

OT661 - SAGARDUY



TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal
SENTENCIA

Sentencia N°: 31/2011

RECURSO CASACION N°: 1144/2010

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria Declarando Nulidad

Señalamiento: 26/01/2011

Procedencia: Audiencia Nacional, Sala Penal, Sección 4ª

Fecha Sentencia: 02/02/2011

Ponente Excmo. Sr. D.: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

Escrito por: ARB

Enaltecimiento del terrorismo.- Estimatoria.-

Imparcialidad del Juzgador.- Imparcialidad subjetiva y objetiva.-

Distinción conforme el T. Constitucional.-

Nº: 1144/2010

Ponente Excmo. Sr. D.: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Vista: 26/01/2011

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SENTENCIA Nº: 31/2011

Excmos. Sres.:

D. Juan Saavedra Ruiz
D. Andrés Martínez Arrieta
D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca
D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre
D. Siro Francisco García Pérez

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 dos de Febrero de dos mil once.

En el recurso de Casación por infracción de Ley y de precepto Constitucional que ante Nos pende, interpuesto por **ARNALDO OTEGI MONDRAGÓN**, contra sentencia dictada por la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección Cuarta, con fecha dos de Marzo de dos mil diez, en causa seguida contra Arnaldo Otegi Mondragón, Itziar Galardi Sagardía y Josune Irakulis Albizu, por delito de Enaltecimiento del Terrorismo, Reunión Ilícita y Asociación Ilícita, los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para Votación y Fallo bajo la Presidencia del primero de los citados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, siendo parte recurrente el acusado **ARNALDO OTEGI MONDRAGÓN**, representado por la Procuradora Doña Ana Lobera Argüelles y defendido por el Letrado Don Josu Gorizelaria Orderika; en calidad de partes recurridas, **ASOCIACIÓN DIGNIDAD y JUSTICIA**, representada por el Procurador Don Santos Gandarillas Carmona y defendida por la Letrado Doña Elisa Ferrer-Sama Server y **FORO DE ERMUA**, representado por el Procurador Don Gabriel de Diego Quevedo y defendida por el Letrado Don Fernando García-Capelo Villalva.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado Central de Instrucción número 4 de los de Madrid, instruyó el procedimiento Abreviado con el número 365/2.005, contra Arnaldo Otegi Mondragón, Itziar Galardi Sagardía y Josune Irakulis Albizu, y, una vez decretada la apertura del Juicio Oral, lo remitió a la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal (Sección 4ª, rollo 14/09) que, con fecha dos de Marzo de dos mil diez, dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

"Primero.- El día 9 de julio de 2005, tuvo lugar en la localidad de Amorebieta Zornotza un acto en homenaje a José Mª. Sagarduy Moja, al que también llamaban "GATZA".

Dicho individuo había resultado condenado en las siguientes sentencias:

- S. 19/06/81 dictada en el Sumario 117/80 del Juzgado Central de Instrucción nº 1 de la Audiencia Nacional, condenando a 20 años y 2

meses de prisión por delitos de asesinato frustrado y atentado contra el Jefe de la Policía Municipal de Guernica y por utilización ilegítima de vehículo de motor.

- S. 04/12/82 dictada en el Sumario del Juzgado Central de Instrucción nº 2, condenado a 14 años, 8 meses y 1 día por el homicidio de José M^º. Arrizabalaga Arcocha, a 8 años por delito de tenencia de armas, municiones y explosivos y a 27 años, 8 meses y 2 días por el asesinato de D. Juan Cruz Hurtado Fernández, lesiones y robo con violencia.

El referido acto fue oportunamente notificado al Ayuntamiento de Amorebieta por la acusada Josune Irakulis Albizu, mayor de edad y sin antecedentes penales. La mencionada Josune, en el escrito que confeccionó al efecto, solicitaba del consistorio la autorización para la instalación de las necesarias tomas de luces y para la colocación de un escenario, peticiones que fueron concedidas por el Departamento de Interior del Gobierno Vasco; y se justificaba en tal notificación que el acto en cuestión tenía como finalidad específica "denunciar la bárbara situación en la que se encuentra José M^º. Sagarduy Moja, que lleva 25 años en prisión".

Dicho acto-homenaje fue publicitado mediante anuncios de prensa aparecidos en días anteriores en el diario "Gara", anuncios en los que figuraba el anagrama de GESTORAS PRO AMNISTÍA, ASKATASUNA y BATASUNA, a la vez que se anunciaba que estarían presentes en tal acto un acusado al que ahora no enjuiciamos, y el acusado ARNALDO OTEGI MONDRAGÓN, mayor de edad, con antecedentes penales no computables en esta causa, bajo el lema "KONPONDIDEAREN GARAIA DA AMNISTÍA ETA ASKATASUNA" (Es el momento de la solución, amnistía y libertad), "NACIO OMENALDIA" (Homenaje Nacional).

La celebración de tal acto-homenaje también apareció en la página Web www.jotakelahaine.org, en la que figuraba un documento fechado el día 8 de julio 2005, titulado "Homenaje a 25 años de lucha en las cárceles españolas", mediante la cual se realizaba la convocatoria al acto para el siguiente día 9 de julio 2005, que, según el mencionado documento, versaría sobre la "realización de un homenaje NACIONAL AL PRESO POLÍTICO JOSÉ M^º SAGARDUY "GATZA".

Segundo.- Y llegó el día del tan anunciado homenaje. El escenario estaba instalado, y todo dispuesto en orden al éxito del evento; hallándose

presidido dicho escenario por una fotografía de grandes dimensiones del condenado José M^a. Sagarduy Moja.

En el transcurso del repetido acto intervinieron personas diversas ajenas a este procedimiento, y también el acusado ARNALDO OTEGI MONDRAGÓN, el cual, accediendo al escenario, se dirigió a los allí presentes, ofreciéndoles el siguiente discurso:

"(...) Propusimos dos mesas y existirán esas dos mesas, no sabemos cuándo pero existirán.

Y finalmente en esas dos mesas al igual que en Sudáfrica, el futuro de este pueblo se construirá de conformidad, con compromiso, libertad, democracia y justicia. Reconociendo la territorialidad y la autodeterminación a este pueblo. Pero eso no puede construirse sin lucha, sin organización y sin compromiso.

Gatza lleva 25 años en prisión, Mandela salió después de 27 años. Pero Mandela no salió de la cárcel para conocer una Sudáfrica del pasado, Mandela salió de la cárcel superado el Apartheid, con la democracia construida y conseguida la libertad. Y así saldrá también en este pueblo el Colectivo de Presos Políticos Vascos.

Todavía no sabemos si será largo, corto o breve, lo que sabemos es que en Sudáfrica lo consiguieron a los 27 años. Y lo que sabemos es que si luchamos, si mantenemos la sensatez, inteligencia y prudencia política que nos dijo Jon Idígoras, tal vez dentro de 27 años también se conseguirá en Euskal Herria a través de la negociación el escenario democrático nacional que le deben, que merece y que necesita. Se lo debemos a los presos políticos vascos, refugiados y tantos camaradas que hemos dejado en la lucha y lo conseguiremos. Vamos por el buen camino, estamos en el buen camino, se están creando las condiciones y vamos a gestionar esas condiciones dentro de la voluntad del pueblo. Territorialidad y autodeterminación; democracia y justicia.

Y todos los represaliados vascos construyendo Euskal Herria con nosotros en casa, en la calle, en Euskal Herria. ¡Viva la izquierda abertzale! ¡Viva Euskal Herria!"

Tercero.- En dicho acto también intervino la acusada Itziar Galardi Sagardía, mayor de edad y sin antecedentes penales, en nombre del que llaman "Colectivo de Presos Políticos Vascos" (EPPJK) y dirigiéndose al auditorio realizó una severa crítica sobre la situación penitenciaria de

José M^a. Sagarduy Moja, al estimar que a este interno no se le estaban aplicando los beneficios de esta naturaleza que le correspondían, llevando privado de libertad por espacio de más de 25 años.

La referida acusada mantenía con el reiterado Sagarduy, y con la familia de éste relación de amistad, pues ella había permanecido en prisión durante 20 años, cumpliendo condena por delitos de naturaleza terrorista.

No ha resultado acreditado el contenido de los concretos términos con los que Itziar Galardi Sagardía se dirigió a los congregados.

El acto referido se desarrolló ante una multitud de personas, y estuvo amenizado por txalapartas, dantzaris y bertsolaris, culminando el mismo con canciones dedicadas al condenado José M^a. Sagarduy, por ser el "preso" más veterano existente en las cárceles españolas, y con la entrega de flores que un acusado no enjuiciado ofreció a los familiares del HOMENAJEADO José M^a. Sagarduy, en cuyo honor se bailó por último una danza.

Con posterioridad a los eventos narrados, se inició una marcha por parte de los congregados, que discurrió por las calles principales de Amorebieta, en la que muchos de sus miembros exhibían fotografías de ciudadanos vascos que se encontraban extinguiendo sus responsabilidades penales contraídas en establecimientos penitenciarios ubicados en España y en Francia, coreando a viva voz expresiones tales como "AMNISTÍA Y LIBERTAD" (...) "PRESOS A LA CALLE" (...) "LIBERTAD PARA GATZA".

Y así concluyó el acto, el cual fue objeto de amplia difusión a través de diversos medios de comunicación, tanto en prensa escrita como por televisión e Internet"(sic).

Segundo.- La Audiencia Nacional en la citada sentencia, dictó la siguiente Parte Dispositiva:

"A) Que debemos condenar y condenamos al acusado Arnaldo Otegui Mondragón, como autor responsable de un delito de Enaltecimiento del Terrorismo ya definido, a la pena de dos (2) años de prisión e inhabilitación absoluta durante dieciséis (16) años, que conlleva la

privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos que tenga el penado aunque sean electivos y la incapacidad para obtener los mismos o cualquiera otros honores, cargos o empleos públicos y la de ser elegido para cargo público durante el tiempo de la condena.

Que debemos absolver y absolvemos a Arnaldo Otegui Mondragón de los delitos de reunión ilícita y asociación ilícita, de los que también le imputaban las acusaciones populares.

B) Que debemos absolver y absolvemos a las acusadas Itziar Galardi Sagardía y Josune Irakulis Albizu de los delitos por los que venían siendo acusadas.

Arnaldo Otegui Mondragón hará efectivas 1/6 parte de las costas procesales"(sic).

Tercero.- Notificada la resolución a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de Ley y de precepto Constitucional, por **ARNALDO OTEGUI MONDRAGÓN** y por el **FORO DE ERMUA**, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el correspondiente recurso por la representación procesal de **ARNALDO OTEGUI MONDRAGÓN**. Habiéndose declarado desierto, por auto de fecha quince de julio de dos mil diez, el recurso de casación anunciado por el Foro de Ermua.

Cuarto.- El recurso interpuesto por **ARNALDO OTEGUI MONDRAGÓN**, se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN**:

1.- Al amparo de lo establecido en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Por vulneración del derecho a un juicio con todas las garantías, artículo 24 de la Constitución Española, en relación con el artículo 18 del texto constitucional, al haberse utilizado como base de la condena el contenido de un vídeo que se ha incorporado a la causa vulnerando derechos fundamentales.-

2.- Al amparo de lo establecido en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Por vulneración del derecho a un juicio con todas las garantías y a la Seguridad Jurídica. En concreto a la vulneración del derecho a la práctica de la prueba, en su doble aspecto de proposición y práctica de la prueba, así como al conocimiento y acceso a todo el contenido de la causa.-

3.- Al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Por vulneración del derecho a un juicio con todas las garantías, a la proposición y práctica de la prueba, a la seguridad jurídica. Derechos integrados todos ellos en el artículo 24 de la Constitución Española.-

4.- Al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Por vulneración del artículo 117.1 de la Constitución Española, al haberse vulnerado el principio indicado en el mismo, relativo a la independencia de Jueces y Tribunales, en relación con lo indicado en el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos en relación con el artículo 96 de la Constitución Española.-

5.- Al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Por vulneración del derecho a un juicio con todas las garantías, a la seguridad jurídica del artículo 24 de la Constitución Española, en relación con lo indicado en el artículo 6-3º A) del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el artículo 14-3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que reconocen como derecho fundamental el que todo acusado tiene de conocer y ser informado de la acusación formulada contra él.-

6.- Al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del artículo 24 de la Constitución Española.-

7.- Al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Por vulneración de precepto constitucional, por el cauce del artículo 5-4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al haberse vulnerado con la

Sentencia el derecho a la libertad de expresión, a la participación política, a la libertad ideológica, artículo 20 y 16 del texto constitucional.-

8.- Al amparo de lo señalado en el artículo 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por entender que la Sentencia vulnera en su aplicación el artículo 578 de la Ley Penal.-

9.- Al amparo de lo establecido en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del derecho fundamental a la celebración de un juicio sin dilaciones indebidas del artículo 24 del texto constitucional.-

10.- Al amparo del artículo 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Por entender que la Sentencia vulnera, por aplicación indebida, del artículo 72, en relación con el 66-6ª del Código Penal, al no imponer la pena de forma proporcional.-

Quinto.- Instruido el Ministerio Fiscal y la parte recurrida, se oponen a los motivos de los recursos interpuestos, que subsidiariamente se impugnan; quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento para Vista, se celebró la misma el día veintiséis de Enero de dos mil once.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Examinaremos en primer lugar el cuarto motivo en el que el recurrente se queja de no haber sido juzgado por un Tribunal independiente e imparcial, pues su estimación supondría la anulación del juicio y de la sentencia y haría innecesario el examen de los demás motivos del recurso. Alega que el recurrente, haciendo uso de sus derechos como acusado, manifestó que solo contestaría a preguntas de la defensa, y que tras el interrogatorio la Presidenta del Tribunal se dirigió a él preguntándole si condenaba la violencia de ETA y al

responder el acusado que no contestaría a esa pregunta, la Magistrada comentó, de malas formas, “Ya sabía yo que no me iba a contestar a esta pregunta” a lo que el acusado respondió “Y yo que iba a hacerla”. La pregunta, afirma, no tenía relación con los hechos del procedimiento. De ello deduce que la Magistrada dejó claro que tenía animadversión hacia el recurrente, que tenía prefijada su decisión y que, por lo tanto, no actuaba con total imparcialidad. Sostiene que en la sentencia tiene reflejo la percepción que la Sra. Presidenta y ponente de la sentencia tiene del recurrente y cómo le influye en su actuar y en su decisión.

1. El artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, reconoce el derecho a ser juzgado por un Tribunal independiente e imparcial establecido por la Ley. En el mismo sentido se pronuncia el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14.1, y la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el artículo 10. La doctrina del Tribunal Constitucional, después de algunas sentencias que lo situaban en el marco del derecho al juez legal, ha establecido que el derecho a un Juez imparcial forma parte del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías del artículo 24.2 de la Constitución. Aunque la imparcialidad también venga asegurada en otro aspecto por las normas que regulan el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, en cuanto que impide la designación de jueces ad hoc.

Es claro que la primera de todas las garantías del proceso es la imparcialidad del juzgador. Puede afirmarse que no es posible obtener justicia en el proceso si quien ha de impartirla no se sitúa en una posición de imparcialidad, como tercero no condicionado por ningún prejuicio respecto de la culpabilidad del acusado, bien sea derivado de su contacto con el objeto del proceso con anterioridad al juicio, o bien de su relación con las partes. El TEDH, en la sentencia del Caso Piersack c. Bélgica, de 1 de octubre de 1982, distinguió ya entre un aspecto subjetivo que trata de averiguar la convicción personal de un juez determinado en un caso concreto, y un aspecto objetivo que se refiere a si éste ofrece las garantías suficientes para excluir cualquier duda razonable al respecto. El Tribunal aunque ha reconocido las dificultades para apreciar la falta de imparcialidad subjetiva, y después de afirmar que la imparcialidad personal de un magistrado se presume salvo prueba en contrario (Sentencia *Hauschildt contra Dinamarca*), ha señalado que “En cuanto al tipo

de prueba exigido, ha tratado de verificar, por ejemplo, el fundamento de las alegaciones según las cuales un Juez había dado muestras de hostilidad o mala voluntad respecto al acusado o, movido por razones de orden personal, se las había arreglado para que se le asignara un asunto (Sentencia, previamente citada, *De Cubber*)". (STEDH de 6 enero 2010 Vera Fernandez-Huidobro contra España).

El Tribunal Constitucional, aunque ha aceptado la distinción la ha dotado de un contenido diferente, y ha diferenciado entre la imparcialidad subjetiva, que garantiza que el Juez no ha mantenido relaciones con las partes que puedan dar lugar a un previo posicionamiento sobre la cuestión, y la imparcialidad objetiva, es decir, referida al objeto del proceso, por la que se asegura que el Juez o Tribunal no ha tenido un contacto previo con el *thema decidendi* y, por tanto, que se acerca al objeto del mismo sin prevenciones en su ánimo (por todas, SSTC 47/1982, de 12 de julio, F. 3; 157/1993, de 6 de mayo, F. 2; 47/1998, de 2 de marzo, F. 4; 11/2000, de 17 de enero, F. 4; y 52/2001, de 26 de febrero, F. 3; 154/2001, de 2 de julio, F. 3, y 155/2002, de 22 de julio, F. 2).

En cualquier caso, no se trata de primar los deseos o preferencias del justiciable respecto a la composición personal del órgano de enjuiciamiento, ni tampoco de atender sus dudas basadas en meras apreciaciones o impresiones personales, sino que para que pueda afirmarse que un Tribunal puede no ser imparcial es preciso que las dudas sobre la imparcialidad estén objetivamente justificadas. Aunque las apariencias son importantes, pues pueden afectar a la confianza que los Tribunales de una sociedad democrática deben inspirar a los ciudadanos en general, y en particular a quienes son parte en el proceso (STEDH de 1 de octubre de 1982, caso Piersack; STEDH de 26 de octubre de 1984, caso De Cubber, y STEDH de 24 de mayo de 1989, caso Hauschildt), las dudas sobre la imparcialidad, para ser atendidas, no pueden basarse en meras impresiones sino que requieren una justificación objetiva. El Juez ha de ser, y ha de aparecer, como alguien que no tenga respecto a la cuestión concreta sobre la que ha de resolver y en cuanto a las personas interesadas en ella, ninguna idea preconcebida ni ninguna relación que pueda enturbiar su imparcialidad.

El TEDH se ha referido al punto de vista del acusado respecto de la imparcialidad del Tribunal, para decir que aunque su visión de la cuestión es importante, no es sin embargo decisiva. Mayor importancia ha concedido al

hecho de que sus sospechas puedan valorarse como objetivamente justificadas. (Entre otras en la STEDH de 25 septiembre 2001, Caso Kizilöz contra Turquía; en la STEDH de 25 julio 2002 Caso Perote Pellón contra España, y en la STEDH de 17 de junio de 2003, Caso Pescador Valero c. España).

La misma línea ha seguido el Tribunal Constitucional, que en la STC 69/2001, de 17 de marzo, con cita de otras muchas resoluciones, recordaba que “para que, en garantía de la imparcialidad, un Juez pueda ser apartado del conocimiento concreto de un asunto, es siempre preciso que existan sospechas objetivamente justificadas, es decir, exteriorizadas y apoyadas en datos objetivos, que permitan afirmar fundadamente que el Juez no es ajeno a la causa, o que permitan temer que, por cualquier relación con el caso concreto, no utilizará como criterio de juicio el previsto por la Ley, sino otras consideraciones ajenas al Ordenamiento jurídico. Por más que hayamos reconocido que en este ámbito las apariencias son importantes, porque lo que está en juego es la confianza que, en una sociedad democrática, los Tribunales deben inspirar al acusado y al resto de los ciudadanos, no basta para apartar a un determinado Juez del conocimiento de un asunto que las sospechas o dudas sobre su imparcialidad surjan en la mente de quien recusa, sino que es preciso determinar, caso a caso, más allá de la simple opinión del acusado, si las mismas alcanzan una consistencia tal que permita afirmar que se hallan objetiva y legítimamente justificadas”.

Como señala en la STC 60/2008, entre otras, “la imparcialidad judicial se encuentra dirigida, en efecto, a asegurar que la pretensión sea decidida por un tercero ajeno a las partes y a los intereses en litigio y que se someta exclusivamente al Ordenamiento jurídico como criterio de juicio. Esta sujeción estricta a la Ley supone que la libertad de criterio en que estriba la independencia judicial no sea orientada a priori por simpatías o antipatías personales o ideológicas, por convicciones e incluso por prejuicios o, lo que es lo mismo, por motivos ajenos a la aplicación del Derecho. En definitiva, la obligación de ser ajeno al litigio puede resumirse en dos reglas: primera, que el Juez no puede asumir procesalmente funciones de parte; segunda, que no puede realizar actos ni mantener con las partes relaciones jurídicas o conexiones de hecho que puedan poner de manifiesto o exteriorizar una previa toma de posición anímica a su favor o en contra (STC 5/2004, de 16 de enero, FJ 2). Ahora bien, según la misma doctrina, aun cuando es cierto 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, no basta con que tales dudas o sospechas sobre su imparcialidad surjan en la mente de quien recusa, sino que es preciso determinar caso a caso si las mismas alcanzan una consistencia tal que permitan afirmar que se hallan objetiva y legítimamente justificadas (SSTC 69/2001, de 17 de marzo, FFJJ 14 y 16; 140/2004, de 13 de septiembre, FJ 4). Por ello la imparcialidad del Juez ha de presumirse y las sospechas sobre su idoneidad han de ser probadas (SSTC 170/1993, de 27 de mayo, FJ 3; 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 5)...”.

2. La LECrim, en una interpretación ajustada a los principios constitucionales, contempla una relativa pasividad del Tribunal encargado del enjuiciamiento. Ello no impide la dirección del plenario, ni que solicite al acusado o a algún testigo alguna aclaración sobre el contenido de sus declaraciones, como se desprende de lo dispuesto en el artículo 708 de la LECrim, que aunque solo se refiere al testigo, se ha extendido en la práctica común a los acusados. No obstante, la jurisprudencia ha entendido que el Tribunal, para preservar su posición imparcial, debe hacer un uso moderado de esta facultad (STS nº 538/2008, de 1 de setiembre; STS nº 1333/2009, de 1 de diciembre, entre otras) y solamente para solicitar aclaraciones, con mayor razón cuando se trata de los acusados, lo cual excluye la formulación de preguntas de contenido incriminatorio que pudieran complementar la actuación de la acusación. El Tribunal Constitucional, en la STC nº 229/2003 y en la STC 334/2005, entendió que el límite a esta actuación del Presidente del Tribunal venía establecido por la exigencia de que la formulación de preguntas no fuera una manifestación de una actividad inquisitiva encubierta, sustituyendo a la acusación, o una toma de partido a favor de las tesis de ésta.

3. Al recurrente se le acusaba de un delito de enaltecimiento del terrorismo por haber pronunciado, en un acto público, unas frases de cuyo contenido se desprendía un elogio hacia las acciones terroristas y sus autores en relación a la obtención de un eventual éxito en sus planteamientos políticos. En esta clase de delito es importante, no solo el tenor literal de las palabras pronunciadas, sino también el sentido o la intención con los que han sido utilizadas. Pues es evidente que el lenguaje admite ordinariamente

interpretaciones diversas y, a los efectos de establecer la responsabilidad criminal por un delito de enaltecimiento del terrorismo, es preciso determinar con claridad en cual de los posibles significados ha sido utilizado en la ocasión a la que la acusación se refiere.

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, acogándose 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 exculpatario, 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.

En consecuencia, el motivo se estima, lo que determinará la anulación del juicio y de la sentencia, remitiendo las actuaciones al órgano jurisdiccional de origen para que proceda al señalamiento de nuevo juicio por un Tribunal compuesto por Magistrados diferentes de los que han dictado la sentencia anulada.

Habida cuenta del contenido del fallo, no es preciso el examen de los demás motivos del recurso. Tampoco es preciso el examen de las alegaciones que por la vía de la adhesión realizó la acusación popular en nombre del Foro de Ermua, ya que venían condicionadas a la estimación de otros motivos de la defensa.

III. FALLO

Que **DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por **ARNALDO OTEGUI MONDRAGÓN** por estimación de su cuarto motivo, anulando el juicio y la sentencia dictados en la instancia, y acordamos la devolución de las actuaciones al Tribunal de origen,

ordenando la retroacción de las actuaciones a la fecha anterior al señalamiento del plenario para que por un Tribunal compuesto por Magistrados distintos de los que firmaron la sentencia anulada se celebre un nuevo juicio oral en el que resolverán con libertad de criterio.

Se declaran de oficio las costas.

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

Juan Saavedra Ruiz Andrés Martínez Arrieta Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Siro Francisco García Pérez

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

