmente resultan protegidos por ellas, sino para todos y cada uno de los miembros de una sociedad democrática.

Aplicando esa reflexión al caso concreto, antes y después de la sentencia del Tribunal Constitucional acerca de *Bildu*, se ha dicho que la estimación del amparo sería una catástrofe para la democracia. Pues bien: al analizar la sentencia y sus votos particulares me propongo mostrar todo lo contrario, esto es, que la desestimación del amparo hubiera proyectado una densa sombra sobre nuestro sistema democrático.

B. EL DEBATE JURÍDICO

Antes de analizar particularizadamente la sentencia y someter a estimación crítica los fundamentos de la decisión de la mayoría y las razones de los votos particulares debo hacer una reflexión general sobre los términos del debate, destacando, en primer lugar, el respeto con el que todos se produce y, en segundo lugar, la que pudiéramos llamar asepsia con que se expresan: me refiero a que, tanto la mayoría como los votos particulares no aluden a ideologías ajenas al derecho ni manifiestan ninguna concepción global previa acerca de los acontecimientos de los que en la causa se trata, sino que se atienen a los elementos que

proporciona la causa (*quod non est in actis non est in mundo*) enjuiciados por medio de razonamientos, acertados o no; pero, en cualquier caso, estrictamente jurídicos. De modo que los magistrados no tratan de satisfacer ninguna de las expectativas puestas de manifiesto en el debate político; sino sólo de aplicar a la cuestión la Constitución Española de 1978.

En consecuencia, nadie sostiene que se pueda excluir del proceso electoral a la coalición recurrente por ninguna de las muchas sospechas que pudieran albergarse acerca de su carácter de instrumento de E.T.A.; sino que el debate versa sobre si la jurisdicción constitucional puede apreciar la existencia o inexistencia de pruebas de los hechos en virtud de los cuales se solicita la exclusión del proceso electoral; y, dado que pueda hacerlo, si en las actuaciones existen, desde la perspectiva de la Constitución, tales pruebas.

Nada que ver, por tanto, con el debate político, por más que la solución dada por el Tribunal pueda gustar a algunos (pocos) de los que participaron en ese debate y disgustar, en cambio, a la mayoría de los que intervinieron en él. De ahí cabe extraer la conclusión, siquiera sea provisionalmente, de que el Tribunal no fue instrumento de nadie o, al menos, de que no hay buenas razones para estimar que lo fue.

A lo que quisiera añadir una reflexión acerca de las acusaciones de parcialidad que se lanzan sobre el Tribunal. Esas acusaciones se basan, sobre todo, en la idea de que los Magistrados, en el ejercicio de su función, defenderán los intereses del partido que los propuso. La lectura de la jurisprudencia constitucional pone de manifiesto paladinamente que eso no es así y que los Magistrados, cualquiera que sea su origen, anulan las leyes o actos de los partidos que les nombraron cuando los entienden contrarios a la Constitución: y eso sucede muy a menudo.

Ciertamente, los partidos procuran proponer como Magistrados a personas que hayan manifestado un modo de entender el Derecho compatible con la ideología del partido que

los propone; y, como hay normas constitucionales que, en algunos casos-límite, permiten interpretaciones diversas (y, si no las permitieran, no resultaría posible el pluralismo que la propia Constitución consagra) se producen a menudo discrepancias en las que los Magistrados se alinean según su modo de concebir el Derecho; pero, esas alineaciones casi nunca se llevan a cabo estrictamente en función del partido que hubiera efectuado la propuesta de nombramiento: lo que sucede generalmente es que se produce una alineación asimétrica desde esa perspectiva (como ha ocurrido en el caso que se comenta) que responde, como no puede ser de otra manera, al modo en que cada uno entiende el Derecho, que guarda cierta relación con la ideología genérica del partido que lo nombró; pero que no conduce en absoluto a que sus decisiones coincidan con los intereses particulares de éste.

2. SENTENCIA Y VOTOS PARTICULARES: ANÁLISIS DE LA DISCREPANCIA

A. SOBRE EL ALCANCE DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL: PLANTEAMIENTO DEL TEMA

En su voto particular discrepante, el Magistrado D. Francisco Pérez de los Cobos expresa su disenso en los siguientes términos:

"La principal razón de mi discrepancia radica en que, a mi juicio, el Tribunal ha incurrido en la Sentencia dictada en un exceso de jurisdicción, rebasando los límites que para el control de constitucionalidad dimanaban tanto el art. 44.1 b) como del art. 54 de nuestra Ley reguladora.

De acuerdo con el primer precepto legal, para que las violaciones de los derechos y libertades que tengan su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial sea susceptibles de amparo, es necesario que 'la violación del derecho o libertad sea imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que aquéllas se produjeron, acerca de los que, en ningún caso, entrará a conocer el Tribunal Constitucional'. De acuerdo con

el segundo, cuando el Tribunal conozca 'del recurso de amparo respecto de decisiones de jueces y tribunales, limitará su función a concretar si se han violado derechos o libertades del demandante y a preservar o restablecer estos derechos o libertades, y se abstendrá de cualquier otra consideración sobre la actuación de los órganos jurisdiccionales'.

(...)

Pues bien, a mi entender, la sentencia de la que discrepo, al revisar la prueba que ha servido al Tribunal Supremo para detectar la situación fraudulenta, ha incurrido en el exceso de jurisdicción que denuncio. En contra de nuestra propia doctrina sobre la prueba de indicios en los supuestos de fraude electoral (SSTC 110/2007, de 10 de Mayo, F.J.8; 112/2007, F.J. 4; 31/2009, de 29 de Enero, F.J.4), la Sentencia hace un análisis fragmentario de los indicios utilizados por el Tribunal Supremo, revisa y minimiza el valor probatorio otorgado a algunos de ellos, elude la valoración conjunta que el sistema de indicios exige y viene, al cabo, a sustituir la determinación de los hechos realizada por el Tribunal Supremo por otra propia".

Como se aprecia con la simple lectura de los párrafos trascritos, el voto particular se apoya, en primer término, en la objeción central y nuclear de falta de jurisdicción del Tribunal Constitucional e invasión de las competencias de la jurisdicción ordinaria; y como causas derivadas y complementarias, en la apreciación individualizada y no conjunta de los supuestos indicios y en la minimización del valor probatorio de los mismos. Resume, así las objeciones propuestas por los demás Magistrados, formulándolas de un modo conciso que facilita el examen que a continuación se emprende.

B. EL NÚCLEO DE LA DISCREPANCIA

Para percatarse de la juridicidad y entidad de esa objeción basta transcribir cuanto dice, al efecto, el fundamento jurídico 4 de la STC 31/2009, de 26 de Febrero (*Tol 1445193*), última de las que cita el Magistrado en apoyo de su criterio:

"Al pronunciarnos sobre esa específica cuestión "hemos de repetir que no se puede pretender de esta Sala la revisión de las pruebas practicadas en el proceso, ni la de la valoración judicial 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. En este

ámbito nos corresponde examinar si el tipo de hechos y conductas considerados por la Sala sentenciadora tiene encaje razonable en la Ley aplicada al caso y si, de manera motivada y suficiente, se ha tenido por satisfecha la exigencia de que la ilegalización de un partido político sólo puede obedecer a la convicción judicial fundada de que la asociación constituida bajo la veste cualificada de un partido político no es verdaderamente tal por no ajustarse al concepto constitucional de partido ex art. 6 CE" (STC5/2004, de 16 de enero, FJ 17). Según explicamos en esa misma resolución, "dada la índole de nuestra jurisdicción en este ámbito, y la particularidad añadida a tales limitaciones de que la prueba requerida por la Ley Orgánica de partidos políticos para decretar la disolución de un partido político debe ir referida a hechos y conductas reiterados y graves, ha de descartarse en este contexto la valoración individualizada y singular de cada una de las pruebas llevadas al proceso, ... pues esa pretendida valoración individualizada de cada una de las pruebas es tarea que no nos corresponde, imponiéndose, por el contrario, ... el enjuiciamiento global, sintético y de conjunto de la prueba. La labor fiscalizadora propia de este Tribunal en el ámbito concreto de la actividad probatoria no puede desencadenar una operación de análisis aislado de los hechos acreditados por el Tribunal sentenciador, ni de desagregación de los distintos elementos de prueba, ni de disgregación de la línea argumental llevada a cabo en este caso por el Tribunal Supremo, pues los límites de nuestro control no permiten desmenuzar o dilucidar cada elemento probatorio, sino únicamente realizar un examen general y contextualizado de la valoración probatoria llevada a cabo por el órgano judicial (SSTC 105/1983, de 23 de noviembre, FJ 10; 41/1998, de 31 de marzo, FJ 4; 124/2001, de 4 de junio, FJ 14). Este principio de valoración global y de conjunto de la prueba resulta reforzado... en supuestos como el que nos ocupa, dada la diversidad de los hechos enjuiciados y la dificultad de la prueba de muchos de ellos" (STC5/2004, FJ 10).

En definitiva, "precisar ahora si, en particular, los actos y conductas singulares ... son o no encuadrables en las causas legales apreciadas por el Tribunal Supremo es cuestión que con toda evidencia excede de la jurisdicción de este Tribunal Constitucional. La concreta subsunción de los hechos probados en esas causas es, en efecto, cuestión de estricta legalidad ordinaria, cuyo respeto por esta Sala no sólo resulta de la lógica que preside la articulación entre las jurisdicciones constitucional y ordinaria, sino, antes aún, de la imposibilidad misma de que el Tribunal Constitucional ocupe el lugar del Tribunal Supremo en la tarea de subsumir una pluralidad de hechos y conductas complejos en un sistema de causas legales que requieren de una valoración global y de conjunto de aquella realidad fáctica, con cuanto ello significa en términos de la especial relevancia que aquí ha de jugar el principio de inmediatez" (STC/2004, FJ 17).

Algunos antecedentes parecen, desde luego, justificar el criterio propuesto por el Magistrado; pero, la cuestión no resulta tan clara si se consultan otros. Así, en el fundamento jurídico 7 de la STC 126/2009, de 31 de Mayo, (*Tol 1533294*), dictada por la misma Sala del Tribunal en fecha muy cercana a la anterior, se afirma lo siguiente:

"Como recordamos en la STC 43/2009, de 12 de febrero, FJ 11, con cita de la STC 112/2007, de 10 de mayo, FJ 10, la perspectiva de enjuiciamiento a la que hemos de ceñirnos es la limitada a "examinar si la convicción alcanzada por la Sala Especial del art. 61 LOPJ del Tribunal Supremo ha lesionado el derecho del partido recurrente a participar en los asuntos públicos", en el entendido de que, "como hemos declarado en la STC 85/2003, de 8 de mayo (FJ 29), y reiteramos en la STC 68/2005, de 21 de marzo (FJ 11), 'sólo nos cabe revisar la apreciación de la Sala del art. 61 LOPJ en aquellos supuestos en los que, desde los propios criterios interpretativos asumidos por el Tribunal Supremo, la convicción alcanzada pugne con un derecho constitucionalmente relevante; en el caso el derecho de sufragio pasivo. En definitiva, estando en juego la efectividad del ejercicio de un derecho fundamental, este Tribunal Constitucional, ponderando los derechos individuales en presencia y el interés general del Ordenamiento en la sujeción de los procedimientos electorales al principio de legalidad, debe verificar aquella revisión con arreglo a un canon decisorio cuyo contenido ha de depender de la apreciación conjunta de una pluralidad de magnitudes y referencias que permitan inferir, de modo razonable y no arbitrario, [que las candidaturas excluidas del] procedimiento electoral ha[n] actuado, de hecho, como continuadora[s] de la actividad de los partidos ilegalizados".

En todo caso es conveniente advertir que la apreciación conjunta de la prueba ha de basarse en elementos que por sí mismos puedan merecer el valor de indicios válidos, bien porque directamente lo sean, bien porque en unión de otros elementos de prueba puedan llegar a alcanzar ese valor. De este modo, si a los diversos elementos de partida no se les puede atribuir una valoración como indicios, la suma de elementos carentes de esa virtualidad no podría atribuir al conjunto un valor probatorio.

Por lo demás el propio juicio sobre el valor indiciario de un determinado elemento debe ser respetuoso con los derechos fundamentales, lo que veda la atribución de valor indiciario de una maniobra fraudulenta a lo que sea simple manifestación del ejercicio de un derecho fundamental. Al propio tiempo la atribución de valor indiciario a un determinado elemento de prueba no puede asentarse en una inferencia valorativa excesivamente abierta.

En suma puede afirmarse así, y en concreto en lo que a este proceso interesa, que la efectividad del ejercicio

del derecho de sufragio pasivo impone que, a la hora de apreciar la razonabilidad de la inferencia de que se haya producido una instrumentación fraudulenta de la candidatura presentada por la coalición recurrente, tal inferencia debe resultar sólida y no excesivamente abierta (SSTC 83/2005, de 8 de mayo, FJ 29; 99/2004, de 27 de mayo, FJ 17; 112/2007, de 10 de mayo, FJ 9; 44/2009, de 12 de febrero, FJ 14), lo que debemos tener en cuenta para poder afirmar la instrumentación fraudulenta de la candidatura presentada por la coalición recurrente".

Aquí parece afirmarse lo contrario de cuanto dice el Magistrado y parecen decir las resoluciones en que se apoya; más este análisis no puede quedarse en esa constatación superficial de la existencia de razonamientos que a primera vista contradictorios, sino que ha de profundizar en el análisis de la cuestión para ver si, poniendo cada uno de los pronunciamientos en el contexto en que surgen, puede resolverse la contradicción en uno u otro sentido. De modo que, antes de continuar desarrollando este epígrafe, es preciso esclarecer algunas cuestiones indispensables para poder transitar con un bagaje más sólido por el mundo de razones que giran en torno al alcance y contenido de la jurisdicción constitucional.

C. EL CANON DE ENJUICIAMIENTO CONSTITUCIONAL

El alcance de la jurisdicción constitucional viene dado por el *standard* o canon de enjuiciamiento que emplee ante cada problema. Ese canon no se determina a capricho, sino que viene avalado por una tradición amparada en buenas razones. De modo que cuando un Tribunal Constitucional sigue esta tradición no hace lo que quiere sino aquello a lo que está obligado; y, cuando se separa de ella, ha de ser por razones tan relevantes que hagan obligado no seguirla.

Todos los Tribunales Constitucionales europeos, incluido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, traducen a sus respectivos contextos la tradición constitucional más antigua y, por lo tanto, con mayores y más concretos contenidos que existe, a saber, la del Tribunal Supremo Federal norteamericano cuando ejerce la jurisdicción constitucional.

Pues bien, el Tribunal Supremo Federal norteamericano emplea diversos tipos de escrutinio según la naturaleza de problema que tenga que enjuiciar. Así, se habla de un escrutinio ordinario o simple, que utiliza como canon únicamente la razonabilidad del acto impugnado, un escrutinio intermedio, que recurre al canon de proporcionalidad y un escrutinio estricto, que es el procedente cuando están en juego las libertades previstas en el *Bill of Rights* y, singularmente, las contenidas en la Primera Enmienda (“The Oxford of Companion of the Supreme Court of the United States”, Oxford Univeristy Press, New York, 1992, págs. 70 y ss., 663-664 y 845.)

El escrutinio estricto supone que la presunción de constitucionalidad que generalmente acompaña a la ley o acto impugnado decae; y, en su lugar, es objeto de una presunción de inconstitucionalidad que obliga al Gobierno que lo defiende a probar que se halla justificado y al Tribunal que enjuicia la constitucionalidad a comprobar por sí mismo la validez de esa prueba. (Tribe, L.H., “American Constitution Law”, The Fundation Press, New York, 1988, págs. 832 y ss.; “Hart and Wechsler’s: The Federal Courts and The Federal System”, Fallon, Meltzer y Shapiro, The Fundation Press, New York, 1996, págs. 606 y ss.).

Por su parte el TDEH, en su Sentencia 9/2005, de 23 de Febrero (*Tol 735444*), números 44 a 51, al enjuiciar el caso Partido Comunista c. Rumanía, comienza afirmando (núms. 44 y 45) que la protección de la libertad de opinión constituye uno de los objetivos de la libertad de asociación política, indispensable para el buen funcionamiento de la democracia y que, en opinión del Tribunal, sin pluralismo no puede haber democracia, por lo que los partidos políticos gozan, no solo de la protección del artículo 11 (libertad de asociación) sino también de la del artículo 10 (libertad de expresión). A continuación, (nº 46) proclama que cualquier partido político puede hacer campaña a favor de un cambio de las estructuras legales o constitucionales del Estado, a condición de que ese cambio sea compatible con los principios democráticos fundamentales, de

lo que se sigue necesariamente que quedan excluidos de esa protección aquellos partidos políticos que inciten a recurrir a la violencia. Según el Convenio (artículo 17) excluye también a los que propongan un proyecto político que no respete una o varias reglas de la democracia o que propugne la destrucción del sistema democrático. Establece, con ésta última cláusula, la posibilidad de defender el núcleo esencial de las constituciones democráticas frente a los partidos políticos anti democráticos, es decir lo que se llama una “democracia militante”, que la Constitución Española no admite, como declaró por unanimidad el pleno en la STC. 48/2003 de 12 de Marzo F.J. 7 (*Tol 29/1992*), al resolver el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Gobierno Vasco contra la L.O. 6/2002, de 27 de junio, de partidos políticos. En consecuencia, los partidos políticos que cabría prohibir en España son, solamente, los que se propongan incitar a la violencia o apoyar acciones violentas.

Dicho esto, tras especificar que la negativa a registrar un partido político debe obedecer a una necesidad social imperiosa y que solo puede estimarse que responde a esa exigencia si existen indicios que muestren que el riesgo de atentar contra la democracia puede ser calificado razonablemente de “suficiente” e “inminente”, teniendo para ello en cuenta su evolución histórica, determina que el Tribunal Europeo no tiene la misión de sustituir a las jurisdicciones internas competentes; sino solo la de verificar si, desde la perspectiva del convenio, las decisiones adoptadas por el Estado del que se trate son legítimas. Para ello no basta que se haya actuado de buena fe, ni siquiera con cuidado y de modo razonable, sino que “es preciso” considerar la ingerencia en litigio a la luz de la totalidad del tema para determinar si ha sido *proporcionada al fin legítimo perseguido y si los motivos invocados para justificarla son pertinentes y suficientes*, para lo cual el Tribunal debe convencerse... por supuesto, de que se han fundado sobre una apreciación aceptable de los hechos pertinentes (núms. 48 y 49).

A partir de ahí, y dado que el partido en cuestión no había tenido actividad política al-

guna con anterioridad a la petición de registro, el Tribunal decide emitir su juicio sobre la base exclusiva del análisis de los estatutos y el programa del partido comunista rumano y, en consecuencia, dado que no encuentra en ellos nada que pueda entenderse como un indicio de que se propone utilizar o apoyar la violencia, estima que ha habido vulneración del Convenio (núms. 51 y ss.)

En consecuencia, si algo se sigue de la tradición constitucional, puesta de manifiesto en la breve referencia a la doctrina y jurisprudencia americana y, más aún de la jurisprudencia de TDEH que, como es sabido resulta un elemento indispensable para precisar el contenido de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, el enjuiciamiento de si se han vulnerado o no tales derechos a la hora de ilegalizar una formación política requiere que el Tribunal que lo efectúa compruebe por sí mismo la validez de las pruebas en virtud de las cuales se aprecien los hechos que determinan la exclusión, a lo que se añade que la exclusión no puede ser *preventiva*, esto es, justificada en la sospecha de un peligro derivado de la historia anterior de la coalición o grupo de que se trate, sino que requiere que se halle justificada una situación de *peligro claro y presente*, según el conocido *standard* fijado en su día por el juez Holmes. Merece la pena anotarse ese *standard* ha sido criticado por insuficiente (vid. Rawls, J. “Sobre las libertades”, Paidós, Barcelona, 1996. págs. 97 y ss.); y, en consecuencia, precisado, dotándolo de mayor rigor (vid. al respecto el resumen que expuse en las págs. 194 a 195 del Informe del Consejo General del Poder Judicial al *Anteproyecto de Código Penal de 1992* en Cuadernos CGPJ nº11, 1991 y la sentencia dictada en el caso *Brandenburg vs Ohio* (1969) por el Tribunal Supremo Federal Norteamericano).

D. LA PROHIBICIÓN DE CONOCER DE LOS HECHOS

La prohibición de conocer de los hechos, (contenida en el artículo 44.1.b de la L.O.T.C.), así como la de efectuar “cualquier

otra consideración” sobre la actuación de los órganos jurisdiccionales (art. 54 de dicho texto legal) no pueden entenderse de modo absoluto. Respecto a esta última, resulta evidente que, si se entendiera que el precepto prohíbe de modo absoluto efectuar cualquier tipo de consideración sobre la actuación de los órganos judiciales el Tribunal Constitucional no podría llevar a cabo su función de amparo. Por eso la ley habla, no de cualquier consideración, sino “de cualquier *otra* consideración”. Más complejo resulta, sin embargo, el primero de los límites.

En otra ocasión (“Fundamentos del sistema penal”, 2ªed., Valencia, 2011, cap. X, págs. 695 y ss.) me he ocupado con alguna amplitud de la prohibición de conocer de los hechos en relación con la presunción de inocencia. En relación a ese derecho fundamental el debate comienza en la STC. 31/1981, de 28 de Julio (*Tol 110833*). No voy a reproducir aquí cuanto ya he dicho acerca de ese debate; pero, si quiero destacar que si la prohibición de conocer de los hechos se entendiese, como se propone en el voto particular, como prohibición de examinar la legitimidad constitucional de las pruebas en virtud de las cuales se pronuncia la condena, la función de amparo del T.C. respecto a ese derecho quedaría absolutamente enervada por razones *lógicas*, pues el derecho consiste, justamente, en que nadie pueda ser condenado sin pruebas de las que se infiera la culpabilidad “más allá de toda duda razonable”. Como el mandato constitucional de tutela de los derechos ha de prevalecer sobre esa interpretación de la L.O.T.C., el Tribunal Constitucional propuso, inmediatamente, otra mucho más razonable. En efecto: en la STC. 46/1982, de 12 de Julio (*Tol 79019*) Fundamento jurídico I se afirma lo siguiente:

“Pues bien, tales violaciones pueden dar lugar a este recurso siempre que se cumplan los requisitos de haber agotado todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial, que se haya invocado formalmente en el proceso el derecho constitucional vulnerado y, por otra parte, el citado precepto exige que la valoración del derecho o libertad sea imputable de modo inmediato o directo a una acción u omisión del órgano judicial, con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso, acerca de los que, en ningún caso, entrará a

conocer el Tribunal Constitucional. Es decir, que tales hechos están excluidos de la justicialidad del Tribunal. Mas, como se ha hecho observar autorizadamente, la prohibición de “conocer” de los hechos concierne a la acepción técnico-procesal de este vocablo que alude a la atribución de competencia. *No se trata de prohibición de conocimiento en el sentido de ilustración o análisis reflexivo de los antecedentes que puede resultar positivo e incluso necesario para fundar la resolución. Por otra parte, la violación de los derechos y libertades que el recurso intenta remediar puede ser originada tanto por aplicación de una ley inconstitucional o norma ilegal o inaplicable al caso, como de la aplicación errónea de la norma adecuada”.*

En el mismo sentido se pronuncian la STC. 66/1982, de 15 de Octubre F.J. 3. C) y otras muchas posteriores (vid. v.g. Fernández Farres, G. “El recurso de amparo según la jurisprudencia constitucional”, Marcial Pons, Madrid, 1994, pág. 183). Pero el Tribunal Constitucional añade, a esa posible interpretación de la L.O.T.C. un razonamiento sustantivo que merece reseñarse. Se halla paladinamente expresado en la STC.59/1990 (*Tol 80351*) F.J. 2, en los siguientes términos, corroborados por otras muchas sentencias posteriores:

“Pero, antes de entrar en la cuestión de fondo, conviene dar respuesta a la objeción de carácter formal, aducida por el Ministerio Fiscal, que, de prosperar, provocaría la inadmisión del presente recurso de amparo. Consiste dicha alegación en la afirmación de que este Tribunal puede, planteándose la denominada “autocuestión de inconstitucionalidad”, examinar la adecuación del art. 246 del Código Penal con la Constitución, pero, si no lo hace, difícilmente podría entrar a conocer de la fundamentación de este recurso por vedarlo el art. 44.1 b) de la LOTC y 117.3 de la Constitución, toda vez que “hay que respetar los hechos, correspondiendo la subsumición de los mismos en la norma a la competencia exclusiva de los órganos penales del Poder Judicial”. Dicha objeción, sin embargo, no puede ser acogida. Lo que el art. 44.1 b) prohíbe a este Tribunal es que entre a conocer de los “hechos que dieron lugar al proceso” cuando la violación del derecho fundamental, cometido por el órgano judicial, lo sea “con independencia de tales hechos” o, lo que es lo mismo, lo que veda dicho precepto es el conocimiento de los hechos que sustentan una pretensión ordinaria (penal, civil o administrativa), que pudiera estar en conexión con una pretensión de amparo, nacida como consecuencia de una violación por el órgano judicial de un derecho fundamental; debiendo este Tribunal limitar, en tal caso, su examen a los hechos que fundamentan esta última pretensión constitucional.

Pero, en el caso que nos ocupa, no se aprecia esta “independencia fáctica”, sino, antes al contrario, los hechos que permiten al Tribunal Supremo aplicar el ius puniendi del Estado y los que fundamentan la pretensión de amparo son los mismos; para el más alto órgano jurisdiccional ordinario la referida ocupación de la vía pública es constitutiva del delito de desórdenes públicos del art. 246 C.P., en tanto que para el recurrente dicha conducta no es más que libre ejercicio del derecho de manifestación del art. 21.1 de la Constitución.

Por esta razón, y porque es misión de este Tribunal restablecer las violaciones de los derechos fundamentales que pudieran cometer todos los poderes públicos, se hace obligado concluir que está autorizado por la Constitución [art. 161.1 b)] y por su Ley Orgánica (arts. 41, 54 y 55.1) a entrar a conocer de los hechos presuntamente causantes de dicha violación, partiendo de los declarados probados por el Tribunal de instancia, puesto que, tal y como este Tribunal tiene afirmado, ni el recurso de amparo es un recurso de apelación ni este Tribunal constituye una segunda instancia (SSTC 2/1982, 36/1983, 73/1983 y 107/1983, 17/1984...).

Procede, pues, en los términos señalados, que entremos a conocer del fondo del presente recurso de amparo”.

Esto sentado, si se acepta la primera interpretación jurisprudencial, el razonamiento del Voto Particular describiría un círculo que determinaría que no pudiese aceptarse por razones lógicas, a saber: se afirmaría en él que el Tribunal Constitucional es incompetente (carece de jurisdicción) porque no puede conocer de los hechos, esto es, porque es incompetente; pero, si se optase por las razones sustantivas expresadas en la sentencia que se acaba de transcribir, y que coinciden con las ya expuestas por el Tribunal Supremo Norteamericano y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la fundamentación del Voto Particular correría la misma suerte de rechazo, aunque en este caso no concurrirían razones puramente lógicas para llevarlo a cabo, sino razones derivadas de la estructura jerárquica de las normas en el Ordenamiento Jurídico.

E. UN RAZONAMIENTO ADICIONAL

Si las consideraciones anteriores no fuesen suficientes para rechazar, tanto la tesis nuclear del voto, como la que de ella derivan de manera inmediata, a saber, la intangibilidad de la apreciación conjunta de los indicios, quisiera

añadir algunas consideraciones más, pues me parece discutible que pueda entenderse la prohibición de conocer de los hechos que dieron lugar al proceso en el sentido de que el Tribunal Constitucional haya de respetar las declaraciones efectuadas de modo fáctico por los Tribunales Ordinarios.

Al respecto, quisiera comenzar mi argumento trayendo a colación lo declarado por el Tribunal Supremo, entre muchas otras en la STS. 919/2010, de 14 de Octubre, F.J. Tercero B, que a continuación se transcribe en cuanto resulta relevante aquí:

“En esta dirección la STS. 1003/2006 de 19.10, considera juicios de inferencia las proposiciones en que se afirma o eventualmente se niega, la concurrencia de un hecho subjetivo, es decir de un hecho de conciencia que, por su propia naturaleza no es perceptible u observable de manera inmediata o directa.

Esta conclusión - se afirma en las SSTs. 120/2008 de 27.2 y 778/2007 de 9.10, debe deducirse de datos externos y objetivos que consten en el relato fáctico y aun cuando el propio juicio de inferencia se incluya también en el relato fáctico como hecho subjetivo es revisable en casación tanto por la vía de la presunción de inocencia, art. 852 LECrim. en relación con el art. 5.4 LOPJ., como por la del art. 849.1 LECrim., por cuanto el relato de hechos probados de una sentencia es vinculante cuando expresa hechos, acontecimientos o sucesos, pero no cuando contiene juicios de inferencia, que puedan ser revisados vía recurso, siempre que se aporten elementos que pongan de relieve la falta de lógica y racionalidad del juicio, en relación con los datos objetivos acreditados (SSTs. 30.10.95, 31.5.99).

Por tanto, los juicios de valor no son hechos en sentido estricto y no son datos aprehensibles por los sentidos, si bien son revisables en casación por el cauce procesal del art. 849.1 LECrim, y ello supone que el elemento subjetivo expresado en el hecho probado pertenece a la tipicidad penal y supone una actividad lógica o juicio de inferencia porque como lo subjetivo y personal aparece escondido en los pliegues de la conciencia, puede ser inducido únicamente por datos externos, concluyentes y suficientemente probados en la causa (SSTs. 151/2005 de 27.12, 394/94 de 23.2).

(...)

En definitiva la revisión de los denominados juicios de valor e inferencias se refieren a los elementos internos del tipo —como el dolo, el ánimo que guía al acusado, el conocimiento de determinada cuestión o posesión para el tráfico— no a cualquier actividad deductiva o inferencia. Estos elementos internos al no ser propiamente hechos sino deducciones derivadas de hechos externos pueden ser revisables en casación, controlando la suficiencia del juicio de hecho, la inferencia en

sí, que no es más que una forma de prueba indirecta de hechos internos que han de acreditarse a través de hechos externos, por lo que en esta materia, que entremezcla cuestiones fácticas con conceptos y valoraciones jurídicas, el criterio del Tribunal de instancia no es vinculante y es revisable vía art. 849.1 LECrim. si bien en estos casos la Sala casacional ha de limitarse a constatar si tal inferencia responde a las reglas de la lógica y se adecua a las normas de experiencia o los conocimientos científicos”.

Merece destacarse que la defensa, por parte del Tribunal Supremo, frente a las pretendidas extralimitaciones del Tribunal Constitucional ha cursado, en parte, sobre la base de una concepción de la prohibición de conocer de los hechos que incompatible con el propio concepto de “hechos” que se sustenta en su jurisprudencia. Si nos atenemos a ese concepto estricto de “hechos” el análisis y las decisiones del Tribunal Constitucional no han versado nunca sobre hechos; sino sobre juicios de valor e inferencias que no pueden hallarse incluidas en la prohibición.

Como señala la STC. 48/2003, ya citada, en su F.J. 22, “el efecto específico que señala el concreto apartado” (3 del art. 12 L.O.P.P.) “es el de atribuir a la sala sentenciadora, previa audiencia de los interesados, el concreto pronunciamiento de “declarar la improcedencia de la continuidad o sucesión de un partido disuelto a la que se refiere el párrafo B del apartado 1, es decir, *el de impedir la creación de un nuevo partido político o la utilización de otro ya inscrito en el Registro en tanto en cuanto aquel continúe o suceda la actividad de un anterior partido declarado ilegal y ya disuelto*”. Por desgracia, el precepto en cuestión no fue impugnado en cuanto a su contenido, sino solo en cuanto otorgaba facultades excesivas a la Administración, a juicio del PNV recurrente. De modo que el juicio del Tribunal Constitucional sobre el sentido del precepto solo se halla expresado en los términos que acaban de transcribirse, es decir, en el de que la sucesión comporta continuación de la actividad de apoyo o promoción de la violencia en coherencia con cuanto había declarado (al interpretar los artículos 3.1, 5.1, 9.2 y 3) en el F.J. 10.

Lo que había que decidir en el caso de *Bildu* era, pues, si la coalición podía estimarse como continuadora de la actividad de apoyo al terrorismo en la que habrían incurrido formaciones anteriores de la llamada “*izquierda abertzale*”; pero, esa no es ni la constatación de un hecho que, desde luego, no ha ocurrido, ni puede fundarse en la existencia de indicios de que así sucederá, pues eso sería tanto, como señala la mayoría, como establecer un régimen preventivo para algunas de las libertades públicas más fundamentales, cosa que pugna abiertamente con las exigencias de la Constitución. Estamos, pues, ante una inferencia valorativa que pugna directamente con las exigencias inherentes al ejercicio de la jurisdicción constitucional de amparo, tal y como han sido anteriormente expresadas. Por lo tanto, resulta innecesario entrar a examinar la impugnación de la valoración de los indicios, porque la proscripción de un partido político exige, en casos como este, en que hay una condena expresa de la violencia, algo más que indicios, a saber realidades suficientemente probadas que permitan afirmar que esa declaración es un fraude “más allá de toda duda razonable”; pues aunque no estamos, según afirmó el Tribunal Constitucional en la tan citada STC. 48/2003, aunque no estamos ante una sanción penal, impide el ejercicio de libertades tan básicas que no puede protegerse adecuadamente con un canon menos exigente que el de la presunción de inocencia.

3. CONCLUSIONES

Cuanto se ha dicho pone de manifiesto que tanto los Magistrados que formaron la mayoría cuanto los que formularon votos disidentes

expresaron sus opiniones en términos jurídicos y no políticos y que, por lo tanto, las acusaciones de politización y parcialidad carecen de fundamento objetivo. De ello se desprende que se basan en una actitud despectiva hacia una de las instituciones indispensables de cualquier democracia moderna. Por eso es preciso concluir que si queremos tener una democracia que merezca esa actitud debe cambiar.

En el discurso público ha habido una injustificable equiparación entre antiterrorismo y democracia. Frente a esa equiparación, creo que cabe concluir de cuanto se ha expuesto algo que he repetido muchas veces: ser antiterrorista es fácil, porque cualquier persona decente lo es; pero, ser demócrata es muy difícil, porque requiere respetar y tratar como ciudadanos a personas que han participado o apoyado acciones que nadie con una mínima sensibilidad moral puede dejar de rechazar. Pero, sus actos no les convierten en no-personas, como sostiene algún destacado penalista germano: el sistema democrático obliga a tratarlos como personas en todo momento y como ciudadanos normales una vez hayan cumplido las sanciones que se les impongan por sus actos.

Pese a esa dificultad, parece moralmente indiscutible la obligación de defender los principios de la democracia. Creo, además que eso, que me parece moralmente obligatorio, es, a largo plazo, también lo mejor para todos.

No sé cual será el futuro de la coalición *Bildu*; pero la sentencia deja muy claro que si ese futuro se inclina por el apoyo a la violencia podrá abrirse contra ella un nuevo proceso de ilegalización. Espero, de todos modos, que eso no suceda y que los componentes de esa coalición depuren sus ideas políticas sobre la base de que cualquier posición política solo es legítima si puede justificarse en términos éticos.