

Suplemento

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

8766 *Pleno. Sentencia 133/2014, de 22 de julio de 2014. Recurso de amparo 3930-2012. Promovido por don Arnaldo Otegi Mondragón, don Arkaitz Rodríguez Torres, doña Sonia Jacinto García y doña Miren Zabaleta Tellería, respecto de las Sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional que les condenaron por un delito de pertenencia a organización terrorista. Supuesta vulneración de los derechos a la imparcialidad judicial, la prueba, a conocer la acusación y a la presunción de inocencia: condena basada en prueba indiciaria suficientemente ponderada; inexistencia de dudas objetiva y legítimamente justificadas sobre la imparcialidad de uno de los magistrados intervinientes en la causa. Votos particulares.*

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, Presidente, doña Adela Asua Batarrita, don Luis Ignacio Ortega Álvarez, doña Encarnación Roca Trías, don Andrés Ollero Tassara, don Fernando Valdés Dal-Ré, don Juan José González Rivas, don Santiago Martínez-Vares García, don Juan Antonio Xiol Ríos, don Pedro González-Trevijano Sánchez, don Ricardo Enríquez Sancho y don Antonio Narváez Rodríguez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 3930-2012, promovido por don Arnaldo Otegi Mondragón, don Arkaitz Rodríguez Torres, doña Sonia Jacinto García y doña Miren Zabaleta Tellería, representados por el Procurador de los Tribunales don Javier Cuevas Rivas, bajo la dirección de la Letrada doña Jone Goirizelaia Ordorika, contra la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 2012, por la que se estimó parcialmente el recurso de casación núm. 11773-2011 interpuesto contra la Sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 16 de septiembre de 2011 en el rollo de sala núm. 95-2009. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Han comparecido don Rafael Díez Usabiaga, representado por la Procuradora de los Tribunales doña Ana Isabel Lobera Argüelles, bajo la dirección del Letrado don Iñigo Iruin Sanz. Ha sido Ponente el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. El Procurador de los Tribunales don Javier Cuevas Rivas, en nombre y representación de don Arnaldo Otegi Mondragón, don Arkaitz Rodríguez Torres, doña Sonia Jacinto García y doña Miren Zabaleta Tellería, bajo la dirección de la Letrada doña Jone Goirizelaia Ordorika interpuso demanda de amparo contra las resoluciones que se mencionan en el encabezamiento mediante escrito registrado en este Tribunal el 22 de junio de 2012.

2. El recurso tiene su origen en los siguientes antecedentes:

a) Los recurrentes, entre otras personas, fueron procesados en el sumario núm. 56-2009 tramitado en el Juzgado Central de Instrucción núm. 5 por un delito de

pertenencia a organización terrorista por Auto de 25 de enero de 2010. Por Auto de 14 de septiembre de 2010 se acordó la conclusión del sumario, siendo repartida la causa a la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, quien por Auto de 15 de diciembre de 2010 confirmó la conclusión del sumario y la apertura del juicio oral.

El Ministerio Fiscal y la acusación popular ejercida por la asociación de víctimas del terrorismo «Verde Esperanza» formularon escrito de acusación considerando que los recurrentes eran autores de un delito de integración en organización terrorista por formar parte de Bateragune que era un órgano de coordinación y dirección constituido para sustituir a la Mesa Nacional de Batasuna. Los recurrentes, mediante escrito de 3 de febrero de 2011, plantearon como cuestiones de previo pronunciamiento la excepción de cosa juzgada, respecto de don Arkaitz Rodríguez Torres y doña Sonia Jacinto García, y de litispendencia, respecto de don Arnaldo Otegi Mondragón y doña Sonia Jacinto García, siendo rechazadas por Auto de 16 de mayo de 2011. Los recurrentes, mediante escrito registrado el 24 de mayo de 2011, formularon escrito de defensa en que, tras negar la responsabilidad penal de la que eran acusados, solicitaron como medio de prueba para practicar en el juicio oral diversas testificales. Por Auto de 30 de mayo de 2011 se acordó inadmitir distintas pruebas testificales con el argumento de que «de la lectura de los escritos de calificación presentados ningún dato se extrae acerca de la pertinencia, por utilidad y necesidad, de ser oídos en el plenario tales testigos, al tratarse de personas que, en efecto, pueden verter sus opiniones particulares sobre materias aledañas al tema pendiente de enjuiciamiento, como se deduce de la documental admitida, pero tales declaraciones no tiene directa y relevante relación con el objeto de enjuiciamiento».

b) El recurrente don Arnaldo Otegi Mondragón, mediante escrito de 17 de febrero de 2011, solicitó la abstención y subsidiariamente la recusación de los Magistrados de la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, doña Ángela Murillo Bordallo, doña María Teresa Palacios Criado y don Juan Francisco Martel Rivero, al entender que concurría la causa del art. 219.11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ). Argumentaba que los Magistrados que conforman la Sección son los mismos que lo hicieron también en el rollo de sala núm. 14-2009 seguido contra él por la comisión de un delito de enaltecimiento del terrorismo. En aquel caso, la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2011 estimó el motivo de casación referido a la falta de imparcialidad de la Magistrada que lo presidía, doña Ángela María Murillo Bordallo, en cuanto al prejuicio que demostró en contra del acusado, quien al negarse a responder a su pregunta sobre si condenaba el terrorismo de ETA, afirmó «ya sabía yo que no me iba a contestar a esta pregunta», ordenando que se celebrara nueva vista con una conformación del órgano judicial completamente nueva.

La recusación fue desestimada por Auto de la Sala del art. 69 LOPJ de 26 de abril de 2011. En el Auto se afirma que no hay impedimento para el análisis de la causa de recusación invocada —haber participado en la instrucción de la causa penal o haber resuelto el pleito o causa en la anterior instancia (art. 219.11 LOPJ)— a pesar de que se fundamenta en la intervención de los recusados en la vista oral de otro procedimiento, toda vez que ya la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2011 entendió comprometida la imparcialidad de la Presidenta de la Sección por las frases proferidas en la vista, exteriorizando una toma de postura incompatible con lo que cabe entender por un Tribunal imparcial. En relación con ello, tras exponer la jurisprudencia que se consideraba aplicable al caso y analizar la resolución en que se había estimado la recusación en el otro procedimiento, se concluye que no cabe estimar la causa de recusación alegada, ya que el objeto de este procedimiento es la presunta existencia de vínculos estables y permanentes con la organización ETA y «[c]on ese objeto carece el incidente acaecido en el anterior juicio oral de la trascendencia, que sin embargo tuvo cuando se trataba de enjuiciar un delito de enaltecimiento del terrorismo. Ni la pregunta de la presidenta del Tribunal, ni su comentario, pueden constituir juicio alguno de valor en relación a lo que ahora es objeto de este procedimiento, con lo que no cabe temer que exista una contaminación objetiva por haber exteriorizado una opinión previa a la celebración del juicio. Es cierto que la organización ETA aparece en ambos

procedimientos, pero los tipos penales son sustancialmente distintos» (fundamento de derecho segundo). El Auto incluye un voto particular en que se defiende que concurre la causa de recusación alegada en relación con la Presidenta de la Sección, argumentando que la apariencia de imparcialidad «puede haber resultado lesionada por la actuación de la señora Presidente en el juicio anterior en virtud de su previo posicionamiento exteriorizado sobre la aceptación por el acusado de la violencia terrorista de la organización ETA, organización a la que ahora, en este nuevo juicio se le acusa de pertenecer».

c) La Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, por Sentencia de 16 de septiembre de 2011, condenó a los recurrentes como autores de un delito de pertenencia a organización terrorista a sendas penas de prisión de ocho años, excepto al primero de ellos al que impuso una pena de diez años por considerar que su autoría lo era en grado de dirigente. Igualmente, fueron condenados a las penas de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la prisión e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de diez años y el abono de las costas.

La Sentencia consideró probado que los recurrentes, entre otros, «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» (hecho probado primero).

d) La Sentencia argumenta que si bien no existe una prueba directa concurren diversas pruebas indiciarias a partir de las cuales se infiere la responsabilidad penal de los recurrentes y que tampoco resultan asumibles los argumentos de descargo utilizados. Así se afirma en el fundamento de derecho 1 C):

«El hecho-consecuencia consiste en la mencionada dependencia y dedicación de los cinco acusados nombrados, unidos orgánicamente en la comisión de coordinación aludida, a los designios políticos y criminales de la organización terrorista ETA, en la que se insertan y para la que actúan en una relación de tutelaje y disciplina cuyas directrices básicas impartía ETA. A tal hecho consecuencia se llega directamente y sin fisuras a través de contrastados e inatacables hechos-base, que forman un sólido cuerpo indiciario con relevancia probatoria de cargo. Como tales hechos-base enumeraremos los siguientes: 1.º—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. 2.º—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. 3.º—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. 4.º—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 5.º—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.

Por su parte, las defensas de los acusados sostienen que la actividad de sus clientes no trasvasa el ámbito político, de ejercicio de la libertad de expresión y del derecho a la participación en actividades públicas, constitucionalmente protegido. Sin embargo, dicha tesis carece de consistencia, si se tiene en cuenta el amplio caudal probatorio de cargo que se ha acumulado en el presente procedimiento, como iremos examinando. Pretenden dichas defensas hacer creer que toda la labor de los acusados se circunscribía a buscar y procurar un marco de diálogo para erradicar definitivamente la violencia que durante muchas décadas ha venido sacudiendo el País Vasco y Navarra, además de otros puntos de España. Alegan que el documento «clarificando la fase política y la estrategia», elaborado por los acusados y puesto en circulación para ser debatido en las fechas de las detenciones, cuyo resumen se contiene en la «declaración de Alsasua», de 14 de noviembre de 2009, y las conclusiones del debate aparecen en el documento “Zutik Euskal Herria”, de febrero de 2010, reflejan tal posición pacificadora y superadora de la estrategia político-armada que hasta entonces estaba vigente. Pero debe precisarse que sólo el primero de los documentos nombrados es atribuible a los acusados, según ellos mantienen y reconocen los testigos, pues los otros dos aparecen en escena cuando ellos se encontraban privados de libertad preventivamente. En cualquier caso, ni en aquel primer documento, ni en los dos restantes, aparece de manera diáfana una condena a la violencia de ETA, sino que expresamente se recoge un reparto de roles entre la Izquierda Abertzale y ETA, pues aquel conjunto de formaciones sectoriales se encargaría de las iniciativas de índole político-institucional, en tanto que la organización terrorista sería la que negociararía con el Estado el fin de la violencia que ejerce. Ello constituye una reiteración de los dos planos (político y militar) en que siempre se ha desenvuelto ETA. Por lo que, en realidad, ningún proceso de diálogo y negociación novedoso se quería introducir con la creación del organismo o comisión de coordinación de la Izquierda Abertzale formado por los cinco acusados nombrados, permaneciendo idéntica la terminología empleada, donde se incluye la denominación de «presos políticos y exiliados» para aludir a los miembros de la organización terrorista y de otras formaciones afines que cumplen condena en establecimientos carcelarios fuera de los territorios de las Comunidades Autónomas de Euskadi y Navarra.»

e) Los recurrentes don Arnaldo Otegi Mondragón y don Arkaitz Rodríguez Torres formularon recurso de casación alegando la vulneración del derecho a la imparcialidad judicial, argumentando que los mismos tres Magistrados que han dictado la Sentencia condenatoria fueron los que conocieron del rollo de sala núm. 14-2009, en que, juzgándose al recurrente don Arnaldo Otegi Mondragón por un supuesto delito de enaltecimiento de terrorismo, por Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2011, se estimó el motivo de casación referido a la falta de parcialidad de la Magistrada Sra. Murillo Bordallo y se acordó la devolución de las actuaciones al Tribunal de origen para la celebración de un nuevo juicio por un órgano judicial compuesto por Magistrados distintos de los que firmaron la Sentencia anulada.

Las defensas de todos los recurrentes en sus respectivos recursos alegaron también, entre otros motivos de casación, (i) la vulneración del derecho a la prueba, por la denegación de diversas testificales que eran pertinentes y habían sido propuestas en tiempo y forma; (ii) la vulneración del principio acusatorio, porque los hechos objetos de la acusación y por los que han sido condenados no son los mismos, pues se acusó de formar parte del órgano de dirección política denominado Bateragune y la Sentencia descarta dicho vínculo sustituyéndolo por la existencia de otro órgano paralelo en que se habrían integrado los recurrentes; y (iii) la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, ya que a pesar de haberse practicado abundante prueba toda es de carácter indiciario y no se motivan las razones a partir de las cuales se infiere la responsabilidad penal de los recurrentes.

f) La Sala Segunda del Tribunal Supremo, por sendas Sentencias núm. 351-2012, de 7 de mayo, acordadas en el recurso de casación núm. 11773-2011, estimó parcialmente el recurso interpuesto por los recurrentes y, manteniendo los pronunciamientos de la Sentencia impugnada, estableció que el primero de los recurrentes era autor también de la modalidad básica, condenándole a una pena de prisión de seis años y seis meses, rebajando la pena de prisión al resto de recurrentes a seis años.

En relación con la invocación del derecho a la imparcialidad judicial, se afirma que los recurrentes no centran su queja en ninguna de las causas que, bajo un sistema taxativo o numerus clausus, establece el art. 219 LOPJ, incumpliendo así uno de los requisitos de procedibilidad señalados por la jurisprudencia constitucional. Se expone que, en su defecto, aun entendiendo que la causa señalada es la enemistad manifiesta (art. 219.9 LOPJ), no concurriría en el presente caso. Así, se argumenta que la relevancia que a los efectos de la pérdida de imparcialidad se estableció en un anterior procedimiento, debido a la expresión proferida por la Magistrada a la respuesta dada por el recurrente a una pregunta sobre si condenaba la lucha armada de una organización terrorista, no resulta trasladable a este otro proceso. Se dice en el fundamento de derecho primero:

«El punto clave de la estimación en aquella ocasión de la presumible pérdida de imparcialidad de la presidenta del Tribunal estribó, pues, en la precipitación del juicio de fondo que aquella frase venía a traslucir sobre unos hechos respecto de los cuales se seguía acusación por presunto delito de enaltecimiento del terrorismo. Por ello, no debe sacarse de ese contexto el valor o relevancia que la STS núm. 31/2011 otorgó a la concreta expresión emitida por la magistrada frente al silencio del acusado. Como expresamos entonces, 'no era irrazonable' entender que con esa respuesta la juez pudiera estar emitiendo un prejuicio, al haberse proferido al comienzo de la práctica de prueba. Más de esta situación y sin otros argumentos que los señalados no se sigue una contaminación respecto de los aquí examinados, referidos a diferente ilícito, por más que ambos afecten a cuestiones terroristas. Presuponer que todo magistrado declarado contaminado en una causa forzosamente ha de estarlo en cualquier otra posterior, por el mero hecho de haber podido estarlo en aquella ocasión, supone emitir un juicio universal de parcialidad carente de mínima constancia objetiva ad causam cuando, como es el caso, no se aportan nuevos elementos que permitan apreciar una pérdida de imparcialidad relacionada con los hechos ahora enjuiciados o bien que revelen una actitud perdurable en el tiempo y hostil hacia el acusado que permita estimar concurrente esa enemistad manifiesta que, entonces sí, privaría de objetividad al juez en cuestión.

A mayor abundamiento, tampoco es posible entender —lo que ni siquiera mínimamente vienen a apuntar los recurrentes— que la Sra. Murillo tenga algún tipo de interés, directo o indirecto, en el resultado del presente proceso (art. 219.10 LOPJ).

Ha de convenirse así con lo que, a modo de conclusión, refiere la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional al rechazar la recusación solicitada: "La sentencia de la Sección 4ª de 2 de marzo de 2010, dictada ya por los tres Magistrados, que son recusados, contiene un pronunciamiento del Tribunal, y una toma de postura,

en relación a ese concreto objeto. Es un pronunciamiento estrictamente profesional, que provoca que, anulado el juicio, deban de encargarse otros magistrados de la celebración del nuevo enjuiciamiento, pues ellos ya se han pronunciado sobre esa materia, pero en modo alguno supone una contaminación objetiva para resolver sobre otras acciones penales, por más que se dirijan contra el mismo acusado" (f. 3.º).

Igualmente por sí sola la pregunta sobre la condena o no de la actividad terrorista responde a un hecho objetivo que puede integrar un indicio que ha sido y es valorado por los tribunales (Sala del Artículo 61, Tribunal Constitucional o Tribunal Supremo) para resolver las cuestiones sometidas a su decisión.

La cuestión de la parcialidad o imparcialidad subjetiva e incluso en muchos casos objetiva es una cuestión sumamente delicada porque incide directamente sobre la conformación de los tribunales sujeta al imperio de la ley. Por ello, las apariencias solo podrán ser trascendentes si tienen relación con las causas legales de recusación establecidas por el legislador, debiendo remitirse a ellas, de forma que no es posible establecer causas distintas acudiendo al criterio analógico o configurando la apariencia como causa autónoma y con vida procesal propia. Por otra parte, no puede concebirse el prejuicio o contaminación si no es como efecto de un interés personal del juez que se superponga al de la recta interpretación y aplicación de la ley, pues de lo contrario prescindiríamos de la objetividad de la justificación de la causa legal, de forma que el interés personal debe trascender de la mera sospecha, recelo o aprensión subjetiva del recurrente. No es posible, por ello, prescindir del catálogo de causas establecido por el legislador como medida y orden de la composición de los tribunales. Cuestión distinta es su interpretación conforme a la Constitución y a los Pactos Internacionales suscritos por España, atendida la jurisprudencia que los interpreta.»

En cuanto al derecho a la prueba, la Sentencia afirma que no consta que se reiterara la queja al principio de las sesiones del juicio oral y que, en cualquier caso, carecerían de relevancia, ya que «la resultancia probatoria de la vista oral evidencia, como los propios impugnantes reconocen expresamente, que tales testimonios únicamente habrían venido a refrendar lo ya acreditado mediante la abundante documental que previamente se había adjuntado a las actuaciones, a proposición de su defensa, y a incidir en aquello para lo que ya había sido propuesto y aceptado otro amplio grupo de testigos. Por ello, admitida sin reparos dicha documental y obtenidos suficientes testimonios en torno a la petición, la necesidad de contar directamente en el acto de enjuiciamiento con un mayor número de testigos sobre la misma cuestión devenía claramente innecesaria», a lo que se añade que los recurrentes no aportan «ningún otro dato o reflexión que evidencie que, más allá de estas conclusiones, a través de dichas testificales pudiera incidirse de algún modo en la convicción final del Tribunal» (fundamento de Derecho tercero).

Por lo que se refiere al derecho a la presunción de inocencia, la Sentencia argumenta que la condena se ha fundamentado en la actividad probatoria indiciaria desarrollada en relación con cada uno de los recurrentes de la que se ha inferido de manera racional su responsabilidad penal, fruto de un exhaustivo y ponderado análisis del abundante acervo probatorio practicado en el plenario, de cuyo contenido deja sobrada constancia la Sentencia emitida; valorándose también los argumentos de descargo alegados por cada uno de los recurrentes (fundamentos de derecho cuarto y decimosegundo). En concreto, por lo que se refiere al argumento de que los recurrentes formaban un grupo de opinión autónomo, no estructurado, cuyo objetivo consistía en preparar el debate en el que, optando por los «principios Mitchell», se erradicara la violencia, para entrar así en una fase de negociación política dirigida a lograr, en último término, el independentismo vasco, en el fundamento de Derecho cuarto se afirma que

«Comenzaremos, pues, por la valoración de los 'principios Mitchell' que cita el recurrente y de los que sí habla la sentencia. Insiste en que a través de sus diversas actividades ha defendido su aplicación al "conflicto vasco", lo que hubo de valorar

la Sala de instancia como conatraindicio de importante calado para la decisión de estos hechos, en la medida en que permite estimarlo desvinculado de ETA.

Bajo tal denominación, cuya formulación se atribuye al senador estadounidense del mismo nombre, se conocen ciertas pautas aceptadas por los Gobiernos de Irlanda y Gran Bretaña, junto con diversos partidos políticos, para la resolución del conflicto en Irlanda del Norte, a cuyo tenor los implicados en las negociaciones debían suscribir una serie de compromisos, que suelen resumirse en seis reglas: 1) uso de medios exclusivamente democráticos y pacíficos para resolver las cuestiones políticas; 2) desarme completo de todas las organizaciones paramilitares; 3) desarme verificable por una comisión independiente; 4) renuncia por los firmantes, junto con su oposición, a cualquier intento por parte de otros de acudir al uso de la fuerza o a la amenaza de utilizarla para influir en el curso o en los resultados alcanzados en las negociaciones multilaterales; 5) compromiso de respetar los términos de cualquier acuerdo alcanzado en las negociaciones y de recurrir a métodos exclusivamente democráticos y pacíficos para tratar de modificar cualquier aspecto de esos acuerdos con los que pueda estarse en desacuerdo; y, por último, 6) instar a la finalización de las acciones violentas, particularmente asesinatos y 'palizas de castigo', tomándose medidas eficaces para prevenir tales acciones.

Tal y como da a entender la sentencia combatida en diversos pasajes, de ser cierta la firme defensa de estos principios por el recurrente, lo razonable hubiera sido que se hubiera valido de las muchas comparecencias públicas en las que intervino y que, en parte, motivan estas actuaciones para manifestarse abiertamente en contra de la actuación terrorista preconizada por ETA. Tampoco aparecen recogidos estos principios en la ponencia "Clarificando la fase política y la estrategia", de la que asume una autoría consensuada con otros procesados y que, según manifiesta, era precisamente el documento a enfrentar a la ponencia "Mugarri" en el proceso de debate. Del mismo modo, pudo interesar de la organización criminal su deposición de las armas, lo que no hizo, como tampoco condenó los ataques violentos que, en paralelo, se iban produciendo por parte de la organización criminal.

La relevancia de todos estos aspectos es evidente, pues no se trata de que la Sala de instancia incluya valoraciones que afecten a la moral del acusado para llegar a la conclusión de su pertenencia a ETA, como arguye el recurrente en su escrito, sino de que, en el caso de haber querido una efectiva traslación de los 'principios Mitchell' a la situación en el País Vasco, lo más lógico habría sido que utilizara su relevante proyección mediática para condenar dicha violencia armada y sus concretas manifestaciones durante los meses en que los atentados de ETA antes señalados se solaparon con la actividad política del procesado, lo que nunca hizo. El propio recurrente reconoció en sus declaraciones haber sido militante de Batasuna, ilegalizada por este Tribunal Supremo mediante STS de 27/03/2003 (Sala Especial del art. 61 LOPJ), y en ninguno de los momentos analizados en esta causa ha expresado, en forma alguna, su abierta separación respecto de los postulados que regían a aquélla, como sería esperable en el caso de pretender hacer realidad el espíritu que inspira los principios que ahora se invocan.

En consecuencia, pese al esfuerzo argumentativo del que se hace uso en el recurso, resulta incierto que el procesado acatara la verdadera esencia de dichos principios pacifistas y, por ende, que actuara públicamente en abierta oposición a ETA, en aras de lograr a través de cauces estrictamente democráticos esa finalización del uso de la violencia y del terror por parte de la misma.»

Por último, en cuanto a la invocación del principio acusatorio, la Sentencia descarta que se haya producido su vulneración, argumentando que la cuestión sobre la integración de los recurrentes dentro de un órgano de coordinación y dirección bajo la dependencia de la organización ETA fue la que centró gran parte del debate en el plenario, por lo que no es un hecho incorporado novedosamente a la Sentencia, sino resultado de una

actividad probatoria practicada con todas las garantías (fundamentos de Derecho quinto y decimotercero).

g) La Sentencia incluye dos votos particulares. En el primero de ellos se sostiene que debió ser estimado el motivo de recurso referido a la falta de imparcialidad judicial de la Presidenta de la Sección de enjuiciamiento, con alcance al resto de los Magistrados que la componían. Se argumenta que es lógico pensar, desde la perspectiva de un observador imparcial, que la convicción expresada en un procedimiento anterior acerca de la ausencia de voluntad de condenar la violencia de ETA se mantendría en relación con otros hechos por los que la misma persona vaya a ser juzgada y que, en el presente caso, la negativa del acusado a condenar dicha violencia es valorado reiteradamente en la resolución impugnada como uno de los elementos demostrativos de la pertenencia del acusado a la organización terrorista. En el segundo voto se afirma compartir los argumentos relativos a la falta de imparcialidad, pero que el recurso debería haber sido estimado por razones de fondo al haberse vulnerado el derecho a la presunción de inocencia, ya que falta un enlace lógico suficiente de la prueba indiciaria a partir de la cual la Sentencia de instancia establece la culpabilidad de los acusados, hay una valoración parcial de diversas pruebas documentales y no se han ponderado diversos contraindicios exculpativos.

3. Los recurrentes solicitan que se declaren no ajustadas a derecho las resoluciones impugnadas y que se les absuelva de los delitos por los que han sido condenados, aduciendo los cuatro motivos de recurso siguientes:

a) «Vulneración del principio acusatorio, en relación con los derechos fundamentales a la defensa, a ser informado de la acusación, ambos del art. 24.2 del Texto constitucional, y con la garantía constitucional de la imparcialidad judicial». Los recurrentes argumentan que no ha sido respetado el principio acusatorio conforme al cual se exige una identidad fáctica entre lo que ha sido objeto de acusación y lo que se resuelve en sentencia. Afirman que las acusaciones pública y popular sostuvieron como pieza básica que los recurrentes pertenecían a un organismo de dirección política, denominado Bateragune, que trasladaba y cumplía los mandatos y directrices de la organización ETA y que, sin embargo, las resoluciones impugnadas, aun afirmando que no había quedado probado que los recurrentes pertenecieran a Bateragune, sostienen la existencia de otro organismo de coordinación y dirección, en el que incluye a los recurrentes, atribuyéndole una dependencia de ETA. Los recurrentes concluyen que los órganos judiciales con esta actuación se han apartado de los hechos objeto de acusación, ejerciendo una función acusatoria que les ha hecho perder su imparcialidad al añadir la existencia de un hecho nuevo, como es este supuesto organismo de coordinación y dirección distinto de Bateragune pero paralelo a él, que no estaba presente en las acusaciones y respecto del que no han podido defenderse.

b) «Vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) en relación con el derecho fundamental a obtener la tutela de los Tribunales». Los recurrentes afirman que la condena se ha basado en prueba de indicios sin cumplir los requisitos exigidos por la jurisprudencia constitucional, ya que no se han expuesto los razonamientos a partir de los cuáles desde los hechos base se ha inferido la conclusión condenatoria. Así, los recurrentes argumentan que los cinco indicios utilizados en la Sentencia condenatoria —(i) identidad de terminología entre la utilizada por la Izquierda Abertzale y ETA; (ii) reuniones realizadas en la sede del sindicato LAB; (iii) viajes realizados a Francia por los recurrentes para reunirse con la organización Batasuna, que es legal en aquel país; (iv) la no condena de las actuaciones de ETA; y (v) una serie de documentos elaborados por ETA respecto de los que ninguna intervención tuvieron los recurrentes— no son unívocos ni concluyentes ni siquiera valorados conjuntamente. Además, partiendo de la realidad sostenida en la STC 61/2011, de 22 de mayo, de que la Izquierda Abertzale y ETA no son lo mismo, los recurrentes argumentan que no se ha valorado un contraindicio muy relevante que ponía de manifiesto que la conducta de los recurrentes se desarrollaba dentro del marco de la Izquierda Abertzale, que en todo

momento excluye el recurso a la lucha armada, y no por la pertenencia a una banda armada. Respecto de la valoración judicial de la no condena a ETA como elemento inculpativo, los recurrentes dicen que no es un requisito legal en ninguna de las normas actualmente vigentes, que nadie está obligado a ello y que, en consecuencia, nadie debe responder por no condenar a ETA ni verse perjudicado por ello.

c) Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) y del derecho a un juez imparcial, art. 24.2 CE, en relación con el art. 6 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, el art. 14 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos y el art. 10 de la Declaración universal de derechos humanos: Los recurrentes argumentan que esta invocación trae causa de la solicitud de abstención y recusación de los Magistrados que formaron parte de la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y que, si bien fue rechazada por el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y confirmada en casación, mereció sendos votos particulares. Los recurrentes afirman que los Magistrados que conformaron la Sección de enjuiciamiento en la primera instancia eran los mismos que lo hicieron también en el rollo de sala núm. 14-2009 seguido contra el recurrente don Arnaldo Otegi Mondragón, entonces por la comisión de un delito de enaltecimiento del terrorismo. En aquel caso, la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2011 estimó el motivo de casación referido a la falta de imparcialidad de la Magistrada que lo presidía, doña Ángela María Murillo Bordallo, en cuanto al perjuicio que demostró en contra del acusado, quien al negarse a responder a su pregunta sobre si condenaba el terrorismo de ETA, afirmó «ya sabía yo que no me iba a contestar a esta pregunta», ordenando que se celebrara nueva vista con una conformación del órgano judicial completamente nueva. Los recurrentes argumentan que en este caso esa misma circunstancia referida a la condena o no de la actuación de ETA ha sido reiteradamente valorado en la Sentencia de instancia como un elemento relevante para entender acreditada la pertenencia a banda armada de los recurrentes, por lo que «puede considerarse objetivamente justificada la sospecha de que la presidente 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 ese modo, concluyen, tras exponer la jurisprudencia constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el particular, que se ha vulnerado el derecho a la imparcialidad judicial, por la concurrencia de las causas de recusación referidas a la existencia de enemistad manifiesta (art. 219.9 LOPJ) y haber participado en la instrucción de la causa o haber resuelto esta en anterior instancia (art. 219.11 LOPJ), en el sentido de haber realizado actuaciones anteriores que hubieran permitido al Juez tomar contacto con la cuestión y formar una opinión acerca de los hechos que se enjuician.

d) Vulneración del derecho a la utilización de la prueba pertinente para su defensa (art. 24.2 CE): Los recurrentes fundamentan esta vulneración en que el órgano judicial de instancia no admitió una serie de testigos propuestos en el escrito de defensa, sin exponer las razones del rechazo, a pesar de tratarse de pruebas relevantes pues era la testifical de diversos periodistas y políticos para acreditar la desvinculación de los entonces acusados con ETA e intentar contradecir lo indicado por la pericial-policial.

4. La Sala Primera de este Tribunal, por providencia de 6 de mayo de 2013, acordó admitir a trámite la demanda de amparo y, en aplicación de lo dispuesto en el art. 51 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), requerir que se remitiera certificación o copia adverbada de las actuaciones y el emplazamiento de quienes hubieran sido parte en el procedimiento para que pudiesen comparecer en el plazo de diez días en el proceso de amparo. Igualmente, se acordó formar la correspondiente pieza separada de suspensión, en la que, tras los trámites oportunos, se acordó por ATC 137/2013, de 3 de junio, denegar la suspensión solicitada, y por ATC /2014, de 5 de mayo, no modificar dicha denegación.

5. La Secretaría de Justicia de la Sala Primera de este Tribunal, por diligencia de ordenación de 12 de julio de 2013, tuvo por recibidos los testimonios de las actuaciones; por personados a la Procuradora doña Ana Isabel Lobera Argüelles, en nombre y

representación de don Rafael Díaz Usabiaga, y a la Procuradora doña Delicias Santos Montero, en nombre y representación de la asociación víctimas del terrorismo «Verde Esperanza»; y acordó dar vista de las actuaciones al Ministerio Fiscal y a las partes personadas por un plazo de veinte días para presentar las alegaciones que estimasen pertinentes, de conformidad con el art. 52 LOTC, y dentro de los diez primeros días para que alegaran sobre la posible acumulación del presente recurso al número 3794-2012, lo que fue denegado por ATC 149/2014, de 22 de mayo.

6. Los recurrentes, en escrito registrado el 4 de septiembre de 2013, promovieron la recusación del Presidente de este Tribunal, que fue inadmitida por ATC 238/2013, de 21 de octubre.

7. El Ministerio Fiscal, en escrito registrado el 2 de octubre de 2013, presentó sus alegaciones interesando que se denegara el amparo solicitado.

El Ministerio Fiscal afirma que es necesario, en atención a los efectos que se producirían de estimarse cada uno de los motivos de recurso, comenzar por aquellos que darían lugar a la celebración de nuevo juicio en el que se remediarían las lesiones padecidas. Así, analiza en primer lugar, la vulneración del derecho a ser informado de la acusación en relación con el derecho a la defensa (art. 24.2 CE), afirmando que dicho derecho ha sido respetado tanto en relación con la calificación jurídica como respecto de los hechos, ya que los recurrentes conocían que su imputación provenía de su vinculación con ETA y no con Bateragune, siendo esta temática acusatoria ampliamente discutida en las diversas sesiones del plenario haciéndose efectivo el derecho de contradicción.

El Ministerio Fiscal también descarta que se haya producido la vulneración del derecho a la prueba (art. 24.2 CE) afirmando que la denegación de las pruebas testificales de varias personas, en su mayoría políticos y periodistas, que iban a declarar sobre la no vinculación de los recurrentes con ETA, fue debidamente razonada sobre la base de que no tenía relevancia para la resolución del caso al tratarse de opiniones particulares y que, en cualquier caso, no se generó ninguna indefensión material ya que el contenido de lo que se intentaba probar quedó incorporado al proceso a disposición del órgano judicial por medio de los documentos en que se plasmaban dichas opiniones.

El Ministerio Fiscal afirma que tampoco se ha producido la vulneración del derecho a un juez imparcial. En primer lugar, expone que aunque esta lesión aparece referida a todos los recurrentes, concurre la causa de inadmisión de falta de agotamiento [art. 44.1 a) LOTC] respecto de doña Sonia Jacinto García y doña Miren Zabaleta Tellería, ya que no interpusieron recurso de casación ante el Tribunal Supremo por este motivo. Tras hacer una amplia exposición de la jurisprudencia constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la cuestión, argumenta que no hay identidad suficiente de hechos entre el procedimiento en que se estimó la causa de recusación respecto de un miembro del órgano judicial y el que es objeto de este recurso de amparo, lo que hace que no sean comunicables las apariencias de parcialidad entre ambos procedimientos.

Por último, el Ministerio Fiscal también niega que se haya producido una vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE). Dice que la Sentencia de instancia ha condenado a los recurrentes en virtud de prueba de indicios que ha respetado la jurisprudencia constitucional al respecto, ya que ha expuesto de manera amplia cuáles eran los indicios que habían quedado acreditados, la mayoría reconocidos por los propios recurrentes, y como a partir de los mismos se derivaba la conclusión sobre la pertenencia a ETA de los recurrentes con inferencias que resultan razonables y en que también se han ponderados los argumentos y contraindicios de descargo alegados por los recurrentes.

8. La Procuradora doña Ana Isabel Lobera Argüelles, en escrito registrado el 17 de septiembre de 2013, presentó sus alegaciones adhiriéndose a los motivos de amparo de los recurrentes.

9. Los recurrentes, en escrito registrado el 17 de septiembre de 2013, presentaron sus alegaciones ratificándose en su escrito de demanda de amparo.

10. El Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 10 de junio de 2014, de conformidad con lo dispuesto en el art. 10.1 n) LOTC, a propuesta de la Sala Primera, acordó recabar para sí el conocimiento del recurso de amparo.

11. La Procuradora doña Delicias Santos Moreno, en escrito registrado el 7 de julio de 2014, comunicó que la asociación de víctimas del terrorismo «Verde Esperanza» se apartaba del presente recurso.

12. Los recurrentes don Arnaldo Otegi Mondragón y don Arkaitz Rodríguez Torres, en escrito registrado el 15 de julio de 2014, promovieron la recusación del Magistrado don Antonio Narváy Rodríguez, que fue inadmitida por Auto de 22 de julio de 2014.

13. Por providencia de 22 de julio de 2014, se señaló para la deliberación y votación de la presente Sentencia el día 22 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. El objeto de este recurso de amparo es analizar si las resoluciones judiciales impugnadas han vulnerado los derechos de los recurrentes a la imparcialidad judicial, al derecho a la prueba, a conocer la acusación y a la presunción de inocencia.

El diferente efecto y alcance que tendría la eventual estimación de las diferentes vulneraciones aducidas implica que el análisis deba comenzar por la invocación del derecho a la imparcialidad judicial por afectar a la constitucionalidad de la propia conformación del órgano judicial (STC 205/2013, de 5 de diciembre, FJ 2), siguiendo, según el orden del alcance de la retroacción, por las invocaciones de los derechos a la prueba (art. 24.2 CE), al principio acusatorio (art. 24.2 CE) y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

2. En relación con el motivo de amparo referido a la imparcialidad judicial, el Ministerio Fiscal sostiene que concurre la causa de inadmisión de falta de agotamiento [art. 44.1 a) LOTC] respecto de las recurrentes doña Sonia Jacinto García y doña Miren Zabaleta Tellería, ya que no interpusieron recurso de casación ante el Tribunal Supremo por este motivo.

Tal como se ha expuesto más ampliamente en los antecedentes, la recusación fue planteada exclusivamente por el recurrente don Arnaldo Otegi Mondragón y el único recurso de casación en que se invocó el derecho a la imparcialidad judicial fue el formulado conjuntamente por este recurrente y don Arkaitz Rodríguez Torres. Por tanto, tiene razón el Ministerio Fiscal no solo en que las recurrentes doña Sonia Jacinto García y doña Miren Zabaleta Tellería no invocaron este derecho en el recurso de casación, sino que tampoco promovieron o se adhirieron a la previa recusación. Ahora bien, esta circunstancia no es suficiente para apreciar la causa de inadmisión solicitada por el Ministerio Fiscal. Este Tribunal ha afirmado en supuestos semejantes en que la causa de recusación y el motivo de recurso por la eventual infracción de este derecho no fue directamente alegada por el recurrente (por ejemplo, SSTC 39/2004, de 22 de marzo, FJ 2; 313/2005, de 12 de diciembre, FJ 2; o 156/2007, de 2 de julio, FJ 5) que una interpretación flexible del principio de subsidiariedad del amparo, que es al que sirven las exigencias de invocación previa y agotamiento de la vía previa, determina que no quepa apreciar estas causas de inadmisión si se comprueba, como sucede en el presente caso, que los órganos judiciales han tenido la oportunidad efectiva de pronunciarse sobre esta lesión aunque sea con motivo de alegaciones realizadas por otras partes procesales.

Cuestión distinta es si la eventual pérdida de la imparcialidad judicial alegada afecta solo al recurrente don Arnaldo Otegi Mondragón y no al resto de recurrentes e, incluso, si sería susceptible de afectar a otros condenados que no han formulado el presente recurso de amparo. Sin embargo, esa es una cuestión que, por afectar al fondo de esta invocación y estar vinculada con el alcance de una eventual estimación del recurso de amparo, deberá analizarse, en su caso, más adelante.

3. Por lo que se refiere al fondo de la cuestión planteada sobre el derecho a la imparcialidad judicial, este Tribunal ha afirmado que constituye una garantía fundamental de la Administración de Justicia en un Estado de Derecho que condiciona su existencia misma, ya que sin Juez imparcial no hay, propiamente, proceso jurisdiccional. Por ello, la imparcialidad judicial, además de reconocida explícitamente en el art. 6.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (CEDH), está implícita en el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), con una especial trascendencia en el ámbito penal. El reconocimiento de este derecho exige, por estar en juego la confianza que los Tribunales deben inspirar en una sociedad democrática, que se garantice al acusado que no concurre ninguna duda razonable sobre la existencia de prejuicios o prevenciones en el órgano judicial. A esos efectos, se viene distinguiendo entre una imparcialidad subjetiva, 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 aquellas, y 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 (así, SSTC 47/2011, de 12 de abril, FJ 9; 60/2008, de 26 de mayo, FJ 3; o 26/2007, de 12 de febrero, FJ 4).

A tal efecto resulta ilustrativa la STEDH de 15 de octubre de 2009, caso Micallef contra Malta, en la cual el Tribunal Europeo afirma:

«93. La imparcialidad normalmente denota la ausencia de prejuicios o favoritismos y su existencia puede ser probada de diferentes formas. De acuerdo con la jurisprudencia constante del Tribunal, la existencia de imparcialidad en lo que se refiere al artículo 6.1 debe ser determinada de acuerdo a una valoración subjetiva donde se deben tener en cuenta la convicción personal y el comportamiento de un juez en particular, esto es, si el juez tiene algún prejuicio personal o favoritismo en algún caso dado; y también de acuerdo con una valoración objetiva, es decir asegurando si el tribunal en sí mismo y, entre otros aspectos, su composición, ofrece suficientes garantías para excluir cualquier duda legítima con respecto a su imparcialidad (ver, *inter alia*, Fey contra Austria, 24 de febrero de 1993, Series A núm. 255, ap. 27, 28 y 30, y Wettstein contra Suiza, núm. 33958/96, ap. 42, TEDH 2000-XII).

94. En lo que se refiere a la valoración subjetiva, el principio de que debe presumirse que un tribunal está libre de prejuicios personales o parcialidad lleva largo tiempo establecido en la jurisprudencia del Tribunal (ver, por ejemplo, Kyprianou contra Chipre [GS], núm. 73797/01, ap. 119, TEDH 2005). El Tribunal sostiene que la imparcialidad personal de un juez debe ser presumida hasta que haya pruebas de lo contrario (ver Wettstein, citado arriba, ap. 43). En lo que se refiere al tipo de prueba requerida, el Tribunal busca, por ejemplo, asegurar si un juez ha demostrado hostilidad o mala voluntad por motivos personales (ver De Cubber contra Bélgica, 26 de octubre de 1984, Series A núm. 86, ap. 25).

95. En la amplia mayoría de los casos que despiertan el asunto de la imparcialidad el Tribunal se ha centrado en la valoración objetiva. Sin embargo, no hay una división hermética entre la imparcialidad subjetiva y objetiva puesto que la conducta de un juez puede no sólo provocar dudas objetivas por su imparcialidad desde el punto de vista de un observador externo (valoración objetiva) sino que también puede tratarse del tema de sus convicciones personales (valoración subjetiva) (ver Kyprianou, citado arriba, ap. 119). Así, en algunos casos donde pueda ser difícil tener la evidencia con la que recusar la presunción de imparcialidad subjetiva de un juez, el requisito de la imparcialidad objetiva proporciona una garantía más importante (ver Pullar contra el Reino Unido, 10 de junio de 1996, Informes 1996-III, ap. 32).

96. En lo que se refiere a la valoración objetiva, debe determinarse si, aparte de la conducta del juez, hay hechos verificables que puedan crear dudas sobre su imparcialidad. Esto implica que, al decidir si en un caso dado hay una razón legítima para temer la falta de imparcialidad de un juez en particular o de una persona de

una jurisdicción colegiada, el punto de vista de la persona concernida es importante pero no decisivo. El elemento determinante consiste en saber si los temores del interesado pueden considerarse objetivamente justificados (ver Wettstein, citado arriba, ap. 44, y Ferrantelli y Santangelo contra Italia, 7 de agosto de 1996, Informes 1996-III, ap. 58).

97. La valoración objetiva se refiere principalmente a los vínculos jerárquicos o de otro tipo entre los jueces y otros actores en los procedimientos (ver casos del tribunal militar, por ejemplo, Miller y otros contra el Reino Unido, núms. 45825/99, 45826/99 y 45827/99, 26 de octubre de 2004, ver también casos concernientes al doble papel de un juez, por ejemplo, Meznaric contra Croacia, núm. 71615/01, 15 de julio de 2005, ap. 36 y Wettstein, citado arriba, ap. 47, donde el abogado que representa al oponente del demandante posteriormente juzga al demandante en un conjunto de procedimientos y los procedimientos se solapan respectivamente); tal situación justifica objetivamente las dudas sobre la imparcialidad del tribunal y por lo tanto no cumple la norma del Convenio sobre la imparcialidad objetiva (Kyprianou, citado arriba, ap. 121). Así se debe decidir en cada caso individual si la relación en cuestión es de naturaleza y grado que pueda indicar una falta de imparcialidad por parte del tribunal (ver Pullar, citado arriba, ap. 38).

98. A este respecto incluso las apariencias deben ser de una cierta importancia o, en otras palabras, 'la justicia no solo debe realizarse, también debe verse que se realiza' (ver De Cubber, citado arriba, ap. 26). Lo que está en juego es la confianza que debe inspirar en el público un tribunal en una sociedad democrática. Por lo tanto, debe retirarse cualquier juez sobre el que recaiga una legítima razón para temer una falta de imparcialidad (ver Castillo Algar contra España, 28 de octubre de 1998, Informes 1998-VIII, ap. 45).

99. Además, para que el Tribunal pueda inspirar públicamente la confianza indispensable, también se deben tener en cuenta cuestiones de organización interna (ver Piersack, citado arriba, ap. 30 (d)). La existencia de procedimientos nacionales para asegurar la imparcialidad, principalmente normas que regulan la recusación de jueces, es un factor relevante. Tales normas manifiestan la preocupación del legislador nacional de apartar cualquier duda razonable sobre la imparcialidad de un juez o tribunal y constituyen un intento de garantizar la imparcialidad al eliminar las causas de esas preocupaciones. Además de garantizar la ausencia de preferencias reales, su objetivo es eliminar cualquier apariencia de parcialidad y así fortalecer la confianza que los tribunales en una sociedad democrática deben inspirar en el público (ver Mežnarić citado arriba, ap. 27). El Tribunal tomará esas normas en cuenta cuando haga su propia valoración sobre si un tribunal es imparcial y, en particular, si los temores del demandante pueden pasar por objetivamente justificados (ver, *mutatis mutandis*, Pescador Valero contra España, núm. 62435/00, ap. 24-29, TEDH 2003-VII).»

A esta distinción ha atendido también este Tribunal al afirmar, en relación con la vertiente subjetiva, que en la medida en que esta garantía constitucional se encuentra dirigida 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 60/2008, de 26 de mayo, FJ 3).

Por su parte, desde la perspectiva de la imparcialidad objetiva, este Tribunal expone que este derecho se dirige a garantizar que los Jueces y Magistrados que intervengan en la resolución de una causa se acerquen a la misma sin prevenciones ni prejuicios en su

ánimo derivados de una relación o contacto previos con el objeto del proceso (STC 36/2008, de 25 de febrero, FJ 2), incidiendo en que «[l]a determinación de cuáles son las circunstancias concretas que posibilitan en cada caso considerar como objetivamente justificadas las dudas sobre la imparcialidad judicial no está vinculada tanto con una relación nominal de actuaciones o decisiones previas que queden vedadas al juzgador cuanto, especialmente, con la comprobación, en cada supuesto en particular, de si la intervención previa en la que el interesado hace residenciar sus dudas ha sido realizada por el órgano judicial teniendo que adoptar una decisión valorando cuestiones sustancialmente idénticas o muy cercanas a aquellas que deben ser objeto de pronunciamiento o resolución en el enjuiciamiento sobre el fondo» (STC 26/2007, de 12 de febrero, FJ 4). A esos efectos se ha afirmado que son causas significativas de tal posible inclinación previa objetiva no solo la realización de actos de instrucción, la adopción de decisiones previas que comporten un juicio anticipado de culpabilidad o la intervención previa en una instancia anterior del mismo proceso sino «más en general, el pronunciamiento sobre hechos debatidos en un pleito anterior» (así, SSTC 143/2006, de 8 de mayo, FJ 3; o 45/2006, de 13 de febrero, FJ 4).

Por lo demás, tal doctrina ha sido aplicada con reiteración por este Tribunal, (entre otras SSTC 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 5; 140/2004, de 13 de septiembre, FJ 4; 26/2007, de 12 de febrero, FJ 4; 60/2008, de 26 de mayo, FJ 3; 47/2011, de 12 de abril, FJ 9; y 149/2013, de 9 de septiembre, FJ 3). En ellas hemos estimado que habrá de analizarse cada caso a la luz de sus concretas características y bajo los presupuestos de que en principio la imparcialidad del Juez ha de presumirse y los datos que pueda objetivamente poner en cuestión su idoneidad han de ser probados, por una parte, y de que, por razones obvias de estricta y peculiar vinculación del Juez a la ley, tal imparcialidad es especialmente exigible en el ámbito penal (SSTC 240/2005, de 10 de octubre, FJ 3; 143/2006, de 8 de mayo, FJ 3; y 156/2007, de 2 de julio, FJ 6). El punto de partida es, por tanto, la regla de imparcialidad del juez conforme a criterios de normalidad, al formar parte de los elementos configuradores de la función jurisdiccional. La ausencia de imparcialidad, en cuanto excepción, ha de probarse en cada caso, pues además de afectar a la composición del órgano judicial y al derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, como se ha adelantado, en la medida en que aparte al juzgador del conocimiento de un asunto que le viene asignado en virtud de las normas predeterminantes de la jurisdicción, la competencia, el reparto de asuntos, la formación de salas y la asignación de ponencias, cuya aplicación con criterios objetivos concreta el Juez del caso, tampoco puede presumirse en la medida en que tanto la infracción a sabiendas del deber de abstención (art. 417.8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: LOPJ), como la abstención injustificada (art. 418.15 LOPJ), constituyen graves ilícitos de naturaleza disciplinaria en los que el Juez podría incurrir de incumplir el deber profesional fundamental de actuar con imparcialidad.

No obstante, se ha puntualizado que no basta con que las dudas o sospechas sobre la imparcialidad del Juez surjan en la mente de quien recusa, sino que es preciso determinar, caso a caso, si las mismas alcanzan una consistencia tal que permita afirmar que se hallan objetiva y legítimamente justificadas (así, SSTC 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 5; 140/2004, de 13 de septiembre, FJ 4; 26/2007, de 12 de febrero, FJ 4; 60/2008, de 26 de mayo, FJ 3; y 47/2011, de 12 de abril, FJ 9).

4. Los recurrentes justifican sus sospechas sobre la imparcialidad judicial del órgano judicial de instancia en que los Magistrados que conformaron la Sección de enjuiciamiento eran los mismos que lo hicieron también en el rollo de sala núm. 14-2009 seguido contra el recurrente don Arnaldo Otegi Mondragón, entonces por la comisión de un delito de enaltecimiento del terrorismo. En aquel caso, la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2011 estimó el motivo de casación referido a la falta de imparcialidad de la Magistrada que lo presidía, doña Ángela María Murillo Bordallo, ordenando que se celebrara nueva vista con una conformación del órgano judicial completamente nueva. La estimación de este motivo se fundamentó en que dicha Magistrada, ante la negativa del acusado a responder a su pregunta directa sobre si

condenaba el terrorismo de ETA, afirmó «ya sabía yo que no me iba a contestar a esta pregunta», argumentándose que «[l]a 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» (fundamento de Derecho tercero).

Los recurrentes argumentan que en este caso esa misma circunstancia referida a la condena o no de la actuación de ETA ha sido reiteradamente valorado en la Sentencia de instancia como un elemento relevante para entender acreditada su responsabilidad penal por integración en ese grupo terrorista, por lo 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 ese modo, concluyen que se habría vulnerado el derecho a la imparcialidad judicial, por la concurrencia de las causas de recusación referidas a la existencia de enemistad manifiesta (art. 219.9 LOPJ) y haber participado en la instrucción de la causa o haber resuelto esta en anterior instancia (art. 219.11 LOPJ), en el sentido de haber realizado actuaciones anteriores que hubieran permitido al Juez tomar contacto con la cuestión y formar una opinión acerca de los hechos que se enjuician.

5. En atención a lo expuesto, debe concluirse que en este caso no se ha producido la vulneración aducida del derecho a un juez imparcial (art. 24.2 CE), toda vez que los datos obrantes en el proceso no permiten afirmar que la Magistrada doña Ángeles Murillo Bordallo tuviera una idea preconcebida acerca de la participación del Sr. Otegui en los hechos concretamente enjuiciados en el proceso *a quo*.

En efecto, conviene resaltar que las sospechas de los recurrentes sobre la pérdida de imparcialidad de la Magistrada Sra. Murillo Bordallo derivan de la actuación antes referida de esta Magistrada en un proceso anterior, en el que se juzgaba al ahora recurrente don Arnaldo Otegi Mondragón por un delito de enaltecimiento del terrorismo, distinto, por tanto, del delito de pertenencia a organización terrorista por el que fueron los recurrentes acusados, y finalmente condenados, en el proceso penal que da origen al presente recurso de amparo. Los recurrentes pretenden, pues, que el prejuicio exteriorizado por dicha Magistrada sobre que el Sr. Otegi no condenaba la violencia (que en aquél proceso ponía de manifiesto la intención de enaltecer la violencia con la que fueron pronunciadas ciertas palabras), se proyecta también sobre los hechos imputados en el proceso seguido por pertenencia a banda armada del que dimana este proceso constitucional.

Pues bien, como señala el Ministerio Fiscal, esta duda sobre la imparcialidad de la Magistrada Sra. Murillo Bordallo no puede considerarse justificada, pues no existe identidad suficiente de hechos entre el proceso en que se estimó la causa de recusación respecto de aquélla y el proceso del que trae causa el presente recurso de amparo, lo que hace que no sean comunicables las apariencias de parcialidad entre ambos procesos.

En efecto, la diferencia de objeto entre el proceso en que se apreció la pérdida de imparcialidad judicial de la Magistrada Sra. Murillo Bordallo —acusación por un delito de enaltecimiento del terrorismo vinculada a unas expresiones proferidas por el recurrente interpretadas de apoyo al uso de medios violentos para la consecución de un fin secesionista— y el que ha dado lugar al presente recurso de amparo —acusación por un delito de integración en organización terrorista vinculada a la conducta de desarrollar una actividad permanente y continuada de obtener apoyos en una estrategia de actuación

política diseñada por la organización terrorista ETA— es suficiente para considerar que los prejuicios mostrados por dicha Magistrada en aquel proceso no resultan trasladables (ni son relevantes) a este.

El prejuicio expresado por esta Magistrada en aquel proceso respecto de la negativa del entonces acusado Sr. Otegi a condenar la violencia terrorista de ETA (prejuicio que fue considerado relevante en el contexto de aquel proceso para entender legítimamente justificadas las dudas sobre su pérdida de imparcialidad judicial por ser un elemento que se oponía al argumento de descargo entonces utilizado de que con las expresiones proferidas solo pretendía apelar a una negociación pacífica, política y democrática y solicitar la liberación de los presos políticos vascos en España y Francia), no puede considerarse que resulte de aplicación para el desarrollo de la labor enjuiciadora en el proceso penal que ahora nos ocupa. En este, tomando en consideración los elementos que configuran el delito de pertenencia a organización terrorista y la conducta concretamente imputada a los recurrentes (formar parte del entramado de la organización terrorista ETA para dar cobertura legal y política a la consecución de sus objetivos), la eventual negativa a condenar la violencia de ETA no es un elemento que resulte esencial para considerar acreditados los hechos probados de la responsabilidad penal de los recurrentes por pertenencia a organización terrorista, que responde a una integración continuada y permanente en la organización terrorista a la que es consustancial el uso de la violencia para la consecución de sus objetivos. Es más, como posteriormente analizaremos, la convicción judicial sobre la integración del demandante en banda armada se sustenta en una serie de indicios entre los que no se encuentra la negativa a condenar la violencia, razón por la cual el prejuicio que la STS 31/2011, de 2 de febrero, afirmó existente en la Magistrada en relación con la falta de condena de la violencia por parte del Sr. Otegui, resulta objetivamente inidóneo para generar un prejuicio o idea preconcebida sobre los hechos concretamente enjuiciados. Por lo demás, tal conclusión no resulta desmentida por el hecho de que los órganos judiciales desecharan la afirmación efectuada por el Sr. Otegui de que seguir los llamados «principios de Mitchell», entre los que se encuentra la condena de la violencia, por la constatación de que en ninguno de las numerosas comparecencias y documentos de discusión analizados se realizase una afirmación en tal sentido (fundamento jurídico 54 de la Sentencia del Tribunal Supremo), pues la constatación de este hecho es, en sí misma considerada, absolutamente neutra.

En conclusión, la circunstancia de que los recurrentes hayan sido juzgados por un órgano judicial del que formaba parte la Magistrada Sra. Murillo Bordallo no ha vulnerado su derecho a la imparcialidad judicial (art. 24.2 CE), pues no ha quedado acreditado que existieran dudas objetiva y legítimamente justificadas sobre la persistencia de prejuicio en esta Magistrada respecto de la concreta responsabilidad penal del recurrente Sr. Otegi por los hechos objeto de acusación en el proceso del que trae causa el presente recurso de amparo. Presuponer que esta Magistrada, por el mero hecho de haber expresado un prejuicio en una causa anterior seguida por hechos distintos sobre si el Sr. Otegi condenaba o no la violencia terrorista, forzosamente ha de considerarse contaminada en cualquier otra causa posterior en la que sea acusado el Sr. Otegi, supondría emitir un inadmisibles juicio universal de parcialidad carente del menor fundamento, cuando, como es el caso, no se aportan por los recurrentes en amparo nuevos elementos que permitan apreciar una pérdida de imparcialidad relacionada con los hechos ahora enjuiciados o que revelen, como señala el Tribunal Supremo en la Sentencia impugnada, un prejuicio perdurable en el tiempo hacia el acusado Sr. Otegi. Y es que, si bien se mira, aceptar la argumentación de los demandantes en este punto sería tanto como inhabilitar como integrantes de un órgano judicial para juzgar a las mismas personas en relación con hechos distintos, conclusión que ha sido rechazada expresamente por este Tribunal (por todas STC 126/2011, de 18 de julio, FJ 15), salvo que los hechos de cada proceso estén relacionados de modo tal que el enjuiciamiento de unos haya generado efectivamente una toma de postura o prejuicio respecto de los otros.

6. La segunda de las invocaciones que debe ser analizada es la referida al derecho a la prueba, que los recurrentes fundamentan en que el órgano judicial de instancia no

admitió una serie de testigos propuestos en el escrito de defensa, sin exponer las razones del rechazo, a pesar de tratarse de pruebas relevantes pues era la testifical de diversos periodistas y políticos para acreditar la desvinculación de los entonces acusados con ETA e intentar contradecir lo indicado por la pericial-policial.

En relación con este derecho, este Tribunal ha reiterado que la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 24.2 CE) exige (i) que el recurrente haya instado a los órganos judiciales la práctica de una actividad probatoria, respetando las previsiones legales al respecto; (ii) que los órganos judiciales hayan rechazado su práctica sin motivación, con una motivación incongruente, arbitraria o irrazonable, de una manera tardía o que habiendo admitido la prueba, finalmente no hubiera podido practicarse por causas imputables al propio órgano judicial; (iii) que la actividad probatoria que no fue admitida o practicada hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito, generando indefensión al actor; y (iv) que en la demanda de amparo se aleguen y fundamenten los anteriores extremos (así, STC 14/2011, de 28 de febrero, FJ 2).

Tal como ha sido expuesto en los antecedentes, ha quedado acreditado (i) que los recurrentes solicitaron en su escrito de defensa que se practicaran diversas testificales en el juicio oral; (ii) que por Auto de 30 de mayo de 2011 se acordó inadmitir distintas pruebas testificales con el argumento de que «de la lectura de los escritos de calificación presentados ningún dato se extrae acerca de la pertinencia, por utilidad y necesidad, de ser oídos en el plenario tales testigos, al tratarse de personas que, en efecto, pueden verter sus opiniones particulares sobre materias aledañas al tema pendiente de enjuiciamiento, como se deduce de la documental admitida, pero tales declaraciones no tiene directa y relevante relación con el objeto de enjuiciamiento»; y (iii) que en la resolución de casación se afirma que «la resultancia probatoria de la vista oral evidencia, como los propios impugnantes reconocen expresamente, que tales testimonios únicamente habrían venido a refrendar lo ya acreditado mediante la abundante documental que previamente se había adjuntado a las actuaciones, a proposición de su defensa, y a incidir en aquello para lo que ya había sido propuesto y aceptado otro amplio grupo de testigos. Por ello, admitida sin reparos dicha documental y obtenidos suficientes testimonios en torno a la petición, la necesidad de contar directamente en el acto de enjuiciamiento con un mayor número de testigos sobre la misma cuestión devenía claramente innecesaria», a lo que se añade que los recurrentes no aportan «ningún otro dato o reflexión que evidencie que, más allá de estas conclusiones, a través de dichas testificales pudiera incidirse de algún modo en la convicción final del Tribunal» (fundamento de Derecho tercero).

Pues bien, en atención a lo expuesto, y tal como también defiende el Ministerio Fiscal, hay que concluir que no ha concurrido la lesión del derecho fundamental invocado por los recurrentes. Si bien queda acreditado que en tiempo y forma se solicitó la práctica de determinadas pruebas testificales, también se pone de manifiesto que el órgano judicial rechazó su práctica con fundamento en que las declaraciones propuestas eran impertinentes, inútiles e innecesarias, toda vez que con ellas se pretendía desarrollar opiniones sobre cuestiones que no eran la propiamente objeto de enjuiciamiento y se referían a aspectos en que ya incidía prueba documental admitida a trámite.

Ello determina (i) que existió una motivación expresa del rechazo de los medios de prueba propuestos que no puede ser considerada arbitraria en cuanto a la justificación de su carácter innecesario y (ii) que dicha actividad probatoria no era determinante en términos de defensa, ya que su denegación no ha generado al recurrente una indefensión constitucionalmente relevante, pues el contenido de las testificales propuestas era el ya puesto de manifiesto por prueba documental admitida a trámite, por lo que la declaración de los testigos propuestos carecía de relevancia.

Por tanto, tampoco concurre la vulneración aducida del derecho a la prueba (art. 24.2 CE).

7. Los recurrentes también han invocado el principio acusatorio, alegando que los hechos objetos de la acusación y por los que han sido condenados no son los mismos,

pues se les acusó de formar parte de un órgano de dirección política —denominado Bateragune— constituido por la organización terrorista ETA para desarrollar su estrategia de incidencia política y la Sentencia descarta dicho vínculo sustituyéndolo por la existencia de otro órgano paralelo en que se habrían integrado los recurrentes.

En relación con el principio acusatorio, este Tribunal ha establecido que determinados elementos estructurales del principio acusatorio forman parte de las garantías constitucionales sustanciales del proceso penal, no solo en la dimensión expresamente reconocida por el art. 24.2 CE de que nadie pueda ser condenado sin que se formule previamente una acusación de la que tenga conocimiento y posibilidades de defenderse de manera contradictoria, sino también en su dimensión, implícitamente reconocida entre las garantías constitucionales en el procedimiento penal, de que el objeto procesal sea resuelto por un órgano judicial independiente e imparcial diferente del que ejerce la acusación, toda vez que el derecho a un proceso con todas las garantías impone un sistema penal acusatorio en el que el enjuiciamiento se desarrolle dialécticamente entre dos partes contrapuestas, debiendo resolverse por un órgano diferente, consagrándose así una neta distinción de las tres funciones procesales fundamentales: la acusación, propuesta y sostenida por persona distinta a la del Juez; la defensa, con derechos y facultades iguales al acusador; y la decisión, que corresponde a un órgano judicial independiente e imparcial, que no actúa como parte frente al acusado en el proceso contradictorio. En atención a ello, este Tribunal ha afirmado que una de las manifestaciones del principio acusatorio contenidas en el derecho a un proceso con todas las garantías es el deber de congruencia entre la acusación y el fallo, en virtud del cual nadie puede ser condenado por cosa distinta de la que se le ha acusado, entendiendo por «cosa», en este contexto, no únicamente un concreto devenir de acontecimientos, un *factum*, sino también la perspectiva jurídica que delimita de un cierto modo ese devenir y selecciona algunos de sus rasgos, pues el debate contradictorio recae no solo sobre los hechos sino también sobre su calificación jurídica. Ahora bien, también este Tribunal ha puesto de manifiesto que el deber de congruencia no implica un deber incondicionado para el órgano judicial de estricta vinculación a las pretensiones de la acusación, ya que, más allá de dicha congruencia, lo decisivo a efectos de la lesión del art. 24.2 CE es la efectiva constancia de que hubo elementos esenciales de la calificación final que de hecho no fueron ni pudieron ser plena y frontalmente debatidos, pues lo determinante es verificar que no se introduzca un elemento o dato nuevo al que la parte o partes, por su lógico desconocimiento, no hubieran podido referirse para contradecirlo (así, STC 123/2005, de 12 de mayo, FFJJ 3 a 5).

Pues bien, en atención a lo expuesto más detalladamente en los antecedentes, y tal como también defiende el Ministerio Fiscal, hay que concluir que no ha concurrido la lesión del principio acusatorio invocado por los recurrentes. Ciertamente, ha quedado acreditado (i) que las acusaciones sostuvieron tanto en sus calificaciones provisionales como en las definitivas que la pertenencia de los recurrentes a la organización terrorista ETA se derivaba de su integración en Bateragune, en tanto que órgano de dirección política constituido y controlado por dicha organización para dirigir la acción política de la Izquierda Abertzale; y (ii) que frente a ello las resoluciones judiciales impugnadas han argumentado que si bien no había quedado probado que los recurrentes integraban dicho órgano de dirección política, sí que había quedado probado que formaban parte de un conjunto de caracterizados miembros de la Izquierda Abertzale que actuaban bajo la dirección directa de la organización terrorista.

De ese modo, tal como se ha defendido en la Sentencia de casación y ha sido sostenido por el Ministerio Fiscal, habiendo sido objeto de prueba y debate en el acto del juicio oral la integración de los recurrentes en un órgano de coordinación de la Izquierda Abertzale que desarrollaba su actividad política dentro de la estrategia y bajo la dirección directa de la organización terrorista ETA, la circunstancia de que ese órgano de coordinación fuera el que se denominaba en algunos de los documentos de la organización Bateragune u otro no es un elemento esencial y relevante ni para el ejercicio

derecho de defensa ni para la correcta subsunción del delito de integración en organización terrorista.

Por tanto, no cabe apreciar la vulneración aducida por los recurrentes del principio acusatorio (art. 24.2 CE).

8. Por último, los recurrentes aducen que se ha vulnerado su derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE). Argumentan que la condena se ha basado en prueba de indicios sin cumplir los requisitos exigidos por la jurisprudencia constitucional, ya que no se han expuesto los razonamientos a partir de los cuales desde los hechos base, con los que no discrepan, se ha inferido la conclusión condenatoria. Señalan que los indicios utilizados en la Sentencia condenatoria no son unívocos ni concluyentes ni siquiera valorados conjuntamente respecto de su pertenencia a la organización terrorista ETA, ya que, partiendo de la realidad sostenida en la STC 61/2011, de 22 de mayo, de que la Izquierda Abertzale y ETA no son lo mismo, no se ha valorado un contraindicio muy relevante que ponían de manifiesto que la conducta de los recurrentes se desarrollaba dentro del marco de la Izquierda Abertzale, que en todo momento excluye el recurso a la lucha armada, y no por la pertenecía a una banda armada. Respecto de la valoración judicial de la no condena a ETA como elemento incriminatorio, los recurrentes dicen que no es un requisito legal en ninguna de las normas actualmente vigentes, que nadie está obligado a ello y que, en consecuencia, nadie debe responder por no condenar a ETA ni verse perjudicado por ello.

Por tanto, para centrar correctamente el análisis de esta invocación debe partirse de la base de que los recurrentes ni han objetado la legalidad de las pruebas practicadas durante el juicio oral ni que a partir de esa actividad probatoria han quedado acreditados respecto de cada uno de ellos los hechos base objetivos en que se han basado las posteriores inferencias. Su objeto de impugnación queda limitado a considerar que el hecho consecuencia que las resoluciones judiciales entienden que se derivaba de esos hechos base —consistente en la afirmación de que los recurrentes actuaban respondiendo a instrucciones y bajo la dirección de la organización terrorista— resulte una inferencia respetuosa con el derecho a la presunción de inocencia al no haber sido debidamente ponderado que si bien pueden compartir un objetivo independentista se constituían como un grupo autónomo e independiente dentro de la Izquierda Abertzale contrario al uso de la violencia en la consecución de esos objetivos y que, por tanto, no actuaban bajo la dependencia de la organización terrorista ni, lógicamente, estaban integrados en la misma.

En relación con la invocación del derecho a la presunción de inocencia y la concreta cuestión suscitada por los recurrentes, es preciso poner de manifiesto que este Tribunal, en la STC 126/2011, de 18 de julio, recordando lo establecido en la STC 109/2009, de 11 de mayo, FJ 3, afirma «que según venimos sosteniendo desde la STC 174/1985, de 17 de diciembre, 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, siempre que se cumplan los siguientes requisitos: 1) el hecho o los hechos base (o indicios) han de estar 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, en primer lugar, 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; 4) y, 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 (FJ 2), 'en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a criterios colectivos vigentes' (SSTC 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 4; 124/2001, de 4 de junio, FJ 12; 300/2005, de 21 de noviembre, FJ 3; 111/2008, de 22 de septiembre, FJ 3). El control de constitucionalidad de la racionalidad y solidez de la inferencia en que se sustenta la prueba indiciaria puede efectuarse 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), si bien en este último caso el Tribunal Constitucional ha de ser especialmente prudente, puesto que son los órganos judiciales quienes, en virtud del principio de inmediación, tienen un conocimiento cabal, completo y obtenido con todas las garantías del acervo probatorio. Por ello se afirma que sólo 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' (STC 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 4)» (FJ 23).

Por su parte, también resulta preciso recordar que en la STC 15/2014, de 30 de enero, se afirma «que nuestra jurisdicción se ciñe a efectuar un control externo, de modo que 'el juicio de amparo constitucional versa acerca de la razonabilidad del nexo establecido por la jurisdicción ordinaria, sin que podamos entrar a examinar otras posibles inferencias propuestas por quien solicita el amparo' (STC 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 3) y, de otro, que entre diversas alternativas igualmente lógicas, nuestro control no puede alcanzar la sustitución de la valoración efectuada por los órganos judiciales, ni siquiera afirmar que fuera significativamente más probable un acaecimiento alternativo de los hechos» (STC 124/2001, de 4 de junio, FJ 13) (FJ 6). E, igualmente, que en la STC 1/2009, de 12 de enero, se establece que nuestro parámetro de control «respetuoso con el ámbito reservado a la jurisdicción ordinaria en orden a la fijación de los hechos, sólo considera 'insuficiente la conclusión probatoria a la que hayan llegado los órganos judiciales desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia si, a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado, desde una perspectiva objetiva y externa, que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable' (por todas STC 123/2006, de 24 de abril, FJ 5)» (FJ 4), lo que es posteriormente reiterado en la ya citada STC 126/2011, FJ 25, en que también se mencionan las SSTC 209/2007, de 24 de septiembre, 70/2007, de 16 de abril, 104/2006, de 3 de abril, 296/2005, de 21 de noviembre, 263/2005, de 24 de octubre, y 145/2005, de 6 de junio.

Por último, como establece la STC 148/2009, de 15 de junio, «también se ha puesto de manifiesto que dentro del control que le corresponde realizar a este Tribunal sobre la eventual vulneración de este derecho se encuentra verificar si se ha dejado de someter a valoración la versión o la prueba de descargo aportada, concretándose que se exige solamente ponderar los distintos elementos probatorios, pero sin que ello implique que esa ponderación se realice de modo pormenorizado, ni que la ponderación se lleve a cabo del modo pretendido por el recurrente, sino solamente que se ofrezca una explicación para su rechazo (por todas, STC 187/2006, de 19 de junio, FJ 2)» (FJ 4).

9. Una vez expuesta la jurisprudencia constitucional que resulta relevante para resolver la concreta cuestión suscitada por los recurrente bajo la invocación del derecho a la presunción de inocencia, es preciso recordar que los hechos probados, en virtud de los cuales la Sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 16 de septiembre de 2011 estableció la responsabilidad penal de los recurrente por el delito de integración en organización terrorista, son que «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» (hecho probado primero).

Estos hechos se han considerado acreditados, tal como se ha expuesto más ampliamente en los antecedentes, a partir de un proceso de inferencia en que los hechos

base, respecto de los que no se ha establecido ninguna controversia, eran, según lo expuesto en el fundamento de Derecho 1 C) de la Sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 16 de septiembre de 2011, los siguientes: (i) las reuniones reservadas que mantuvieron los recurrentes en la sede del sindicato LAB en San Sebastián 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; (ii) los desplazamientos de los recurrentes a Francia para entrevistarse reservadamente 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; (iii) 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; (iv) la idéntica nomenclatura o terminología empleada por ETA y la Izquierda Abertzale, representada por los recurrentes, en los documentos, comunicados y actos que exteriorizaban; y (v) la ausencia de actuaciones en los recurrentes que denotaran un verdadero y real distanciamiento de las tesis armadas y amparadoras de la violencia defendidas y ejecutadas por ETA, cuyos atentados no solo no son objeto de condena sino que, al 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.

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo advierte determinados indicios que fueron tenidos en cuenta en la Sentencia recurrida en casación, como los viajes a Francia del Sr. Otegui, pese a tener prohibida la salida del territorio español; las múltiples actuaciones, públicas y privadas, emprendidas por aquél precisamente cuando ETA acuerda dar preponderancia a su estrategia política, marcando una serie de objetivos, también en lo político, que vienen a coincidir con los emprendidos «de facto» por el procesado; la coincidencia efectiva con las actividades de naturaleza política que ETA había planificado escasos meses antes y, en concreto, a raíz del programa asumido en diciembre de 2008 como nuevo proyecto de actuación, dirigido a la consecución de una unión de fuerzas en el seno de la Izquierda Abertzale, sin abandono en ningún caso de la lucha armada, cuya utilización ETA pliega expresamente al logro del propósito final soberanista y para lo cual se valió del recurrente como brazo ejecutor; el documento «BTGNari. Komunikazio Orokorra 0906/AI BTGN Comunicación General 0906», cuyo origen en el seno de la banda armada no se discute, en el que ETA hace balance de las actividades desarrolladas durante los primeros meses por el grupo de la Izquierda Abertzale examinado, al tiempo que les imparte nuevas instrucciones; el hallazgo de un ejemplar de ese documento cuando era sacado del domicilio de la Sra. Zabaleta por una amiga, instantes antes de que se procediera a practicar el registro de su vivienda; y la vinculación de los acusados más significados a Batasuna, organización que, junto con otras que se han ido sucediendo en el tiempo, surgió para desempeñar la función de actuar en el terreno político-institucional en ejecución del objetivo del desdoblamiento estratégico diseñado por la organización terrorista ETA, según declaró probado la Sentencia de la Sala Especial de Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2003 (recurso 6/2002), ratificada por la STC 5/2004 y la STEDH 30 de junio de 2009.

Particular atención merece la valoración expresa que la Sentencia hace del argumento de descargo de las defensas en que se sostiene que la actividad de los recurrentes no trasvasaba el ámbito político, circunscribiéndose a buscar y procurar un marco de diálogo para erradicar definitivamente la violencia, tal como se reflejaba en diversos documentos, alguno incluso redactado por parte de los recurrentes. Así, afirma que en ninguno de los documentos aparece de manera diáfana una condena a la violencia de ETA, sino que expresamente se recoge un reparto de roles entre la Izquierda Abertzale y ETA, pues

aquel conjunto de formaciones sectoriales se encargaría de las iniciativas de índole político-institucional, en tanto que la organización terrorista sería la que negociaría con el Estado el fin de la violencia que ejerce. De ello concluye que ningún proceso de diálogo y negociación novedoso se quería introducir con la creación del organismo o comisión de coordinación de la Izquierda Abertzale formado por los recurrentes.

Inciendo sobre esta misma consideración, en el fundamento de derecho cuarto de la Sentencia de casación, se analiza el argumento de uno de los recurrentes respecto a que su actuación respondía a la pretensión de hacer extensibles al conflicto vasco los principios Mitchell elaborados para la resolución del conflicto en Irlanda del Norte. Se descarta su virtualidad señalado (i) que de haber sido cierta la firme defensa de estos principios lo razonable hubiera sido que se hubiera valido de las muchas comparecencias públicas en las que intervino para manifestarse abiertamente en contra de la actuación terrorista preconizada por ETA; (ii) que no aparecen recogidos estos principios en la ponencia «Clarificando la fase política y la estrategia», cuya autoría es asumida por algunos de los recurrentes; y (iii) no se interesó de la organización criminal su deposición de las armas, como tampoco se condenó los ataques violentos que, en paralelo, se iban produciendo por parte de la organización criminal.

Los indicios que se han enumerado son el producto de las pruebas practicadas en el acto del juicio, tal como señala el Tribunal de instancia en los fundamentos de derecho primero a tercero, consistentes en las declaraciones de los acusados y de testigos, dictámenes periciales y la abundante prueba documental acumulada durante la instrucción de la causa o aportada con posterioridad por las partes, cuyo contenido es recogido con amplitud en la Sentencia y es objeto de valoración en conjunto con las demás pruebas. El fundamento de Derecho 4 de la Sentencia de casación constata que el tribunal a quo formó su convicción «principalmente a partir de las declaraciones prestadas por el recurrente (Sr. Otegui) a lo largo del procedimiento, las declaraciones de aquellos testigos que expusieron sus relaciones con el procesado, las manifestaciones de los agentes policiales que realizaron los seguimientos y vigilancias policiales, los efectos intervenidos en diversos registros, y la abundante documental referida a los actos públicos y comparecencias en medios de comunicación en que participó en esos meses», además de los documentos que se atribuyen a ETA y a la Izquierda Abertzale. La Sección de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional rechazó de forma expresa las versiones exculpatorias de los recurrentes y no concedió crédito a las manifestaciones de los testigos de descargo. A este respecto, es doctrina de este Tribunal (por todas, STC 57/2013, de 11 de marzo, FJ 6) que la credibilidad de los testimonios presentados en el juicio oral no forma parte del contenido del derecho a la presunción de inocencia que es evaluable por nosotros en el proceso de amparo, entre otras razones, porque el proceso constitucional no permite el conocimiento preciso y completo de la actividad probatoria, ni prevé las garantías necesarias de publicidad, oralidad, intermediación y contradicción que deben rodear dicho conocimiento para la adecuada valoración de las pruebas, sino que verificado que ha existido prueba que pueda estimarse racionalmente de cargo, no nos compete revisar la valoración de que tal prueba haya realizado el juzgador en conciencia, de acuerdo con el art. 741 de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECrim), pues esta jurisdicción constitucional respecto a la actuación de los Tribunales ordinarios se reduce a determinar si se han vulnerado o no las garantías constitucionales [arts. 117.3, 123.1, 161.1 b) de la Constitución y 44 y 54 LOTC], sin que pueda ni deba actuar como una tercera instancia.

10. Un análisis externo de este proceso de razonamiento pone de manifiesto, tal como también ha defendido el Ministerio Fiscal, que el hecho consecuencia de considerar que los recurrentes actuaban bajo las instrucciones y la dirección de la organización terrorista, como integrantes de la misma, es producto de una inferencia que resulta respetuosa con las exigencias constitucionales que impone el derecho a la presunción de inocencia para las condenas basadas en prueba indiciaria, tanto si se toman en consideración los hechos base objetivos acreditados mediante la actividad probatoria desarrollada en la vista oral como la argumentación vertida en las resoluciones

impugnadas para dar respuesta a las alegaciones de descargo efectuadas por los recurrentes referidas a que su actividad respondía al objetivo de la búsqueda de una solución pacífica al «conflicto vasco» a través de una extrapolación de los principios Mitchell.

Ningún reproche constitucional cabe realizar al razonamiento para establecer los hechos-base de que (i) la organización terrorista ETA desarrolló una nueva estrategia intentando dar protagonismo a un frente político a cuyo fin seleccionó a una serie de personas entre los miembros de la Izquierda Abertzale para que la ejecutara bajo su dirección; (ii) que los recurrentes desarrollaron actividades políticas y reuniones en España y Francia como un grupo cualificado de la Izquierda Abertzale con un objetivo independentista y que en el desarrollo de esa actividad se adoptó un lenguaje y unas estrategias parcialmente coincidentes con las establecidas por ETA; y (iii) que no existió una condena expresa de la violencia terrorista por parte de los recurrentes.

Del mismo modo, desde el análisis externo que es propio a esta jurisdicción de amparo, también resulta respetuoso con el parámetro de control constitucional propio de la condena penal basada en prueba indiciaria, la conclusión obtenida a partir de esos hechos base de que los recurrentes eran las personas seleccionadas y dirigidas por ETA para la ejecución de su estrategia. En efecto, la inferencia o deducción de que la actuación de los demandantes constituía la ejecución de una estrategia ordenada por la organización terrorista y no el ejercicio de una legítima actuación política independiente de tal organización lo pone de manifiesto el razonamiento judicial al establecer la conexión entre el Sr. Otegui y la organización terrorista a partir del hallazgo de documentos en su poder en los que llevaban la anotación «Btgune» y «pasar karpeta a Bateragunea», que el demandante admite haber realizado y respecto de los cuales admite que «probablemente estaría haciendo esquemas para informar a dicho órgano de cómo iba el proceso de negociación» [pág. 55 STS, apartado 3 b)]. Del propio modo se alcanza la misma conclusión respecto de la participación del resto de los demandantes a partir de la constatación de una acción concertada, la unidad de propósito y el reparto de tareas que las resoluciones judiciales que conforman la vía judicial previa deducen a partir de la intervención de los demandantes en las mismas actividades tanto públicas como privadas (folios 60, 61, 62 STS), la instrumentalidad de las conductas llevadas a cabo, las declaraciones testificales y la ocupación de documentos en su poder que les relacionan con la estrategia de acción aparentemente política que se ha revelado al servicio y bajo la dirección de la banda terrorista, tal como de ello se deja constancia en la STS que puso fin al proceso judicial del que esta demanda de amparo trae causa (folios 60 a 62 y 87 a 91). Frente a ello han de rechazarse las conclusiones obtenidas a partir de un análisis fraccionado y desagregado de los diversos hechos base y de la fuerza de convicción que proporciona su análisis conjunto y relacional. Con reiteración ha advertido este Tribunal (por todas, STC 126/2011, de 18 de julio, FJ 22) que, «cuando se aduce la vulneración del derecho a la presunción de inocencia nuestro análisis debe realizarse respecto del conjunto de estos elementos sin que quepa la posibilidad de fragmentar o disgregar esta apreciación probatoria, ni de considerar cada una de las afirmaciones de hecho acreditadas de modo aislado, pues como ya hemos afirmado en no pocas ocasiones no puede realizarse una operación de análisis aislado de los hechos acreditados por el Tribunal sentenciador, ni de desagregación de los distintos elementos de prueba, ni de disgregación de la línea argumental llevada a cabo por el Tribunal Supremo [léase por el órgano judicial]. Es doctrina del Tribunal absolutamente asentada que el derecho fundamental a la presunción de inocencia no puede ser invocado con éxito para cubrir cada episodio, vicisitud, hecho o elemento debatido en el proceso penal, o parcialmente integrante de la resolución final que le ponga término. Los límites de nuestro control no permiten desmenuzar o dilucidar cada elemento probatorio, sino que debe realizarse un examen general y contextualizado de la valoración probatoria para puntualizar en cada caso si ese derecho fue o no respetado, concretamente en la decisión judicial condenatoria, pero tomando en cuenta el conjunto de la actividad probatoria (SSTC 105/1983, de 23 de noviembre, FJ 10; 4/1986, de 20 de enero, FJ 3; 44/1989, de 20 de

febrero, FJ 2; 41/1998, de 31 de marzo, FJ 4; 124/2001, de 4 de junio, FJ 14; y ATC 247/1993, de 15 de julio, FJ 1).»

Consecuentemente, al menos, en los términos expuestos por la doctrina constitucional sobre el particular, no puede sostenerse que la conclusión de que los recurrentes seguían una estrategia diseñada y dirigida desde la organización terrorista resulte más improbable que probable, especialmente si se atiende a la valoración judicial que, a partir de la inmediatez con que desarrolla su labor, se ha vertido sobre los argumentos de descargo utilizados por los recurrentes para intentar establecer una explicación alternativa más probable que la de su integración en la organización terrorista.

En efecto, frente a la solidez de esta conclusión probatoria, no cabe oponer por los recurrentes que no se habría ponderado adecuadamente como elemento de descargo que, desde su exclusiva integración en la Izquierda Abertzale, su pretensión era la búsqueda de una solución pacífica en la línea de los «principios Mitchell» y de que la ausencia de condena de la violencia no puede ser utilizado como un elemento incriminatorio.

En primer lugar, la circunstancia de que los recurrentes fueran miembros relevantes de la Izquierda Abertzale no ha sido, como pretenden los recurrentes, concluyente por sí sola para inferir que actuaban bajo la dirección de ETA. A esos efectos, es preciso recordar que este Tribunal ha reiterado «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», destacando que, «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, FJ 18; 126/2009, de 21 de mayo, FJ 10; y STC 62/2011, de 5 de mayo, FJ 12). Ahora bien, es preciso poner de relieve que la conclusión alcanzada en las resoluciones impugnadas respecto de la integración de los recurrente en la organización terrorista se ha fundamentado no es la circunstancia de que formaran parte de la denominadas Izquierda Abertzale, en el sentido de compartir los objetivos secesionistas de la banda armada ETA, sino en el hecho de que, como quedaba acreditado con otros elementos de prueba, su actuación era del todo coincidente en lo relativo a la consecución de unos objetivos políticos y también en cuanto al uso de los medios violentos e ilícitos para su consecución, que es lo que define la actuación de las organizaciones terroristas.

En segundo lugar, tampoco cabe compartir la afirmación de los recurrentes de que se ha utilizado como un elemento incriminatorio su negativa a condenar la violencia. Ciertamente, este Tribunal ha reiterado en el marco de los procesos de ilegalización de partidos y candidaturas en aplicación de la legislación de partidos políticos y la electoral que «[l]a negativa a condenar expresamente el terrorismo no es, por tanto, indicio bastante para acreditar per se una voluntad defraudatoria como la contemplada en el artículo 44.4 de la Ley Orgánica del régimen electoral general (LOREG). Más bien sucede que su contrario, la condena inequívoca, constituye una contraindicio capaz de desacreditar la realidad de una voluntad de ese cariz deducida a partir de indicios suficientes» (así, SSTC 68/2005, de 31 de marzo, FJ 15; 126/2009, de 21 de mayo, FJ 14; y STC 62/2011, de 5 de mayo, FJ 12). Ahora bien, como queda acreditado en la Sentencia de casación, la relevancia que se otorga a que no aparezca ninguna condena de la violencia terrorista por parte de los recurrentes no lo es como indicio de su integración en la organización terrorista. Se utiliza como un elemento más para excluir la relevancia del argumento de descargo de los recurrentes basado en que su actividad perseguía una solución pacífica. Así se deriva de manera manifiesta del fundamento de derecho cuarto de la Sentencia de casación en que, tal como ha sido expuesto

anteriormente, cuando se analiza el argumento de que la actuación desarrollada respondía a la pretensión de hacer extensibles al conflicto vasco los principios Mitchell, se descarta su virtualidad señalado, entre otros aspectos, que de haber sido cierta la firme defensa de estos principios lo razonable hubiera sido manifestarse abiertamente en contra de la actuación terrorista preconizada por ETA, así como interesar de esta organización terrorista la deposición de las armas o condenar los ataques violentos que se iban sucediendo por parte de la organización criminal.

En definitiva, desde la perspectiva externa de control que bajo la invocación del derecho a la presunción de inocencia puede desarrollar este Tribunal Constitucional, cabe concluir que la condena de los recurrentes ha resultado respetuosa con la doctrina constitucional sobre la posibilidad de condenas basadas en prueba indiciaria y la necesidad de que sean debidamente ponderados los argumentos de descargo sin que, por otra parte, se hayan utilizado como elementos incriminatorios aspectos vedados por la jurisprudencia constitucional.

La desestimación de este concreto motivo de amparo, unido a la circunstancia de que se hayan desestimado el resto de las vulneraciones aducidas por los recurrentes, determina que deba denegarse el presente recurso de amparo.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Desestimar el recurso de amparo interpuesto por don Arnaldo Otegi Mondragón, don Arkaitz Rodríguez Torres, doña Sonia Jacinto García y doña Miren Zabaleta Tellería.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a veintidós de julio de dos mil catorce.—Francisco Pérez de los Cobos Orihuel.—Adela Asua Batarrita.—Luis Ignacio Ortega Álvarez.—Encarnación Roca Trías.—Andrés Ollero Tassara.—Fernando Valdés Dal-Ré.—Juan José González Rivas.—Santiago Martínez-Vares García.—Juan Antonio Xiol Ríos.—Pedro José González-Trevijano Sánchez.—Ricardo Enríquez Sancho.—Antonio Narváez Rodríguez.—Firmado y rubricado.

Voto particular que formula la Magistrada doña Adela Asua Batarrita a la Sentencia dictada en el recurso de amparo avocado al Pleno núm. 3930-2012

Con pleno respeto a la opinión de la mayoría de los Magistrados del Pleno, haciendo uso de la facultad conferida en el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, manifiesto mi discrepancia con el fallo y con parte sustancial de la fundamentación jurídica de la Sentencia, en lo que se refiere al derecho a la imparcialidad judicial (art. 24.2 CE) y al derecho de la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

1. En cuanto al derecho a la imparcialidad judicial comparto la argumentación contenida en el Voto particular formulado por el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos, al que me adhiero en todos sus términos. Desde el entendimiento de que efectivamente se ha conculcado la garantía de imparcialidad judicial, procedía la anulación de las resoluciones judiciales impugnadas y la retroacción de actuaciones para proceder a un nuevo enjuiciamiento. No obstante, dado que la presente Sentencia, conforme a la argumentación apoyada por la mayoría, ha desestimado este motivo de amparo y ha proseguido su análisis abordando la invocación del derecho a la presunción de inocencia, queja que también desestima, considero pertinente reproducir los argumentos que expuse en el debate del Pleno a favor de la estimación del amparo respecto a esta queja.

Entiendo que el juicio de inferencia realizado por la resolución de instancia y avalado salvo en algún extremo (la acreditación de la calidad de «dirigente» de la organización en

dos de los recurrentes) en la resolución del recurso de casación, no tiene el adecuado sustento en los indicios que se toman como hechos-base. No se acompaña razonamiento lógico que permita el engarce entre aquellos indicios o incluso entre las conclusiones que se pretenden derivadas de aquellos indicios —la designación por los dirigentes terroristas de ETA de los recurrentes como encargados de llevar a cabo un determinado plan de actuaciones de carácter político— y la concurrencia de los requisitos legalmente tipificados del delito de integración en una organización terrorista. Ambas carencias nos sitúan ante la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia. Como trataré de explicar a continuación, las resoluciones impugnadas sustentan la condena de los recurrentes en deducciones derivadas de unos hechos que en su constatación fáctica, son básicamente aceptados por todas las partes, pero que en sí mismos resultan totalmente inconsistentes para acreditar que los recurrentes por aquellas fechas hubieran tomado la decisión de someterse a los designios delictivos de la organización terrorista y a ofrecer su disponibilidad para con ésta en orden a colaborar en el mantenimiento de su genuina capacidad criminal.

2. Me centraré, por tanto, en este motivo de impugnación cuyo rechazo por la Sentencia me resulta preocupante en tanto que supone un apartamiento del rigor que requiere la constatación de la prueba de cargo, teniendo en cuenta que la garantía de presunción de inocencia va asociada a la garantía de principio de legalidad y su consecuente exigencia de taxatividad en la delimitación de la conducta punible. La delimitación típica que el poder legislativo plasma en el texto que describe la conducta delictiva, se convierte así en el referente obligado sobre el que gira la actividad procesal probatoria destinada a poder enervar la presunción de inocencia de los acusados. La acreditación de los elementos típicos resulta imprescindible para proceder a la subsunción de los hechos en la correspondiente calificación jurídica.

En el presente caso, la prueba de cargo estaba llamada a proyectarse sobre los elementos del actual art. 571.2 y 3 del Código penal (CP) conforme al cual fueron condenados los recurrentes. Dicho precepto, ubicado bajo el epígrafe titulado «De las organizaciones y grupos terroristas» dice textualmente que «Quienes participaren activamente en la organización o grupo, o formaren parte de los mismos, serán castigados con las penas de prisión de seis a doce años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a catorce».

«La participación activa» en la organización terrorista remite por un lado a la definición general de lo que se considera «organización criminal» tal como se contempla en el art. 570.bis.1, párrafo segundo CP: «A los efectos de este código se entiende por organización criminal la agrupación formada por dos o más personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan tareas o funciones con el fin de cometer delitos ...». Por otro lado, el propio art. 571 CP, en su apartado 3, señala como característica adicional de la organización «terrorista», que tal agrupación «tenga por finalidad o por objeto subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública mediante la perpetración de cualquiera de los delitos previstos en la Sección siguiente». La referida Sección siguiente titulada «De los delitos de terrorismo» recoge en sus arts. 572 y ss. el elenco de los crímenes prototípicos del terrorismo y de sus medios de extrema violencia, así como otros delitos funcionales al mantenimiento de su actividad, incluida la financiación.

A los efectos que ahora interesan, debe subrayarse que la conducta de integración en una organización terrorista requiere esa «pertenencia activa» que implica asumir la disponibilidad personal ante la organización, desarrollando tareas funcionalmente idóneas para la pervivencia de la actividad terrorista, es decir, de su estrategia de imposición y de atemorización mediante los delitos planificados por la organización.

Las resoluciones impugnadas se refieren con alto grado de detalle a las características del delito de pertenencia a banda armada (denominación anterior a la reforma de la Ley Orgánica 6/2010) o a organización terrorista, apoyándose en la copiosa jurisprudencia penal del Tribunal Supremo en esta materia. La Sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional núm. 22/2011, de 16 de septiembre, dedica

amplios pasajes a la especificación de los rasgos del delito en cuestión (FJ primero, apartado A, subapartado c); y, por su parte, la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo núm. 351/2012, de 7 de mayo, hace lo propio en su FJ 6, apartado 1.

En ambas resoluciones se destacan los rasgos básicos de la organización terrorista, entre los que por ejemplo se alude a «la férrea cohesión ideológica de todos sus miembros, que la organización aglutina en torno a sus fines de subversión del orden constitucional o de grave alteración de la paz pública»; o a la característica de «la presencia de vínculos y relaciones de cierta jerarquía y subordinación entre sí, cuya finalidad sea la realización de acciones violentas contra personas y/o cosas con fines de pervertir el orden democrático-constitucional; en definitiva, una actuación criminal con finalidad política como sustrato subjetivo». Por otro lado, se destaca que la pertenencia o integración requiere de un «carácter más o menos permanente, nunca episódico, lo que a su vez exige participar en sus fines, aceptar el resultado de sus actos y, eventualmente, realizar actos de colaboración que, por razón de su integración, se convierten en actividades que coadyuvan a la finalidad perseguida en último término. La pertenencia supone, pues, una integración más o menos definitiva que, en todo caso, supere la mera presencia o intervención episódica, lo que no significa necesariamente la participación en los actos violentos característicos de esta clase de delincuencia, pues es posible apreciar tal tipo de pertenencia o integración en organización terrorista cuando se desempeñan otras funciones diferentes, como consecuencia del reparto de cometidos propio de cualquier organización, a la que no es ajena la de carácter criminal. Así, es posible apreciar la integración en los casos en los que el autor aporte una disponibilidad acreditada y efectiva para la ejecución de distintos actos, en un principio indeterminados, de favorecimiento de las actividades de otro tipo realizadas por la organización terrorista» (STS 541/2007, de 14 de junio).

Se subraya asimismo la diferencia entre la pertenencia activa que implica, con la nota de permanencia que caracteriza a los integrantes del grupo criminal, frente a otras conductas de colaboración episódica, bien sean como participes en delitos terroristas (arts. 571 y ss. CP) o mediante actos de colaboración genérica o de ayuda funcional al mantenimiento de la potencialidad delictiva del grupo criminal (con detalle, en la Sentencia impugnada de la Audiencia Nacional núm. 22/2011, FJ primero, apartado A, subapartado d).

No puede reprocharse a las resoluciones impugnadas falta de precisión y de esfuerzo en la clarificación previa de los elementos que deben ser acreditados mediante la correspondiente prueba de cargo para proceder a la pertinente subsunción típica. Sin embargo, en cuanto a la efectiva acreditación de la concurrencia fáctica de tales elementos típicos, la conclusión no puede ser la misma. A partir básicamente del examen de los numerosos documentos y de informes policiales aportados al sumario, el desarrollo argumental parece dirigirse esforzadamente a acreditar un extremo concreto: la concurrencia de una estrategia común de la organización terrorista ETA y de los acusados para dotar de mayor protagonismo al programa político de la denominada izquierda patriótica y favorecer la acumulación de fuerzas políticas soberanistas. Y a partir de la conclusión sobre tal «acuerdo» de estrategia política que la Sentencia construye a partir de lo que considera previos «indicios», no hay engarce lógico con los elementos de la conducta delictiva objeto de la condena penal. Las concatenaciones de los razonamientos, parecen enredarse en la prueba de la connivencia de los recurrentes con la organización terrorista. Tal comprobación resulta pertinente en el marco de la aplicación de la Ley Orgánica de partidos políticos, pero en el contexto del enjuiciamiento penal objeto de las resoluciones impugnadas únicamente podría constituir un primer dato a partir del cual indagar el grado de implicación de los acusados en su subordinación a las finalidades terroristas. Pero la indagación no llega más lejos, no se aportan elementos probatorios adicionales.

No obstante, pese a ello, se afirma en la Sentencia de instancia (FJ primero, apartado C) que se puede constatar, por inferencia, como «hecho consecuencia», que los acusados actuaban en una situación de «dependencia y dedicación», y «unidos orgánicamente en

la comisión de coordinación aludida, a los designios políticos y criminales de la organización terrorista ETA, en la que se insertan y para la que actúan en una relación de tutelaje y disciplina cuyas directrices básicas impartía ETA».

3. El standard de exigencia de la solidez probatoria en el ámbito penal, se refleja en el entendimiento de la presunción de inocencia como garantía de que nadie puede ser condenado si su culpabilidad no ha quedado establecida «más allá de toda duda razonable» y, además, «en virtud de pruebas que puedan considerarse de cargo y obtenidas con todas las garantías» (STC 81/1998, de 2 de abril, FJ 3). Lo cual, es obvio, no significa que la prueba no pueda articularse a través de indicios razonables y por un procedimiento que engarce de forma coherente, trasparente y convincente intersubjetivamente, los indicios y los hechos que deben quedar acreditados. Nuestra Sentencia lo recuerda en el fundamento jurídico 8 al que me remito, destacando únicamente algún pasaje: «también la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento condenatorio, sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia, siempre que se cumplan los siguientes requisitos: 1) el hecho o los hechos base (o indicios) han de estar 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, en primer lugar, 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; 4) y, 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, FJ 2, “en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a criterios colectivos vigentes” (SSTC 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 4; 124/2001, de 4 de junio, FJ 12; 300/2005, de 21 de noviembre, FJ 3; 111/2008, de 22 de septiembre, FJ 3).»

Quiero subrayar aquí la importancia del segundo requisito: «los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos base completamente probados», porque es el que resulta ostensiblemente ausente en el desarrollo discursivo de las resoluciones impugnadas. Por ello, desde el control externo al que debe ceñirse nuestra jurisdicción (por todas, STC 15/2004, de 30 de enero, FJ 6) el salto lógico y la ausencia de engarce natural entre el indicio y la consecuencia, revelan la falta de solidez y racionalidad de la inferencia realizada.

4. Los hechos a partir de los cuales se ha condenado a los recurrentes por el delito de integración en organización terrorista son, según la resolución de instancia, los siguientes: que «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».

Quiero llamar la atención sobre las afirmaciones contenidas entre paréntesis porque son las que deberían estar efectivamente acreditadas para asentar la condena por integración en organización terrorista. Pero parecen insertarse como hechos previamente acreditados, sin que conste en ningún lado en qué datos se asientan. En la Sentencia de la que discrepo, se quiere hacer notar que «la conclusión alcanzada en las resoluciones impugnadas respecto a la integración de los recurrentes en la organización terrorista se ha fundamentado no en la circunstancia de que formaran parte de la denominada Izquierda Abertzale, en el sentido de compartir los objetivos secesionistas de la banda armada ETA, sino en el hecho de que, como quedaba acreditado con otros elementos de

prueba, su actuación era del todo coincidente en lo relativo a la consecución de unos objetivos políticos» y además, se añade: «y también en cuanto al uso de los medios violentos e ilícitos para su consecución que es lo que define la actuación de las organizaciones terroristas» (FJ 10). Tampoco se atisba cuáles son esos «otros elementos de prueba» que permitan afirmar la coincidencia con los medios violentos e ilícitos; menos aún se atisba que esa coincidencia se plasmara en la «participación activa» respecto a tales medios violentos o respecto a la participación en tareas que sostuvieran el potencial terrorista de la organización.

Los hechos-base que relata la Sentencia de instancia a partir de los cuales deriva los «hechos consecuencia» son sintéticamente los siguientes: 1) la organización terrorista ETA desarrolló una nueva estrategia intentando dar protagonismo a un frente político a cuyo fin seleccionó a una serie de personas entre los miembros de la Izquierda Abertzale para que la ejecutara bajo su dirección; 2) los recurrentes desarrollaron actividades políticas y reuniones en España y Francia como un grupo cualificado de la Izquierda Abertzale con un objetivo independentista y que en el desarrollo de esa actividad se adoptó un lenguaje y unas estrategias parcialmente coincidentes con las establecidas por ETA; y 3) no existió una condena expresa de la violencia terrorista por parte de los recurrentes.

Ningún reproche constitucional cabría realizar al razonamiento para establecer como hechos-base los que acabamos de relatar. Incluso los propios recurrentes reconocen la realidad de los mismos. El problema reside en la pretensión de derivar de éstos aquellas conclusiones antes referidas. Por ello, desde un análisis externo de este proceso de razonamiento pone de manifiesto que se produce un voluntarismo argumental en el que está ausente la correlación lógica entre los elementos puestos en contraste para poder concluir su conexión «fuera de toda sospecha razonable». Tal proceder no resulta respetuoso con las exigencias constitucionales que impone el derecho a la presunción de inocencia para las condenas basada en prueba indiciaria.

La debilidad de la inferencia se proyecta en la conclusión de que los recurrentes eran las personas seleccionadas y dirigidas por ETA para la ejecución de su estrategia, porque carece de la suficiencia exigible para enervar la presunción de inocencia, toda vez que a partir de aquellas premisas resulta posible alcanzar una conclusión alternativa de, al menos, igual solidez. Las desavenencias y divergencias constatadas en los propios documentos manejados en el proceso probatorio, entre la organización terrorista y el grupo de los recurrentes, evidencia dudas más que razonable sobre la falta de consistencia de una afirmación contundente sobre la sumisión de éstos a la obediencia pretendida o reclamada por aquella. Pero incluso admitiendo a efectos dialécticos que hubieran sido las personas seleccionadas, en ningún momento se aportan indicios de que esa elección o designación comportara una subordinación incondicionada que conllevara el apoyo para la comisión de concretos delitos terroristas, ya fuera un asesinato o una colaboración de la captación de financiación.

La circunstancia de que hubiera quedado acreditado que la organización terrorista ETA desarrolló una nueva estrategia intentando dar protagonismo a un frente político, a cuyo fin seleccionó a una serie de personas entre los miembros de la Izquierda Abertzale para que la ejecutara bajo su dirección, no es concluyente por sí sola ni en conjunción con el resto de hechos-base de que esas personas fueran los recurrentes. El Ministerio Fiscal y las acusaciones afirmaban en sus calificaciones respectivas, como hechos objeto de acusación, que ETA había organizado para ese fin de estrategia política un grupo llamado Bateragune, que era el que recibía instrucciones y actuaba bajo la dirección de ETA y en el que estaban integrados los recurrentes. Frente a esa acusación, sin embargo, las resoluciones impugnadas concluyen que si bien había quedado acreditado que uno de los documentos de estrategia elaborados por ETA estaba dirigido a los miembros de Bateragune, que eran lo que respondían a la ejecución de la estrategia de la organización terrorista, lo que no estaba probado era que los recurrentes formaran parte de ese grupo. En ese sentido, la prueba documental en que se basaba la constatación de la nueva estrategia de ETA y su modo de ejecución no solo no establece una conexión directa con

los recurrentes sino que la debilita, al no poder probarse su integración en el único grupo que indubitadamente está acreditado era el llamado a ejecutar la estrategia diseñada por la organización terrorista.

En cuanto a la circunstancia de que los recurrentes fueran miembros relevantes de la Izquierda Abertzale y que desarrollaran una actividad política, incluyendo reuniones en España y Francia con otros miembros y organizaciones no ilegalizadas con fines soberanistas y que en el desarrollo de esa actividad adoptaran un lenguaje y unas estrategias parcialmente coincidentes con las establecidas por ETA no es concluyente por sí sola ni en conjunción con el resto de hechos-base de que dicha actividad fuera realizada bajo la dirección de ETA.

A esos efectos es preciso recordar, como de hecho lo hace la propia Sentencia de la Audiencia Nacional que los recurrentes impugnan, que este Tribunal ha reiterado «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», destacando que, «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, FJ 18; 126/2009, de 21 de mayo, FJ 10; y STC 62/2011, de 5 de mayo, FJ 12).

Por ello, aunque haya quedado acreditado que el lenguaje y ciertas actuaciones de los recurrentes fueran parcialmente coincidentes con la estrategia establecida por ETA, lo cierto es que dichas coincidencias lo son respecto de la consecución de unos objetivos políticos, pero en ningún caso se ha hecho referencia en los documentos en que los recurrentes haya estado disponibles para favorecer el uso de los medios violentos e ilícitos para su consecución, por lo que ninguna conclusión puede extraerse en ese sentido de la integración de los recurrente a la organización terrorista.

En cuanto a la circunstancia de que los recurrentes no hubieran condenado la violencia terrorista de ETA no puede ser valorado como un elemento indiciario de pertenencia a ETA. Así parece reconocerlo nuestra Sentencia separándose de las resoluciones recurridas en este recurso de amparo. Al contrario, sería la circunstancia de que los recurrentes hubieran condenado la violencia lo que podría usarse como un indicio relevante de la no pertenencia a la organización. Es preciso recordar que este Tribunal ya ha reiterado en el marco de los procesos de ilegalización de partidos y candidaturas en aplicación de la legislación de partidos políticos y la electoral que «[l]a negativa a condenar expresamente el terrorismo no es, por tanto, indicio bastante para acreditar per se una voluntad defraudatoria como la contemplada en el art. 44.4 de la Ley Orgánica del régimen electoral general. Más bien sucede que su contrario, la condena inequívoca, constituye una contraindicio capaz de desacreditar la realidad de una voluntad de ese cariz deducida a partir de indicios suficientes» (así, SSTC 68/2005, de 31 de marzo, FJ 15; 126/2009, de 21 de mayo, FJ 14; y STC 62/2011, de 5 de mayo, FJ 12).

Por tanto, desde la perspectiva externa de control que bajo la invocación del derecho a la presunción de inocencia puede desarrollar este Tribunal Constitucional, cabe concluir que, aun cuando admitiéramos como hecho-base probado que ETA pretendía desarrollar una estrategia en el ámbito político instrumentalizando algunas personalidades integrantes de la Izquierda Abertzale, los elementos objetivos utilizados en las resoluciones impugnadas, conjuntamente considerados, no permiten inferir con el grado de suficiencia necesario que esa pretensión se haya materializado, precisamente, con la conducta desarrollada por los recurrentes ni, en definitiva, que estos estuvieran integrados en la estructura de la organización terrorista ETA y siguieran sus dictados con estos fines.

La mera existencia de una actividad política que en ciertos aspectos pueda resultar convergente con una estrategia pretendida por dicha organización, y la no condena de la

violencia armada no permite excluir, en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes, que la conducta desarrollada por los recurrentes respondía a una legítima actividad política de consecución de un objetivo soberanista por medios no violentos amparada en el ejercicio de sus derechos a la libertad ideológica (art. 16 CE), de expresión (art. 20 CE), de reunión y manifestación (art. 21 CE). La naturaleza del derecho fundamental que entiendo ha sido conculcado debería haber llevado junto con la estimación del amparo, a la declaración de la nulidad absoluta de las resoluciones judiciales impugnadas.

Madrid, a veintidós de julio de dos mil catorce.—Adela Asua Batarrita.—Firmado y rubricado.

Voto particular que formula el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos, al que se adhieren el Magistrado don Luis Ignacio Ortega Álvarez, la Magistrada doña Encarnación Roca Trías y el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré, a la Sentencia dictada en el recurso de amparo avocado núm. 3930-2012

Con respeto a la opinión mayoritaria de mis colegas en que se funda la Sentencia, manifiesto mi discrepancia con la fundamentación jurídica de esta y con el fallo, en lo que se refiere al derecho a la imparcialidad judicial (artículo 24.2 CE). Considero que debía haberse otorgado el amparo por vulneración de este derecho con la consiguiente anulación de las resoluciones judiciales impugnadas y la retroacción de actuaciones para un nuevo enjuiciamiento.

1. Acepto, como punto de partida, la exposición que se realiza en la Sentencia sobre la garantía de la imparcialidad judicial, que se resume en la idea de que es un derecho que garantiza que no concorra duda razonable alguna sobre la existencia de prejuicios o prevenciones en el Juez o Tribunal derivada de su relación con las partes —imparcialidad subjetiva— o de su relación con el objeto de debate —imparcialidad objetiva—.

Creo, sin embargo, que hay dos ideas que hubiera sido conveniente realzar para comprender en toda su magnitud el carácter esencial que esta garantía tiene en el Estado democrático de Derecho y cuáles son los aspectos relevantes a los que se debe atender cuando se ejercita un control de constitucionalidad sobre la eventual pérdida de la imparcialidad judicial objeto de denuncia.

La primera idea consiste en que no cabe confundir el derecho a la imparcialidad judicial, como contenido del derecho a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2 CE), con la exigencia constitucional de que las decisiones judiciales estén motivadas y fundadas en Derecho —sobre las que incide el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) y, en el ámbito del proceso penal, los derechos a la presunción de inocencia (artículo 24.2 CE) y a la legalidad sancionadora (artículo 25.1 CE)—.

El derecho a la imparcialidad judicial no se refiere a lo que parece ser el trasfondo de la opinión mayoritaria en que se funda la Sentencia: la pureza en el desarrollo del proceso y de la argumentación jurídica contenida en la decisión; sino que busca garantizar la neutralidad del Juez aislando en lo posible el curso vital de su decisión de influencias ajenas al Derecho. Esta garantía, pues, no se proyecta sobre los aspectos formales del procedimiento ni sobre la forma y contenido de la motivación (contexto de justificación), sino sobre lo que en una cierta tradición filosófica suele llamarse el contexto de descubrimiento. La imparcialidad judicial se manifiesta así (i) como una garantía individual frente a decisiones que, independientemente de que estén correctamente justificadas en términos jurídicos, pueda suponerse en opinión de un observador razonable que han estado influidas por criterios ajenos a la función judicial de aplicación del Derecho, y (ii) como una garantía para el conjunto de la sociedad tendente a reforzar la confianza en que la labor judicial —y la función de control y equilibrio con el resto de poderes del Estado que aquella implica—, al margen de su corrección formal, se desarrolla sin influencias ajenas al Derecho.

La segunda idea tiene relación con el contenido de la imparcialidad. La afirmación de que la imparcialidad consiste en la inexistencia de prejuicios o prevenciones en el Juez en relación con las partes o el objeto de enjuiciamiento haría prácticamente imposible la función jurisdiccional. Pretender de manera absoluta que quien decide no tenga prejuicios, en el sentido de preconcepciones o ideas preconcebidas en relación con alguno de los aspectos que de manera incidental o esencial están en juego en un proceso, supondría negar la conciencia del ser humano y su carácter social. La imparcialidad judicial debe identificarse, cuando se refiere al desarrollo del procedimiento, con una actitud de neutralidad del juzgador hacia las partes y con la voluntad de recibir de estas de una manera acrítica la información que se le va aportando. La actitud exigible al Juez se ha comparado por esta razón con la propia del método científico. Por tanto, en lo que aquí interesa, lo determinante para afirmar la pérdida de la imparcialidad judicial no es que existan prejuicios en el Juez, lo que en muchos casos será inevitable, sino que se susciten dudas sobre su actitud de neutralidad, esto es, su predisposición y su capacidad para prescindir de todo prejuicio o idea preconcebida al desarrollar su labor de enjuiciamiento en el caso concreto. No es, por tanto, un prurito estético o formal el que funda la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuando (i) considera que la emisión de expresiones públicas por parte de jueces que evidencian que ya se habían formado un punto de vista desfavorable sobre el asunto que tenían pendiente justifica objetivamente que el acusado desconfie de su imparcialidad (así, STEDH de 5 de febrero de 2009, caso Olujic c. Croacia, § 59), y (ii) pone en relación este principio con la exigencia de mantener «la mayor discreción» y de «garantizar su imagen de jueces imparciales» en los asuntos sobre los que van a resolver (así, STEDH de 16 de septiembre de 1999, caso Buscemi c. Italia, §§ 68 y 69).

De ese modo, la doble dimensión —individual e institucional— del derecho a la imparcialidad judicial y la imparcialidad entendida como neutralidad y capacidad de trascender a los propios prejuicios determina que el control constitucional que debe ejercerse en el caso de la invocación del derecho a la imparcialidad judicial consista en analizar (i) si las razones para considerar que existen dudas razonables sobre si el Juez tiene una actitud o capacidad adecuada para superar sus prejuicios respecto de las partes o del objeto del procedimiento están exteriorizadas y apoyadas en datos objetivos y (ii) alcanzan una consistencia tal que permitan afirmar que se hallan objetiva y legítimamente justificadas.

2. En atención a lo expuesto, debería haberse concluido que en este caso se ha producido la vulneración aducida del derecho a la imparcialidad judicial (artículo 24.2 CE) por la participación de la magistrada doña Ángeles Murillo Bordallo en el Tribunal de enjuiciamiento en primera instancia, toda vez que las dudas sobre su imparcialidad, en los términos expuestos, (i) aparecen exteriorizadas y apoyadas en datos objetivos y (ii) alcanzan la consistencia suficiente como para permitir afirmar que están objetiva y legítimamente justificadas.

(i) Las dudas en que se fundamentaba la pérdida de imparcialidad judicial y que sirvieron para formular el incidente de recusación —exteriorización inopinada de prejuicios respecto a la negativa por el acusado a condenar la violencia ejercida por ETA— estaban apoyadas en datos objetivos y externos.

Son datos objetivos y acreditados en el momento de formularse la acusación los siguientes:

(a) la circunstancia de que la Magistrada doña Ángeles Murillo Bordallo había formado parte del tribunal que en el rollo de sala núm. 14-2009 juzgó al ahora recurrente don Arnaldo Otegi Mondragón en una acusación por delito de enaltecimiento del terrorismo;

(b) que en el desarrollo de ese juicio oral el entonces acusado, tras haber sido interrogado por su defensa y comunicar que, acogiéndose a su derecho como acusado, no respondería a otras preguntas, fue interrogado por la citada Magistrada, en su calidad

de presidenta de la Sección, sobre si condenaba la violencia de ETA, y manifestó que no contestaría a esa pregunta; y que la Magistrada, frente a esa negativa, afirmó «ya sabía yo que no me iba a contestar a esa pregunta»;

(c) que la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, por Sentencia de 2 de febrero de 2011, estimó el recurso de casación núm. 1144-2011, al considerar que «las dudas del recurrente sobre la imparcialidad de la Presidenta del Tribunal deben considerarse objetivamente justificadas», argumentado 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 podría 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 exteriorizaba antes de que el juicio oral llegara a su fin»;

(d) que la estimación de este motivo de recurso determinó la anulación del juicio para que se procediera a la celebración de una nueva vista oral por un Tribunal compuesto por Magistrados diferentes; y

(e) que tan solo quince días después de dictarse esta Sentencia, el recurrente don Arnaldo Otegi Mondragón, mediante escrito de 17 de febrero de 2011, solicitó la abstención y subsidiariamente la recusación de todos los Magistrados de la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, al entender que concurría la causa del artículo 219.11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) también en el proceso al que da lugar este recurso de amparo.

(ii) Las dudas en que se fundamenta la pérdida de imparcialidad judicial y que sirvieron en su momento para formular el incidente de recusación tienen, además, la consistencia suficiente para afirmar que están objetiva y legítimamente justificadas las sospechas sobre la persistencia de esos mismos prejuicios en la Magistrada doña Ángeles Murillo Bordallo.

La acusación que era objeto de enjuiciamiento en el procedimiento que ha dado lugar al presente recurso de amparo era por un delito de integración en la organización terrorista ETA por considerar que los recurrentes, a partir de órdenes recibidas de dicha organización, habían constituido una comisión de coordinación y dirección dentro de la Izquierda Abertzale para desarrollar y gestionar una nueva línea estratégica bajo la tutela y supervisión de ETA, con el fin de culminar el proceso independentista y de implantación del socialismo en los territorios que hoy agrupan las comunidades autónomas de Euskadi y Navarra. En la Sentencia condenatoria se argumenta que si bien no existe prueba directa de la superior dirección de este proceso por parte de ETA existe prueba indiciaria, entre la que se cita la ausencia de actuaciones en los recurrentes que denotaran un verdadero y real distanciamiento de las tesis armadas y amparadoras de la violencia defendidas y ejecutadas por ETA. Igualmente, en respuesta al argumento de descargo de los recurrentes de que su conducta se desarrollaba dentro del derecho a la participación política, se afirma en la Sentencia condenatoria que en ninguno de los documentos que elaboraron los recurrentes aparece de manera diáfana una condena de la violencia terrorista.

Estas circunstancias llevan a concluir que la diferencia de objeto entre el procedimiento judicial en que se apreció la pérdida de imparcialidad judicial de la Magistrada doña Ángeles Murillo Bordallo —acusación por un delito de enaltecimiento del terrorismo— y el que ha dado lugar al presente recurso de amparo —acusación por un delito de integración en organización terrorista— carece de toda relevancia para impedir la consideración de que los prejuicios exteriorizados por dicha Magistrada en aquel procedimiento resultan de aplicación y son también relevantes para este.

Como quedó acreditado en aquel procedimiento, esta Magistrada exteriorizó una idea preconcebida, fuera de lo que era la práctica de la prueba y normal desarrollo del juicio

oral, respecto de la negativa del entonces acusado a condenar la violencia terrorista de ETA, lo que fue considerado relevante en el contexto de aquel procedimiento para entender legítimamente justificadas las dudas sobre su pérdida de imparcialidad judicial por ser un elemento que se oponía al argumento de descargo entonces utilizado de que con las expresiones proferidas el acusado solo pretendía apelar a una negociación pacífica, política y democrática y solicitar la liberación de los presos políticos vascos en España y Francia. Esa misma idea preconcebida, obtenida y exteriorizada fuera de la práctica de la prueba y normal desarrollo de un juicio oral, no puede considerarse que hubiese tenido que desaparecer y no persistiese en la mente de esta Magistrada. Al menos, no puede reprocharse que, desde una perspectiva externa, se mantuviesen dudas respecto de que no se hubiesen alterado aquellas convicciones en el momento de realizar el nuevo enjuiciamiento.

La diferencia formal entre la acusación formulada en el procedimiento en que se apreció la pérdida de imparcialidad judicial de esta Magistrada y la formulada en el que ha dado lugar al presente recurso de amparo no puede encubrir la estrecha conexión fáctica y jurídica existente entre ambos, la cual puede ser apreciada, a mi juicio, por cualquier observador razonable. Desde una perspectiva fáctica, los actos enjuiciados en ambos procedimientos están íntimamente ligados con la conducta desarrollada por el Sr. Otegi en relación con su actividad en favor de un proyecto secesionista. En ambos un elemento para dudar sobre la legalidad de su actividad era la inexistencia de una clara posición contraria a justificar la consecución de ese objetivo secesionista por medios violentos. Desde una perspectiva jurídica, tanto la calificación de enaltecimiento del terrorismo como la de pertenencia a organización terrorista se han fundamentado, entre otros aspectos, en la negativa a condenar el uso de medios violentos. Así hay que concluirlo a la vista de la argumentación desarrollada en la Sentencia condenatoria, toda vez que en este procedimiento la negativa a condenar la violencia de ETA es un elemento que se utiliza de manera recurrente para constituir un hecho probado indiciario de la responsabilidad penal de los recurrentes y para descartar el argumento de descargo relativo a que la actividad de los acusados respondía al ejercicio legítimo del derecho de participación política.

En suma, las argumentaciones sobre el distinto delito perseguido en uno y otro procedimiento pueden tener un valor en el plano formal de la determinación del objeto del proceso, del ámbito de la acusación y de la corrección de la motivación jurídica de la sentencia. Pero este no es el plano en que debe valorarse la imparcialidad judicial. La diferente naturaleza de las figuras delictivas objeto de la acusación en uno y otro proceso carece de toda relevancia, desde la perspectiva de un observador razonable, para sostener que las dudas sobre la imparcialidad de la Magistrada deben apreciarse en uno de ellos y no en el otro, pues el contexto de descubrimiento en que debe adoptarse la decisión es idéntico: se trata, con un elevado grado de proximidad temporal, del mismo acusado y de decidir, en uno y otro caso, cuestiones en relación con las cuales resulta decisiva la existencia de posibles prejuicios en los Jueces sobre la voluntad del acusado de condenar o no la violencia ejercida por la organización terrorista.

Las consecuencias de la exteriorización de la idea preconcebida puesta de manifiesto en aquel procedimiento, entonces solo respecto del recurrente don Arnaldo Otegi Mondragón, no podría ahora quedar limitada a lo que afecta a este recurrente, sino que hubiera debido hacerse extensiva al resto de los recurrentes en amparo, pues la circunstancia de que todos los ahora recurrentes en amparo fueran juzgados por el desarrollo de una misma conducta determina que la pérdida de imparcialidad de un miembro del tribunal respecto de uno de ellos no pueda, racional y lógicamente, deslindarse de la de los demás.

Por tanto, la circunstancia de que los recurrentes hayan sido juzgados por un tribunal del que formaba parte la Magistrada doña Ángeles Murillo Bordallo, respecto de la que existían dudas objetivas y legítimamente justificadas sobre la persistencia de prejuicios e ideas preconcebidas exteriorizadas extemporáneamente sobre la responsabilidad penal de los recurrentes por no haber condenado la violencia terrorista en la consecución de un

proyecto secesionista, debería haber llevado a que se considerara vulnerado su derecho a la imparcialidad judicial (artículo 24.2 CE).

3. La estimación del amparo respecto de este particular hubiera debido implicar la anulación de las resoluciones impugnadas y la retroacción de actuaciones para un nuevo enjuiciamiento, sin necesidad de que se hubiera entrado a analizar el resto de invocaciones.

Particularmente, a pesar de su capital importancia, considero de todo punto imposible en las actuales circunstancias entrar a examinar la alegación de vulneración del derecho a la presunción de inocencia. En efecto, un examen de esta naturaleza comportaría juzgar sobre la adecuación constitucional, en cuanto a su contenido, de la valoración probatoria realizada por el Tribunal que condenó a los acusados, en abierta contradicción lógica con la premisa en que se sustenta este Voto particular: la de que, cualquiera que pueda ser la corrección jurídico-formal de dicha valoración probatoria, la misma carece de toda validez por haber sido realizada sin atender a los estándares de imparcialidad objetiva constitucionalmente exigibles.

Esa es la razón por la que en este Voto particular, una vez justificadas las razones para entender vulnerado el derecho a la imparcialidad judicial, no se considera procedente entrar en diálogo con la opinión mayoritaria reflejada en la Sentencia respecto del resto de las lesiones aducidas por los recurrentes.

Madrid, a veintidós de julio de dos mil catorce.—Luis Ignacio Ortega Álvarez.—Encarnación Roca Trías.—Fernando Valdés Dal-Ré.—Juan Antonio Xiol Ríos.—Firmado y rubricado.