

11773/2011P

*Ponente Excmo. Sr. D.:* Juan Saavedra Ruiz

*Fallo:* 28/03/2012

*Secretaría de Sala:* Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

**TRIBUNAL SUPREMO**  
*Sala de lo Penal*

**SEGUNDA SENTENCIA Nº: 351/2012**

*Excmos. Sres.:*

D. Juan Saavedra Ruiz  
D. José Manuel Maza Martín  
D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca  
D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre  
D. Alberto Jorge Barreiro

---

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

**SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a siete de Mayo de dos mil doce.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción nº 5, con el número sumario 56/2009 y seguida ante la Sala de lo

Penal de la Audiencia Nacional, sección cuarta, por delito de pertenencia a organización terrorista contra **ARNALDO OTEGUI MONDRAGÓN**, mayor de edad, nacido el día 06/07/1958 en Eibar (Guipúzcoa), hijo de Ascensio y de María Dolores, con D.N.I. nº 15.357.433, con ordinal de informática policial nº 1230063421, con antecedentes penales no computables y privado de libertad por esta causa desde el día 13/10/2009; **RAFAEL DÍEZ USABIAGA**, mayor de edad, nacido el día 21/08/1956 en Urnieta (Guipúzcoa), hijo de Francisco y de María Dolores, con D.N.I. nº 15.912.726-S, con ordinal de informática policial nº 1814938346, sin antecedentes penales y en libertad provisional por esta causa, en la que estuvo privado de libertad desde el día 13/10/2009 hasta el día 26/04/2010, fecha en que quedó en libertad previa prestación de la fianza de 30.000 euros acordada en auto de la misma fecha; **MIREN ZABALETA TELLERÍA**, mayor de edad, nacida el día 26/10/1981 en Pamplona (Navarra), hija de Francisco Juan y de María del Coro, con D.N.I. nº 33.449.145-S, con ordinal de informática policial nº 1806427191, sin antecedentes penales y privada de libertad por esta causa desde el día 13/10/2009; **ARKAITZ RODRÍGUEZ TORRES**, mayor de edad, nacido el día 01/02/1979 en San Sebastián (Guipúzcoa), hijo de Agustín y de María Teresa, con D.N.I. nº 72.465.478-E, con ordinal de informática policial nº 1806080207, sin antecedentes penales y privado de libertad por esta causa desde el día 13/10/2009 y **SONIA JACINTO GARCÍA**, mayor de edad, nacida el día 28/11/1977 en San Sebastián (Guipúzcoa), hija de Ángel Claudio y de Aurora, con D.N.I. nº 44.161.185, con ordinal de informática policial nº 1819399244, sin antecedentes penales y privada de libertad por esta causa desde el día 13/10/2009; la Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz, hace constar los siguientes:

## **I. ANTECEDENTES**

ÚNICO.- Se dan por reproducidos los de la sentencia de la Audiencia Nacional, incluyendo los hechos probados.

## **II. FUNDAMENTOS DE DERECHO**

ÚNICO.- Se dan por reproducidos los fundamentos de nuestra primera sentencia, especialmente el sexto, séptimo, décimo y decimotercero, y los de la Audiencia Nacional que no se opongan a los mismos. Ex artículo 903 LECrim. la estimación parcial del recurso de ARKAITZ RODRÍGUEZ TORRES debe aprovechar en esta segunda sentencia a las también recurrentes SONIA JACINTO GARCÍA y MIREN ZABALETA TELLERÍA en lo que les fuere favorable, encontrándose en la misma situación que el primer recurrente mencionado siendo aplicables los motivos alegados por los que se declara la casación de la sentencia. En cuanto a la individualización de la pena de OTEGUI y DÍEZ USABIAGA nos remitimos a lo dicho en la primera sentencia (fundamentos 7º.2 y 10º.2). A los restantes recurrentes se les impone la pena correspondiente en el límite mínimo legal.

## **III. FALLO**

Mantenemos los pronunciamientos de la sentencia dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, sección cuarta, dictada en la presente causa el 16/09/2011, a excepción de la cuantía de la pena privativa de libertad impuesta a los procesados, que será de seis años y seis meses, a cada uno de ellos, para **ARNALDO OTEGUI MONDRAGÓN** y **RAFAEL DÍEZ USABIAGA**, como autores de la modalidad básica del delito de pertenencia o integración en organización terrorista prevista en el actual artículo 571.2 C.P., excluyendo el grado de dirigentes, y seis años también a

cada uno de los acusados **ARKAITZ RODRÍGUEZ TORRES, SONIA JACINTO GARCÍA** y **MIREN ZABALETA TELLERÍA**, con la inhabilitación especial acordada por la Audiencia por el tiempo de las respectivas condenas.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

**VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. D. MIGUEL COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA, a la sentencia nº 351/2012, de 7 de mayo de 2012, que resuelve el recurso de casación 11773/2011**

Haciendo patente, como siempre, el respeto por la decisión mayoritaria de la Sala, formulo el presente voto particular para expresar mi discrepancia con el criterio adoptado en la resolución del primero de los motivos del recurso interpuesto por Arnaldo Otegui y Arkaitz Rodríguez, que entiendo debió ser estimado, lo cual determina al tiempo mi sustitución como ponente.

En el primer motivo de su recurso, antes aludido, al amparo del artículo 851.6º de la LECrim, ambos recurrentes, que han sido condenados como autores de un delito de pertenencia a organización terrorista, se quejan de que han dictado sentencia Magistrados cuya recusación había sido planteada en tiempo y forma y fue rechazada. Señalan los recurrentes, aunque en realidad el motivo se refiere al primero de ellos, que quienes han dictado la sentencia que ahora se impugna son los mismos miembros del tribunal que

enjuició los hechos objeto del procedimiento abreviado nº 365/2005 del Juzgado Central de instrucción nº 4, en el que se acusaba al recurrente Otegui de un delito de enaltecimiento del terrorismo. En aquel juicio oral, se dice, la Presidenta dirigió una pregunta al acusado y al no ser respondida realizó valoraciones que demostraron la falta de imparcialidad. Dictada sentencia el ahora recurrente interpuso recurso de casación, alegando, entre otros motivos, falta de imparcialidad, que fue estimado por esta Sala en ese aspecto concreto, casando la sentencia y ordenando la repetición del juicio. En vista de la sentencia, y con apoyo en su contenido, el recurrente formuló incidente de recusación respecto de los Magistrados designados para formar el tribunal de enjuiciamiento que luego dictaron la sentencia que ahora se impugna. Se alegaba en el incidente, según se dice en el motivo, que existía una predisposición contraria al recusante puesta de manifiesto en la vista oral de aquel juicio y en la sentencia posterior, lo cual crea una sensación subjetiva de desconfianza en la imparcialidad del tribunal que está objetivamente justificada por la actuación previa de los magistrados que lo componen. La recusación fue desestimada sobre la base de que el delito de enaltecimiento del terrorismo y el de pertenencia a organización terrorista son distintos y que, por ello, el prejuicio exteriorizado por la magistrada que presidía el tribunal en aquel caso con respecto a la participación del recurrente en el primer delito, no alcanza al enjuiciamiento de dicho acusado por el segundo. Alegan también que en el curso del juicio oral, la magistrada presidente del tribunal preguntó a la acusada Miren Zabaleta su opinión sobre si un tiro en la nuca era violencia política, y que al testigo Sr. Etxebarria le manifestó que no lo consideraba imparcial. Señalan los recurrentes que a lo largo de la sentencia se observa que uno de los elementos probatorios que se tienen en cuenta para afirmar que los acusados pertenecen a ETA es que en ningún momento han condenado sus actuaciones violentas, citando al efecto varios pasajes concretos de la sentencia que impugnan. Todo ello, señalan, es una muestra clara de la

toma de posición o prejuicio del tribunal ante lo que va a juzgar. Concluyen los recurrentes diciendo que la presidenta del tribunal transmitió animadversión y su conducta acarrea dudas sobre su imparcialidad, las cuales se refuerzan o confirman dado el contenido de la sentencia.

Como ya he expresado, entiendo que este motivo debió ser estimado, conforme a los siguientes razonamientos jurídicos que sustentan el presente voto particular.

**PRIMERO.-**1. Desde la STC 145/1988, de 12 de julio, el Tribunal Constitucional ha “...incardinado el derecho fundamental al juez imparcial en el art. 24.2 CE, en cuanto reconoce el derecho a un juicio público con todas las garantías, «garantías en las que debe incluirse, aunque no se cite en forma expresa, el derecho a un juez imparcial, que constituye sin duda una garantía fundamental de la Administración de Justicia en un Estado de Derecho, como lo es el nuestro de acuerdo con el art. 1.1 de la Constitución» (F. 5). Ciertamente, la imparcialidad judicial es una garantía tan esencial de la función jurisdiccional que condiciona su existencia misma: «Sin juez imparcial no hay, propiamente, proceso jurisdiccional», recordamos en la STC 151/2000, de 12 de junio, F. 3”, (STC nº 116/2008).

Asimismo señalaba el Tribunal Constitucional en la STC nº 47/2011, que “...este derecho condiciona la existencia misma de la función jurisdiccional, conforme al cual, por estar en juego la confianza que los Tribunales deben inspirar en una sociedad democrática, debe garantizarse a las partes que no concurre ninguna duda razonable sobre la existencia de prejuicios o prevenciones en el órgano judicial”.

De la misma forma, el TEDH ha señalado en su sentencia de 2 septiembre 1998 Caso Kadubec contra Eslovaquia, que “...el derecho a un proceso justo, del que el derecho a que la causa sea oída por un Tribunal

independiente es un componente esencial, ocupa un lugar importante en una sociedad democrática”.

Puede decirse, por lo tanto, que la imparcialidad del tribunal forma parte de las garantías básicas del proceso (art. 24.2 CE), constituyendo incluso "la primera de ellas" (STC 60/1995), resultando especialmente exigible en el ámbito penal por razones obvias (STC 156/2007), debiendo excluirse que la actuación judicial pueda obedecer de alguna forma a prejuicios ideológicos o personales (STC 155/2002).

2. El TEDH ha distinguido entre imparcialidad subjetiva y objetiva. En cuanto a la primera, se “trata de determinar lo que pensaba el juez en su fuero interno o cuál era su interés en un asunto particular”, mientras que la segunda “lleva a determinar si ofrecía unas garantías suficientes para excluir a este respecto cualquier duda legítima”, (STEDH *Piersack contra Bélgica*, de 1 de octubre 1982, ap. 30; STEDH *Grievés contra Reino Unido*, de 16 de diciembre 2003, ap. 69, y STEDH Vera Fernandez–Huidobro contra España, de 6 enero 2010, entre otras muchas). De forma muy sintética se decía en la STEDH de 8 febrero 2000, Caso McGonnell contra Reino Unido, que “...existen dos aspectos en este requisito. En primer lugar, el tribunal previamente debe estar libre de prejuicios personales o de parcialidad. En segundo lugar, debe ser imparcial desde un punto de vista objetivo, eso es, debe ofrecer las garantías suficientes para excluir cualquier duda razonable en este sentido”.

Ha añadido, además, que la primera siempre se presume, salvo prueba en contrario, y que aunque el punto de vista del interesado debe ser tenido en cuenta, no juega un papel decisivo, ya que lo que importa es si sus recelos pueden considerarse objetivamente justificados.

3. El Tribunal Constitucional, por su parte, ha aceptado igualmente la distinción, aunque le ha venido atribuyendo un significado diferente, pues se refiere de un lado a una

imparcialidad subjetiva, que entiende que garantiza que el Juez no ha mantenido relaciones indebidas con las partes, en la que se integran todas las dudas que deriven de las relaciones del Juez con aquéllas, y, de otro lado, una imparcialidad objetiva, es decir, referida al objeto del proceso, por la que se asegura que el Juez se acerca al *thema decidendi* sin haber tomado postura en relación con él, acercándose al mismo “sin prevenciones en su ánimo” (STC nº 126/2011, con cita de la STC 44/2009).

Esta distinción es criticada por parte de la doctrina que no siempre le reconoce utilidad, pues se sostiene que todas las causas que permitirían apreciar falta de imparcialidad son, en el fondo, subjetivas en la medida en que refieren un posible posicionamiento personal del juez; y todas son también objetivas en tanto que para ser admitidas precisan de una acreditación externa. El propio TEDH, aunque referido a su concepción de los dos aspectos a los que refiere la imparcialidad, ha señalado (STEDH Vera–Fernández Huidobro c. España, de 6 de enero de 2010), que “la frontera entre ambas nociones no es hermética ya que no sólo el propio comportamiento de un Juez puede, desde el punto de vista de un observador externo, suscitar dudas objetivamente justificadas en cuanto a su imparcialidad (trámite objetivo) sino que puede igualmente referirse a sus convicciones personales (trámite subjetivo) (Sentencia *Kyprianou contra Chipre*)”.

4. El Tribunal Constitucional, en la STC 156/2007, razonaba que, causas “...significativas de tal posible inclinación previa objetiva son la realización de actos de instrucción, que pueden suponer un contacto con el litigio que dificulte su correcto enjuiciamiento posterior; la adopción de decisiones previas que comporten un juicio anticipado de culpabilidad; o la intervención previa en una instancia anterior del mismo proceso (SSTC 157/1993, de 6 de mayo, F. 3; 299/1994, de 14 de noviembre, F. 3; 162/1999, de 27 de septiembre, F. 5; 151/2000, de 12 de junio, F. 3; STEDH de

23 de mayo de 1991, caso *Oberschlick*, §§ 48 a 52) o, más en general, el pronunciamiento sobre los hechos debatidos en un pleito anterior (SSTC 138/1994, de 9 de mayo, F. 7; 47/1998, de 2 de marzo, F. 4; y SSTEDH de 7 de julio de 1996, caso *Ferrantelli y Santangelo*, y de 26 de agosto de 1997, caso *De Haan*).

Lo cual reiteraba en la STC 126/2011, diciendo que “...en el reciente ATC 51/2011, de 5 de mayo, hemos recordado que entre las causas significativas de una posible inclinación previa objetiva del Magistrado que ha de juzgar un determinado asunto se encuentra «el pronunciamiento sobre los hechos debatidos en un pleito anterior ( SSTC 138/1994, de 9 de mayo, F. 7; 47/1998, de 2 de marzo, F. 4; y SSTEDH de 7 de agosto de 1996, caso *Ferrantelli y Santangelo*, y de 26 de agosto de 1997, caso *De Haan*)» ( STC 240/2005, de 10 de octubre, F. 3)”.

Y, de otro lado, ha recogido la doctrina del TEDH, reconociendo que en este ámbito las apariencias son muy importantes, porque lo que está en juego es la confianza que en una sociedad democrática los Tribunales deben inspirar a los ciudadanos (STC 60/2008), y afirmando que “...lo determinante y decisivo es que las razones para dudar de la imparcialidad judicial, por un lado, queden exteriorizadas y apoyadas en datos objetivos y, por otro, alcancen una consistencia tal que permita afirmar que se hallan objetiva y legítimamente justificadas (por todas, STC 60/2008, de 26 de mayo, F. 3)”, sin que sea bastante, por lo tanto, que surjan en la mente del interesado.

5. Tanto el Tribunal Constitucional (STC 106/1989, y STC 36/2008, entre otras muchas) como el TEDH, este último desde la STEDH Caso *Hauschildt*, de 22 de junio de 1989, exigen un examen del caso concreto para establecer la trascendencia que previos contactos con el objeto del proceso, o el *thema decidendi*, hayan podido tener en la imparcialidad del juez, o más bien en la consideración como

justificadas de las sospechas sobre la falta de la necesaria imparcialidad. Y así, ha afirmado que “...la realización por el Juez de cualquier decisión previa al enjuiciamiento conectada con la causa no determina la pérdida de su imparcialidad, sino que esto sólo se producirá cuando la actividad jurisdiccional previa haya supuesto la exteriorización de un juicio anticipado de culpabilidad, aunque sea de carácter indiciario o provisional, lo que ha de enjuiciarse en atención a las circunstancias del caso y a los términos empleados en el pronunciamiento previamente emitido” (STC 36/2008).

Sin excluir que la intervención en un anterior proceso pudiera afectar a la imparcialidad, ha señalado que “el solo hecho de que el mismo Juez ya haya decidido las peticiones del recurrente en otros procedimientos no justifica objetivamente temor alguno de falta de imparcialidad de aquél» (STEDH de 3 de febrero de 2005, caso *Fehr c. Austria*, § 30)”, STC 240/2005). Así, el TC ha negado esa afectación “...porque el *thema decidendi* de uno y otro eran distintos” (STC 126/2011; ATC 51/2011), razonando en la STC 47/1998, que “...en la STC 138/1994 el Magistrado había juzgado sobre unos mismos hechos en distintos procesos y este Tribunal entendió que «la imparcialidad objetiva despliega su eficacia sobre el específico objeto del proceso sin que pueda extenderse al resultado del contraste entre dicho objeto y el de cualesquier otros procesos de los que haya podido conocer el juzgador»”. Pues como en esta última sentencia se decía, no se había producido “...una relación o contacto previo con el objeto específico del proceso del que se pretende su apartamiento”, aunque fueran objetos procesales similares. Lo decisivo, por lo tanto, no era tanto el proceso en el que había existido la previa intervención del magistrado, sino la falta de identidad entre los hechos de uno y otro proceso.

**SEGUNDO.-** Como se ha dicho más arriba, vienen a alegar los recurrentes que la Magistrada que presidía el tribunal de enjuiciamiento, dadas sus manifestaciones y su

actitud en un anterior juicio celebrado en una causa en la que se acusaba al recurrente Arnaldo Otegui Mondragón, sentía animadversión contra el acusado y tenía prejuicios respecto de los hechos aquí enjuiciados, todo lo cual le hacía perder la necesaria imparcialidad, o, al menos, hacía surgir en el acusado recurrente una sospecha sobre tal imparcialidad que debería considerarse objetivamente justificada.

1. De esta forma, parecen alegar, y no solo desde la perspectiva procesal de la pertinencia de la recusación, sino sobre la más profunda del derecho a un juez imparcial, aunque no hagan referencia expresa a la Constitución, la concurrencia de los elementos propios de la causa de recusación consistente en enemistad manifiesta, (artículo 219.9<sup>a</sup> de la LOPJ), entendida en sentido amplio como enemistad no derivada estrictamente de relaciones personales, así como la contenida bajo la denominación de haber participado en la instrucción de la causa o haber resuelto ésta en anterior instancia (artículo 219.11<sup>a</sup> de la LOPJ), también interpretada en sentido amplio comprensivo de cualquier actuación anterior que hubiera permitido al juez o magistrado tomar contacto con la cuestión y formar una opinión acerca de los hechos que se enjuician en el proceso en el que la recusación se plantea.

Esta interpretación amplia de las causas de recusación viene avalada por anteriores pronunciamientos de esta Sala, acordes con la evolución de la doctrina establecida por el TEDH, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo. Así, en la STS nº 1281/2001, se decía que carácter legal y tasable de las causas de abstención y recusación es compatible naturalmente, como se decía en el Auto de 1 de octubre de 1997, dictado por la llamada Sala Especial del art. 61 LOPJ de este mismo Tribunal, con la necesidad de que las disposiciones legales que concretan y regulan dichas causas sean interpretadas y aplicadas de conformidad con los criterios y pautas establecidos, para la mejor garantía del derecho al juez imparcial, por la Jurisprudencia tanto del

Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional y, muy especialmente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de acuerdo con cuya doctrina se pueden llegar a identificar supuestos de abstención y recusación no clara y expresamente contemplados en nuestra legislación.

Es claro que, aun cuando deban evitarse los excesos, esta interpretación amplia y no formalista de las causas de recusación es coherente con la ubicación del derecho al juez imparcial dentro del derecho a un proceso con todas las garantías y contribuye a su mejor protección como garantía primaria y esencial del proceso justo.

2. Como hemos dicho antes, la intervención de un magistrado en un proceso anterior por otros hechos, aunque éstos presenten similitudes con los que se enjuician en el proceso en el que se pretende establecer la falta de imparcialidad, o el conocimiento de la existencia de condenas anteriores por otros hechos, generalmente no impide juzgar nuevas imputaciones, cuando pueda afirmarse que se trata de hechos diferentes. O, al menos, no lo impide por sí solo. Lo que puede afectar a la imparcialidad es que, como consecuencia o en relación con las primeras actuaciones, hayan surgido en el juez concretos sentimientos de animadversión o de hostilidad contra el acusado, o bien haya podido establecer ya un prejuicio sobre los nuevos hechos, todo lo cual, de otro lado, necesita ser debidamente probado.

4. En el caso, los recurrentes se basan en primer lugar en lo ocurrido en otra causa anterior. En esa causa se acusaba y se condenó al ahora recurrente como autor de un delito de enaltecimiento del terrorismo, por haber realizado unas determinadas manifestaciones. El juicio fue anulado por esta Sala al resolver el recurso de casación, entendiéndose que, por las razones que allí se consignaban, las sospechas sobre la falta de imparcialidad de la magistrada cuya imparcialidad ahora nuevamente se cuestiona, podían considerarse objetivamente justificadas. Aunque, como hemos dicho, el

mero hecho de que la misma magistrada haya intervenido en los dos procesos no supone por sí mismo pérdida de imparcialidad en el segundo, siempre que el thema decidendi de ambos sea diverso, ha de reconocerse que la circunstancia expuesta puede dar lugar a recelos. La cuestión es entonces determinar si pueden considerarse objetivamente justificados.

5. En la presente causa se le acusó, y se le ha condenado, como autor de un delito de pertenencia a organización terrorista. A la misma organización terrorista con la que se relacionaba el delito de enaltecimiento del terrorismo que se le imputaba en la otra causa.

Es claro que ambos delitos se basan en hechos diferentes, y se componen de elementos típicos distintos, de manera que, desde un punto de vista abstracto y general, la formación de una opinión acerca de la concurrencia de los elementos fácticos correspondientes al primer delito como consecuencia de la prueba practicada en aquel juicio no implica que igualmente la magistrada hubiera formado opinión adelantada acerca de la existencia de los hechos en los que aquí se imputa al acusado haber participado, como base para la condena por el segundo delito. Dicho con otras palabras, el convencimiento en el juez de que una persona ha hecho unas declaraciones en las que se enaltece el terrorismo que merecen ser incardinadas en el artículo 578 del Código Penal, no supone necesariamente el mismo convencimiento respecto de la existencia de los hechos, distintos, que demuestran que esa misma persona está integrada en la organización terrorista cuyos actos fueron enaltecidos. O, desde otra perspectiva, el enaltecimiento del terrorismo supone la emisión de una opinión favorable al mismo, mientras que la pertenencia a la organización terrorista exige una vinculación a su estructura, por lo que la condena por el enaltecimiento no implica la condena por la pertenencia. Ni siquiera puede decirse que alguno de los elementos del primer delito formen parte de la descripción típica del

segundo, pues la integración en organización terrorista no exige actos públicos de enaltecimiento de su actividad ilícita.

Tampoco es decisivo que en el primer juicio se valorase como elemento significativo de la voluntad de enaltecer el terrorismo y del significado enaltecedor de las frases pronunciadas por el acusado aquí recurrente, el que, tras su interpretación en función de sus términos y de las circunstancias en las que fueron pronunciadas, se concluyera que no se contenía en ellas una condena de la violencia de ETA, y que en el segundo se haya valorado reiteradamente como elemento demostrativo de la vinculación y pertenencia a la organización terrorista esa misma ausencia de condena. Pues en ambos casos, se estaría haciendo una valoración sobre los hechos enjuiciados en cada una de las causas tras el análisis y valoración de las pruebas practicadas en ellas, de forma que en una u otra, tras esa valoración, la conclusión podría haber sido diferente, ya que igualmente podría serlo el significado que pudiera atribuirse a las frases pronunciadas en su propio contexto en uno y otro caso. Dicho con otras palabras, es posible que unas determinadas expresiones pronunciadas en un momento y en un lugar determinados, con unas precisas circunstancias, pudieran entenderse como un aval a la violencia terrorista, y que, sin embargo, otras frases emitidas en otro contexto espacio-temporal y circunstancial pudieran entenderse de forma distinta.

Por lo que, en principio, y ello afecta a los tres magistrados que integraban el tribunal de instancia, la sospecha sobre la falta de imparcialidad para juzgar los nuevos hechos no estaría objetivamente justificada sobre la base exclusiva de haber participado en un enjuiciamiento anterior por hechos distintos.

**TERCERO.-** Pero, como ya dijimos más arriba, para la resolución de cuestiones como la planteada, es preciso el examen de cada caso, con el objeto de determinar la relevancia y la trascendencia concreta de los elementos que

se manejan como demostrativos de la alegada falta de imparcialidad, o bien, de la justificación objetiva de las sospechas que, sobre esa falta de imparcialidad, asaltan a la persona sometida a enjuiciamiento.

1. El caso aquí examinado presenta algunas peculiaridades que comienzan por la misma naturaleza del delito imputado. Se acusaba a los recurrentes de un delito de pertenencia a organización terrorista, por lo que la sintonía con las ideas que aquella sostiene, que puede relacionarse con el apoyo explícito o implícito mediante una negativa a la condena de la violencia terrorista (artículo 44.4 de la LOREG que, en la redacción dada por la LO 3/2011, de 28 de Enero), no es una cuestión a la que se pueda negar relevancia. En este sentido, en la STC 5/2004, el Tribunal Constitucional decía lo siguiente: *“La negativa de un partido político a condenar atentados terroristas puede constituir, en determinadas circunstancias, una actitud de «apoyo político [...] tácito al terrorismo» o de legitimación de «las acciones terroristas para la consecución de fines políticos», por cuanto esa negativa puede tener un componente cierto de exculpación y minimización del significado del terrorismo. Las entrecomilladas son expresiones del art. 9.3 a) LOPP, en el que, como subraya el Abogado del Estado, se encuadra sin dificultad la negativa examinada. En tanto que negativa de una expresión, abstenerse de condenar acciones terroristas es también manifestación tácita o implícita de un determinado posicionamiento frente al terror. No es, desde luego, una manifestación inocua cuando con ella se condensa un credo —hecho explícito, por lo demás, en declaraciones públicas de responsables del partido que se niega a condenar por sistema— erigido sobre la consideración de la violencia terrorista como estricto reflejo de una violencia originaria, ésta practicada por el Estado. En un contexto de terrorismo, cuya realidad se remonta más de treinta años en el pasado, y en el que la legitimación del terror siempre se ha buscado por sus artífices desde el principio de equivalencia entre la*

*naturaleza de las fuerzas enfrentadas, presentándose como única salida para la resolución de un pretendido conflicto histórico, inasequible a los procedimientos del Derecho, en ese contexto, decimos, la negativa de un partido a condenar un concreto atentado terrorista, como singularización inequívocamente buscada respecto a la actitud de condena de los demás partidos, adquiere una evidente densidad significativa por acumulación, pues se imbuje del significado añadido que le confiere su alineamiento en la trayectoria observada sobre ese particular por un partido que ha prodigado un entendimiento del fenómeno terrorista que, cuando menos, lo presenta como reacción inevitable a una agresión primera e injusta del Estado agredido por el terror”.*

De la misma forma, en la STS de 5 mayo 2007, dictada por la Sala especial prevista en el artículo 61 de la LOPJ, se recordaba que “...la STC 99/2004, de 27 de mayo (F. 19), refiriéndose a las agrupaciones electorales, señala que «si bien a ningún ciudadano se le puede exigir, por principio, manifestar adhesiones o repulsas que han de nacer sólo, si lo hacen, de su libertad de expresión, es perfectamente aceptable en una sociedad democrática que, tan pronto se cierna sobre una agrupación electoral la sospecha fundada de connivencia con el terror o con formaciones que han sido proscritas en razón de esa connivencia, pueda esperarse de ella, si efectivamente no acepta más instrumentos que los del voto y el debate libre, una declaración inequívoca de distanciamiento, rechazo y condena de cuanto representan una organización criminal y sus instrumentos políticos»...”.

En consecuencia, aunque la negativa a condenar el terrorismo, por sí sola y aisladamente considerada no demuestra adhesión a aquel o a quienes lo practican, en atención a las circunstancias, puede ser valorada como un elemento relevante (la medida en que lo sea depende de los demás elementos probatorios) para establecer la pertenencia

del acusado a la organización. Lo mismo que pudo serlo para afirmar que determinadas frases o expresiones suponían un acto de enaltecimiento del terrorismo.

2. El que un tribunal, tras el análisis y valoración de las pruebas practicadas en un concreto proceso, llegue a la conclusión de que una determinada persona, en un momento y lugar precisos, no condenó la violencia de ETA, no tiene sin embargo el mismo significado que si de alguna forma uno de sus miembros afirma que sabe de antemano que ese acusado no va a condenar esa violencia. En el primer caso, el convencimiento se extrae de pruebas concretas practicadas en el juicio; se aplica al hecho examinado, y no excluye que en otras ocasiones, con otras circunstancias y con otras pruebas, la conclusión pudiera ser diferente.

En el segundo caso, la convicción del juez es previa al análisis probatorio, de manera que no se obtiene del examen y valoración de las concretas pruebas del juicio; excede del caso específico que se enjuicia, y puede pensarse razonablemente que tiende a ser aplicada a cualesquiera hechos que se enjuicien, de manera que el análisis en el nuevo proceso siempre partirá de aquel punto, dando por probado un aspecto fáctico que, en realidad, necesitaría ser acreditado debidamente. Y si se trata de un hecho relevante respecto del nuevo delito imputado, puede considerarse objetivamente justificada la sospecha de que existe un prejuicio en contra del reo.

3. En el caso, debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que el prejuicio, cuya existencia se alega, y que resulta de la sentencia 31/2011 dictada por esta Sala, consiste exactamente en la opinión previa al juicio de que el acusado no condenará la violencia de ETA. Pues efectivamente, al afirmar entonces que ya sabía, de antemano, que no iba a responder al preguntarle si condenaba esa violencia, puede entenderse razonablemente que la Magistrada pudo haber exteriorizado de alguna forma su opinión de que, con

independencia de las pruebas y dijera lo que dijera el acusado, sus palabras tratando de explicar el sentido de las manifestaciones que constituían la base de aquella imputación nunca se podrían interpretar como una condena de la violencia terrorista de ETA, porque conocía ya su falta de voluntad de realizar tal condena.

Se decía en la sentencia citada: *“La trascendencia de la actuación de la Magistrada en orden a la queja aquí formalizada no puede examinarse reduciéndola, de forma aislada, a la pregunta formulada, sino que tiene que ponerse en directa relación con el comentario que realizó tras negarse el recurrente a contestarla, así como con la naturaleza de los hechos imputados y su calificación jurídica, y con el momento en el que, pregunta, respuesta y comentario, tienen lugar.*

*Cuando tiene lugar el incidente que se examina, solamente se había procedido al interrogatorio del recurrente por parte de su defensa, ya que, como se ha dicho, acogiéndose a sus derechos como acusado había comunicado que no respondería a otras preguntas. En sus manifestaciones en el curso del citado interrogatorio había manifestado, tal como se recoge en la sentencia, que su intención no era enaltecer el terrorismo, ya que "solo pretendía apelar a una negociación pacífica, política y democrática, y solicitaba la liberación de los presos políticos vascos en España y Francia". Con independencia de la valoración de estas aclaraciones, que correspondería realizar en la sentencia, de ello se desprende que su declaración tenía un contenido claramente exculpatorio, atribuyendo a las palabras entonces pronunciadas un significado ajeno a lo que podría considerarse enaltecimiento del terrorismo y desde luego no coincidente con el que le asignaban las acusaciones. Como se ha expuesto antes, la intención y el sentido con los que se utiliza el lenguaje es un elemento decisivo en esta clase de delito.*

*La pregunta formulada por la Presidenta del Tribunal y, muy especialmente, su reacción al negarse el recurrente a contestar, pueden interpretarse, desde perspectivas objetivas, como una expresión de una opinión ya formada, previamente o al inicio del juicio, acerca del significado que cabría otorgar a las palabras pronunciadas por el recurrente que, a juicio de las acusaciones, constituían un delito de enaltecimiento del terrorismo. Dicho con otras palabras, no es irrazonable pensar, como sostiene el recurrente, que con tal actitud se expresaba de alguna forma la opinión, ya formada, respecto al valor de las explicaciones dadas por el acusado relativas al significado de sus palabras, antes de haber podido siquiera presenciar el resto de la prueba, tanto de cargo como de descargo. Y, por lo tanto, el acusado tenía razones objetivas para pensar que la Magistrada estaba exteriorizando precipitadamente un juicio sobre el carácter delictivo de las mismas que venía a coincidir con el que sostenían las acusaciones.*

*Al valorar el conjunto de lo ocurrido debe admitirse, pues, que desde el punto de vista del recurrente existían razones objetivas para poder sostener que en ese momento la Presidenta del Tribunal y ponente de la sentencia estaba expresando un prejuicio en contra del acusado acerca de cuál era el sentido que debía otorgarse a las frases y expresiones que se le atribuían y al valor que podía reconocerse a sus explicaciones, y, por lo tanto, que exteriorizaba un prejuicio acerca de la culpabilidad. Prejuicio que, como tal, se expresaba antes de que fuera posible realizar una valoración imparcial, pues, como se ha dicho, aun no se había procedido siquiera a la práctica de la prueba y a dar al acusado la oportunidad de hacer uso de la última palabra. En otros términos, se exterioriza antes de que el juicio oral llegara a su fin.*

*En esas circunstancias, las dudas del recurrente sobre la imparcialidad de la Presidenta del Tribunal deben considerarse objetivamente justificadas”.*

Esta convicción acerca de la ausencia de voluntad de condenar la violencia de ETA, no se obtuvo de la valoración de las pruebas respecto a un concreto hecho u ocasión en el marco de un juicio oral, dejándola reducida de esa forma a un determinado momento histórico, sino que la magistrada la manifestó con independencia de aquellas, por lo que es lógico pensar, desde la perspectiva de un observador imparcial, que igualmente mantendrá tal convicción en relación con otros hechos por los que la misma persona vaya a ser juzgada y en los que la misma cuestión pueda ser planteada.

4. Además, en segundo lugar, ese elemento, es decir, la negativa del acusado a condenar la violencia terrorista de ETA, sobre el que la Magistrada tenía ya una opinión preconcebida o se podía sospechar justificadamente que la tenía, es valorado reiteradamente en la sentencia que ahora se impugna como uno de los elementos demostrativos de la pertenencia de los acusados a aquella organización terrorista. Y no solo porque se entienda que tal condena no aparezca en los documentos valorados como prueba, sino porque el rechazo de la violencia terrorista tampoco se aprecia por el tribunal en las manifestaciones de los acusados, las cuales, por su propia naturaleza pueden ser valoradas tras la interpretación del significado de sus términos y de oír sus declaraciones y las de los testigos sobre el particular.

De tal manera que puede considerarse objetivamente justificada la sospecha de que la presidenta del tribunal, al realizar tal valoración, podría estar influida por su previa opinión respecto a que el acusado nunca condenaría o rechazaría la violencia terrorista de ETA, de forma que, dijera lo que dijera, sus manifestaciones no podrían interpretarse en ese sentido condenatorio, sino como una simple maniobra

táctica. Dicho con otras palabras, un observador imparcial podría pensar, de forma que encontraríamos objetivamente justificada, que la Magistrada daba por hecho, antes de examinar las pruebas disponibles, que estaba probada la negativa del acusado a condenar en ningún caso la violencia de ETA, considerando luego esta actitud como un elemento decisivo para afirmar su pertenencia a esa organización.

5. Entiendo que a estas consideraciones no puede oponerse, para rechazarlas, las dificultades que pudieran apreciarse para el exacto encaje de lo alegado en la literalidad de las previsiones legales sobre las causas de recusación. Ya he señalado que la ubicación del derecho a un juez imparcial como garantía esencial de un proceso con todas las garantías justifica que la atención se centre más en aspectos materiales que en los de carácter formal. Y desde esta perspectiva, es clara la relación de lo alegado con las específicas causas de recusación antes mencionadas.

6. Además, los recurrentes alegan otros tres hechos. Sobre el tercero, ocurrido en otro juicio oral, esta Sala no dispone ahora de prueba suficiente para su análisis. En cuanto a los otros dos, la pregunta a la acusada Miren Zabaleta, acerca de si consideraba violencia política un tiro en la nuca, y el comentario sobre la falta de imparcialidad de un testigo, son solamente mencionados en el motivo, sin añadir razonamiento alguno relativo al significado que los recurrentes le atribuyen en cuanto a la imparcialidad de quien presidía el tribunal. Ninguno de los demás recurrentes, incluida la mencionada Miren Zabaleta, hace mención a estos aspectos.

Nada impide que un órgano jurisdiccional razone expresamente en sus resoluciones acerca de extremos como los antes relacionados u otros similares, al valorar la prueba sobre la concurrencia de elementos objetivos o subjetivos relevantes para el sentido de lo que se resuelve. Pero las facultades que la ley atribuye al presidente del tribunal

durante el juicio se regulan con la finalidad de asegurar la corrección del proceso, concretamente del acto del plenario, y de garantizar la efectividad de los derechos de las partes.

El TEDH, aunque refiriéndose a la utilización de la prensa, ya recordó en la STEDH de 16 septiembre 1999, Caso Buscemi contra Italia, que la exigencia superior de la justicia y la naturaleza de la función judicial, impone que se exija "...a las autoridades judiciales llamadas a juzgar la mayor discreción, con el fin de garantizar su imagen de jueces imparciales", incluso "...cuando sea para responder a provocaciones".

Por lo tanto, aun considerando fuera de lugar las referidas intervenciones, en tanto que nada aportan al enjuiciamiento y sin embargo pueden ser perjudiciales para una correcta acción de la Justicia, la ausencia de argumentación en el motivo, exime de una valoración respecto del significado que respecto de la imparcialidad de la presidencia del tribunal pudiera tener la pregunta realizada a uno de los acusados, o de los efectos perjudiciales para la defensa que, en la valoración de la declaración del testigo, pudiera haber tenido la opinión negativa exteriorizada respecto de su imparcialidad, emitida antes de oír su testimonio y, desde luego, antes de poder contrastarlo con las demás pruebas disponibles.

7. Aunque las alegaciones examinadas se refieren solamente a la Magistrada que presidía, el hecho de que los demás Magistrados también hayan formado parte del tribunal que dictó la sentencia impugnada los inhabilita para la celebración del nuevo juicio que habría de tener lugar como consecuencia de la estimación del motivo.

Por todo lo anterior, entiendo que el motivo debió ser estimado, y debió acordarse la devolución de la causa al Tribunal de origen, para que, con un tribunal compuesto por

magistrados diferentes, procediera al señalamiento y celebración de un nuevo juicio oral.

La estimación de este motivo haría innecesario el examen de los demás de este recurso y de los recursos interpuestos por los demás recurrentes.

**VOTO PARTICULAR que formula el Magistrado Don Alberto Jorge Barreiro a la sentencia nº 351/2012, de 7 de mayo de 2012, que resuelve el recurso de casación 11773/2011.**

**PRELIMINAR.** Comparto los argumentos que expone en su voto particular el Magistrado Don Miguel Colmenero Menéndez de Luarca sobre la falta de imparcialidad del Tribunal de instancia para conocer del enjuiciamiento en la presente causa, excepto los que recoge en el apartado uno del fundamento tercero, por los motivos que se expondrán en el fundamento cuarto de mi voto particular. Sin embargo, entiendo que no ha de estimarse en este caso el motivo de impugnación del recurrente Arnaldo Otegui referente a la falta de imparcialidad del Tribunal, puesto que concurren razones de fondo para dictar un fallo absolutorio al haber sido vulnerado en la sentencia el derecho fundamental a la presunción de inocencia de los acusados. De modo que la celebración de un nuevo juicio por falta de imparcialidad del Tribunal sentenciador les perjudicaría en la medida en que, con arreglo a las pruebas practicadas, debieron ser absueltos en este.

**PRIMERO. 1.** Tal como anticipé en el debate de las deliberaciones, mantengo una respetuosa discrepancia con la condena de los cinco recurrentes, al estimar —en contra de lo que se argumenta y decide en la sentencia mayoritaria— que no concurre prueba de cargo suficiente para enervar su derecho fundamental a la presunción de inocencia.

La tesis incriminatoria que se sostiene por el Tribunal de instancia aparece resumida en el folio 37 de la sentencia recurrida, dentro del apartado de la fundamentación. Allí se dice que la Audiencia *“ha podido constatar, por el resultado probatorio que más adelante se examinará, que los acusados Arnaldo Otegui Mondragón y Rafael Díez Usabiaga han realizado actos criminales que se enmarcan en la modalidad agravada de promoción y dirección, en tanto que los acusados Miren Zabaleta Tellería, Arkaitz Rodríguez Torres y Sonia Jacinto García han participado activamente en la modalidad simple de pertenencia activa a organización terrorista. Todos ellos formaban parte de un grupo escogido de las filas de la Izquierda Abertzale que, en plena connivencia y siguiendo las superiores directrices de la organización terrorista ETA, en la que se hallan integrados, diseñaban una estrategia de acumulación de fuerzas políticas soberanistas, que incluían a grupos políticos alejados de los designios de dicha organización terrorista y excluían al PNV, en aras de la consecución de la independencia del País Vasco y la implantación de un Estado socialista revolucionario. Objetivo que pretendían alcanzar mediante el uso preferente de la contienda política, pero sin abandonar la lucha armada, a la que de modo meramente utilitarista y táctico mantenían en segundo plano a fin de conseguir más adhesiones por parte de formaciones políticas remisas a compartir los postulados terroristas de ETA. En este reducido grupo de personas, indudablemente los dos primeros acusados desempeñaban tareas de impulsión, responsabilidad y coordinación, y ejercían evidente*

*influencia y predominancia respecto de los otros tres acusados”.*

Y en lo que se refiere al apartado de los hechos probados, se consideran los capitales o nucleares, a los efectos del juicio de subsunción en la norma penal, los siguientes:

Los acusados ***“se constituyeron en sujetos directamente receptores de las órdenes impartidas por ETA (en cuya organización terrorista están insertos) a la Izquierda Abertzale (a cuyo complejo organizativo sectorial aquellos pertenecen). ETA encomendó a los acusados nombrados la formación del organismo o comisión de coordinación y dirección que, en el seno de la Izquierda Abertzale, llevara a efecto la planificación y gestión de la nueva línea estratégica de acumulación de fuerzas políticas soberanistas que aquella organización terrorista ordenó en diciembre de 2008 que se creara, bajo su tutela y superior supervisión, en aras a la culminación del proceso independentista y de implantación del socialismo en los territorios que hoy agrupa a las Comunidades Autónomas de Euskadi y Navarra”*** (folio 10 de la sentencia; los subrayados, las palabras en cursiva y en negrita que se irán viendo en el desarrollo del voto particular son atribuibles al magistrado discrepante).

Tales hechos se habrían constatado, según la Audiencia, mediante prueba indiciaria. De tal forma que los hechos-consecuencia que se acaban de sintetizar por el propio Tribunal sentenciador se habrían acreditado mediante cinco hechos indiciarios base que se especifican en el folio 38 de la sentencia impugnada y que se exponen literalmente en los siguientes términos:

“1º. *Las reuniones reservadas que los acusados mantuvieron en la sede del sindicato LAB en la capital*

*donostiarra, después de la presentación pública del nuevo organismo o comisión efectuada el día 16 de marzo de 2009, a la que también acudieron personas representativas de los diversos sectores de la Izquierda Abertzale; de tales reuniones no se extendían actas, para evitar la difusión externa de lo tratado.*

*2º. Los desplazamientos que realizaron los acusados, unos el día 30 de abril y otros el día 21 de julio de 2009, a dos localidades francesas, para entrevistarse reservadamente y cambiar impresiones con distintas personas del entorno de ETA, adoptando los acusados durante el tiempo que permanecieron en el vecino país medidas de seguridad que garantizaban el sigilo sobre lo que trataban y sobre la identidad de las personas interlocutoras.*

*3º. La relación causa-efecto entre los documentos de ETA en los que se ordenaba a la Izquierda Abertzale emprender acciones de índole política, bajo el amparo de su prepotencia armada, y los documentos de la Izquierda Abertzale, aportados al procedimiento procedentes de otras causas en unos casos e incautados a los acusados en otros casos, cumpliendo aquellos mandatos, siendo los acusados quienes iban planificando y gestionando las acciones a emprender en el ámbito político.*

*4º. La idéntica nomenclatura o terminología empleada por ETA y la Izquierda Abertzale, representada por los acusados, en los documentos, comunicados y actos que exteriorizaban, tendentes al acopio de fuerzas políticas de la órbita soberanista, con exclusión del PNV, para crear un polo independentista que adoptara la posición política en la dualidad de facetas (política y militar) que desde su fundación, con diversidades de formas, siempre ha mantenido ETA.*

Y 5º. La palmaria ausencia de actuaciones en los acusados que denoten un verdadero y real distanciamiento de las tesis armadas y amparadoras de la violencia defendidas y ejecutadas por ETA, a cuya organización terrorista no critican cuando comete atentados sino que, muy por el contrario, reprochan a los órganos constitucionales del Estado la situación existente, por pretender acabar policialmente con la organización terrorista y no querer retomar el proceso de diálogo y negociación tantas veces roto”.

2. Las alegaciones de los recurrentes sobre la presunción de inocencia nos obligan a verificar si se han practicado en la instancia, con contradicción de partes, pruebas de cargo válidas y con un significado incriminatorio suficiente (más allá de toda duda razonable) para estimar acreditados los hechos integrantes del delito y la intervención de los acusados en su ejecución; pruebas que, además, tienen que haber sido valoradas con arreglo a las máximas de la experiencia y a las reglas de la lógica, constando siempre en la resolución debidamente motivado el resultado de esa valoración; todo ello conforme a las exigencias que viene imponiendo de forma reiterada la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SSTC 137/2005, 300/2005, 328/2006, 117/2007, 111/2008 y 25/2011, entre otras).

En lo que respecta a la prueba indiciaria, el Tribunal Constitucional viene sosteniendo desde sus primeras sentencias sobre la materia (SSTC 174/1985, 175/1985, 24/1997, 157/1998, 189/1998, 68/1998, 220/1998, 44/2000 y 117/2000) que a falta de prueba directa de cargo también la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento condenatorio, sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia.

Y en resoluciones posteriores (SSTC 111/2008 y 109/2009) ha considerado como requisitos imprescindibles para que opere la prueba indiciaria los siguientes: 1) que el

hecho o los hechos base (o indicios) estén plenamente probados; 2) los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos base completamente probados; 3) para que se pueda comprobar la razonabilidad de la inferencia es preciso que el órgano judicial exteriorice los hechos que están acreditados, o indicios, y sobre todo que explique el razonamiento o engarce lógico entre los hechos-base y los hechos-consecuencia; y 4) finalmente, que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común o, en palabras de la STC 169/1989, de 16 de octubre, “en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a criterios colectivos vigentes” (SSTC 220/1998, 124/2001, 300/2005, 111/2008, 111/2011 y 126/2011).

También ha advertido de forma insistente el Tribunal Constitucional que la existencia de indicios puede no ser suficiente para destruir la presunción de inocencia, en su vertiente de regla de juicio, a pesar de que se parta de una actividad probatoria lícita, tanto cuando el hecho-base excluye el hecho-consecuencia, como cuando del hecho-base acreditado no se infiere de modo inequívoco la conclusión a la que se llega, es decir, cuando se trata de una inferencia irrazonable o de inferencias no concluyentes por excesivamente abiertas, débiles o indeterminadas, lo que equivale a rechazar la conclusión cuando la deducción sea tan inconcluyente que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada (SSTC 189/1998, 220/1998, 124/2001 y 137/2002).

Y en cuanto a la constitucionalidad de la racionalidad y solidez de la inferencia en que se sustenta la prueba indiciaria puede establecerse tanto desde el *canon de su lógica o cohesión* (de modo que será irrazonable si los indicios acreditados descartan el hecho que se hace desprender de ellos o no llevan naturalmente a él), como desde su

*suficiencia o calidad concluyente* (no siendo, pues, razonable la inferencia cuando sea excesivamente abierta, débil o imprecisa). Se considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia en este ámbito de enjuiciamiento cuando la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada (SSTC 229/2003, 263/2005, 123/2006 y 66/2009).

Este Tribunal de Casación también tiene establecido de forma reiterada que la prueba indiciaria, indirecta o circunstancial presenta dos perspectivas relevantes para el control casacional: a) desde el punto de vista formal, deben constar los indicios o hechos-base plenamente acreditados que permitan acceder mediante un juicio de inferencia al hecho-consecuencia; el razonamiento de inferencia también ha de ser debidamente explicitado en la sentencia; y b), desde un punto material, el control casacional se contrae en la verificación de que existan varios indicios plenamente evidenciados, o uno de singular potencia acreditativa, de naturaleza inequívocamente incriminatoria, que no estén destruidos por contraindicios, que se refuercen entre sí, y que permitan obtener un juicio de inferencia razonable, entendiendo tal razonabilidad como "enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano", en términos del art. 1253 del Código Civil (SSTS. 1085/2000, de 26-6; 1364/2000, de 8-9; 24/2001, de 18-1; 813/2008, de 2-12; 19/2009, de 7-1; y 139/2009, de 24-2).

3. Al descender al **caso concreto** para operar con las pautas jurisprudenciales precedentes, se observan en la sentencia recurrida notables deficiencias en la técnica procesal utilizada para el análisis de la prueba indiciaria.

En efecto, el Tribunal sentenciador expone en el fundamento tercero de su resolución la motivación relativa a la prueba que le permite inferir los hechos que declara probados. Sin embargo, su discurso argumental no se ajusta

a la metodología analítica de la prueba indiciaria que se exige por el Tribunal Constitucional y por esta Sala. Pues lo que hace realmente es recoger en tres apartados (A, B y C) todos los datos probatorios que le han llevado a su convicción, datos que va exponiendo sin un examen crítico ni un análisis racional de los distintos elementos de prueba. Se limita, pues, a recoger en la fundamentación de la sentencia los distintos documentos intervenidos a ETA y a los acusados, las intervenciones en público de estos, los informes policiales, las declaraciones judiciales de los acusados y de los testigos, sin hacer un distingo claro de lo que considera prueba de cargo y de descargo y sin explicar cómo operan en el caso unas y otras. Y, lo que es más importante todavía, sin expresar cuáles son los juicios de inferencia que le llevan en el caso concreto desde los hechos indiciarios probatorios a los hechos-consecuencia probados, ni cuáles son las máximas de experiencia o las reglas de la lógica de lo razonable que aplica, ni la calidad o el grado de probabilidad inferencial que se obtiene en cada supuesto.

Lo procedente era exponer los hechos indiciarios incriminatorios y acto seguido argumentar, como requiere la jurisprudencia, con los razonamientos inferenciales y engarces lógicos que conducen desde tales hechos-base a los hechos declarados probados, especificándose así el grado de calidad o suficiencia del juicio de inferencia y también si, en el caso concreto, emergían o concurrían otras hipótesis fácticas alternativas que debilitaran el juicio probatorio al propiciar otras versiones de los hechos que pudieran favorecer a los acusados por introducir un margen de duda razonable en el argumento inferencial de cargo. Ese análisis individual y de conjunto de la capacidad explicativa de los indicios incriminatorios no se hace en la sentencia.

Una vez ejecutados los pasos anteriores, también tenían que recogerse los indicios de descargo o contraindicios, para determinar a continuación en qué medida propiciaban a través de juicios de inferencia hipótesis fácticas

alternativas contrarias o simplemente diferentes a las que se obtienen de los indicios incriminatorios de las acusaciones. Ello permitiría dilucidar si la hipótesis incriminatoria centrada en este caso en que los acusados pertenecen a la organización terrorista ETA se fundamenta en una inferencia excesivamente abierta, inconsistente o débil, o si, por el contrario, su plausibilidad indiciaria alcanzaba el grado de certeza exigible para sustentar una condena penal.

Solamente siguiendo una metodología que se ajuste a esas exigencias verificadoras puede llegar un Tribunal a una convicción fundada sobre el grado de certeza de los hechos-consecuencia que integran la premisa fáctica de la sentencia. Y desde luego el examen de la resolución recurrida pone de relieve que la Audiencia se ha limitado a ir sedimentando o acumulando el material probatorio con que contaba para formar su convicción, pero sin aplicar después los cánones analíticos necesarios para deslindar los indicios incriminatorios de los exculpatorios, y sin operar a continuación con los razonamientos inferenciales que le permitieran establecer el grado de consistencia de unos y otros, ni tampoco realizar una compulsa global entre ellos para acabar determinando con una base racional y razonable la solidez y calidad de la prueba indiciaria de cargo y de la de descargo.

Precisado lo anterior, intentaré en los fundamentos que se exponen a continuación realizar un examen de la prueba ajustándome a esas premisas metodológicas con el fin de ponderar cuál es el grado de certeza que se puede alcanzar con la prueba indiciaria de cargo, y, más en concreto, si esta es suficiente para acoger como ciertos los hechos declarados probados en la resolución cuestionada, a cuyos efectos resultará, obviamente, imprescindible ponderar asimismo el importante acervo de contraindicios que concurren en el caso.

**SEGUNDO.** Comenzaré, pues, por el examen de los **indicios incriminatorios** que recoge la Sala de instancia. Para ello seguiré un orden de análisis del quinteto de hechos indiciarios acorde con la relevancia que les adjudicó la Audiencia en el curso de su exposición y también la mayoría de esta Sala de Casación en el curso de las deliberaciones.

1. La sentencia impugnada refiere en primer lugar una serie de **documentos de la organización terrorista ETA** (folios 48 y ss.), cuyo contenido sustancial especifica, documentos que para el Tribunal de instancia constituyen una prueba evidenciadora de la subordinación de la Izquierda Abertzale a ETA, limitándose los acusados por tanto a cumplimentar, a través de la comisión u organismo de coordinación que constituyeron, las órdenes de la organización terrorista que se impartían en esos documentos, bajo el amparo de su prepotencia armada, según se acreditaría también por los documentos de la Izquierda Abertzale aportados a la causa, en los que se ejecutaban aquellos mandatos, siendo los acusados —dice la Sala de instancia— quienes iban planificando y gestionando las acciones a emprender en el ámbito político.

El **primero de los tres documentos** atribuidos a la organización terrorista ETA por el Tribunal de instancia data de la primavera de 2008 y se titula "*3. Aurrera begirako ildoak: Fase politikoaren ezaugarritzea/Línea de actuación de cara al futuro, caracterización de la fase política*". Se dice en la sentencia que es el resultado del amplio debate interno que vivió la organización durante gran parte del año 2007 y los primeros meses del año 2008, demostrándose en él la utilización del clásico modelo de estrategia político-militar, pero dando prioridad a la lucha armada sobre la contienda política (folios 48 y ss. de la sentencia).

El **segundo documento** de ETA que reseña la Audiencia data de diciembre de 2008 y se titula "*Herri antolatua en estrategia independentista baterantz. Nazio estrategia*

*askapen prozesuaren ergile/Hacia la estrategia independentista de una nación organizada. La estrategia nacional como motor del proceso de liberación".* Se afirma en la sentencia impugnada que con motivo de cumplirse en el año 2009 el 50 aniversario de su fundación, la organización terrorista publicó a finales de 2008 el importante documento de que se trata, donde dio un giro al planteamiento recogido en el documento de la primavera de 2008 antes mencionado, puesto que ahora hace primar, a efectos puramente estratégicos, la línea política sobre la lucha armada, a la que deja en un segundo plano, pero sin abandonarla. En él ETA dispone la creación de un frente soberanista entre todas las fuerzas políticas de la izquierda vasca que deje al margen al Partido Nacionalista Vasco, a cuyos militantes más abertzales se propone atraer, haciendo una programación a corto plazo que abarca el primer semestre del 2009, donde la Izquierda Abertzale ha de concurrir a una serie de eventos que exterioricen la nueva estrategia política, solapada en la estrategia militar (folios 8 y 9 de la sentencia).

Por último, el **tercer documento de ETA** que la Sala de instancia considera relevante para constatar la autoría delictiva de los recurrentes data de la primera semana de junio de 2009, y se titula "*BTGNari. Komunikazio Orokorra 0906 /Al BTGN. Comunicación General 0906*". En él, dice la sentencia cuestionada, ETA se dirige a "Bateragune" y hace balance de las acciones desarrolladas por la Izquierda Abertzale en cumplimiento de la planificación diseñada en diciembre de 2008, seguida por la Izquierda Abertzale en el documento de marzo de 2009 sobre valoración de las elecciones en el País Vasco y el camino a realizar de cara al futuro. ETA —señala la Audiencia— muestra su acuerdo sobre los actos llevados a efecto con motivo del Aberri Eguna unitario y la huelga general unitaria, pero muestra su desacuerdo con la opción de apoyar para las elecciones europeas del 7 de junio de 2009 a Iniciativa Internacionalista-La Solidaridad entre los Pueblos, en lugar de la candidatura de Eusko Alkartasuna, admitiendo una crisis de liderazgo y

recordando la primacía de su papel en la dirección y tutela del proceso soberanista que, en su nueva estrategia, estaba planificando y gestionando la Izquierda Abertzale a través de los acusados (folios 13,14 y 69 y ss. de la sentencia).

Pues bien, estos tres documentos de ETA son considerados por la Audiencia como indicios incriminatorios fundamentales para acreditar la tesis que se sostiene en la sentencia sobre la responsabilidad criminal de los cinco acusados. Tesis que se centra en la afirmación de que ***“estos se constituyeron en sujetos directamente receptores de las órdenes impartidas por ETA (en cuya organización terrorista están insertos) a la Izquierda Abertzale (a cuyo complejo organizativo sectorial aquellos pertenecen). ETA encomendó a los acusados nombrados la formación del organismo o comisión de coordinación y dirección que, en el seno de la Izquierda Abertzale, llevara a efecto la planificación y gestión de la nueva línea estratégica de acumulación de fuerzas políticas soberanistas que aquella organización terrorista ordenó en diciembre de 2008 que se creara, bajo su tutela y superior supervisión, en aras a la culminación del proceso independentista y de implantación del socialismo en los territorios que hoy agrupa a las Comunidades Autónomas de Euskadi y Navarra”*** (folio 10 de la sentencia).

Por consiguiente, según el núcleo del relato fáctico de la resolución recurrida, ETA designó a los acusados como los ejecutores de su estrategia política encomendándoles la formación del organismo o comisión que habría de gestionar en el seno de la Izquierda Abertzale la nueva estrategia que se había plasmado en los referidos documentos, entre los que prioriza el de diciembre de 2008 (*“Herri antolatua ren estrategia independentista bateranz. Nazio estrategia askapen prozesua ren ergile/Hacia la estrategia independentista de una nación organizada. La estrategia nacional como motor del proceso de liberación”*). Y, además,

afirma también que los cinco acusados “están insertos en la organización terrorista”.

Lo destacable, a los efectos del análisis de la prueba que se hará posteriormente, son las dos afirmaciones que aquí se hacen por el Tribunal de instancia. La primera que *los acusados son unos meros ejecutores de las órdenes políticas que les encomienda ETA*; y la segunda que —como consecuencia de lo anterior— *los cinco se hallan insertos o integrados en ETA*, dos de ellos incluso como dirigentes de la organización terrorista.

Pues bien, la primera afirmación la infiere la Sala de instancia fundamentalmente de los tres documentos anteriormente referidos, además de otros que después se citarán, y de los restantes cuatro indicios que en su momento se han anticipado.

En lo que respecta a la segunda afirmación inculpativa: *que los acusados están insertos en la organización terrorista*, la infiere la Sala del hecho de que ejecutaran las órdenes de ETA en cuanto a la línea política a seguir. De forma que podría entenderse que cualquier sujeto que siguiera la línea que le marcara ETA en el ámbito político, aunque esta fuera como en este caso opuesta a la violencia, pasaría a ser miembro de la organización, dado que esta mantiene una doble estrategia y no había abandonado en ese momento la lucha armada.

2. Como **indicios que complementan** a los referidos documentos cita la sentencia recurrida, con carácter prioritario, el dato de que la Izquierda Abertzale elaboró el documento titulado "*Eaeko hauteskundeen balorazioa eta aurrera begirako ildoak/Valoración de las elecciones en la Comunidad Autónoma Vasca y camino a realizar de cara al futuro*", documento que data de marzo de 2009. En él —dice la Audiencia— se contiene una planificación para el conjunto organizativo del Movimiento de Liberación Nacional Vasco de

actuaciones a desarrollar durante los meses de marzo a junio de 2009. En concreto se diseña un proceso de convergencia en cuatro etapas: Aberri Eguna unitario el día 12 de abril de 2009; primero de mayo unitario; huelga general el día 21 de mayo de 2009 de todos los agentes políticos y sociales soberanistas; y la candidatura soberanista única en las elecciones europeas convocadas para el día 7 de junio de 2009. Ello supone, según la sentencia recurrida, una concreción y desarrollo por la Izquierda Abertzale de la iniciativa de ETA fechada en diciembre de 2008, pues ambos documentos presentan similitudes esenciales, cuales son la fijación como objetivo de una alianza independentista a través de la aglutinación de fuerzas de ese cariz y la exclusión del PNV de cualquier acuerdo de convergencia.

También cita el Tribunal de instancia la rueda de prensa celebrada el día 16 de marzo de 2009 en el Hotel Barceló-Costa Vasca de San Sebastián, en la que comparecieron los ahora recurrentes, excepto la acusada Sonia Jacinto, acompañados de otras diez personas integrantes de varias organizaciones integradas en la Izquierda Abertzale. Señala la sentencia que en ese acto actuó de portavoz Arnaldo Otegui, que proclamó (“siguiendo las pautas marcadas por ETA en diciembre de 2008, ya mencionadas”) la necesidad de poner en marcha una estrategia independentista eficaz basada en sumar las fuerzas de quienes desde el campo político, sindical, social y popular estén dispuestos a unirse para abrir un proceso democrático que sitúe a los trabajadores en su eje. Para ello anunció que en las siguientes semanas su labor se centraría en contrastar sus análisis con otras fuerzas que también aspiren a construir un Estado. Según el referido portavoz, ese intento de unir esfuerzos tendría dos objetivos. Por un lado, "abrir el proceso democrático que necesita Euskal Herria, para que por medio de la negociación y el acuerdo nos lleve a un escenario político en el que todos los proyectos políticos, incluidos el independentista, no sólo sean defendibles sino que sean también alcanzables, *sin más limitación que la voluntad*

*popular expresada de forma libre, democrática y pacífica*". Por otro lado, hay que "volver a situar a los trabajadores y a los sectores populares de este país en el centro de los intereses políticos, económicos y sociales de Euskal Herria".

En igual sentido señala la Audiencia como indicio corroborador de su narración fáctica incriminatoria el comunicado de ETA titulado "*Euskadi Ta Askatasunaren Agiria Euskal Herriari/Comunicado de Euskadi Ta Askatasuna a Euskal Herria*", con motivo del Aberri Eguna a celebrar el día 12 de abril de 2009. Con él, según se recoge en la sentencia (folio 66), ETA quiso hacer llegar a la sociedad vasca, y en especial al sector abertzale, una serie de reflexiones reivindicativas de su papel de vanguardia en la lucha armada por la independencia de Euskal Herria; amenaza a los gobernantes democráticamente elegidos bajo el argumento de la celebración de unas elecciones supuestamente fraudulentas y encomienda al Movimiento de Liberación Nacional Vasco la labor de conformar un polo soberanista que posibilite el cambio político.

En la misma dirección incriminatoria refiere la Audiencia otro comunicado de ETA titulado "*Euskadi Ta Askatasunaren Agiria Euskal Herriari/Comunicado de Euskadi Ta Askatasuna a Euskal Herria*", con motivo del Gudari Eguna (Día del Gudari), publicado en el diario Gara el día 27 de septiembre de 2009. En él —argumenta la Sala de instancia— ETA hace un panegírico de sus militantes fallecidos y encarcelados por sus actividades terroristas, y se ratifica en su posición de garante de la estrategia independentista de Euskal Herria desde su papel predominante como detentador de la lucha armada. Una vez más delega en las organizaciones que conforman la Izquierda Abertzale la labor negociadora y de aglutinación del sector soberanista del País Vasco.

Con el mismo perfil incriminatorio, recoge la Sala sentenciadora como indicio complementario de los tres

documentos capitales reseñados al inicio una entrevista a dos miembros de ETA en el periódico Gara, publicada el día 25 de mayo de 2009 (folios 68 y 69 de la sentencia). El carácter inculpatorio del documento periodístico obedece a que en el curso de la entrevista los etarras mostraron una postura favorable a la iniciativa emprendida a través de la rueda de prensa celebrada el 16 marzo de 2009 en San Sebastián por cuatro de los acusados y otras diez personas.

Por último, se exponen también como indicios incriminatorios que reforzarían y reafirmarían el contenido inculpatorio de los documentos de ETA cinco comunicados de prensa de la Izquierda Abertzale, correspondientes a los meses de junio, julio y agosto de 2009, en los que los acusados se abstuvieron de criticar los actos terroristas perpetrados y sugirieron —dice la sentencia— que los mismos ocurren porque no se ha reanudado el proceso de negociación entre ETA y el Estado español.

3. Pues bien, esta prueba documental, que integra el grueso del acervo indiciario incriminatorio de la sentencia recurrida, no se considera prueba de cargo suficiente para sustentar la premisa fáctica que acoge la Audiencia, insuficiencia que tampoco se solventa complementando la documentación con los otros cuatro hechos indiciarios que se analizarán en su momento, que presentan una consistencia y enjundia sin duda todavía inferior.

Se está, pues, ante un material probatorio indiciario que, como se verá, no excluye otras hipótesis fácticas alternativas que favorecen a los acusados y generan una grave incertidumbre sobre la calidad y suficiencia del juicio de inferencia que hace la Sala de instancia, juicio que, además, tal como se expuso *supra* no ha sido desarrollado por la Audiencia con el preciso iter discursivo que conduce del indicio al hecho probado, ni en lo que se refiere a su consistencia interna, ni mucho menos en lo que atañe a su

compulsa con los relevantes contraindicios que después se referirán.

**TERCERO.** Frente a la tesis de la sentencia recurrida de que los acusados actuaron como meros mandatarios ejecutores de la nueva línea estratégica de ETA, asumiendo así lo que esta les ordenaba como integrantes de la organización, concurren, como anticipé, otras hipótesis fácticas alternativas. Entre ellas, sobresale la que sostiene que los acusados actuaron siguiendo una línea política autónoma y no como meros mandatarios ejecutores de las consignas de ETA. De modo que se ajustaban a unos criterios de actuación en el marco de la política vasca que, defendiendo una opción soberanista e independentista en el ámbito político, se oponían de forma patente a la aplicación de cualquier medio violento para alcanzar sus objetivos políticos. Por lo cual, no cabría inferir indiciariamente ni su sumisión a las órdenes de ETA ni su integración en la organización terrorista.

A tal efecto, resulta imprescindible efectuar un análisis tanto de los **indicios documentales** que se han reseñado en el fundamento anterior con el fin de verificar **las quiebras y vacíos de su racionalidad interna**, como un examen singularizado del acopio de contraindicios que constan en la causa denotativos de la actuación autónoma de los acusados. La ponderación de los contraindicios mostrará la existencia de una ostensible discrepancia entre la estrategia político-militar de ETA y la estrictamente política de los acusados, con oposición a cualquier opción de carácter violento para la consecución de los objetivos políticos soberanistas o independentistas que postulan.

1. Para empezar, he de precisar algunas quiebras argumentales en la interpretación incriminatoria que hace la Audiencia sobre **los tres documentos de ETA** que se han especificado en el apartado 1 del fundamento anterior. Pues, en primer lugar, el documento titulado "*3. Aurrera begirako ildoak: Fase politikoaren ezaugarritzea/Línea de actuación*

*de cara al futuro, caracterización de la fase política",* que data de la primavera de 2008, nada relevante aporta en orden a la tesis inculpatoria de la sentencia, habida cuenta que en él, tal como se admite por el Tribunal de instancia, ETA sigue manteniendo la doctrina terrorista tradicional de la doble vía; es decir, el llamado desdoblamiento estratégico militar y político, dándole prioridad a la lucha armada, tal como se afirma en la propia sentencia recurrida (folios 7 y 8). No se desprende por tanto de ese documento una nueva vía estratégica orientada a la postergación de la lucha armada.

2. El segundo documento: "*Herri antolatuaren estrategia independentista bateranz. Nazio estrategia askapen prozesuaren ergile/Hacia la estrategia independentista de una nación organizada. La estrategia nacional como motor del proceso de liberación*", que data de diciembre de 2008, es al que atribuye una especial trascendencia la Audiencia en su convicción inculpativa, al considerar que da un giro al planteamiento recogido en el documento de la primavera de 2008 antes mencionado, puesto que ahora hace primar, a efectos puramente estratégicos, la línea política sobre la lucha armada, a la que deja en un segundo plano, pero sin abandonarla.

Este documento, como los restantes, se plasma en la sentencia impugnada pero sin que la Sala de instancia haga después un análisis de sus párrafos más significativos. La lectura del documento permite apreciar que el giro al que se refiere la sentencia no tiene la entidad y alcance que pretende el Tribunal sentenciador, ya que varios apartados de su contenido impiden hablar de un cambio cualitativo de ETA que anunciara un giro sustancial hacia una opción política que excluyera la lucha militar y facilitara como única vía la acción política de la Izquierda Abertzale.

En efecto, en el documento se afirma que "*La Organización, por tanto, debe seguir profundizando en la*

*fase estratégica. Debe seguir profundizando en la vía que incide en la consecución de un proceso democrático para Euskal Herria. Y también debe desarrollar la negociación política con el estado español. Al mismo tiempo, las acciones habrán de ser continuas y dinámicas. Y en ningún caso una línea puede desvirtuar ni entorpecer a la otra y viceversa. Como resultado de una óptica político-militar, y de cara a que durante los próximos años se quiere conseguir una mayoría social y política, debemos continuar ajustando la estrategia de la lucha armada al nivel de lucha que el pueblo requiere; por un lado, aumentando el nivel de compromiso para con la lucha popular y por otro, empleando la lucha armada como método de enseñanza”* (folio 60 de la sentencia).

Y también se dice que **“ETA tiene la legitimidad armada: porque una nación organizada tiene todo el derecho de responder con armas a la imposición que con armas se ha hecho de España”** (folio 60). A lo que ha de sumarse una referencia a acciones violentas contra el PNV y el TAV (tren de alta velocidad).

De otra parte, tampoco presenta una especial significación, en contra de lo que dice la Audiencia, la coincidencia de las actividades de la Izquierda Abertzale con motivo del Aberri Eguna o del Gudari Eguna y lo que se expone en el documento, dado que la Izquierda Abertzale acostumbra a movilizarse con motivo de tales celebraciones. Y en cuanto a la intervención en las elecciones al Parlamento Europeo, tal como se argumentará al tratar el tercer documento, aportan mayores argumentos exculpatorios que incriminatorios contra los acusados.

Sí se considera, en cambio, que presentan especial relevancia en el plano fáctico y también en el jurídico los criterios que aplicó el Tribunal Constitucional cuando, en su sentencia 61/2011, de 22 de mayo, conoció del recurso de amparo interpuesto por la coalición electoral "Bildu-Eusko

Alkartasuna–Alternatiba Eraikitzen” contra la Sentencia de 1 de mayo de 2011, dictada por la Sala Especial del art. 61 LOPJ del Tribunal Supremo en los recursos contencioso–electorales núms. 2/2011 y 4/2011.

En la sentencia del Tribunal Constitucional, que estimó el amparo y declaró la nulidad de la sentencia recurrida de la Sala Especial del art. 61, fue examinado, entre otros, como prueba para fundamentar la ilegalización de Bildu el documento que ahora ocupa nuestra atención: *"Herri antolatuaeren estrategia independentista bateranz. Nazio estrategia askapen prozesuaren ergile/Hacia la estrategia independentista de una nación organizada. La estrategia nacional como motor del proceso de liberación"* (fundamento 8 de la sentencia del TC).

Pues bien, el Tribunal Constitucional argumentó, con respecto a ese documento y a otros que fueron presentados por las partes demandantes, (Ministerio Fiscal y Abogacía del Estado) que *“Sobre la base de los referidos documentos puede admitirse que razonablemente se deduzca que, en efecto, ETA y el partido político ilegalizado Batasuna, como se afirma en la Sentencia, han propugnado “una estrategia de convergencia con otras fuerzas de la izquierda abertzale que le[s] permitiera articular una presencia electoral bajo la cobertura de partidos políticos legales” e, incluso, que aquella organización terrorista y el partido ilegalizado hayan dirigido “sus esfuerzos a la búsqueda de acuerdos electorales” con los partidos políticos Eusko Alkartasuna y Alternatiba. Pero que hayan instrumentalizado a la coalición recurrente en amparo o que ésta o los partidos políticos que la integran hayan dejado instrumentalizar sus candidaturas a aquel fin es una conclusión que no puede alcanzarse sobre esa base, del modo que constitucionalmente es exigible para limitar el derecho de participación política que en el presente recurso de amparo está en juego. Se trata de conductas ajenas, en este caso documentos ajenos,*

***que lo único que acreditan es la referida estrategia de la organización terrorista y del partido político ilegalizado, pero no la instrumentalización de la coalición electoral al servicio de dicha estrategia”*** (fund. 8).

Y más adelante se dice en la misma sentencia que ***“Aun admitiendo, en hipótesis, que el designio defraudador de ETA y Batasuna les hubiera llevado a pretender la orquestación de candidaturas electorales a su servicio, lo cierto es que los elementos objetivos utilizados por la Sala, conjuntamente considerados, no abonan en los términos constitucionalmente exigibles la idea de que esa pretensión se haya materializado, precisamente, con las candidaturas presentadas por la coalición recurrente, ni, en definitiva, que ésta se haya dejado instrumentalizar a tal fin”*** (fund. 9).

Más aún: en el mismo fundamento noveno razona el TC que ***“este Tribunal ha de insistir una vez más en que la izquierda abertzale como expresión ideológica ‘no ha sido proscrita de nuestro ordenamiento ni podría llegar a serlo sin quiebra del principio pluralista y de los derechos fundamentales a él conexos’ y que las ideologías son en el ordenamiento constitucional español absolutamente libres y deben encontrar en el poder público la primera garantía de su indemnidad, a la que no pueden aspirar, sin embargo, quienes se sirven para su promoción y defensa de medios ilícitos o violentos y se sirven de la intimidación terrorista para la consecución de sus fines. En definitiva, ‘son esos medios y no las ideas o los objetivos políticos pacíficamente perseguidos a los que está destinada la reacción del poder público en defensa del marco de convivencia pacífica diseñado por el constituyente para que en él tengan cabida todas las ideas”*** (SSTC 99/2004, de 27 de mayo; y 126/2009, de 21 de mayo).

Así las cosas, si el Tribunal Constitucional no considera suficiente prueba indiciaria la existencia del referido documento y de otros más que cita en la misma línea política, para entender que la coalición electoral que aparece integrada por Bildu es un mero instrumento de ETA y de algún partido ya ilegalizado, y por tanto estima el amparo y anula la ilegalización de la Coalición que había decidido la Sala Especial del art. 61 de la LOPJ, no parece razonable asumir la especial relevancia de esos mismos documentos para inferir no la mera ilegalización de una coalición electoral y la limitación por tanto del derecho de sufragio pasivo (art. 23 de la CE), sino nada menos que para colegir indiciariamente la base fáctica de una condena penal a importantes penas privativas de libertad. De modo que se fundamente, como sucede en la sentencia recurrida y en la mayoritaria de la que discrepo, que los documentos citados son una prueba especialmente relevante para considerar que la actividad política de los cinco acusados —apartada de la violencia, a la que incluso de forma expresa y específica denuestan en sus diferentes declaraciones como medio para hacer política— sirvan como prueba documental consistente para privar de libertad a una persona durante varios años.

A este respecto, conviene recordar que los acusados eran personas que actuaban políticamente en la línea política de Bildu y postulaban y promovían en sus declaraciones esta coalición electoral. Lo razonable es por tanto concluir que la documentación que no se consideró suficiente para ilegalizar a aquella mucho menos ha de serlo para condenar penalmente a sus valedores, aunque estos procedan del mundo de Batasuna. Pues, según se acaba de exponer, el propio TC afirma que la Izquierda Abertzale como expresión ideológica no ha sido proscrita de nuestro ordenamiento ni podría llegar a serlo sin quiebra del principio pluralista y de los derechos fundamentales a él conexos, siempre que no se sirvan para su promoción y defensa de los medios ilícitos o violentos.

El enlace o la vinculación inferencial que hace la sentencia recurrida entre la existencia de los documentos de ETA y la actividad política contraria a la violencia que desarrollan los acusados, con base en el mero hecho de que es ejecutada por estos en los meses posteriores a los referidos documentos, carece, pues, a tenor de la propia jurisprudencia del TC, de la consistencia indiciaria imprescindible para apoyar una condena penal.

Y es que si la prueba indiciaria alberga siempre un importante grado de complejidad al ponderar su eficacia verificadora debido a que el juicio inferencial entre el hecho-base y el hecho-consecuencia se sustenta en máximas de experiencia, reglas del criterio humano y criterios colectivos vigentes que deben instrumentarse con suma cautela, tales recelos se incrementan todavía en mayor medida en supuestos como el enjuiciado, en el que los hechos indiciarios no aparecen integrados por datos empíricos singulares y de una estructura sustancialmente naturalística, sino más bien en documentos programáticos de una organización terrorista de los que se pretende extraer en la sentencia, mediante inferencias siempre tácitas, que una actuación política próxima en el tiempo que presente una coincidencia con los objetivos políticos que aparecen en tales documentos ha de integrar a los activistas en la organización armada.

Las pruebas aportadas por la acusación, sobre todo los documentos de ETA y otros que se relacionan con el mundo abertzale, tienen una importancia insoslayable a hora de fundamentar las demandas de los procedimientos de ilegalización de los partidos políticos, en cuanto que se trata de constatar la permanencia en la actividad política de partidos ya ilegalizados. Sin embargo, las cosas cambian sustancialmente cuando se pretende fundamentar la condena penal por delitos de terrorismo de varios sujetos que se hallan detrás de esos partidos. Aquí las pruebas ya no pueden reducirse a acreditar la conexión o vinculación entre

documentos y entre grupos de personas, sino que han de proporcionar datos concretos relativos a hechos individuales de los acusados y a conductas personales que los incriminen. Y lo que se observa mediante un examen global de esta causa que ahora enjuiciamos es un déficit probatorio derivado de aplicar un tipo de investigación idóneo para ilegalizar partidos políticos pero insuficiente y precario cuando se trata de probar conductas punibles de unos sujetos determinados. Ni los medios de investigación pueden tener el mismo objetivo e igual nivel de concreción, ni tampoco la calidad y consistencia de las inferencias probatorias han de ser las mismas en unos procedimientos y en los otros.

En la sentencia comentada del Tribunal Constitucional (62/2011) se excluía la inferencia de la derivación de una coalición electoral de la organización terrorista ETA por el mero hecho de que sus programas políticos independentistas coincidieran y su programación en el tiempo también fuera próxima. Y ahora lo que se pretende es que se condene penalmente a las personas que, en alguna medida, pudieron preconfigurar o planificar esas coaliciones al programar una línea independentista de la que se excluyen métodos de violencia, pero que pudiera favorecer una estrategia de ETA que en su contenido político postulara la misma tesis política soberanista o secesionista.

Al hilo de lo expuesto, también procede recordar que la sentencia del Tribunal Constitucional 62/2011 advierte que “nadie es responsable de los comportamientos ajenos, por próximos o coincidentes que puedan ser con las conductas propias” (fund. 12).

Frente a todo ello, no cabe decir que además de esos documentos concurren otras pruebas complementarias, dado que, tal como se ponderará *infra*, la entidad de estas carece de solidez, máxime si se ponderan los distintos contraindicios que se irán desgranando en los siguientes apartados.

En efecto, la rueda de prensa celebrada en un hotel se San Sebastián por 14 personas, entre ellas cuatro de los acusados, lo único que hace es reforzar la línea política independentista que ha seguido de siempre la Izquierda Abertzale, sin que se tenga conocimiento que de los pronunciamientos y declaraciones allí proferidos se desprenda la postulación de la violencia como medio político, sino más bien lo contrario.

Y en lo que respecta a los comunicados de ETA y a las entrevistas de sus miembros apoyando a la Izquierda Abertzale no contienen datos incriminadores para los integrantes de esta, puesto que en lo referente a los objetivos políticos siempre han tenido los mismos. Lo que realmente los distingue son los medios, que no es una diferencia secundaria o banal, sino de índole sustantivo y primordial.

3. En la misma línea de constatar la autonomía política de los acusados con respecto a la organización terrorista ETA es importante reseñar algunos de los párrafos del documento "*BTGNari. Komunikazio Orokorra 0906 /Al BTGN. Comunicación General 0906*", a través de los cuales se infiere que el contenido del documento más que incriminatorio resulta exculpatario para los recurrentes.

Me refiero en concreto al apartado de la sentencia en el que la Audiencia afirma que ETA muestra su desacuerdo con la opción de apoyar para las elecciones europeas del 7 de junio de 2009 a Iniciativa Internacionalista (Izquierda Castellana), en lugar de la candidatura soberanista de Eusko Alkartasuna, admitiendo una crisis de liderazgo y recordando la primacía de su papel en la dirección y tutela del proceso soberanista (folios 69 y 70 de la sentencia).

El documento de la organización terrorista también incide en que para abrir un proceso no tiene que haber un contacto basado en que ETA haga un alto el fuego. "ETA no

llevará a cabo ningún alto el fuego en (sic) esos parámetros después de la experiencia del proceso anterior. Para tratar sobre el alto el fuego —dice el documento de la organización terrorista— hay que acudir a la ventanilla de ETA, no donde la Izquierda Abertzale” (sic). Y más adelante en ese primer apartado del documento se hace referencia a las disensiones internas en la Izquierda Abertzale y de esta con ETA debido al debilitamiento de sus estructuras por la actuación policial (folio 71 de la sentencia).

En el apartado segundo del documento, dedicado a las elecciones europeas, es donde se describe una fuerte crítica de ETA a la opción por la que se decantó la Izquierda Abertzale, reclamando ETA su liderazgo en todo el entramado del abertzalismo. Se recrimina a la Izquierda Abertzale que seleccionara como compañero electoral a Iniciativa Internacionalista. La Organización aparece preocupada, sobre todo porque quedó del todo claro a principios de año en el Área de Dirección de Batasuna el debate sobre ello y porque la decisión fue clara.

La sentencia recurrida recoge a continuación el siguiente párrafo del referido documento de ETA: *“leídas las actas de la banda, siendo pocas las favorables a esa propuesta, porque (sic) observamos la argumentación en contra. Estando así las cosas como consecuencia de ese debate, no entendemos de ninguna manera el que la banda haya tomado esa decisión. Y, a propósito o sin él, volvemos de nuevo a las dudas de hace unos meses: ¿Dónde se toman las decisiones? ¿Hay alguien desarrollando la línea fuera de la dirección? Nosotros no andamos con la intención de buscar ‘el enemigo dentro de la casa’, pero, una vez leídas las comunicaciones y las actas se nos hace difícil ver el recorrido para llegar a esa decisión, si no es que la legalidad nos ciega y aparecemos dispuestos a separarnos del recorrido de diez años de estrategia nacional en pago a ello. Teníamos como prioridad en la Izquierda Abertzale la opción de Hostoa (“El árbol”, en clara*

referencia al logotipo de Eusko Alkartasuna). *Esa opción aun así no pudo salir*” (folio 71 de la sentencia).

El tercer apartado del documento estudiado (folios 72 a 74 de la sentencia) se titula "*proceso de reflexión de la Izquierda Abertzale*", y en él se menciona —según argumenta la sentencia— un informe de estrategia inacabado que estaba elaborando la Izquierda Abertzale y que había sido debatido y hablado previamente, al que ETA pone reparos en evitación de las muestras de desviacionismo que su texto denota. La organización terrorista —señala la Audiencia al introducir el contenido de ese apartado del documento de ETA— sigue reafirmando en su primordial papel en el devenir del abertzalismo y marca un calendario de cinco años para que se desarrollen aquellas iniciativas políticas.

De inicio, se señala en el documento según la sentencia, ETA manifiesta a la Izquierda Abertzale que la circunstancia de que *“el informe esté sin cerrar es una consecuencia de la situación de la estructura de la Izquierda Abertzale; aun así, según nuestra opinión, con la reunión hecha en marzo, con el debate que ha habido y con los informes repartidos es difícil entender cómo todavía no está cerrado”* (folio 72 de la sentencia).

Y sobre el mismo informe de la Izquierda Abertzale dice también ETA en el documento lo siguiente: *“ETA manifiesta que es un informe incompleto; debía explicar cuál era el rumbo de la Izquierda Abertzale y el núcleo de la línea de trabajo. Pero no se hace eso. El informe se podría titular ‘Diseño del Proceso Democrático’, pero no es el informe de la estrategia política; el informe es parcial y en esa parcialidad se trabaja solamente sobre el diseño del Proceso Democrático y sobre el camino para llegar a eso; ese informe no puede ser el informe de la estrategia de la Izquierda Abertzale, porque es totalmente parcial. Es un informe hecho desde la equívoca óptica de la necesidad del Proceso. Ese informe puede servir para debatir sobre el*

*diseño del Proceso Democrático, pero ese diseño del Proceso vuelve a reunir muchos puntos de vista que no son compartidos por la Organización. Nos irrita enormemente que se siga debatiendo sobre un modelo de proceso que no es compartido por la Organización”* (folio 73 de la sentencia).

Pues bien, todos estos párrafos que se acaban de plasmar y otros más relativos al documento de ETA "*BTGNari. Komunikazio Orokorra 0906 /Al BTGN. Comunicación General 0906*", extraídos de los folios 69 a 74 de la sentencia recurrida, resultan evidenciadores de que los acusados no podían ser unos meros ejecutores de las órdenes de ETA. Pues ni se ajusta su conducta a los deseos de la organización terrorista en un punto tan sumamente importante como la elección de la coalición que se iba a formar para las elecciones al Parlamento Europeo, dado que la Izquierda Abertzale optó por la agrupación castellanista “Iniciativa Internacionalista” (constituyendo la coalición electoral “Iniciativa Internacionalista–La Solidaridad entre los Pueblos”) en lugar de elegir una agrupación de la izquierda soberanista vasca, ni se sometió la dirección abertzale a los parámetros que sostenía o postulaba ETA para planificar la política de los siguientes años.

La lectura de esos párrafos es significativamente reveladora de que la Izquierda Abertzale, y dentro de ella como sus dirigentes los cinco acusados, seguían su propia línea política, concurriendo fuertes disensiones —según el documento que desarrolla la propia Sala de instancia— tanto en la propia Izquierda Abertzale como, fundamentalmente, con respecto a ETA. De modo que, siendo cierto que la organización terrorista confeccionaba y distribuía sus propios documentos intentando con ello que la Izquierda Abertzale siguiera las líneas que intentaba marcar, sus propuestas (así se las viene a denominar en la propia sentencia impugnada) tenían escaso éxito, a tenor de las quejas que hace la propia ETA en ese documento. Y es que una cosa era lo que la

organización terrorista pretendía y proponía, y otra distinta lo que hacía la Izquierda Abertzale.

Siendo así, no parece razonable que en la sentencia recurrida se declare probado que los acusados eran unos meros ejecutores de la política de ETA, desterrando con tal afirmación fáctica de su discurso probatorio las consecuencias pertinentes que se extraen de unos párrafos que evidencian una situación que aboca a unas conclusiones muy dispares de las que se obtienen por la Audiencia.

**CUARTO 1.** Un examen aparte merece, entre los cuatro indicios incriminatorios de la resolución recurrida que restan por examinar, el relativo a la **no condena de la violencia de ETA** por parte de los acusados. Una lectura exhaustiva de la sentencia permite comprobar que la Audiencia acaba convirtiendo la no condena de la violencia de ETA en un argumento que repite reiteradamente en el curso de toda la fundamentación. Cada vez que aflora algún dato o contraindicio que debilita la hipótesis fáctica acusatoria, circunstancia que sucede con asiduidad en el desarrollo de la sentencia, la Audiencia aplica siempre el mismo antídoto argumental: acude al hecho apodíctico de que los acusados no cuestionaron ni condenaron la violencia de ETA ni exigieron que esta abandonara la lucha armada.

Así se comprueba en los folios 10, 11, 12, 18, 20, 38, 62, 77, 86, 93, 96, 108, 109 y 117 de la sentencia recurrida.

Sobre este extremo referente a la omisión de la condena de los actos violentos de ETA ha argumentado el Tribunal Constitucional en su sentencia 126/2009, de 21 de mayo (en la que anula la ilegalización de la proclamación de la candidatura a las elecciones a Diputados del Parlamento Europeo de la coalición electoral “Iniciativa Internacionalista-La Solidaridad entre los pueblos”), que *“la negativa a condenar expresamente el terrorismo no es, por tanto, indicio bastante para acreditar per se una voluntad*

*defraudatoria como la contemplada por el art. 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” (STC 68/2005, de 31 de marzo). Doctrina que volvió a reiterar en la sentencia 62/2011, de 5 de mayo.*

Así las cosas, y puesto que la negativa a condenar el terrorismo no es un indicio suficiente para constatar una voluntad defraudatoria electoral, mucho menos podrá constituir un argumento relevante para fundamentar una condena penal. Por ello no puede compartirse el reiterado argumento de la sentencia recurrida cuando, ante la insuficiencia de los indicios incriminatorios o la solidez y consistencia de algunos de los contraindicios alegados y probados por las defensas, pretende desarbolarlos con el simple dato indiciario de que los acusados no han condenado el terrorismo o no han exigido a ETA un alto el fuego o la entrega de las armas.

A este respecto, ha de tenerse muy presente que ahora no estamos ante un procedimiento contencioso-electoral, en el que la decisión final puede anular la proclamación de candidaturas electorales, sino que nos hallamos en un proceso penal en el que se están solicitando e imponiendo elevadas penas privativas de libertad. De modo que aunque en aquellos casos están en juego, ciertamente, derechos fundamentales de participación política (art. 23 CE), en el proceso penal que ahora se sustancia se dirime el derecho fundamental a la libertad de los cinco acusados.

Como es sabido, en los procesos penales el acusado, a tenor de lo que preceptúa la norma suprema del ordenamiento jurídico, no está obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable (art. 24.2 CE). Y en el mismo sentido dice el art. 520 de la LECr.: toda persona detenida o presa será informada de su derecho a guardar silencio no

declarando si no quiere, a no contestar a alguna o algunas de las preguntas que se le formulen, o a manifestar que solo declarará ante el Juez.

El derecho del acusado al silencio es una garantía procesal que se remonta a la época de la Ilustración, liberándole de declarar y de decir la verdad en el caso de que declare, y aparece plasmado en la máxima “*nemo tenetur se detegere*”.

Siendo así, las reiteradas consideraciones que se hacen en la sentencia recurrida sobre la omisión de la condena del terrorismo por parte de los acusados no se ajustan a los principios que rigen en el proceso penal sobre la carga de la prueba, ya que tal omisión no puede entenderse como un indicio incriminatorio que contrarreste los diferentes hechos indiciarios que les favorecen. La condena del terrorismo podría, pues, beneficiarles como un contraindicio exculpatario, pero no puede perjudicarles como dato indiciario incriminatorio la negativa a pronunciarse sobre esa cuestión.

Por ello, discrepo de los argumentos del fundamento tercero (apartado 1) del voto particular relativo a la falta de imparcialidad del Tribunal de instancia cuando, basándose en la jurisprudencia que cita del Tribunal Constitucional y de la Sala del art. 61 del Tribunal Supremo relativa a recursos contenciosos–electorales, acaba concluyendo que la negativa a la condena del terrorismo puede ser valorada como un elemento relevante para establecer la pertenencia del acusado Arnaldo Otegui a la organización terrorista ETA. Pues en un proceso penal la negativa a declarar sobre cualquiera de los extremos fácticos objeto de la causa no puede operar como prueba de cargo contra el acusado, debiendo ser contemplada únicamente como una oportunidad perdida de debilitar o desvirtuar la prueba de cargo que obra en su contra.

2. En el curso de las deliberaciones, al examinar esta cuestión, se sacó a colación la conocida como “**doctrina Murray**”, con la pretensión de enfatizar el significado incriminatorio de la omisión de la condena del terrorismo de ETA por parte de los acusados.

En la STEDH de 8 de febrero de 1996 (conocida como el *caso Murray*), se enjuició el supuesto de un ciudadano que fue detenido, junto a otras siete personas, por los delitos de pertenencia a la organización armada de la República de Irlanda (IRA), de conspiración para el asesinato y de la detención ilícita de una persona. Murray permaneció en silencio durante su interrogatorio, en el que careció de asistencia legal hasta transcurridas 48 horas. En el juicio posterior tampoco alegó nada en su defensa para explicar su presencia en el lugar de los hechos. Finalmente, el juez, valorando las pruebas presentadas por el fiscal y ante la ausencia de declaración alguna por parte del acusado, le condenó por instigar y ayudar a la detención ilícita.

El señor Murray acudió ante la Comisión y denunció la violación de los arts. 6.1 y 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, alegando que fue privado de su derecho a guardar silencio en el procedimiento penal contra él. Adujo que el Tribunal británico extrajo importantes consecuencias derivadas de su permanencia en silencio, tanto en el interrogatorio policial como durante el proceso, en aplicación de la Ordenanza de 1988 sobre la prueba criminal en Irlanda del Norte. Esas deducciones —señaló— fueron decisivas para determinar su culpabilidad, enervando así el principio de presunción de inocencia e invirtiéndose la carga de la prueba.

El TEDH precisó que, aunque no esté específicamente mencionado en el Convenio, es inherente a la noción de proceso justo del art. 6 el derecho a permanecer en silencio y a no declarar contra sí mismo. Del mismo modo, recordó que no son derechos absolutos ya que, en determinadas

ocasiones, el silencio del acusado puede tener consecuencias a la hora de evaluar las pruebas en su contra durante el juicio.

El Tribunal estableció que la cuestión a dirimir en cada caso particular es la de si la prueba aportada por el acusador es lo suficientemente sólida para exigir una respuesta. El Tribunal nacional no puede concluir que el acusado sea culpable simplemente porque ha escogido guardar silencio. Solo en los casos en que la prueba existente en contra del acusado —dice el TEDH—le coloque en una situación en la que le sea exigible una explicación, su omisión puede, como razonamiento de sentido común, permitir sacar en conclusión la inferencia de que no ha habido explicación y de que el acusado es culpable. Contrariamente, si la acusación no ha aportado pruebas lo suficientemente consistentes como para exigir una respuesta, la ausencia de explicación no debe ser suficiente para concluir en una declaración de culpabilidad.

El Tribunal Constitucional ha examinado la doctrina del “Caso Murray” en diferentes ocasiones en que le fue alegada en amparo por sujetos condenados en la vía penal.

Y así, en la **sentencia 26/2010, de 27 de abril**, el Tribunal Constitucional argumentó lo siguiente: *“pone el acento también la demandante en la improcedencia de utilizar su silencio en juicio como elemento fundamentador del pronunciamiento condenatorio. A este respecto, hemos afirmado que “ante la existencia de ciertas evidencias objetivas aducidas por la acusación como las aquí concurrentes, la omisión de explicaciones acerca del comportamiento enjuiciado en virtud del legítimo ejercicio del derecho a guardar silencio puede utilizarse por el Juzgador para fundamentar la condena, a no ser que la inferencia no estuviese motivada o la motivación fuese irrazonable o arbitraria” (SSTC 202/2000, de 24 de julio; 155/2002, de 22 de julio); ciertamente, tal silencio no puede sustituir la ausencia de pruebas de cargo suficientes, pero, al*

***igual que la futilidad del relato alternativo autoexculpatorio, sí puede tener la virtualidad de corroborar la culpabilidad del acusado*** (STC 155/2002, citando la STC 220/1998, de 16 de noviembre).

En la sentencia **155/2002, de 22 de julio**, el Tribunal Constitucional estableció que “*nuestra jurisprudencia, con expresa invocación de la doctrina sentada por la STEDH, de 8 de febrero de 1996, Caso Murray contra Reino Unido, ha efectuado diversas afirmaciones acerca de la ausencia de explicaciones por parte de los imputados. En la STC 220/1998, dijimos que ‘so pena de asumir un riesgo de inversión de la carga de la prueba, la futilidad del relato alternativo que sostiene el acusado y que supone su inocencia, puede servir acaso para corroborar su culpabilidad, pero no para sustituir la ausencia de pruebas de cargo suficientes’; y, asimismo, en la STC 202/2000, de 24 de julio, precisamente en un supuesto de existencia de unos indicios previos, afirmamos que ‘según es notorio, en circunstancias muy singulares, ante la existencia de ciertas evidencias objetivas aducidas por la acusación como las aquí concurrentes, la omisión de explicaciones acerca del comportamiento enjuiciado en virtud del legítimo ejercicio del derecho a guardar silencio puede utilizarse por el Juzgador para fundamentar la condena, a no ser que la inferencia no estuviese motivada o la motivación fuese irrazonable o arbitraria...’.*”

Por último, el TC arguye en la **sentencia 202/2000, de 24 de julio**, que “*este Tribunal ha distinguido entre los derechos que se garantizan al detenido en el art. 17.3 CE y los derechos que se garantizan al procesado, acusado o imputado ex art. 24.2 CE (SSTC 252/1994, de 19 de septiembre; 100/1996, de 11 de junio; 21/1997, de 10 de febrero), haciéndose eco además de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH de 25 de*

*febrero de 1993, caso Funke; de 8 de febrero de 1996, caso John Murray; de 17 de diciembre de 1996, caso Saunders), según la cual el derecho al silencio y el derecho a no autoincriminarse, no expresamente mencionados en el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, residen en el corazón mismo del derecho a un proceso equitativo y enlazan estrechamente con el derecho a la presunción de inocencia (STC 161/1997, de 2 de octubre).*

*“Pues bien, prosigue diciendo la sentencia precitada, según hemos declarado, mediante expresa invocación de la doctrina sentada en el caso Murray del Tribunal Europeo de Derechos Humanos antes citada, la constatación de que el derecho a guardar silencio, tanto en sí mismo considerado como en su vertiente de garantía instrumental del genérico derecho de defensa (STC 161/1997, ya citada), ha podido resultar vulnerado, sólo podría seguir al examen de las circunstancias propias del caso, en función de las cuales puede justificarse que se extraigan consecuencias negativas del silencio, cuando, existiendo pruebas incriminatorias objetivas al respecto, cabe esperar del imputado una explicación”.*

De la aplicación que hace el Tribunal Constitucional de la doctrina procesal del *Caso Murray* se desprende que la jurisprudencia que sienta el TEDH no permite solventar la insuficiencia de la prueba de cargo operando con el silencio del acusado. La suficiencia probatoria ajena al silencio resulta imprescindible. Esto es: una vez que concurre prueba de cargo “suficiente” para enervar la presunción de inocencia es cuando puede utilizarse como un argumento a mayores la falta de explicaciones por parte del imputado. De lo contrario, advierte reiteradamente el Tribunal Constitucional, se correría el riesgo de invertir los principios de la carga de la prueba en el proceso penal. De modo que, tal como señala el supremo intérprete de la norma constitucional, el silencio del acusado

puede servir como dato corroborador de su culpabilidad, pero no para suplir la insuficiencia de prueba de cargo contra él.

Pues bien, en el supuesto que ahora se juzga, a tenor de lo que se ha venido argumentando, es llano que no concurren indicios incriminatorios suficientes para fundamentar la pertenencia a ETA de los acusados, y sí se aprecian, en cambio, varios contraindicios consistentes que desvirtúan la débil prueba de cargo.

Ello quiere decir que el Tribunal sentenciador carecía de base probatoria para apoyar su condena en un hecho negativo que ha de operar como mero elemento corroborador de una prueba de cargo que *per se* muestre suficiencia.

A ello ha de añadirse que si ya de por sí resulta inasumible pedirle explicaciones a un acusado para fundamentar después en su silencio la condena, en este caso las razones de la exclusión de esa tesis se incrementan en mayor medida. Pues, en primer lugar, no se trata de que los acusados expliquen unos hechos que los incriminan seriamente, sino de que formulen la condena de una conducta punible de unos sujetos que se dedican a cometer acciones terroristas. Ello contiene unas connotaciones muy especiales, ya que se les está pidiendo a los ahora recurrentes la condena de la conducta de una banda terrorista y no de un delincuente común, y es sabido que las consecuencias de una condena de esa índole no es igual en un caso que en otro, ya que en el supuesto del terrorismo puede acarrear consecuencias graves para la vida o la integridad física de los propios acusados, tal como la historia de ETA se encarga de refrendar. Sin olvidar tampoco las circunstancias extraordinarias que se dan en el contexto social del País Vasco, donde dentro de las mismas familias se dan situaciones encarnizadas derivadas del propio conflicto político, por lo que en muchos casos resulta utópico pedir condenas morales que en otro contexto resultarían indudablemente obvias.

Por lo demás, según ya se ha señalado y se corroborará a continuación, los acusados en sus escritos programáticos y también en el curso del juicio han expuesto de forma reiterada su oposición a hacer política mediante medios violentos, lo cual viene a ser una forma, indirecta ciertamente, de repudiar las acciones violentas de ETA.

A tenor de todo lo que antecede, ha de entenderse irrelevante la fuerza incriminatoria del indicio centrado en la omisión de la condena del terrorismo de ETA.

**QUINTO. A los otros tres hechos indiciarios incriminatorios** que señala la sentencia para fundamentar la condena le han atribuido mucha menor consistencia incriminatoria tanto la Audiencia como la sentencia mayoritaria de esta Sala. Y es que realmente su endeblez es manifiesta.

En efecto, las reuniones reservadas que los acusados mantuvieron en la sede del sindicato LAB en la capital donostiarra, después de la presentación pública del nuevo organismo o comisión efectuada el día 16 de marzo de 2009, a la que también acudieron personas representativas de los diversos sectores de la Izquierda Abertzale, han de ser consideradas como actos cívicos comprendidos dentro del derecho fundamental de reunión, pues no consta en modo alguno que en ellas se postulara ninguna clase de actos violentos a practicar en el ámbito de la política, sino todo lo contrario. Se preparaba realmente una línea política alternativa a toda aquella que propugnara la introducción de la violencia en el ámbito social de la izquierda abertzale. De hecho, la sentencia recurrida se limita a reseñar esas reuniones sin constatar ningún acto o conducta que pudiera denotar su ilicitud ni su vinculación con ETA.

En lo que concierne a los desplazamientos que realizaron los acusados Arnaldo Otegui y Rafael Díez al sur de

Francia, los días 30 de abril y 21 de julio de 2009 (en la primera ocasión fueron ambos y en la segunda solo Arnaldo Otegui), para entrevistarse reservadamente y cambiar impresiones con distintas personas del entorno de ETA, fueron reconocidos por ambos acusados, quienes manifestaron desde un primer momento que no adoptaron medidas especiales para ocultar el viaje, ya que sabían que eran vigilados y seguidos por fuerzas policiales, cruzando en coche los puestos fronterizos con toda normalidad. Y especificaron que se reunieron con personas pertenecientes al ámbito político de la antigua Batasuna con el fin de cambiar impresiones sobre el momento político.

La propia sentencia no declara probado que se entrevistaran con miembros de ETA sino que se refiere a distintas personas del “entorno de ETA”. Con lo cual, no desautoriza la versión de los propios acusados.

Como puede comprenderse, el indicio carece de la fuerza incriminatoria que pretende dársele, habida cuenta que en un momento en que los acusados pretendían imponer una vía política contraria a toda violencia y ajena a las consignas de ETA y del sector radicalizado de Ekin, no puede entenderse como algo anómalo ni punible que indagaran cuál era el estado de opinión en los diferentes ámbitos de la Izquierda Abertzale.

Por último, y en lo que atañe a lo que la Audiencia denomina en su sentencia “la idéntica nomenclatura o terminología empleada por ETA y la Izquierda Abertzale representada por los acusados, en los documentos, comunicados y actos que exteriorizaban, tendentes al acopio de fuerzas políticas de la órbita soberanista”, no se trata de un dato indiciario que albergue fuerza incriminatoria si se atiende al contexto político en que se produce.

En efecto, si se parte, como parece lo razonable, de la premisa de que tanto ETA como la Izquierda Abertzale tienen

los mismos objetivos políticos: la separación de España y la creación de un nuevo Estado soberano propio integrado por lo que se conoce como el País Vasco-Francés, no puede extrañar en modo alguno que el léxico utilizado en sus programas, manifiestos y comunicados políticos contenga las mismas expresiones. Pues cuando se le asigna a la realidad socio-política un mismo significado y se buscan en ella a través de la acción los mismos objetivos lo previsible es que se acaben utilizando los mismos significantes.

**SEXTO.** Frente a la prueba indiciaria de cargo concurre una **pluralidad de conraindicios** que aminoran todavía más su ya de por sí insuficiente fuerza incriminatoria. Se trata de unos hechos y datos probatorios que contradicen de tal forma la hipótesis de que los acusados eran unos meros ejecutores de los mandatos de ETA, que al final de su análisis solo cabrá concluir que la certeza de tal aserto incriminatorio no resulta probatoriamente factible.

a) Dentro de la propia documentación confeccionada por ETA, ya examinada anteriormente, constaban algunos hechos concretos que han de ser ponderados como conraindicios. En concreto el relevante de que la Izquierda Abertzale formara **coalición para las elecciones al Parlamento Europeo del 7 de junio de 2009 con Iniciativa Internacionalista** (Izquierda Castellana), en lugar de coaligarse con la candidatura soberanista de Eusko Alkartasuna. Hecho de suma relevancia dada su trascendencia política y electoral, puesto que ETA había decidido de forma diáfana que la coalición tenía que hacerse con Eusko Alkartasuna. Esa desviación sustancial no se ajusta al modelo de conducta de un mandatario que pertenece a ETA y sigue a pies juntillas las órdenes de su mandante, de acuerdo con la férrea jerarquía interna de la organización.

Y otro tanto debe decirse de las reiteradas quejas que vierte la organización terrorista en su documento "*BTGNari. Komunikazio Orokorra 0906 /Al BTGN. Comunicación*

*General 0906* ", en el que hace afirmaciones que denotan claramente que sus consignas y su línea de actuación política no es seguida por el sector de la Izquierda Abertzale afín al grupo de los acusados.

b) A las mismas conclusiones se llega mediante la lectura comparativa de los documentos "*Clarificando la fase política y la estrategia. Documento para el debate*", elaborado por los acusados y distribuido en el mes de octubre de 2009, y el titulado "*Informe Mugarri. Línea política de la Izquierda Abertzale*", de la misma época. Este último documento, tal como se afirma en la sentencia rebatida, es una ponencia elaborada directamente por ETA, de forma paralela a la titulada "*Clarificando la fase política y la estrategia*", de la Izquierda Abertzale, destacándose en la ponencia "*Mugarri*" —dice la Audiencia— la preponderancia del papel de la lucha armada en el proceso de independencia del País Vasco, en concordancia con la dinámica tradicionalmente utilizada por ETA de combinar la lucha de masas e institucional con el uso de las armas, con reparto de papeles en el área política y en el área militar.

La ponencia "*Clarificando la fase política y la estrategia*", elaborada por los acusados, tiene un contenido estrictamente político sin postulación alguna de cualquier acto de violencia como instrumento de acción política, haciendo en ella continuas referencias al proceso democrático y a las líneas a seguir en un momento de cambio (folios 110 y ss. de la sentencia). En el escrito se afirma específicamente que "*el proceso democrático debe tener como base la palabra y la decisión de la ciudadanía vasca y por tanto se debe realizar sin ningún tipo de violencia o injerencia externa*" (folio 112).

Este documento-ponencia fue sometido en los meses siguientes a su elaboración al debate dentro del seno de la Izquierda Abertzale, triunfando de forma clara en las numerosas asambleas en que se discutió en el país vasco,

donde unas 7.000 personas de las más activas y politizadas de ese sector político tuvieron ocasión de conocerlo y avalarlo.

Por el contrario, en la ponencia *Mugarri*, confeccionada por ETA por las mismas fechas según se afirma en la sentencia cuestionada, se enfatiza de nuevo el desdoblamiento estratégico y se postula por tanto la lucha armada como instrumento político. En concreto se llega a expresar que *“En la fase política en que nos encontramos también es fundamental el papel que juega la lucha armada. La lucha armada es uno de los principales activos de la estrategia de la Izquierda Abertzale. La Izquierda Abertzale, al hacer la apuesta para abrir un nuevo escenario en los tiempos que vienen, para poder abrir e impulsar esa apuesta, para que sea eficaz, tiene que afrontar ese objetivo desde la totalidad de su estrategia. Por un lado, se ha de entender como instrumento eficaz para reforzar las condiciones y la necesidad de una solución democrática y en la presión de cara al Estado”* (folio 122 de la sentencia).

Ambos documentos, confeccionados de forma paralela, según se admite en la sentencia de instancia, fueron sometidos a debate en el marco abertzale del País Vasco como dos líneas opuestas.

En la vista oral del juicio depuso sobre este extremo el funcionario policial del Centro Nacional de Inteligencia (CNI) número 19.242, a quien acompañaba el nº 77.665, también comisario policial adscrito al CNI según se afirma en el acta del juicio. El primero de ellos es considerado como un auténtico especialista en ETA, ya que lleva muchos años dedicado exclusivamente al estudio de la organización terrorista, siendo además la persona que elaboró los informes que obran en los folios 43 y 44 de la sentencia.

Es importante advertir que la Audiencia dedica tres folios de la sentencia a justificar la naturaleza de la prueba, vertiendo diferentes argumentos y también alguna sentencia de esta Sala de Casación para fundamentar que se trata de una prueba sustancialmente pericial, aunque tenga algún matiz de testifical, lo que determinó que ambos funcionarios del CNI actuaran conjuntamente como peritos.

Albergo mis reservas sobre que nos hallemos ante una auténtica prueba pericial, pero no voy a entrar a tratar esa compleja cuestión, que además tampoco ha sido objeto específico de recurso.

Partiendo, pues, de que nos hallamos ante un dictamen pericial, la Sala de instancia reseña en la sentencia como pruebas a tener en consideración los numerosos informes que obran unidos en la causa emitidos por los peritos (folios 43 y 44), informes que fueron sometidos a contradicción en un extensísimo interrogatorio en el plenario. La sentencia no analiza en profundidad el resultado que arrojó esa prueba pericial en la vista oral. En cambio, las defensas de los acusados sí traen a colación algunos extremos que les favorecen.

Pues bien, al examinar esa prueba pericial del plenario, se comprueba que el funcionario especializado en ETA, nº 19.242, con motivo de la formulación de algunas preguntas relativas al conflicto generado por los documentos *“Clarificando la fase política y la estrategia”* y *“Mugarri”*, manifestó que *“los redactores de Clarificando no han seguido lo que dice ETA”*; *“no siguen ni una sola línea de las directrices que ETA plantea en Comunicación General”*; *“ETA trata de condicionar la redacción de la ponencia (se refieren a “Clarificando...”) presentando una ponencia alternativa”*; *“ETA trata de condicionar el contenido de la ponencia (se refieren de nuevo a “Clarificando...”) realizando atentados en los meses de junio, julio y agosto de 2009”* (folio 3329 del rollo de Sala).

Y cuando más adelante se les pregunta a los expertos del CNI por qué creen que ETA trató de introducir la ponencia Mugarri, el funcionario 19.242 manifiesta que *“ETA entiende que la prioridad debe estar en la lucha armada, y en Clarificando se dice que la prioridad debe estar en la lucha política institucional y de masas”* (folio 3329 del rollo de Sala).

Y con posterioridad, cuando se les interroga sobre cuál es la postura de Arnaldo Otegui en todo este debate, el perito responde que, a tenor de las entrevistas que le han hecho a este en prisión, Otegui apoya lo que se está haciendo y que lo que ellos impulsaron en un primer momento se está desarrollando. *“En el motor, en el origen están ellos”* (folios 3332 del rollo de Sala).

Seguidamente afirman los considerados por la Audiencia como peritos que la ponencia *Mugarri* la comenzó a elaborar ETA a partir de abril de 2009, y añaden que *“Ekin compartía esa ponencia, porque creen que es quien la distribuye en octubre de 2009”*, desconociendo si la comparte también “Bateragune”. De otra parte, precisaron que *“el objetivo de la ponencia Mugarri era que se debatiera en el seno de Batasuna porque la ponencia Clarificando no era del agrado de ETA, ya que cuestionaba el tema estratégico”*. *“ETA entendía —afirman— que con la ponencia clarificando se ponía en cuestión la estrategia de ETA”*.

Esta declaración —realizada en el marco de lo que se suele llamar “pericia de inteligencia”— constituye una prueba muy sólida y consistente (dados los conocimientos del funcionario sobre la materia) de la incuestionable desavenencia y de la ostensible confrontación que existía en el año 2009 entre el sector de la Izquierda Abertzale que dirigían los acusados cuando estaban en libertad —y promovían después desde el Centro Penitenciario— y la

organización terrorista ETA. Confrontación que como dato objetivo, y mediante una inferencia ajustada a las máximas de la experiencia, impide acoger la conclusión de la Sala de instancia de que los acusados eran unos meros mandatarios ejecutores de las órdenes de ETA.

La prueba es relevante no solo por ese punto en concreto, sino también porque los funcionarios del CNI admiten, según se expuso, que el acusado Arnaldo Otegui prosiguió cuando estaba ya preso en el centro penitenciario apoyando y promoviendo la línea política no violenta que postulaba en el documento Clarificando. Y también es importante destacar que los atentados de los meses de mayo y junio de 2009 fueron en cierto modo una respuesta por parte de ETA a los sectores abertzales que cuestionaban su lucha armada y reclamaban el fin de la doble estrategia y la aplicación solo de una actividad política.

La Sala de instancia, que dedica cinco folios a justificar la prueba pericial y a otorgarle relevancia a los numerosos informes que reseña, después no analiza en la sentencia el resultado de su sometimiento a contradicción en el plenario para extraer conclusiones, a pesar de que es en esa fase donde ha de alcanzarse la convicción probatoria.

La oposición entre el grupo de Arnaldo Otegui y ETA inferible de esa declaración es patente. De modo que la utilización del instrumental práctico y conceptual relativo a la apreciación de la prueba indiciaria empleado diariamente en la elaboración de las sentencias, impide obtener la convicción de que los acusados eran unos mandatarios de ETA y conduce a inferir todo lo contrario: seguían una línea política autónoma y dispar de la de ETA. Y todavía menos cabe admitir, por mucho que se arrincone el instrumental lógico que proporcionan las reglas de lo razonable, que se pueda dar un segundo salto argumental en el vacío para concluir que los acusados pertenecían a la organización ETA.

c) En la misma dirección han de citarse los llamados coloquialmente como **documentos de “Alsasua” y “Zutik”**.

El primero se titula "*Un primer paso para el proceso democrático: principios y voluntad de la Izquierda Abertzale*", también conocido como *Declaración de Alsasua*, fechado el 14 de noviembre de 2009 (folios 115 y ss. de la sentencia). Fue leído por José Luis Moreno Sagüés el 14 de noviembre de 2009 en la referida localidad. Es una ponencia de la Izquierda Abertzale publicada un mes más tarde de la detención de los acusados, por lo que no puede negarse la influencia de estos en su confección y publicación, debiendo considerarse como un episodio más de la confrontación que existía entre el sector político abertzale de los acusados, de un lado, y la organización terrorista y el sector político más radical de la izquierda que todavía postulaba el cauce de la doble vía, de otro.

En ese documento se afirma que ***“1. La voluntad popular expresada por vías pacíficas y democráticas, se constituye en la única referencia del proceso democrático de solución, tanto para confiar en su puesta en marcha y su óptimo desarrollo así como para alcanzar los acuerdos que deberá refrendar la propia ciudadanía. 2. El proceso democrático tiene que desarrollarse en ausencia total de violencia y sin injerencias, mediante la utilización de vías y medios exclusivamente políticos y democráticos. Partimos del convencimiento de que esta estrategia política posibilitará avances a través del Proceso Democrático.*”**

El segundo documento se titula "*Zutik Euskal Herria*" y data de febrero de 2010. También es resultado de la reflexión de la Izquierda Abertzale, tal como se reconoce en la sentencia recurrida. Es un desarrollo de las líneas de pensamiento y actuación ya marcadas en los documentos "Clarificando..." y la "Declaración de Alsasua".

En “*Zutik Euskal Herria*” se recogen, entre otras afirmaciones de índole estrictamente política, que “*Es hora de estructurar el proceso democrático. Y ese proceso tiene un objetivo definitivo: constituir el marco democrático que resuelva los nudos de la autodeterminación y la territorialidad. Deben construirse las condiciones para desarrollar adecuadamente este proceso, es decir, sin injerencias, injusticias y sin violencia*”.

“*Tal y como se afirmó en la Declaración de Altsasua, iniciar el proceso democrático supone una decisión unilateral de la Izquierda Abertzale. Pese a los altibajos y superando los problemas que se presenten, el proceso democrático constituirá un reto que deberá mantenerse en el tiempo. Para su desarrollo se buscarán acuerdos bilaterales o multilaterales con los agentes políticos vascos y con la comunidad internacional. Así como con los estados para alcanzar la resolución del conflicto*”.

Y más adelante se especifica también que “*El proceso democrático tiene que desarrollarse en ausencia total de violencia y sin injerencias, rigiéndose el diálogo y la negociación entre las fuerzas políticas por los principios del Senador Mitchell. Nadie podrá utilizar la fuerza o amenazar con su uso para influenciar en el curso o en el resultado de las negociaciones multipartitas, así como para tratar de modificar el acuerdo que nazca de las mismas*”.

Los principios del Senador Mitchell se establecieron con motivo de la resolución del conflicto de Irlanda del Norte. Se refieren a la resolución de las cuestiones políticas mediante medios exclusivamente democráticos y pacíficos, renunciando expresamente al uso de la fuerza y de las amenazas de utilizarla para influir en el curso de las negociaciones.

Como puede apreciarse, tanto el documento de *Alsasua* como *Zutik* prosiguen la línea política iniciada por

los acusados con el documento "*Clarificando la fase política y la estrategia*", línea que se oponía a las pautas y criterios marcados por ETA y que desencadenó un debate interno evidenciador de la confrontación de un sector importante de la Izquierda Abertzale con la organización terrorista, confrontación que no es posible cuestionar a tenor de todos los elementos probatorios que se han venido exponiendo sucesivamente.

d) Las defensas de los acusados aportaron con su escrito de calificación una copiosa **documentación periodística** en la que se recoge el debate que había en el seno de la Izquierda Abertzale, y más en concreto las discrepancias de fondo con respecto a las tesis de ETA a la hora de encarar el tema de cuál era la política a seguir para alcanzar los objetivos del nacionalismo más radicalizado. En la sentencia recurrida se omite el contenido de esa plural y reiterada información de prensa escrita sobre la situación socio-política real en el País Vasco en el seno del sector nacionalista de la izquierda, a pesar de la relevancia que puede tener una documentación de esa naturaleza. Su lectura constata la existencia de un debate y una confrontación que la sentencia recurrida infravalora vista la versión fáctica incriminatoria acogida por el Tribunal sentenciador.

Nos limitaremos a citar algunos de los titulares y subtítulos periodísticos —son más de doscientos los documentos aportados a la causa sobre el tema con los escritos de calificación— para hacernos una idea de cuál eran las informaciones y las opiniones que aparecían en los medios escritos de comunicación al tratar la cuestión del debate surgido en el País Vasco.

Diario *Noticias de Guipúzcoa*: “ETA critica duramente a la izquierda abertzale por cuestionar a la dirección y su estrategia” (26-9-2009).

*Diario de Noticias de Alava:* “Batasuna rechaza el uso de la violencia y que ‘otros’ la usen para influir en el diálogo político” (8-11-2009).

*Diario Vasco:* “El documento de la izquierda abertzale recibe una buena acogida entre las bases. Los militantes siguen celebrando asambleas pese al encarcelamiento de Otegi y Rafa Díez, y hacen aportaciones al texto que busca otra estrategia” (9-11-2009).

*Deia:* “LAB se suma a los ‘posibilistas’ y llama a un debate sin límites ni violencia” (10-11-2009).

*Diario Noticias de Guipúzcoa:* “La mayoría entre las bases de la izquierda abertzale oficial se alinea con los ‘posibilistas’. Las tesis de Otegi ganarían frente a las de Ekin, según un comunicado del partido ilegalizado. Se han realizado asambleas en 254 pueblos y barrios de Hegoalde con una participación de 6.647 personas” (4-I-2010).

*Diario El País:* “La izquierda abertzale afronta el crucial debate sobre el futuro. Pulso entre los ‘políticos’ y ETA sobre quién debe liderar el independentismo. ETA ha mostrado ya su desacuerdo con la dirección que toma la reflexión” (23-11-2009).

*Diario El País:* “El debate abertzale echa a los más duros. La posición de Otegi, que apoya vías pacíficas, se abre paso en las asambleas. Miembros de Ekin han sido expulsados de algunas reuniones” (3-1-2010).

*El País.com:* “ETA frena las iniciativas de Arnaldo Otegi. La banda terrorista responsabiliza a la izquierda abertzale de su parálisis política tras la ruptura de la tregua”.

*Diario El Mundo:* “La línea dura de ETA pierde la mayoría frente a los polis-milis de Otegi. El dirigente abertzale minimiza el poder de quienes solo quieren

atentados. Dirigentes abertzales en libertad han desobedecido las órdenes de la banda” (23 de noviembre de 2009).

Diario *El Público*: “ETA impone la vía violenta en el debate interno de Batasuna. La banda distribuye la ponencia ‘Mugarri’, que margina el texto de Otegi y los suyos” (23-11-2009).

e) En la causa también constan como contraindicios las cartas dirigidas por el acusado Rafael Díez Usabiaga a Teresa Toda Iglesias y a José María Olarra Aguiriano, que son objeto de examen en la sentencia.

En la primera de las cartas, correspondiente al mes de febrero de 2009, se dice: *"aquí estamos en pleno circo electoral gestionando la "miseria" que la coyuntura y nuestra terquedad nos ha dejado para este 1 de marzo; trabajando por salir airosos y articular nuestra base social en las reflexiones y referencias que venimos planteando en los últimos meses; reflexiones y referencias que han abierto un debate en la "casa" que espero sea productivo; por lo menos, da la impresión, que hemos abierto en canal el diagnóstico y las remodelaciones de la estrategia que arrastrábamos... ya veo que también en nuestra casa tenemos "mala gente"; gente que en lugar de utilizar argumentos, de abordar reflexiones con metodología marxista, revolucionaria... se dedican al permanente cojonímetro liquidando debates a golpe de simplismos... es una "guerra sucia" que, a veces, te da ganas de marcharte a casa poniéndote en la lista del INEM..."* (folios 23 y 96 de la sentencia).

En las segundas cartas, remitidas en el mes de marzo de 2009, el acusado expresa que *"ya comentamos que estaba en marcha un debate abierto y profundo (en buena medida "forzado" por algunos con nuestras posiciones)*

*sobre "de dónde venimos", "dónde estamos", "qué queremos en esta fase del proceso de liberación" y "cómo". Una primera parte del debate está realizada y han existido avances notables en diagnóstico y líneas "gruesas" (brocha gorda) de estrategia política en todas sus dimensiones. La segunda parte es de concreción (brocha fina) y su correspondiente "hoja de ruta". La sensación, con precauciones por la dispersión que ha existido y las descalificaciones que también se han dado y que todavía perduran, es bastante buena. La rueda de prensa (se refiere a la celebrada el día 16 - 3 - 2009) es una primera consecuencia de esa reflexión y "nueva" apuesta; ya no somos los de "siempre", los que "borrokarako griña" galdu dugunok (así se han utilizado muchos estereotipos a modo de desgaste), sino que la "foto" identifica una reflexión y propuesta de "conjunto". Algunos, es posible, que anden despistados y que tengan que recular de los esquemas que han venido extendiendo de forma corrosiva e irresponsable. Pero tampoco estamos para echar cohetes; es decir, la situación no está consolidada, sigue siendo "frágil"; hay una evolución positiva pero existiendo tendencias a creer que "todo" es compatible, que esa reflexión y discurso puede complementarse con otras "cosas"... y eso nos podría llevar a otro atasco monumental".*

De la lectura de ambas cartas se infiere que el acusado seguía una línea política innovadora, de naturaleza pacífica y democrática, opuesta por tanto a cualquier pensamiento relacionado con la violencia. Las cartas dejan traslucir un claro temor de que el sector más radical de la Izquierda Abertzale, afín a los métodos de ETA, reincida en la línea violenta a la que se opone el acusado considerándola incompatible con la línea que sigue el grupo.

f) Por último, conviene hacer una referencia específica a las cuestiones que suscita el órgano "**Bateragune**". Las defensas de los acusados han dedicado un motivo de

impugnación a alegar la vulneración del principio acusatorio, dado que en los escritos de las acusaciones se hace una extensa referencia a “Bateragune” como el órgano que había de capitalizar la lucha armada de ETA y que tenía que operar como instrumento para el desarrollo de la dirección política que quería seguir e implantar la organización terrorista. Se encomendaba así a “Bateragune”, según las acusaciones, la misión de coordinar y dirigir dentro de la Izquierda Abertzale la línea política marcada por ETA. Y complementando lo anterior, se afirma en los escritos acusatorios que Arnaldo Otegui Mondragón y Rafael Díez Usabiaga participaban en la estrategia de “Bateragune”.

Es más, al tratar el Tribunal de instancia las cuestiones que suscitaba el documento de ETA titulado "*BTGNari. Komunikazio Orokorra 0906 /Al BTGN. Comunicación General 0906*", fechado en la primera semana de junio de 2009, precisa que es un documento mediante el que ETA se dirige a “Bateragune” y hace balance de las acciones desarrolladas por la Izquierda Abertzale en cumplimiento de la planificación diseñada en diciembre de 2008.

La Audiencia, en contra de las tesis que se sostenían en los escritos de acusación sobre que la línea política de ETA era coordinada y dirigida a través de “Bateragune”, y que los dos acusados principales se hallaban integrados en ese órgano, acaba reconociendo en su sentencia que *“no puede tener por acreditado que al grupo indudablemente formado por los cinco acusados nombrados pueda otorgarse dicho nombre. Ello en absoluto resta valor e importancia a la actuación criminal que desarrollaron los mencionados acusados, como más adelante se indicará, sin que afecte este posicionamiento del Tribunal a las exigencias del principio acusatorio, pues en los escritos de conclusiones de las partes acusadoras también se recogen las denominaciones de organismo de coordinación o de dirección de la Izquierda Abertzale, o bien de comisión permanente de dicho complejo político. Ahora lo que se*

*quiere recalcar es que no existe plena constancia que a tal reunión de personas de carácter relativamente estable se le denominara Bateragune” (folios 40 y 41).*

*Y a continuación afirma el Tribunal que “Por las acusaciones personadas se sostiene que Bateragune, al que se alude por vez primera en el informe policial de fecha 29-7-2009 (folios 236 a 240 de la causa), es un organismo de dirección superior de la Izquierda Abertzale, del que forma parte Ekin y otras estructuras, como los responsables de las distintas organizaciones de la denominada Izquierda Abertzale (movimiento juvenil, movimiento pro-ampnístía, movimiento feminista)”.*

Pues bien, no voy a detenerme a examinar la cuestión relativa a la vulneración del principio acusatorio. Y en concreto no me propongo analizar si en el presente caso el cambio que supone la integración de los acusados en un órgano autónomo de coordinación que no es “Bateragune” entraña una modificación sustancial del escrito de acusación, o si, más bien, solo se trata de una mutación tangencial que no infringe la norma constitucional desde la perspectiva del referido principio en relación con el derecho de defensa (art. 24.2 de la CE).

Me ceñiré por tanto a examinar la modificación fáctica de la sentencia desde la perspectiva que afecta a mi discrepancia con la mayoría de la Sala: la vulneración del derecho a la presunción de inocencia. A este respecto, sí resulta muy significativo que el Ministerio Fiscal dedicara una parte importante de su escrito de calificación provisional al tema de “Bateragune” como órgano a través del cual operan los acusados en su materialización de la política de ETA, y que, en cambio, después en la sentencia se tenga que admitir como probado que los acusados no actuaban dentro de ese órgano, admitiendo el Tribunal que ese órgano estaba integrado, además de por otras personas, por miembros de

Ekin, grupo radical de la Izquierda Abertzale que se ajusta en su actuación a las consignas de ETA.

Y considero que el error de las acusaciones resulta muy significativo desde la perspectiva de la ponderación de la prueba y del derecho a la presunción de inocencia porque, en primer lugar, revela que las acusaciones, una vez estudiada meticulosamente la causa para formular sus respectivos escritos de acusación, llegan a la convicción de que el órgano que ejecuta las órdenes de ETA es “Bateragune”, conclusión que se considera razonable a tenor de los informes policiales y de lo que depusieron los peritos-testigos del CNI en el plenario. Además aparece avalada por el destino del documento antes citado que se titula "*BTGNari. Komunikazio Orokorra 0906 /Al BTGN. Comunicación General 0906* ", mediante el que ETA le pide cuentas a “Bateragune” de cómo se están cumplimentando sus directrices. Esta petición de cuentas es un indicio concluyente de quién es el órgano ejecutor de las órdenes políticas de ETA: Bateragune, y no el grupo de los acusados.

En segundo lugar, resulta también relevante el error en que cayeron las acusaciones al ubicar a los acusados y a su sector de la Izquierda Abertzale en “Bateragune” porque confirma que la hipótesis fáctica de los escritos de acusación parte de una mera conjetura y no de indicios sólidos. De forma que, sabiendo como sabían a través del material instruido que el órgano ejecutor de los mandatos de ETA era “Bateragune” y operando con meras conjeturas contra los acusados y su vinculación con ETA, los incluyen sin pruebas en el referido órgano con el fin de salvaguardar la coherencia de su tesis. No contaban por tanto, al parecer, con que la falta de pruebas sobre ese indicio acabaría aflorando en el plenario, al no poder declarar la Sala como probado que los acusados estaban integrados en “Bateragune”.

Visto lo anterior, lo coherente y racional, si nos ajustamos a las máximas de la experiencia y a las reglas de lo

razonable, sería que el Tribunal sentenciador argumentara en el sentido siguiente: si ETA actuaba a través de un órgano denominado “Bateragune” y a él dirigía sus documentos para controlar y fiscalizar la forma en que se cumplimentaban sus órdenes, y en el juicio se ha acreditado que los acusados —en contra de lo que decían las acusaciones— no formaban parte ni estaban integrados en ese órgano, la conclusión parece clara: los acusados no eran los mandatarios que se hallaban a las órdenes de ETA y que ejecutaban la línea política que la organización terrorista marcaba.

Pero en lugar de aplicar las normas que imponía la lógica del silogismo, el Tribunal de instancia da un salto hacia adelante y viene a crear un órgano nuevo, sin denominación alguna, y afirma que de todas formas es indiferente que los acusados se integraran o no en el órgano ejecutivo de las órdenes de ETA, ya que podían perfectamente constituir un órgano autónomo que también cumplimentara los mandatos de los etarras.

No cabe duda que uno de los argumentos sustanciales de las acusaciones para sostener la tesis de que los acusados eran unos mandatarios de ETA que se limitaban a ejecutar sus órdenes y, como consecuencia de lo anterior, pertenecían a ETA, ha quebrado en una de sus bases fácticas fundamentales. De modo que aunque la Sala de instancia persiste en su tesis, el razonamiento inferencial clama una vez más de forma tozuda y tenaz por la tesis alternativa de la defensa: los acusados seguían una línea política autónoma para aplicar sus tesis separatistas-soberanistas y no eran por tanto unos meros ejecutores de las órdenes de ETA, y mucho menos pertenecían a la organización terrorista.

**SÉPTIMO.** En la sentencia recurrida también se hace un **examen individualizado** de la prueba practicada con respecto a cada uno de los acusados, recogiendo los indicios incriminatorios que concurren contra ellos. Procede, pues, reseñarlos ahora, dejando a un lado las declaraciones

exculporias que hicieron en el curso del proceso y también las declaraciones de los testigos que depusieron a su favor en el juicio.

En relación con **Arnaldo Otegui**, se especifican en la sentencia recurrida como indicios incriminatorios la rueda de prensa en el hotel Barceló-Costa Vasca, de San Sebastián, el 16 de marzo de 2009, en la que intervino como portavoz, y en la que habló del proyecto político independentista del grupo, acudiendo todos los recurrentes excepto Sonia Jacinto; los dos viajes que hizo al sur de Francia para entrevistarse con personas de la antigua Batasuna; su asistencia a reuniones en la sede del sindicato LAB; las ruedas de prensa, entrevistas, debates organizados, actos electorales y algún artículo publicado en la prensa.

Pues bien, en todos esos actos en ningún momento postuló los medios violentos para seguir la línea del grupo sino todo lo contrario. Se trata, pues, de comportamientos individuales no incardinables en el texto penal, al que se acude por la sentencia recurrida para castigar su conducta valiéndose, según se ha ya razonado, de inferencias abiertas y sustancialmente débiles, con las que se pretende vincular su conducta directamente con ETA y con el ya referido desdoblamiento estratégico de la organización terrorista.

Otro tanto puede decirse de **Rafael Díez Usabiaga**. Se citan con respecto a él los siguientes indicios incriminatorios: la rueda de prensa en el hotel Barceló-Costa Vasca, de San Sebastián, el 16 de marzo de 2009; su viaje al sur de Francia con Arnaldo Otegui; la actividad que venía desarrollando en el despacho que como liberado sindical tiene en la sede de LAB; los documentos que le fueron intervenidos relativos a la nueva línea política a seguir; las seis cartas dirigidas a dos miembros al parecer de Ekin, que le fueron intervenidas en su ordenador portátil; las comparencias públicas y los artículos publicados.

En lo que atañe a la acusada **Miren Zabaleta**, se reseñan como indicios inculpativos los documentos intervenidos en su domicilio, destacando el que portaba una amiga suya en una mochila cuando abandonaba la vivienda de Miren. Se trata del documento de ETA ya examinado "*BTGNari. Komunikazio Orokorra 0906 /Al BTGN. Comunicación General 0906*". Y además se hace referencia a su intervención en la confección del documento "*Clarificando la fase política y la estrategia. Documento para el debate*", y a su presencia en la rueda de prensa del referido hotel de San Sebastián el 16 de marzo de 2009.

Al acusado **Arkaiz Rodríguez Torres** se le computan como indicios inculpativos su presencia en la rueda de prensa del hotel de San Sebastián para presentar el nuevo proyecto político; la asistencia a reuniones en la sede del sindicato LAB; y su intervención en la elaboración del documento "*Clarificando la fase política y la estrategia. Documento para el debate*".

Por último, con respecto a la acusada **Sonia Jacinto García** se individualizan como indicios contra ella que asistió y participó en las reuniones en la sede del sindicato LAB; estuvo en un debate en Ezpelette el 21 de julio de 2009; y atrajo hacia el grupo a Miren Zabaleta y Arkaiz Rodríguez.

Como puede comprobarse, todos los actos atribuidos individualmente a los acusados integran conductas propias de su actividad política en el ámbito de la línea política secesionista de la Izquierda Abertzale. Actos por tanto ajenos al perímetro fáctico de las normas penales, pero que la sentencia recurrida criminaliza a través del reiterado concepto omniabarcante del desdoblamiento estratégico de ETA, contemplándolos, por tanto, como la ejecución de los planes políticos de la organización terrorista, a pesar de que en el comportamiento de los acusados no aparecen indicios de que proyectaran materializar su programa a través de la violencia

—sino de todo lo contrario—, ni tampoco de que estuvieran vinculados directamente a la organización terrorista.

**OCTAVO.** Llegados a este punto, es el momento de hacer **balance del resultado de la prueba** ponderando si su contenido incriminatorio es suficiente para enervar el derecho a la presunción de inocencia de los acusados.

Comenzando por el análisis de los cinco indicios incriminatorios en que fundamenta la Audiencia la condena, tal como ya se ha referido, son dos a los que concede prioridad en su argumentación: los documentos de ETA en su momento examinados y su pretendida materialización en la conducta de los acusados, de una parte; y de otra, el indicio consistente en la omisión de la condena del terrorismo etarra por parte de los acusados. Los otros tres indicios que se han ya analizado en el fundamento quinto muestran tan escasa entidad que apenas los desarrolla la Sala de instancia.

Pues bien, la inferencia que hace la Audiencia de tales hechos-base que le lleva a colegir el hecho-consecuencia de que los acusados se constituyeron en sujetos directamente receptores y ejecutores de las órdenes impartidas por ETA a la Izquierda Abertzale, y también que se encuentran integrados en la referida organización terrorista, es una inferencia que no se ajusta a las reglas de la lógica de lo razonable ni a las máximas de la experiencia, reglas y máximas que tampoco se concretan en el cuerpo de la resolución, dado que se omite plasmar la esencia de ese engarce inferencial. Y es que la argumentación probatoria de la sentencia de instancia muestra realmente un contenido mucho más descriptivo que explicativo.

En lo que se refiere a la relevancia de los documentos de ETA y a su materialización a través de los acusados, ya se precisó en su momento (fundamento tercero) que el primero de los tres documentos atribuidos a la organización terrorista ETA por el Tribunal de instancia: "*3. Aurrera begirako ildoak*:"

*Fase politikoaren ezaugarritzea/Línea de actuación de cara al futuro, caracterización de la fase política*", es un documento que no aporta nada novedoso con respecto a la estrategia de ETA, ya que en él se prosigue con la utilización del clásico modelo de estrategia político-militar, pero dando prioridad a la lucha armada sobre la contienda política.

Y los otros dos documentos: "*Herri antolatua en estrategia independentista baterantz. Nazio estrategia askapen prozesuaren ergile/Hacia la estrategia independentista de una nación organizada. La estrategia nacional como motor del proceso de liberación*", de diciembre de 2008, y "*BTGNari. Komunikazio Orokorra 0906 /Al BTGN. Comunicación General 0906*", de la primera semana de junio de 2009, a los que la sentencia otorga una especial significación, no permiten inferir de su contenido que fueran dirigidos a los acusados ni que estos se dedicaran en la condición de mandatarios de ETA a ejecutarlos. Se trata de una inferencia que en modo alguno la acredita con argumentos racionales y razonables la sentencia recurrida. Es más, tal como se comprobará posteriormente, los contraindicios verifican que los acusados no ejecutaron las líneas programáticas de esos documentos sino que adoptaron otras alternativas que abocaron a una confrontación dialéctica con la organización terrorista.

De ellos solo pueden colegirse consignas programáticas a toda la Izquierda Abertzale en general pero no unos mandatos expresos y personales a unos sujetos concretos.

Además, la endeble fuerza indiciaria de tales documentos queda corroborada, según se expuso en el fundamento tercero, por el análisis de la STC el Tribunal Constitucional 61/2011, de 22 de mayo, que conoció del recurso de amparo interpuesto por la coalición electoral "Bildu-Eusko Alkartasuna-Alternatiba Eraikitzen" contra la Sentencia de 1 de mayo de 2011, dictada por la Sala Especial

del art. 61 LOPJ del Tribunal Supremo en los recursos contencioso-electorales núms. 2/2011 y 4/2011. Tal como allí se expuso, si en la sentencia del TC no se consideraron esa clase de documentos prueba indiciaria suficiente para entender que la coalición electoral que aparece integrada por Bildu es un mero instrumento de ETA y de algún partido ya ilegalizado, y por tanto se estima el amparo y se anula la ilegalización de la Coalición que había decidido la Sala Especial del art. 61 de la LOPJ, no parece razonable declarar su suficiencia indiciaria para configurar la base fáctica de una condena penal a una pena privativa de libertad.

Es cierto que a partir del mes de marzo de 2009 los acusados activaron su acción política y comenzaron un nuevo proyecto del que dieron cuenta en una rueda de prensa. Y también lo es que se reunían algunos de ellos en la sede del sindicato LAB y que intensificaron sus contactos y reuniones con distintos sectores de la Izquierda Abertzale, celebrando también algunas de las fechas señaladas del calendario nacionalista y del mundo sindical. Ahora bien, esto no permite colegir sin graves márgenes de holgura e incertidumbre en las conclusiones y vacíos en el razonamiento inferencial que tal comportamiento obedeciera a la ejecución directa de mandatos concretos de ETA, ni mucho menos que actuaran así porque pertenecían a esa organización terrorista. Pues, además de la debilidad y fragilidad de los indicios, los contraindicios que obran en la causa se muestran consistentes en el sentido de que la línea política que instauraron era autónoma y no impuesta por ETA, organización con la que se abrió una confrontación tan clara y patente que echa por tierra las hipótesis inculpativas acogidas en la sentencia recurrida, vista la discrepancia que mantenían sobre el uso de la violencia y el llamado desdoblamiento estratégico.

El hecho de que ETA tuviera como objetivo político organizar un frente soberanista e independentista entre todas las fuerzas políticas de la izquierda vasca que dejara al

margen al PNV, no quiere decir que los acusados y su sector abertzale se pusiera a las órdenes de la organización etarra ni que aceptaran cumplir sus mandatos políticos y mucho menos que pertenecieran a ETA. Todo constata que no fue así, a tenor de la prueba practicada y de la evolución posterior de los hechos, ya que el material probatorio acumulado permite más bien inferir que el grupo mediante el que se ejecutaban las órdenes etarras estaba integrado por el sector de Ekin, que sí se hallaban integrados en el órgano ejecutivo “Bateragune”, según se razonó en su momento, mientras que los acusados y sus seguidores actuaban por su cuenta, oponiéndose con hechos sustanciales a las líneas políticas que marcaba la organización en sus documentos.

Los cinco indicios que señala la sentencia de instancia no pueden ser considerados por tanto unívocos, inequívocos ni concluyentes para poder inferir que en los meses sucesivos a la publicación de esos documentos los acusados se dedicaran a materializar y ejecutar las órdenes específicas que les había transmitido, según la sentencia, la organización terrorista. Pues se trata de indicios que sugieren más que explican y es tal su falta de entidad, calidad y solidez que abren de par en par las puertas hacia otras contrahipótesis alternativas opuestas a la hipótesis fáctica acusatoria que acoge la Audiencia. En concreto, y como se verá, propicia con suma naturalidad y fluidez la hipótesis de que los acusados actuaron en los meses de marzo a octubre de 2009 con autonomía política propia y no como mandatarios de ETA, adoptando decisiones y actitudes políticas incompatibles con la línea marcada por la organización terrorista.

Tal conclusión se alcanza no solo mediante el análisis aislado de los hechos indiciarios, sino también valorándolos en su conjunto de forma interrelacionada y combinada, toda vez que su inconsistencia en el plano individual impide el incremento de su escaso potencial indiciario cuando se conectan entre ellos para apreciarlos de forma global. De tal forma que cuando se entra a examinar los contraindicios que

obran en la causa el escaso itinerario discursivo que contiene la sentencia cuestionada para apoyar la hipótesis acusatoria se desmorona, emergiendo con mucho más fuerza la contrahipótesis anteriormente referida.

En efecto, entre los contraindicios que así lo acreditan destacan los siguientes:

1º) La plasmación en los propios documentos de ETA del hecho de que los acusados y su sector de la Izquierda Abertzale se desmarcan asiduamente de la línea política de la organización terrorista, incluso en hechos de notable trascendencia política y electoral como la constitución de la coalición para las elecciones al Parlamento Europeo de 7 de junio de 2009 (se coaligan con Izquierda Castellana en lugar de hacerlo con la candidatura soberanista vasca de Eusko Alkartasuna, que era lo impuesto por ETA). En la documentación de la organización constan numerosos datos acreditativos de las quejas de ETA con respecto a la línea autónoma que había adoptado el sector abertzale de los acusados, cuestionando la reticencia de estos a seguir el programa estratégico formulado por ETA.

2º) El documento *"Clarificando la fase política y la estrategia. Documento para el debate"*, elaborado por los acusados y distribuido en el mes de octubre de 2009, en el que se afirma específicamente que *"el proceso democrático debe tener como base la palabra y la decisión de la ciudadanía vasca y por tanto se debe realizar sin ningún tipo de violencia o injerencia externa"*. Tal como se explicó, este documento-ponencia fue sometido en los meses siguientes a su elaboración al debate dentro del seno de la Izquierda Abertzale, triunfando de forma clara en las numerosas asambleas en que se discutió en el País Vasco, donde unas 7.000 personas de las más activas y politizadas de ese sector tuvieron ocasión de conocerlo y avalarlo.

Su enfrentamiento dialéctico con la ponencia “*Mugarri*”, atribuida a ETA y que fue distribuida y defendida en el entorno de Ekin, contradice de forma palmaria la tesis inculpativa de la sentencia recurrida, al evidenciar que los acusados no eran unos meros mandatarios y ejecutores de las consignas de ETA, sino más bien todo lo contrario, según se examinó en su momento.

3º) También obra como contraindicio enervador de la tesis de la acusación la numerosa documentación integrada por prensa diaria, de la que se dio cuenta en el fundamento tercero. En ella se aprecia una clara confrontación entre el sector del grupo del acusado Arnaldo Otegui y la organización terrorista, a la que apoyaba el sector radicalizado de Ekin, según consta en numerosos diarios de tirada nacional y del País Vasco. Siendo así, no se entiende verdaderamente cómo se puede afirmar que los acusados eran unos mandatarios y ejecutores de las órdenes de ETA, y mucho menos que estuvieran integrados en la organización.

4º) Otro tanto cabe decir del llamativo error en que incurrieron las acusaciones al incluir a los acusados como miembros de “Bateragune” y centrar al mismo tiempo el núcleo de su imputación en la operatividad de este órgano. No quiero reiterarme en lo que se expuso *supra*, pero sí debe quedar claro que si ETA actuaba a través de un órgano llamado “Bateragune”, integrado al parecer por miembros de Ekin, órgano al que iba incluso dirigido el relevante documento “*BTGNari. Komunikazio Orokorra 0906 /Al BTGN. Comunicación General 0906*”, no resulta fácil entender cómo una vez que se comprueba que los acusados no se hallan integrados en ese órgano, se puede seguir manteniendo que eran los meros ejecutores de los mandatos de ETA. Si a quien pide cuentas la organización terrorista sobre el cumplimiento de sus planes políticos es a “Bateragune” a través del documento “*Comunicación General 0906*”, lo coherente y razonable es concluir que los acusados

no son los mandatarios de ETA ya que no pertenecen al órgano "Bateragune".

5ª) No menos relevante es el contraindicio consistente en las cartas que remitió el acusado Rafael Díez Usabiaga a dos amigos que se hallaban en prisión. En ellas, aunque no se atreve lógicamente a hacer una crítica abierta del sector proclive a ETA ni tampoco de la propia organización, sí dice algunas frases que cuestionan la línea violenta de los terroristas y expresa su temor de que vuelvan a las andadas. Las máximas de la experiencia y las reglas del criterio humano o de la sana crítica nos dicen que una persona que expresa en una carta privada el temor de que se vuelva a imponer una línea violenta y que cuestiona el radicalismo de algunos sectores próximos a ETA, no se ajusta a los cánones del modelo de conducta de un mandatario de ETA y mucho menos de un integrante de la organización terrorista.

6º) Por último, hay que citar el documento conocido como "*La Declaración de Alsasua*", distribuido al mes siguiente de la detención de los acusados, y también "*Zutik Euskal Herria*", de febrero de 2010, que es el resultado de la reflexión de la Izquierda Abertzale, y en concreto del sector que dirigían los acusados. En ellos, como admite la sentencia recurrida, se desarrollan las líneas de pensamiento y actuación ya marcadas por el documento "*Clarificando la fase política y la estrategia. Documento para el debate*".

La sentencia mayoritaria afirma que el análisis de los hechos ha de poner su límite en la fecha de la detención de los acusados, octubre de 2009, sin entrar a ponderar los actos posteriores, afirmación de la que ya discrepé profundamente en el curso de las deliberaciones. Pues en las sentencias han de analizarse todas las pruebas presentadas y admitidas en el proceso, y por tanto también deben ponderarse los hechos posteriores a la detención de un acusado, máxime si pueden favorecerle. Lo contrario sería como decir, por poner un ejemplo, que los hechos indiciarios

favorables a un sujeto preso por homicidio averiguados o ejecutados después de la detención no podrían examinarse en el juicio y en la sentencia, aunque se aportaran pruebas sobre ello de las que se desprendieran datos indicativos de la atribución de la autoría a otro sujeto.

Los razonamientos inferenciales entrañan siempre un juicio de prognosis basado en la normalidad del suceder social. Por ello es importante tener en consideración los hechos posteriores a la fecha de la presunta comisión del delito, dado que permiten confirmar o refutar el acierto del juicio de inferencia atendiendo para ello a la comprobación empírica de lo que acabó realmente sucediendo a partir de la presunta acción delictiva.

Pues bien, al examinar los hechos posteriores a la detención de los acusados se comprueba que al final se impuso la línea estrictamente política que ellos propugnaban, pues el desarrollo de los acontecimientos permitió constatar que la línea de actuación que defendían los acusados era distinta a la de ETA. Así lo corroboraron los distintos documentos que fueron promulgando los acusados y sus seguidores, desplazando sus criterios políticos no violentos a los que postulaba el sector más radical del mundo abertzale.

A este respecto, pueden citarse como documentos posteriores a febrero del año 2010 el acuerdo “Lortu Arte”, el “Acuerdo Guernica”, los estatutos de Sortu y el acuerdo “Euskal Herría Ezkerretik”.

Por lo tanto, en este caso el devenir histórico de los hechos otorgó la razón a la tesis de las defensas y no a las de las acusaciones.

Los argumentos precedentes permiten afirmar que los razonamientos probatorios inferenciales con que opera la Sala de instancia —más bien de forma tácita que expresa— muestran un grado de racionalidad en su conclusividad

notablemente precario; de modo que los hechos indiciarios que maneja no tienen la calidad y consistencia necesarias para enlazar con el grado de probabilidad exigible los hechos-base con los hechos-consecuencia.

En la argumentación de la sentencia recurrida emergen continuamente contrahipótesis fácticas basadas en contraindicios que el Tribunal pretende excluir con el uso reiterado de una misma *cláusula de cierre*: la omisión de la condena del terrorismo por parte de los acusados. Pero esta cláusula, además de ser contraria a los derechos fundamentales de los imputados y a los principios de la carga de la prueba en el proceso penal, carece de fuerza indiciaria para ocultar las llamativas grietas de la construcción argumental de la sentencia.

Y es que las hipótesis alternativas son varias y algunas muy plausibles. Así, cabría perfectamente que ETA fuera quien tuviera la idea y la iniciativa de intensificar la línea política soberanista y que un sector importante del mundo abertzale se sumara al proyecto o compartiera esa idea. Ello no significaría, sin embargo, que los simpatizantes y seguidores de esa nueva pauta de acción política se convirtieran en mandatarios de ETA y mucho menos en miembros de la organización terrorista. Tal inferencia no soporta un análisis mínimamente crítico con arreglo las máximas más elementales de la experiencia. Mayormente cuando los acusados y su sector mantuvieron una confrontación dialéctica con las directrices concretas que pretendía imponer ETA y sus seguidores más radicalizados.

Se está por tanto ante un supuesto en el que no solo permanecen dudas razonables sobre la veracidad de la premisa fáctica de la sentencia, dado que los interrogantes desplazan desde luego a las certezas, lo cual de por sí ya sería suficiente para no considerar enervada la presunción de inocencia; sino que incluso puede afirmarse que parece más viable empíricamente la hipótesis fáctica de las defensas que

las de las acusaciones. Para el magistrado que redacta este voto particular la hipótesis fáctica de las acusaciones, ya de por sí sustancialmente débil y abierta, no ha soportado la refutación a que fue sometida por unos contraindicios de una incuestionable capacidad enervadora.

Por todo lo cual, entiendo que no se puede considerar probado que los acusados actuaran como mandatarios a las órdenes de ETA. Con ello ya quedaría vulnerado el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), toda vez que esa premisa fáctica era la base sobre la que se apoyaba el segundo hecho incriminatorio: la pertenencia de los acusados a la organización terrorista ETA.

Sin embargo, se precisa hacer una última observación. Y es la de poner de relieve que la sentencia realiza un segundo salto en la lógica de su argumentación al derivar del hecho del seguimiento de las órdenes de ETA la pertenencia a esta organización. De modo que aunque se hubiera probado —lo cual evidentemente no ha sucedido— que ETA convenció a los acusados para que implantaran su línea política y que estos aceptaron ejecutarla sin emplear violencia alguna, de ello, es obvio, no se inferiría necesariamente su pertenencia a la organización. De ahí que en la sentencia no solo se incurre en un salto argumental, sino en dos. El primero al inferir sin base para ello la sumisión de los acusados a las órdenes de ETA, y el segundo al establecer que los acusados pertenecen a ETA. En ambos casos no resultan acreditados los pasos o eslabones inferenciales que conducen de las pruebas al hecho probado.

Considero por tanto que la sentencia de la mayoría, al ejercitar el control intersubjetivo de racionalidad y plausibilidad sobre los juicios de inferencia que realizó la Audiencia, no debió avalar como cierta la hipótesis acusatoria, dado que la prueba indiciaria de cargo resultaba insuficiente para enervar el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

**NOVENO.** Al no estimar probados los hechos nucleares que imputan las acusaciones, es claro que la conducta de los acusados no puede subsumirse en el art. 571 del C. Penal (arts. 515.2 y 516.2 de la redacción anterior a la reforma por LO 5/2010, de 22-6), que castiga penalmente a quienes dirigieren una organización terrorista y a quienes participaren activamente o formaren parte de ella. Ninguna de tales conductas ha quedado probada.

En consecuencia, se debió dictar un fallo absolutorio y acordar la libertad de los cinco acusados.

**PUBLICACIÓN-** Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.