

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SENTENCIA

Sentencia N°: 351/2012

Fecha Sentencia: 07/05/2012

Ponente Excmo. Sr. D.: Juan Saavedra Ruiz

Segunda Sentencia

Voto Particular

RECURSO CASACION (P) N°:11773/2011 P

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria Parcial

Señalamiento: 28/03/2012

Procedencia: Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección Cuarta.

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

Escrito por: ICR

Delito de pertenencia a organización terrorista.

Principio de equidad. Su aplicación precisa la existencia de una disposición legal que lo autorice.

Derecho al juez imparcial. La apariencia de prejuicio o contaminación debe relacionarse con las causas legales de recusación.

Presunción de inocencia. Prueba indiciaria. Conclusión razonable del Tribunal de instancia.

Delito de pertenencia a organización terrorista. La condena por estos tipos legales no precisa una participación concreta en actos violentos por lo que las eventuales acciones concretas constitutivas de infracción penal autónoma son independientes de dicho delito. Dirigente de organización terrorista. Exige la responsabilidad efectiva y autónoma de adoptar decisiones que orienten la actuación de la organización.

Extensión de la disminución de la pena a los no recurrentes. Artículo 903 LECrim..

Nº: 11773/2011P

Ponente Excmo. Sr. D.: Juan Saavedra Ruiz

Fallo: 28/03/2012

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

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SENTENCIA Nº: 351/2012

Excmos. Sres.:

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

En nombre del Rey

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

SENTENCIA

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

En los recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley y de precepto constitucional que ante Nos penden, interpuestos por **ARNALDO OTEGUI MONDRAGÓN, ARKAITZ**

RODRÍGUEZ TORRES, SONIA JACINTO GARCÍA, MIREN ZABALETA TELLERÍA y RAFAEL DÍEZ USABIAGA, contra sentencia dictada por la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, sección cuarta, con fecha dieciséis de septiembre de dos mil once, en causa seguida contra Arnaldo Otegui Mondragón, Rafael Díez Usabiaga, Miren Zabaleta Tellería, Arkaitz Rodríguez Torres, Sonia Jacinto García, José Luis Moreno Sagüés, José Manuel Serra Ugarte y Amaia Esnal Martiarena, por delito de pertenencia a organización terrorista, los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para votación y fallo bajo la presidencia del primero de los citados y ponencia del Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, siendo parte el Ministerio Fiscal, estando los recurrentes representados **ARNALDO OTEGUI MONDRAGÓN y ARKAITZ RODRÍGUEZ TORRES**, por el procurador don Javier Cuevas Rivas y defendidos por la letrado doña Jone Goirizelaia Ordorika; **SONIA JACINTO GARCÍA y MIREN ZABALETA TELLERÍA**, por el procurador don Javier Cuevas Rivas y defendidos por el letrado don Pedro M^a Landa Fernández; y **RAFAEL DÍEZ USABIAGA**, por la procuradora doña Ana Lobera Argüelles y defendido por el letrado don Iñigo Uruin Sanz. En calidad de parte recurrida, la acusación particular **ASOCIACIÓN VÍCTIMAS DEL TERRORISMO VERDE ESPERANZA (VOCES CONTRA EL TERRORISMO)**, representada por el procurador don José Pedro Vila Rodríguez y defendida por el letrado don Juan C. Rodríguez Segura.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado Central de Instrucción nº 5 de los de Madrid, instruyó el sumario con el número 56/2.009, contra Arnaldo Otegui Mondragón, Rafael Díez Usabiaga, Miren Zabaleta Tellería, Arkaitz Rodríguez Torres, Sonia Jacinto García, José Luis Moreno Sagüés,

José Manuel Serra Ugarte y Amaia Esnal Martiarena, y, una vez declarado concluso el mismo, lo remitió a la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal (sección 4ª, rollo 95/09) que, con fecha dieciséis de septiembre de dos mil once, dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

"Ha quedado acreditado en autos que:

PRIMERO.-Como consecuencia de la labor policial desarrollada, del desmantelamiento de su brazo político y del fracaso del proceso negociador llevado a cabo en 2006, durante el transcurso del año 2007 y los primeros meses de 2008 tuvo lugar en ETA (organización dotada de armas que, invocando metas independentistas del País Vasco y Navarra, realiza ataques violentos contra la vida y la integridad física de las personas y contra el patrimonio, buscando con ello la imposición de una opción ideológica que excluya las que no son de su misma sintonía), un amplio debate sobre la estrategia que debía seguir para obtener sus objetivos independentistas y de implantación de un Estado socialista de carácter revolucionario.

*La estructura de la organización terrorista ETA venía siendo modificada, desde su fundación en 1959, para adaptarla a las circunstancias más favorables a sus criminales intereses. En un primer momento adoptó el modelo organizativo de "ramas", creándose en su seno una dirección o comité ejecutivo, un aparato político, subordinado a la dirección, un aparato internacional, dependiente del político, y un aparato logístico. A partir de 1967, la estructura de ETA se articuló en cuatro ámbitos diferenciados, compuesta por los frentes militar, político, obrero y cultural. En 1974, previendo el próximo advenimiento de la democracia, se aprobó la ponencia **Etaren Agiria**, atribuida a José Miguel Beñarán Ordeñana (alias Argala), en virtud de la cual la faceta política de la organización terrorista salió de la clandestinidad y se separó de la militar, en evitación de los inconvenientes extensivos que suponía la desarticulación de comandos y en aras del aprovechamiento de las ventajas económicas y de introducción ideológica que deparaba la participación en la vida democrática; separación que era ficticia, puesto que la parte militar de la organización seguía ejerciendo el control y tutelaje de la parte política, en cuyo seno se conformó el complejo de formaciones denominado Movimiento de Liberación Nacional Vasco, en el que se fueron agrupando como corrientes ideológicas las diferentes organizaciones sectoriales que se denominan globalmente como la*

*Izquierda Abertzale. Aquella separación táctica y meramente aparente suponía la aplicación práctica de la llamada teoría del desdoblamiento, que es explicada en la ponencia **Otsagabia**, atribuida a Eduardo Moreno Bergaretxe (alias Pertur), donde se trataba de la vinculación entre la lucha armada y la lucha política desde la perspectiva de la sociedad democrática, y donde se propugnaba la fundación por ETA de un partido revolucionario de izquierdas que actuara dentro de la democracia burguesa. La concepción de esta naturaleza dual y ambivalente legal/ilegal, con claro predominio interno de la segunda sobre la primera, ha sido una constante en la estructuración de ETA desde entonces, si bien por motivos estratégicos y de utilidad táctica en dicha organización terrorista se ha dado prevalencia externa a una o a otra modalidad de actuación (políticamilitar) según lo han ido aconsejando las concretas circunstancias de oportunidad política.*

*Fruto de aquel proceso de reflexión sobre la estrategia a seguir en el futuro, que se desarrolló en el seno de ETA durante el año 2007 y parte del 2008, fue el documento titulado " **3. Aurrera begirako ildoak: Fase politikoa eta ezaugarritzea/Línea de actuación de cara al futuro, caracterización de la fase política**", intervenido al comando Hego Haizea, que data de la primavera de 2008, en el que se trasluce el uso del clásico modelo de estrategia político-militar, pero dando prioridad a la lucha armada sobre la contienda política. En él se realizan varias reflexiones paradigmáticas acerca de la utilización por ETA de la Izquierda Abertzale como su brazo político, al que imparte órdenes sobre cómo actuar desde la posición de superioridad orgánica que ETA ostenta sobre el conjunto de la Izquierda Abertzale. En dicho documento, ETA se propuso superar la situación hasta entonces existente mediante la creación de un "marco democrático nacional que garantice la capacidad de materialización de los derechos de autodeterminación y territorialidad", ordenando a la Izquierda Abertzale "dirigir la acumulación de fuerzas en los ámbitos de construcción nacional y a la defensa del marco democrático", debiendo el Movimiento de Liberación Nacional Vasco "capitalizar las acciones de lucha armada" y "levantar un muro" para evitar la perpetuación de la división de Euskal Herria que hace imposible su independencia. Entretanto, la organización armada se reservaba llevar a efecto la lucha armada en la medida que sea preciso, estableciendo unos objetivos militares; iniciativa que venía acompañada de períodos de alto el fuego o tregua para facilitar el eventual proceso de negociación.*

*Meses después, ETA elaboró el documento titulado "Herri antolatua-
ren estrategia independentista bateranz. Nazio estrategia askapen
prozesuaren ergile/Hacia la estrategia independentista de una nación
organizada. La estrategia nacional como motor del proceso de
liberación", que data de diciembre de 2008 y es intervenido en la
detención en París el día 10 de abril de 2009 del miembro de ETA Ekaitz
Sirvent Aumendi. Con motivo de cumplirse en el año 2009 el 50
aniversario de su fundación, dicha organización terrorista publicó a
finales de 2008 el importante documento de que se trata, donde dio un giro
al planteamiento recogido en el documento de la primavera de 2008 antes
mencionado, puesto que ahora hace primar, a efectos puramente
estratégicos, la línea política sobre la lucha armada, a la que deja en un
segundo plano, pero sin abandonarla. En él dispone la creación de un
frente soberanista entre todas las fuerzas políticas de la izquierda vasca
que deje al margen al Partido Nacionalista Vasco, a cuyos militantes más
abertzales se propone atraer, haciendo una programación a corto plazo,
que abarca el primer semestre del 2009, donde la Izquierda Abertzale ha
de concurrir a una serie de eventos que exterioricen la nueva estrategia
política, solapada en la estrategia militar. Sostiene ETA que "el pueblo
necesita una refundación del abertzalismo y un renacimiento del
independentismo de izquierdas", encomendando a la Izquierda Abertzale
la tarea de "aglutinar todos sus esfuerzos para conseguir esa explosión
generadora de una nueva Alianza Popular Nacional". Entre las funciones
de esta Alianza incluye la de formular las opciones para la consecución de
la independencia; dinamizar y dirigir políticamente el proyecto;
desarrollar luchas específicas en diversos ámbitos; crear una coalición
político-institucional que se constituya como plataforma donde tengan
cabida los agentes políticos, sociales, sindicales y culturales; desarrollar
una línea de confrontación con el Estado español; tomar la iniciativa en la
negociación, desbancando al PNV de su papel hegemónico como
interlocutor; fijar y aplicar un protocolo frente a la represión y negación,
y crear un marco propio basado en estructuras propias de carácter
institucional, político, social y cultural. ETA dejó claro que la formulación
de aquella Alianza Popular Nacional correspondía al Movimiento de
Liberación Nacional Vasco, a quien encomienda la labor de impulsar el
proceso hasta sus últimas consecuencias y buscar la implicación de la
mayor cantidad de personas posible, creando un polo soberanista,
recabando para sí la parte mediática de las iniciativas y haciéndose con la*

centralidad política de las mismas. En concreto, a EA, ARALAR, AB y ELA, ETA les hace un llamamiento para que "se integren en el espacio de lucha que supone Nación Organizada", poniendo a disposición de la misma su fuerza armada, vigilando la pureza de las iniciativas y garantizando la permanencia de cualquier movimiento independentista. Termina ETA el referido documento de diciembre de 2008 relacionando una serie de propuestas de actuación de índole político-armada y mediática, aludiendo igualmente a la posibilidad de treguas que sirvan para impulsar el proceso democrático, "con validez únicamente de cara a Euskal Herria" puesto que "podríamos realizar acciones en España, puntuales, pero no ofensivas" (es decir, sobre bienes y no sobre personas).

Sobre este último extremo, debe indicarse que entre el 24 de abril y el 7 de junio de 2009

ETA no llevó a cabo ninguna actividad terrorista en los territorios del País Vasco y Navarra, como se comprometió en su documento "**Herri antolatuzaren estrategia independentista bateranz. Nazio estrategia askapen prozesuaren ergile/Hacia la estrategia independentista de una nación organizada. La estrategia nacional como motor del proceso de liberación**", de diciembre de 2008, que acabamos de nombrar. Pero sí lo hizo en la localidad cántabra de Guriezo el día 6 de mayo de 2009, mediante la colocación de un artefacto explosivo en un repetidor de telecomunicaciones. Una vez alzado el período de tregua auto-impuesto, ETA volvió a cometer atentados terroristas, tanto en la Comunidad Autónoma Vasca como en otros lugares de España, como a continuación se expresará. Así, el día 19 de junio de 2009 mató en la localidad de Arrigorriaga (Bilbao), por medio de la explosión de una bomba, al Inspector del Cuerpo Nacional de Policía Eduardo Antonio Puelles García; el día 29 de julio de 2009 colocó e hizo estallar un potente artefacto explosivo en las inmediaciones de la Casa-Cuartel de la Guardia Civil en Burgos; el día 30 de julio de 2009 activistas de ETA causaron la muerte a los Guardias Civiles Diego Salva Lezaun y Carlos Sáez de Tejada García en la localidad mallorquina de Calviá, y el día 9 de agosto de 2009, ETA colocó cuatro artefactos explosivos en tres locales de hostelería y unas galerías comerciales de Palma de Mallorca. Con motivo de estos graves atentados terroristas y de la actividad policial coetánea, la Izquierda Abertzale difundió varios comunicados, fechados los días 19 y 25 de junio, 29 y 30 de julio y 15 de agosto, en los que en momento alguno criticó la actividad de la organización terrorista, sino que hizo referencias

genéricas a que "con las soluciones policiales no se producirá la derrota de ETA", apelando igualmente a que "el diálogo y la negociación son las únicas herramientas eficaces para la resolución del conflicto político y armado". De esta manera, la Izquierda Abertzale se alineó, una vez más, con las tesis de la organización armada, pues sostuvo que "la única solución posible pasa por dar una respuesta democrática al núcleo del conflicto, que no es otro que la existencia en Euskal Herria de una mayoría popular que reclama la posibilidad de que ésta pueda decidir libremente su futuro".

SEGUNDO.- Los acusados **Arnaldo Otegui Mondragón, Rafael Díez Usabiaga, Miren Zabaleta Tellería, Arkaitz Rodríguez Torres y Sonia Jacinto García**, todos mayores de edad y sin antecedentes penales, excepto el primero, que los tiene pero que no le son computables en este procedimiento, 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.

Los dos primeros acusados ostentaban la superior categoría de responsables y promotores de la mencionada y novedosa estructura, trazando y transmitiendo las líneas de actuación que luego eran compartidas y seguidas por los otros tres acusados.

La presentación pública del nuevo organismo o comisión tuvo lugar en una rueda de prensa celebrada el día 16 de marzo de 2009 en el Hotel Barceló-Costa Vasca de San Sebastián, en la que comparecieron los acusados **Arnaldo Otegui Mondragón, Rafael Díez Usabiaga, Miren Zabaleta Tellería y Arkaitz Rodríguez Torres**, acompañados de otras diez personas integrantes de varias organizaciones integradas en la Izquierda Abertzale, no acudiendo la acusada Sonia Jacinto García.

En dicha rueda de prensa actuó de portavoz el primero de los nombrados, que proclamó (siguiendo las pautas marcadas por ETA en diciembre de

2008, ya mencionadas) la necesidad de poner en marcha una estrategia independentista eficaz basada en sumar fuerzas de quienes desde el campo político, sindical, social y popular estén dispuestos a unirse para abrir un proceso democrático que sitúe a los trabajadores en su eje. Para ello, anunció que en las siguientes semanas su labor se centraría en contrastar sus análisis con otras fuerzas que también aspiren a construir un Estado.

Para el referido portavoz, ese intento de unir esfuerzos tendría dos objetivos. Por un lado, "abrir el proceso democrático que necesita Euskal Herria, para que por medio de la negociación y el acuerdo nos lleve a un escenario político en el que todos los proyectos políticos, incluidos el independentista, no sólo sean defendibles sino que sean también alcanzables, sin más limitación que la voluntad popular expresada de forma libre, democrática y pacífica". Por otro lado, "volver a situar a los trabajadores y a los sectores populares de este país en el centro de los intereses políticos, económicos y sociales de Euskal Herria".

Tal portavoz añadió que las elecciones autonómicas celebradas dos semanas antes (concretamente el 1 de marzo de 2009), al excluir a una parte del electorado, se celebraron en un contexto antidemocrático, por aplicación del que denomina apartheid político, y que precisamente para superar la situación política actual, que era la consecuencia lógica del proceso puesto en marcha hacía treinta años, era necesario un verdadero cambio político, para lo cual había que poner en marcha una estrategia independentista eficaz. Dicho portavoz manifestó que "el Estado no tiene un conflicto con la Izquierda Abertzale o con una sigla concreta, sino con la mayoría de Euskal Herria, reclamando la sociedad vasca una salida democrática en base al diálogo, la negociación y el acuerdo". De esta forma, en cumplimiento de las directrices de ETA, Anton llamó la atención sobre la puesta en marcha de un proceso de diálogo para llevar al País Vasco y Navarra a la independencia, pero eludió cualquier referencia al final de la lucha armada, que seguía y sigue siendo detentada y ejercida por ETA, con la imprescindible ayuda de sectores de la Izquierda Abertzale como el compuesto por los cinco acusados nombrados.

Con posterioridad a la aludida rueda de prensa, la Izquierda Abertzale elaboró el documento titulado "**Eaeko hauteskundeen balorazioa eta aurrera begirako ildoak/Valoración de las elecciones en la Comunidad Autónoma Vasca y camino a realizar de cara al futuro**", intervenido el día 31 de marzo de 2009 en los registros efectuados en el seno de las Diligencias Previas nº 101/ 09 del Juzgado Central de Instrucción nº 5 y

que data de marzo de 2009. En dicho documento se contiene una planificación, para el conjunto organizativo del Movimiento de Liberación Nacional Vasco, de actuaciones a desarrollar durante los meses de marzo a junio de 2009. Se diseñó un proceso de convergencia en cuatro etapas: Aberri Eguna unitario el día 12 de abril de 2009, Primero de mayo unitario, huelga general el día 21 de mayo de 2009 de todos los agentes políticos y sociales soberanistas, y candidatura soberanista única en las elecciones europeas convocadas para el día 7 de junio de 2009. Lo que suponía una concreción y desarrollo por la Izquierda Abertzale de la iniciativa de ETA fechada en diciembre de 2008. Ambos documentos presentan similitudes esenciales, cuales son la fijación como objetivo de una alianza independentista a través de la aglutinación de fuerzas independentistas y la exclusión del PNV de cualquier acuerdo de convergencia. En momento alguno se hace alusión en el elaborado por la Izquierda Abertzale al abandono de la lucha armada por parte de ETA, sino que incide en la parte política de la estrategia político-militar que siempre ha practicado la organización terrorista y ha secundado gran parte del conjunto de la Izquierda Abertzale.

Después de aquella rueda de prensa de los acusados y de la elaboración del referido documento de la Izquierda Abertzale, se publicó en el diario Gara una entrevista con dos miembros encapuchados de ETA, que data del día 25 de mayo de 2009. En ella, el periodista preguntó a sus interlocutores por la valoración que hacía ETA de la rueda de prensa celebrada por un amplio sector de las distintas estructuras integradas en la llamada Izquierda Abertzale el pasado 16 de marzo de 2009. Los miembros de ETA mostraron su aquiescencia con la iniciativa emprendida, evidenciándose con ello la coincidencia de posiciones entre ETA y la Izquierda Abertzale, representada por los acusados. La respuesta literalmente fue: "ETA ve con buenos ojos las reflexiones y clarificaciones que pueda hacer la izquierda abertzale para trasladar tanto su proyecto popular como a Euskal Herria a un escenario democrático. Porque el hecho de que sea eficaz, es vital para la estrategia en favor de nuestro pueblo. ¿Dónde y cómo se coloca ETA ante ese objetivo? Al igual que el resto de organizaciones y organismos, Euskadi Ta Askatasuna lleva a cabo una reflexión política continua, y al ser una organización armada, el hecho de ser eficaces y tener una estrategia efectiva se convierte en eje y preocupación de nuestra reflexión. En ese sentido, antes del verano

acabaremos un proceso reflexivo y asambleario cuya finalidad consiste en fijar una estrategia político-armada eficaz".

Precisamente con motivo del Aberri Eguna a celebrar el día 12 de abril de 2009, ETA difundió un comunicado titulado "Euskadi Ta Askatasunaren Agiria Euskal Herriari/Comunicado de Euskadi Ta Askatasuna a Euskal Herria". En dicho documento, ETA quiso hacer llegar a la sociedad vasca, y en especial al sector abertzale, una serie de reflexiones y manifestaciones. A través de las mismas, reivindica su papel de vanguardia en la lucha armada por la independencia de Euskal Herria, amenaza a los gobernantes democráticamente elegidos bajo el argumento de la celebración de unas elecciones supuestamente fraudulentas, y encomienda al Movimiento de Liberación Nacional Vasco la labor de conformar un polo soberanista que posibilite el cambio político. Indica ETA que "es la Izquierda Abertzale el único agente que puede articular una resistencia política sólida al objeto de impedir una reforma renovada del actual marco autonómico, es decir, el garante del cambio político cierto". Auto-atribuyéndose la voz del Movimiento de Liberación Nacional Vasco y reafirmando en el papel de defensora de Euskal Herria mediante el uso de las armas, ETA manifiesta que "el MLNV está dispuesto a consensuar con las fuerzas democráticas de Euskal Herria un compromiso y una estrategia única para el cambio político y para la solución democrática del conflicto", insistiendo en sus persistentes ideas sobre el marco democrático y el proceso democrático, y añadiendo que "mientras no se pase de los discursos a los hechos en los pasos para levantar un muro que detenga la represión y los ataques de los Estados y para llevar a este pueblo a un escenario de autodeterminación, que nadie pida a ETA que renuncie a la lucha con las armas para hacer frente al enemigo".

Por otro lado, el documento elaborado por la Izquierda Abertzale en marzo de 2009, sobre valoración de las elecciones en la Comunidad Autónoma Vasca y camino a realizar en el futuro, ya referenciado, se encuentra íntimamente vinculado con el documento de ETA, fechado en la primera semana de junio de 2009 y titulado "BTGNari. Komunikazio Orokorra 0906 /Al BTGN. Comunicación General 0906", que se hallaba en poder de la acusada Miren Zabaleta Tellería y fue incautado a una amiga de la misma cuando se disponía a sacarlo del domicilio de esta última en Pamplona, momentos antes de practicarse el registro del inmueble. En el mismo, ETA se dirige al organismo Bateragune (al que se

hará alusión más adelante) y hace balance de las acciones desarrolladas por la Izquierda Abertzale en cumplimiento de la planificación diseñada en diciembre de 2008, seguida por la Izquierda Abertzale en el documento de marzo de 2009. ETA muestra su acuerdo sobre los actos llevados a efecto con motivo del Aberri Eguna unitario y la huelga general unitaria, pero muestra su desacuerdo con la opción de apoyar para las elecciones europeas del 7 de junio de 2009 a Iniciativa Internacionalista-La Solidaridad entre los Pueblos, en lugar de la candidatura de Eusko Alkartasuna, admitiendo la existencia de una crisis de liderazgo y recordando la primacía de su papel en la dirección y tutela del nuevo proceso soberanista que estaba planificando y gestionando la Izquierda Abertzale a través de los acusados.

En la misma línea político-militar se sitúa otro comunicado de ETA, nuevamente titulado "**Euskadi Ta Askatasunaren Agiria Euskal Herriari/Comunicado de Euskadi Ta Askatasuna a Euskal Herria**", publicado en el diario Gara el día 27 de septiembre de 2009 con motivo del día del gudari (Gudari Eguna). En dicho comunicado, ETA hace una alabanza de sus militantes fallecidos y encarcelados por sus actividades terroristas, y se ratifica en su posición de garante de la estrategia independentista de Euskal Herria, desde su papel predominante como detentador de la lucha armada. Una vez más, delega en las organizaciones que conforman la llamada Izquierda Abertzale, representada por los acusados, la labor negociadora y de aglutinación del sector soberanista del País Vasco.

TERCERO.- Como miembros de aquella "comisión de coordinación y dirección" de la Izquierda Abertzale ideada, instrumentalizada y tutelada por la organización terrorista ETA, los acusados **Arnaldo Otegui Mondragón, Rafael Díez Usabiaga, Miren Zabaleta Tellería, Arkaitz Rodríguez Torres y Sonia Jacinto García** se constituían en reuniones periódicas en la sede del sindicato LAB sita en la calle Pokopandegui nº 9 de San Sebastián (Guipúzcoa), a las que a veces invitaban a otras personas referenciales de algún sector de la Izquierda Abertzale, para que expusieran sus pareceres sobre las actuaciones a seguir. Al menos, celebraron las siguientes reuniones:

- El día 17 de abril de 2009, con la asistencia de **Arnaldo Otegui Mondragón, Rafael Díez Usabiaga, Miren Zabaleta Tellería, Arkaitz Rodríguez Torres y Sonia Jacinto García**.

*-El día 19 de junio de 2009, con la asistencia de **Arnaldo Otegui Mondragón y Sonia Jacinto García.***

*-El día 20 de julio de 2009, con la asistencia de **Arnaldo Otegui Mondragón, Rafael Díez Usabiaga, Miren Zabaleta Tellería, Arkaitz Rodríguez Torres y Sonia Jacinto García.***

*- El día 23 de julio de 2009, con la asistencia de **Arnaldo Otegui Mondragón, Rafael Díez Usabiaga, Miren Zabaleta Tellería, Arkaitz Rodríguez Torres y Sonia Jacinto García.***

*- El día 4 de agosto de 2009, con la asistencia de **Arnaldo Otegui Mondragón, Arkaitz Rodríguez Torres y Sonia Jacinto García.***

*- El día 5 de agosto de 2009, con la asistencia de **Arnaldo Otegui Mondragón, Rafael Díez Usabiaga, Miren Zabaleta Tellería, Arkaitz Rodríguez Torres y Sonia Jacinto García.***

*- El día 4 de septiembre de 2009, con la asistencia de **Arnaldo Otegui Mondragón, Rafael Díez Usabiaga, Miren Zabaleta Tellería, Arkaitz Rodríguez Torres y Sonia Jacinto García.***

*- El día 10 de septiembre de 2009, con la asistencia de **Arnaldo Otegui Mondragón, Rafael Díez Usabiaga, Miren Zabaleta Tellería, Arkaitz Rodríguez Torres y Sonia Jacinto García.***

*- El día 28 de septiembre de 2009, con la asistencia de **Arnaldo Otegui Mondragón, Rafael Díez Usabiaga, Miren Zabaleta Tellería, Arkaitz Rodríguez Torres y Sonia Jacinto García.***

*- Y el día 13 de octubre de 2009 (fecha de las detenciones), con la asistencia de **Arnaldo Otegui Mondragón, Rafael Díez Usabiaga, Miren Zabaleta Tellería, Arkaitz Rodríguez Torres y Sonia Jacinto García.***

***CUARTO.-** Para contrastar opiniones de otras personas sobre la línea política a seguir para posibilitar la preconizada "estrategia eficaz" urdida por ETA, los acusados se entrevistaron en España con personas referenciales del espectro político abertzale, e incluso fueron detectados dos desplazamientos a Francia con idéntico objeto y para dar cuenta de las iniciativas emprendidas y de los resultados que iban produciéndose.*

*A) El primer viaje a Francia tuvo lugar el día 30 de abril de 2009, desplazándose los acusados **Arnaldo Otegui Mondragón y Rafael Díez Usabiaga** en el vehículo Nissan X-Trail con matrícula 5705 FFXI, conducido por el común amigo Santiago Orúe Maurologoitia. Este último salió con su vehículo de su casa en Munguía a las 06:50 horas, dirigiéndose a Elgóibar para recoger a Arnaldo Otegui, lo que acaeció a las 07:50 horas, yendo ambos a continuación a San Sebastián, donde se*

montó Rafael Díez. Los tres atravesaron la frontera por Behobia a las 08:55 horas y llegaron a la localidad francesa de Urruña a las 09:00 horas, ascendiendo a la cercana capilla de Nuestra Señora de Sokorri quince minutos más tarde, donde Otegui Mondragón y Díez Usabiaga se montaron en un vehículo Volkswagen Golf conducido por Jokin Etxebarria Lagisket, miembro de la organización Batasuna en Francia y antiguo componente del aparato político de ETA, por cuya adscripción cumplió condena en el vecino país. Seguidamente se introdujo el vehículo últimamente mencionado en una vía comarcal, adoptando medidas de seguridad para evitar el seguimiento y vigilancia, dirigiéndose a la localidad de Ziburu, donde Rafael Díez se apeó para entrevistarse con el antiguo militante de LAB Francisco Aramburu, con quien se quedó hasta la tarde, desconociéndose si contactó con más personas. Entretanto, Arnaldo Otegui y Jokin Etxebarria se dirigieron a Bayona, como ya había hecho con anterioridad Santiago Orúe en su propio vehículo, donde se entrevistaron con varios militantes de Batasuna residentes en Francia. En horas de la tarde volvieron a Ziburu a recoger a Rafael Díez, y los tres se dirigieron a la mencionada capilla de Sokorri en Urruña, donde a las 18:25 horas, los dos acusados fueron recogidos por Santiago Orúe, volviendo a España en el vehículo de este último, atravesando la frontera a las 18:50 horas.

B) El segundo viaje se produjo el día 21 de julio de 2009, siendo protagonizado por el primero de los acusados nombrados y realizado en el mismo vehículo y con idéntico conductor que el anterior viaje, reuniéndose el acusado con otras personas, entre ellas los restantes tres acusados. En este nuevo viaje, Santiago Orúe salió de su casa en Munguía a las 07:00 horas y recogió en Ergóibar a **Arnaldo Otegui Mondragón** a las 07:50 horas, pasando ambos la frontera por Behobia a las 08:50 horas, yendo hacia la localidad francesa de Ezpelette, donde Otegui se quedó y se entrevistó con personas referenciales de Batasuna residentes en el vecino país, dirigiéndose Santiago Orúe en su vehículo nuevamente a Bayona. De dicha ciudad salió el últimamente mencionado hacia Ezpelette a las 19:00 horas, a donde llegó a las 19: 28 horas, estacionando el vehículo en la plaza de mercado. Allí llegó a las 19:50 horas un vehículo Peugeot 307, del que descendieron cinco personas, entre ellas los acusados Arnaldo Otegui Mondragón, Sonia Jacinto García y Arkaitz Rodríguez Torres. La salida hacia España de Santiago Orúe y Arnaldo Otegui en el vehículo Nissan X-Trail del primero se produjo a las 20:00 horas, atravesando la

frontera a las 20:38 horas. Entretanto, en Ezpelette, a las 20:20 horas se produjo la marcha de Sonia, Arkaritz y otra persona a la que no afecta esta resolución, en un vehículo de la marca Seat Ibiza con matrícula de San Sebastián conducido por una mujer, habiéndose también encontrado en el lugar la acusada Miren Zabaleta Tellería, que al igual que los demás adoptaba medidas de seguridad para detectar la presencia policial y cautelas para evitar las vigilancias y seguimientos.

La trascendencia de los viajes de Arnaldo Oregui Mondragón a Francia se comprende por el riesgo de detección que asumió, pues por aquel entonces ya le afectaba una prohibición de salida del territorio nacional sin autorización judicial, acordada en el Rollo nº 19/08 de la Sección 2ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, dimanante del Sumario nº 35/02 del Juzgado Central de Instrucción nº 5, en el que el aquí enjuiciado se halla asimismo acusado, por su supuesta participación en la presunta financiación de la organización terrorista ETA a través de la red de Herriko Tabernas.

QUINTO.- Entre los documentos garabateados con anotaciones aisladas incautados en la mesa de la habitación de la sede del sindicato LAB de San Sebastián, donde se encontraban Arnaldo Otegui Mondragón, Sonia Jacinto García y un tercero al que no afecta esta resolución el día en que se practicaron las detenciones de los acusados (13 de octubre de 2009), había una anotación en la que se lee "Btgune", seguida de otra anotación en euskera que no es posible entender por el tipo de letra empleada.

Asimismo, en el registro del domicilio en Elgóibar de Arnaldo Otegui se intervino un documento manuscrito que contenía esquemas relativos al proceso de negociación llevado a efecto en 2006, apareciendo una anotación en castellano en la que se dice "hacer karpeta y pasar bateragunea", cuya palabra aparece escrita en otras dos ocasiones.

Dicha palabra (Bateragune) evoca a un organismo de dirección integrado por militantes de Ekin y de otras personas representantes de otras estructuras de la Izquierda Abertzale. Sin embargo, no existe suficiente constancia en autos para atribuir aquella denominación al órgano o comisión de coordinación y dirección de la Izquierda Abertzale compuesto por los aquí acusados, encargados por ETA de planificar y gestionar la nueva estrategia de acumulación de fuerzas soberanistas tutelada por la mencionada organización terrorista.

El citado acusado Arnaldo Otegui Mondragón ejercía, dentro de la comisión creada que se dió a conocer el día 16 de marzo de 2009, tareas

de responsabilidad y proyección, al igual que el acusado del que se hablará en el próximo apartado, constando en la causa multitud de actos públicos y comparecencias mediáticas, fechadas en el año 2009, en su calidad de portavoz autorizado del grupo extraído de la Izquierda Abertzale encargado de elaborar la nueva estrategia de ETA diseñada en diciembre de 2008, donde hacía primar la faceta política sobre la militar, sin abandonar esta última. En tales actos no se observa que el acusado en algún momento haya condenado, o al menos reprochado, a dicha organización terrorista su criminal proceder, sino simplemente evita su mención por motivos tácticos, para con ello ganar adeptos independentistas reticentes a vincularse a la organización terrorista, o bien imputa al Estado la violencia que aquella organización origina, cuya terminología, empleada en los diversos documentos ya analizados, utiliza como propia. Entre dichos actos figuran, además de la rueda de prensa mencionada, donde ejerció de portavoz, los siguientes:

a) Entrevista en Radio Euskadi el día 8 de junio de 2009, en la que dijo, respecto a los resultados de las elecciones europeas en el País Vasco, que "Iniciativa Internacionalista ha triplicado los votos de Aralar y EA, esto clarifica las posiciones en nuestro país y dota a la Izquierda Abertzale de una base muy sólida", añadiendo que "los resultados nos dan una fortaleza para encarar el futuro con mucha fuerza, creo que en otoño se tienen que empezar a dar pasos para materializar un futuro diferente, éste es un país que quiere un cambio".

b) Artículo publicado el día 28 de junio de 2009 en el diario Gara, en el que manifestó que "como decíamos en la reflexión que hizo pública la Izquierda Abertzale el pasado 16 de marzo, las y los independentistas y socialistas vascos tenemos un importante reto, construir una estrategia eficaz para alcanzar nuestros objetivos tácticos y alimentar el planteamiento estratégico, es decir, una estrategia eficaz para alcanzar un escenario democrático, que abra las puertas a la posibilidad de materialización de todos los proyectos políticos, y refuerce el proyecto independentista y socialista". Seguidamente, indicó que "desde la confianza en nuestras fuerzas, el curso 2009-2010 debe asentar una dinámica ofensiva que busque la suma de fuerzas soberanistas e independentistas, el compromiso de la comunidad internacional y la reapertura de un proceso de diálogo y negociación que instale al país en otro escenario", añadiendo más adelante que "la Izquierda Abertzale ha traído el proceso al umbral de un cambio posible. Ahora tenemos que

construir una estrategia eficaz para ganar el cambio y poner cauce a nuestro proyecto independentista y socialista".

c) Entrevista en Herri Irratia el día 7 de julio de 2009, en la que manifestó que "el Gobierno español no tiene un problema con ETA sino con la nación vasca que mayoritariamente quiere decidir su futuro libre y democráticamente, y ése es el debate que nosotros queremos hacer y la confrontación que queremos tener con el Gobierno español". Añadiendo más tarde que "ETA tiene la última palabra sobre su actividad y estamos dispuestos a plantear ese tema, a hablarlo, a intentar buscar acuerdos, teniendo en cuenta siempre que ETA tiene la última palabra sobre su actividad y que nosotros no planteamos ni desarrollamos actividades en términos armados". Por lo demás, sobre la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de fecha 30 de junio de 2009, que avaló la ilegalización de las formaciones Herri Batasuna, Euskal Herritarrok y Batasuna, acordada por la Sala del Tribunal Supremo español prevista en el artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en sentencia de 27 de marzo de 2003, dijo que "es una mala noticia y sienta una jurisdicción muy peligrosa" y que "es una sentencia absolutamente restrictiva y una apuesta decidida de la seguridad frente a la libertad", añadiendo que "en ocasiones, se utiliza el tema de la violencia para evitar otros debates", y puntualizando después que "es la pescadilla que se muerde la cola", porque hay que abordar "cómo construir una oferta política y sólida que permita al pueblo de izquierdas y abertzale avanzar".

SEXTO.- *En lo que respecta al acusado Rafael Díez Usabiaga, en el despacho de la sede del sindicato LAB de San Sebastián que ocupaba, en el que también se hallaba en el momento de la detención el acusado Arkaitz Rodríguez Torres, se intervino el documento titulado "Ezker Abertzaleko eredu organizatiboaren bilakaera/Evolución del modelo organizativo de la Izquierda Abertzale", en el que se contiene un repaso a la estructura organizativa de la Izquierda Abertzale desde sus orígenes (fundación de ETA en 1959), sobre el que admitió el acusado que había introducido retoques y que era utilizado por él en los cursos que impartía en el sindicato. En dicho documento aparece un apartado (el señalado como 7, dedicado a Ekin), donde se alude a la existencia y funcionamiento de **Bateragune**, del que se dice esquemáticamente que es un instrumento para el desarrollo de la dirección política, que está integrado por militantes de Ekin más los amigos (o colaboradores) de otras organizaciones. Entre otros extremos, dicho documento alude a que, al*

desaparecer KAS, surge con parte de su militancia Ekin "como estructura para la dinamización política. Una estructura que no definiéndose como partido está cercana a un modelo de vanguardia-partido o vanguardia-instrumento de dirección política. Para el desarrollo adecuado de esta tarea de dirección-dinamización se constituye un espacio de dirección compartido con representantes de organizaciones de la izquierda abertzale pero desapareciendo el concepto de codirección de las organizaciones. En este sentido el modelo de dirección se limita a vanguardia-Ekin con instrumento para desarrollo de la dirección política **-bateragunea-**. En ese instrumento de dirección no están las organizaciones sectoriales como tal sino personas de las mismas, no estando establecido mecanismos estables de aportación. (A) La unidad popular se le asigna una capacidad globalizadora en la acción política en clara dependencia con el Bateragune, mientras a LAB se le asigna dirección sectorial en materia económica y sociolaboral pero sin capacidad autónoma de incidencia en política global. Para encauzar estas cohabitaciones organizativas se plantean mecanismos de bilateralidad". En otro apartado, el documento de que se trata hace referencia al debate futuro y al nuevo ciclo político, indicando que "en los últimos años, con el desmantelamiento organizativo que la represión del Estado está produciendo, se ha ido profundizando un deterioro en el modelo de dirección, codirección, coparticipación ... implementándose variables peligrosas para el desarrollo del proyecto político de la izquierda abertzale: verticalismo organizativo y compartimentos estancos, escasa reflexión sectorial compartida y empobrecimiento ideológico global. Esta situación objetiva necesita, pues, de una reflexión profunda ligada a debates sobre estrategia y línea política que la fase del proceso de liberación nos demanda". Termina el documento comentado expresando, como ya se había hecho en la introducción del mismo, la frase del Kemen de ETA V Asamblea: "Cada avance o retroceso del proceso revolucionario en su conjunto exige unas formas organizativas y de lucha específicas".

También en el despacho de **Rafael Díez Usabiaga** que fue incautado el documento titulado **"Foro o Convergencia Independentista/Independentziaren bidetik Euskal Herria Elkartzuz"**. En dicho documento, su autor (que es el mencionado acusado, según admitió en el plenario) preconiza, sin nombrar la violencia terrorista ejercida por ETA ni plantear que se disuelva y entregue las armas, aunque utilizando la misma terminología empleada por la organización terrorista, la

superación de la estrategia político-militar que durante treinta años ha mantenido la Izquierda Abertzale, como modo de neutralizar el autonomismo-trampa que pretendía diluir la conciencia nacional abertzale, cuya estrategia considera ineficaz en el momento actual, en el que tácticamente es imprescindible dar cauce a la masa crítica soberanista-autodeterminista, debiendo pivotar la batalla a librar no en claves militares o de resistencia sino en propuestas políticas y ofensivas sociales. Se sostiene que "actualmente los grandes espacios ideológicos UPN-PP-UMD, PSE-EE-PSN-PSF, PNV y la izquierda independentista se proyectan sobre dos únicos modelos estratégicos: autonomismo e independentismo (como mantenía ETA en sus documentos); ya no hay posibilidad de abordar "híbridos" como al inicio de la transición española. Independentziaren bidetik Euskal Herria Elkartuz -IBEE tiene que ser un fenómeno de masas creciente, una máquina de discurso ideológico para sostener una posición soberanista, independentista en lo institucional, económico, social. Eso conlleva compaginar y/o vertebrar adecuadamente la oferta táctica (reconocimiento nacional, derecho a decidir, vertebración territorial, autonomías con derecho a decidir...) con la virtualidad y proyección estratégica. Sin complejos pero cubriendo las etapas del proceso. IBEE no puede ser un sumatorio de siglas sino responder más a un concepto de "movimiento" -fenómeno ideológico y de masas- que dé "alternativa" en términos político-institucionales. Eso no significa que en su evolución pueda considerarse su eventual proyección como instrumento electoral-institucional en momentos e instituciones concretas. Pero, remarcar, no se puede situar su creación y caracterización como "alternativa" políticoinstitucional que pretenda disolver a las opciones políticas actuales. El impulso de esa convergencia independentista tiene que ir complementado con un fortalecimiento del instrumento organizativo propio de la izquierda abertzale. Es decir, el IBEE no puede nunca sustituir a Batasuna -Partido de Masas- sino que, en función de la evolución del proceso democráticonegociación, la izquierda abertzale tendrá que consolidar su referencia organizativa estratégica -refundación o reconstrucción de Batasuna- alimentando y ubicando a IBEE como un instrumento de reagrupamiento y acumulación social para la nueva fase política. Por tanto, Independentziaren bidetik Euskal Herria Elkartuz, se debe convertir en motor determinante para una fase política donde además de "música" hay que ponerle "letra" y "hoja de ruta" a una estrategia independentista". Respecto a los contenidos ideológicos de la

Convergencia Independentista, el acusado incide en que sus señas de identidad en su documento fundacional serían: "a) Plano estratégico: IBEE apuesta por la creación de un Estado Vasco en Europa en las mismas condiciones que el resto de Estados, y b) Plano táctico: IBEE entiende que Euskal Herria necesita de un acuerdo político democrático sobre dos variables: Euskal Herria es una nación de siete territorios y los ciudadanos/as de EH tienen que decidir su futuro libre y democráticamente; en función de ello, IBEE rechaza reformas estatutarias que no tengan como base política un acuerdo democrático donde se reconozca Euskal Herria y respete su voluntad política abriendo la vía a cualquier proyecto, incluido el independentista". Para alcanzar tales objetivos, "la evolución tiene que ser progresiva, teniendo la izquierda abertzale un "control" de los tiempos y de los pasos que puedan ir madurando el proyecto de articulación. Situaríamos dos fases diferenciadas: 1.-2010-2011: Etapa de creación y consolidación. Tendríamos que situar las siguientes referencias: Nazio Eztabaida: declaración con llamamiento a la articulación de un movimiento independentista; EA-IA-25-0: reflexión conjunta entre la Izquierda Abertzale y EA como embrión para impulsar espacios convergentes de mayor dimensión política, sindical y social, y 3-D: documento de Independentziaren bidetik Euskal Herria Elkartuz con una pantalla humana potente. 2.- 2012- 2015: Llenar el año 2012 de actividades, como el Aberri Eguna y una huelga por la soberanía política y económica".

*Asimismo, fue intervenido en el despacho de **Rafael Díez Usabiaga** el documento titulado "**Epaiketarik ez; ilegalizaziorik ez, eskubideak denontzako/Juicios no; ilegalizaciones no, derechos para todos**", cuya autoría también se auto-atribuye, y en cuyo documento tampoco plantea, ni tan siquiera tangencialmente, el fin de la violencia de ETA. En el mismo critica la judicialización de varios casos en la Audiencia Nacional y propone la movilización de personas e instituciones del País Vasco en contra de su prosecución. Entre otros extremos, el acusado manifiesta que "en el marco de la ofensiva política que la izquierda abertzale debe trabajar para los próximos meses, se hace necesario articular, de forma sencilla pero eficaz, una iniciativa que active un espacio político, sindical y social bajo referencias que permitan a la izquierda abertzale disponer, por un lado de una dialéctica interpelativa y, asimismo, garantizar unos niveles de acumulación de fuerzas acordes con la coyuntura y dinámicas políticas globales que podamos impulsar en el próximo curso político.*

Necesitamos hacer pocas cosas pero muy potentes para que la exigencia de "condiciones democráticas básicas" (legalizaciones, juicios, Parot...) vaya interrelacionadas o ensambladas al impulso de un proceso democrático que la izquierda abertzale deberá definir y proyectar adecuadamente". Y termina proponiendo que "tras el 23 de Junio, resolución del caso Egunkari, se plantearía una rueda de prensa de ese núcleo, con la base del agiri, para plantear a la sociedad vasca la voluntad de trabajar por iniciativas de activación social contra los procesos judiciales pendientes y, asimismo, contra las sentencias dictadas en otros casos", nombrando expresamente al conocido procedimiento Sumario 18/98 donde fueron condenados un número elevado de integrantes de Ekin por su pertenencia a ETA).

*Y también se encontraron, esta vez en la memoria portátil del ordenador incautado a **Rafael Díez Usabiaga** en su despacho de la sede donostiarra de LAB, unas **cartas** que datan de los meses de febrero, marzo y junio de 2009 y que han sido reconocidas, no sólo por su autor, sino igualmente por sus destinatarios Teresa Toda Iglesias y José María Olarra Aguiriano, presos que cumplen las condenas impuestas en el juicio contra la estructura organizativa inserta en ETA denominada de Ekin. En dichas cartas, que son seis en total, dirigidas tres a cada uno de los interlocutores, el acusado Enrique expresa su estado de ánimo ante la crisis que se vivía en el seno de la Izquierda Abertzale por el debate interno que se llevaba a efecto ante el cambio de estrategia que se había planteado, sin que en momento alguno haga referencia a una eventual ruptura con ETA ni al final de la violencia terrorista ejercida por ETA en el intercambio de papeles (lucha armada y político-institucional, respectivamente) que desde hace muchos años viene manteniendo con el resto de organizaciones que, como ella, pertenecen al polo abertzale; también describe el acusado al grupo que se ocupaba de redactar la ponencia que serviría de base para el pretendido debate sobre el cambio táctico y utilitarista. Por un lado, sobre su estado de ánimo y las discusiones internas, escribe el acusado que "aquí estamos en pleno circo electoral gestionando la "miseria" que la coyuntura y nuestra terquedad nos ha dejado para este 1 de Marzo; trabajando por salir airosos y articular nuestra base social en las reflexiones y referencias que venimos planteando en los últimos meses; reflexiones y referencias que han abierto un debate en la "casa" que espero sea productivo; por lo menos, da la impresión, que hemos abierto en canal el diagnóstico y las remodelaciones*

de la estrategia que arrastrábamos... ya veo que también en nuestra casa tenemos "mala gente"; gente que en lugar de utilizar argumentos, de abordar reflexiones con metodología marxista, revolucionaria... se dedican al permanente cojonometro liquidando debates a golpe de simplismos... es una "guerra sucia" que, a veces, te da ganas de marcharte a casa poniéndote en la lista del INEM... Con todo esto te doy pistas de por dónde nos estamos moviendo. Las aguas están movidas y, además, pienso que ya era hora que se moviesen después de lo que ha pasado en estos tres últimos años". Por otro lado, sobre el nuevo organismo creado dentro de la Izquierda Abertzale, indica el acusado que "ahora aquí andamos todos los días en la **sede del "sindi" (como cuartel general no sé hasta cuando?)** con tu compañera de fatigas S. (en referencia a Celia), Moro (en referencia a Anton) y algunos "jóvenes" **en "comisión permanente...;** ahora prácticamente "trabajamos todos los días" como equipo operativo, aunque no "oficial", con S y cía". En referencia a la rueda de prensa de presentación de aquel organismo o comisión, fechada el día 16 de marzo de 2009, informa el acusado a sus amigos presos que "es una primera consecuencia de esa reflexión y "nueva" apuesta; ya no somos los de "siempre",... sino que la "foto" identifica una reflexión y propuesta de "conjunto"; algunos, es posible, que anden despistados y que tengan que recular de los esquemas que han venido extendiendo de forma corrosiva e irresponsable. Pero tampoco estamos para echar cohetes; es decir, la situación no está consolidada, sigue siendo "frágil"; hay una evolución positiva pero existiendo tendencias a creer que "todo" es compatible, que esa reflexión y discurso puede complementarse con otras "cosas" ... y eso nos podría llevar a otro atasco monumental. el agerraldi (en alusión a la rueda de prensa) ha sido un punto de inflexión "interno"; ahora nos falta buscar el "externo" para empezar a hacer un recorrido donde "todos" puedan aportar según sus responsabilidades; prácticamente todos los días estamos en una sede del "sindi" que se ha convertido en centro de operaciones. Hasta cuando? Según movamos fichas no hay que descartar que ellos también "sacudan" para condicionar y agujerear o debilitar la situación".

Finalmente, como sucede con el anterior acusado Arnaldo Otegui, en el caso de Rafael Díez Usabiaga, que en el grupo dado a conocer el día 16 de marzo de 2009 asimismo figura como superior responsable e impulsor respecto de los otros tres acusados, aparecen en las actuaciones la reseña periodística de diversas comparencias que ha realizado abordando la

materia objeto de enjuiciamiento, donde utiliza una terminología similar a la empleada por ETA en sus documentos y comunicados.

Entre los actos que ha realizado Rafael Díez en el año 2009, además de su presencia en la rueda de prensa del día 16 de marzo de 2009 y los relacionados con su participación en la campaña electoral para elección de candidatos al Parlamento Europeo, figura un artículo publicado el día 4 de julio de 2009 en el diario Gara, titulado Madrid-Estrasburgo-Madrid, en el que considera que "nuestra prioridad es capitalizar esta fase del proceso en un espacio político, sindical y social capaz de dar cauce ideológico, de masas e institucional al soberanismo e independentismo vasco en una lucha por el cambio político y social que, con la referencia estratégica independentista, tenga como objetivo prioritario el reconocimiento del sujeto nacional vasco y el respeto a su voluntad democrática".

SÉPTIMO.-*Ya hemos expresado que la acusada Miren Zabaleta Tellería no se encontraba en la sede del sindicato LAB en San Sebastián cuando se produjeron las detenciones de los demás acusados nombrados. Tal acusada fue detenida el mismo día 13 de octubre de 2009 en el peaje de Zuasti de la AP- 15, siendo trasladada a su domicilio en Pamplona para practicar la diligencia de entrada y registro judicialmente acordada. Cuando los agentes policiales se introducían en el edificio, sorprendieron a la amiga de la acusada llamada Ainara Oiz Elgorriaga, a la que no afecta esta resolución, llevando consigo una caja conteniendo cartas personales de la acusada y una mochila de color oscuro conteniendo diversa documentación que había cogido de la mesa utilizada por la acusada. Entre dicha documentación se halló:*

A) El documento de ETA, ya mencionado y fechado en la primera semana de junio de 2009, titulado "BTGNari. Komunikazio Orokorra 0906/Al BTGN. Comunicación General 0906", en el que la organización terrorista se dirige a Bateragune y hace balance de las acciones desarrolladas por la Izquierda Abertzale en cumplimiento de la planificación diseñada por ETA en diciembre de 2008, en el documento "Herri antolatua en estrategia independentista bateranz. Nazio estrategia askapen prozesuaren ergile/Hacia la estrategia independentista de una nación organizada. La estrategia nacional como motor del proceso de liberación", que fue cumplimentada por la Izquierda Abertzale en el documento, de marzo de 2009, llamado "Eae-ko hauteskunde en balorazioa eta aurrera begirako ildo/Valoración de las

elecciones en la Comunidad Autónoma Vasca y camino a realizar de cara al futuro".

B) El documento, sin fecha, titulado "Contexto y retos en esta fase política", en el que aparecen fijados los objetivos de la Izquierda Abertzale para superar el bloqueo del proceso político, con una apuesta para ganar el cambio político y social, cuyo cambio precisa, según el referido escrito, de los siguientes instrumentos: alianza independentista, bloque independentista-soberanista y herri harresia (o muro popular).

Todo ello con idéntica terminología y sintonía que los documentos elaborados por ETA a los que se ha hecho alusión en éste y en los anteriores apartados del relato fáctico.

***OCTAVO.-** No ha quedado acreditado en autos que los acusados **José Luis Moreno Sagüés, José Manuel Serra Ugarte y Amaia Esnal Martiarena** formaran parte del organismo de coordinación de la Izquierda Abertzale del que se ha tratado en los apartados anteriores y que hayan actuado bajo las órdenes y tutelaje de la organización terrorista ETA".*

SEGUNDO.- La Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, sección cuarta, en la citada sentencia, dictó la siguiente parte dispositiva:

*"1.- Que debemos condenar y condenamos a **ARNALDO OTEGUI MONDRAGÓN** y **RAFAEL DÍEZ USABIAGA**, como responsables en concepto de autores, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, de un delito de pertenencia a organización terrorista, en grado de dirigentes, a las penas de diez años de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por igual tiempo e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de diez años, además del abono por cada uno de una octava parte de las costas procesales devengadas, incluidas las de la acusación popular.*

*2.- Que debemos condenar y condenamos a **MIREN ZABALETA TELLERÍA, ARKAITZ RODRÍGUEZ TORRES** y **SONIA JACINTO GARCÍA**, como responsables en concepto de autores, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, de un delito de pertenencia a organización terrorista, a las penas de ocho años de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por igual tiempo e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de ocho años, además del abono por cada uno de una*

octava parte de las costas procesales devengadas, incluídas las de la acusación popular.

*3.- Que debemos absolver y absolvemos a **JOSÉ LUIS MORENO SAGÜÉS, JOSÉ MANUEL SERRA UGARTE** y **AMAIA ESNAL MARTIARENA**, del delito de pertenencia a organización terrorista del que venían siendo acusados, con declaración de oficio de tres octavas partes de las costas procesales generadas.*

4.- Se decreta el comiso de los efectos intervenidos a los acusados condenados, relacionados con el delito cometido"(sic).

TERCERO- Notificada la resolución a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley y de precepto constitucional, por **ARNALDO OTEGUI MONDRAGÓN, ARKAITZ RODRÍGUEZ TORRES, SONIA JACINTO GARCÍA, MIREN ZABALETA TELLERÍA y RAFAEL DÍEZ USABIAGA**, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los correspondientes recursos.

CUARTO.- El recurso interpuesto por **ARNALDO OTEGUI MONDRAGÓN y ARKAITZ RODRÍGUEZ TORRES**, se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

1.- Al amparo de lo establecido en el artículo 851-6º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por haber dictado sentencia magistrados cuya recusación había sido planteada en tiempo y forma.

2.- Al amparo de lo indicado en el artículo 851.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al no expresar la sentencia dictada los hechos que considera probados, en relación a su representado Arkaitz Rodríguez Torres.

3.- Al amparo del artículo 850 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al haberse denegado la práctica de prueba testifical, propuesta en tiempo y forma y siendo pertinente.-

4.- Al amparo de lo establecido en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del principio de presunción de inocencia recogido en la Constitución Española, artículo 24 de la misma.

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

6.- Al amparo de lo establecido en el artículo 849-1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por violación por aplicación indebida de los artículos 515.2 y 516.1 y 2 del Código Penal en su redacción anterior, 571.1 y 2 en su actual redacción.

7.- Al amparo de lo indicado en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de precepto legal sustantivo, en concreto por infracción del artículo 72 del Código Penal en relación con los artículos 66 y 68 del mismo texto legal.

QUINTO.- El recurso interpuesto por **SONIA JACINTO GARCÍA** y **MIREN GARCÍA ZABALETA**, se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

1.- Al amparo de lo establecido en el artículo 850-1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por quebrantamiento de forma al denegarse la práctica de prueba que era pertinente.

2.- Al amparo de lo establecido en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por vulneración del principio de presunción de inocencia recogido en el artículo 24.1 de la Constitución Española.

3.- Al amparo de lo establecido en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del derecho a un juicio con todas

las garantías sin que se produzca indefensión, del artículo 24 del texto constitucional, en relación con el principio acusatorio.

4.- Al amparo de lo establecido en el artículo 849-1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por violación por aplicación indebida de los artículos 515.2 y 516.1 y 2 del Código Penal en su redacción anterior, 571.1 y 2 en su actual redacción.

SEXTO.- El recurso interpuesto por **RAFAEL DÍEZ USABIAGA**, se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN**:

1.- Por infracción de precepto constitucional del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del principio acusatorio (art. 24.2 C.E.).

2.- Con base procesal en el artículo 852 LEcrim, en relación con el artículo 5-4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de Julio de 1985, por resultar infringido el art. 24.2 de la Constitución y, concretamente, el derecho a la presunción de inocencia.

3.- Por infracción de ley con base procesal en el nº 1 del artículo 849 L.E.Crim, por aplicación indebida del artículo 517.1º del actual Código Penal (artículos 515.2º y 516.1º del Código Penal vigente en el momento de la comisión de los hechos).

SÉPTIMO.- Instruido el Ministerio Fiscal y la parte recurrida, interesa la inadmisión a trámite de los recursos interpuestos, por las razones vertidas en los escritos que obran unidos a los presentes autos y subsidiariamente los impugna; quedando conclusos los autos para señalamiento de vista cuando por turno correspondiera.

OCTAVO.- Hecho el señalamiento se celebró la misma el día veintiocho de Marzo de dos mil doce.

NOVENO.- La deliberación ha concluido en el día de la fecha y en el curso de la misma los Excmos. Sres. Don Miguel Colmenero Menéndez de Luarca y Don Alberto Jorge Barreiro han anunciado la formulación de sendos votos particulares, que se unirán a la presente sentencia, asumiendo

la ponencia de la misma el Excmo. Sr. Presidente Don Juan Saavedra Ruiz.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRELIMINAR.- Como último otrosí del recurso interpuesto conjuntamente por Arnaldo Otegui Mondragón y Arkaitz Rodríguez Torres, con reflexiones que también refleja Rafael Díez Usabiaga en diversos pasajes de su escrito, se apela a la aplicación «ad causam» del art. 3 del Código Civil en toda su extensión. Para los recurrentes, las normas penales aquí aplicadas deben interpretarse “*en función de la situación y de los acontecimientos que se dan en la sociedad*” (sic), postulando una interpretación basada en la equidad, que preconiza el inciso segundo de dicho precepto civil.

Olvidan, no obstante, que las presentes actuaciones se desenvuelven en un marco penal, regido por sus propias normas, sustantivas y procesales, de imperativa aplicación. Olvidan también el mandato general que el art. 117.1 de la Constitución dirige a los Jueces y Tribunales, en cuanto “*sometidos únicamente al imperio de la Ley*”. En cualquier caso, la equidad que se invoca no sólo viene exceptuada con carácter general en el propio art. 3.2 Cc, al señalarse acto seguido que “*las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la Ley expresamente lo permita*”, lo que no es el caso, sino que además resulta ajena a los principios generales de legalidad (art. 25 CE), irretroactividad de toda norma penal desfavorable al reo y prohibición de la analogía, contemplados, expresa y respectivamente, en los arts. 1, 2 y 4.1 del Código Penal. Este último precepto prevé además, en sus incisos 3º y 4º, otros mecanismos dirigidos al ejercicio de la gracia de indulto, competencia que en todo caso corresponde a órganos ajenos a los judiciales.

Omiten, finalmente, que el propio Código Civil prescribe en su art. 8.1 el obligatorio cumplimiento de “*las leyes penales, de policía y de seguridad pública (...) para todos los que se hallen en territorio español*”.

En conclusión, no es factible acudir en el presente proceso penal a la norma civil que supletoriamente se invoca. Tampoco desde las modificaciones introducidas en el Código Penal con la Ley Orgánica núm. 5/2010, de 22 de junio, resultan circunstancias más beneficiosas para los procesados que lo apreciado por la Sala de instancia en relación con los delitos sometidos a su valoración.

Por último, debemos tener presente desde el inicio (después insistiremos en ello) que el objeto del juicio no alcanza al debate político y estratégico en el seno de la Izquierda Abertzale, actividad que no corresponde analizar a la jurisdicción, sino la ejecución por los acusados del plan diseñado por una organización terrorista, que no ha depuesto las armas, como integrantes de la misma. Serán autores, en su caso, del delito calificado por la acusación por pertenecer a la organización terrorista, no por desarrollar la acción política programada.

RECURSO DE ARNALDO OTEGUI MONDRAGÓN Y ARKAITZ RODRÍGUEZ TORRES.

 PRIMERO.- En el primer motivo del recurso, bajo el amparo del art. 851.6ª LECrim, impugnan los recurrentes la decisión de instancia por haber sido dictada por magistrados cuya recusación, intentada en tiempo y forma, fue indebidamente denegada, pese a concurrir causa legal, que no especifican.

En apoyo de su tesis, argumentan que los mismos tres magistrados que han configurado la Sala de enjuiciamiento en este caso fueron los que conocieron del rollo de sala núm. 14/2009, procedente del procedimiento abreviado núm. 365/2005 del Juzgado Central de Instrucción núm. 4 de la Audiencia Nacional, en el seno del cual, juzgándose también a Arnaldo Otegui -entonces por su participación en un acto presuntamente constitutivo de delito de enaltecimiento de terrorismo-, la sra. Murillo Bordallo, en su condición de presidenta del Tribunal, dirigió una pregunta al sr. Otegui frente a cuya respuesta hizo valoraciones que mostraron su falta de imparcialidad para juzgar. Tal pregunta fue, en concreto: “¿Condena usted la violencia de ETA?”, a lo que el hoy recurrente -quien ya había manifestado al comienzo de su declaración que únicamente iba a responder a las preguntas que le formulara su defensa- mantuvo su decisión

de no contestar, rebatiéndole la presidenta en estos términos: “*Ya sabía yo que no me iba a contestar a esta pregunta*”, y replicándole a su vez el sr. Otegui: “*Y yo que iba a hacerla*”. Recurrída esta situación ante esta Sala de Casación, se dictó STS núm. 31/2011, de 2 de febrero, por la que, estimando la queja de posible parcialidad así señalada, se acordó la devolución de las actuaciones al Tribunal de origen, ordenando la retroacción del procedimiento a la fecha inmediatamente anterior al señalamiento del plenario para que por un tribunal compuesto por magistrados distintos de los que firmaron la sentencia anulada se celebrara nuevo juicio.

Consideran los recurrentes que el reemplazo completo del Tribunal que entonces había juzgado al sr. Otegui al considerarse comprometido su derecho a un Juez imparcial, ordenado por este Tribunal Supremo en la citada sentencia, justifica por sí mismo la recusación ahora interesada, al haberse dado la circunstancia de ser juzgado por una Sala con idéntica composición. Estiman que lo sucedido entonces y el pensamiento que trasluce el comentario de la presidenta del Tribunal evidencian los prejuicios generales de la misma y su opinión preconcebida sobre cualesquiera hechos en los que esté implicado el sr. Otegui, de lo que incluso dan cuenta diversos pasajes de la sentencia que se impugna (v.gr. f. 19, 41, 42, 43, 77, 92 y 94). Añaden que la magistrada en cuestión viene pronunciándose, repetida y abiertamente, de forma opuesta a la imparcialidad que le es exigible respecto de cuantos enjuiciamientos le corresponden de los relacionados con hechos de índole terrorista, para lo cual citan expresiones vertidas por la misma en otro procedimiento, con diferentes acusados. Consideran, finalmente, que su visión sesgada y preconcebida de los hechos se extiende a los demás componentes del Tribunal, por lo que debe acordarse la nulidad del juicio y ordenarse también en este caso la retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior al nombramiento del Tribunal, para que uno de nueva composición, verdaderamente imparcial, sea quien enjuicie estos hechos.

1. Ciertamente, como dijimos en la STS núm. 31/2011, de 2 de febrero, el art. 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales reconoce como derecho fundamental el de ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial,

previamente establecido por la ley. En el mismo sentido se pronuncian el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14.1) y la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 10), todos ellos incorporados a nuestro ordenamiento jurídico por la vía del art. 96 de nuestra Constitución. De igual modo, la doctrina del Tribunal Constitucional, después de algunas sentencias que situaban dicha garantía en el marco del derecho al juez legal, ha establecido que el derecho a un juez imparcial forma parte del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías que preconiza el art. 24.2 de la Constitución. Es claro que, como venimos afirmando desde esta Sala de Casación (víd. STS núm. 812/2007, de 8 de octubre), la primera de todas las garantías del proceso es la imparcialidad del juzgador, aunque ésta también venga asegurada por las normas que regulan el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, en cuanto que impide la designación de jueces «ad hoc». No es posible obtener justicia en el proceso si quien ha de impartirla no se sitúa en una posición de imparcialidad, como tercero no condicionado por ningún prejuicio, bien sea derivado de su contacto anterior con el objeto del proceso, bien de su relación con las partes. En cualquier caso, las dudas sobre la justicia de la decisión pueden estar objetivamente justificadas si se basan en la apariencia de un prejuicio previo respecto de la culpabilidad del acusado. Por ello, el juez ha de ser -y ha de aparecer- como alguien que no tenga respecto de la cuestión sobre la que ha de resolver y en cuanto a las personas interesadas en ella, ninguna relación que pueda enturbiar su imparcialidad. Incluso las apariencias pueden tener importancia, en la medida en que pueden afectar a la confianza que los tribunales de una sociedad democrática deben inspirar a los ciudadanos en general, y en particular a quienes son parte en el proceso (STEDH de 1 de octubre de 1982, caso *Piersack*; STEDH de 26 de octubre de 1984, caso *De Cubber*; o STEDH de 24 de mayo de 1989, caso *Hauschildt*, entre otras).

También viene señalando el TEDH, en particular en los casos *De Cubber* y *Piersack* que acabamos de citar, que la imparcialidad debe analizarse desde diversas ópticas, distinguiéndose así entre un aspecto subjetivo, que busca determinar lo que el juez pensaba en su fuero interno, y un aspecto objetivo, que conduce al análisis de las garantías concurrentes en el caso, debiendo ser suficientes como para excluir cualquier duda legítima de parcialidad. Es preciso, en cualquier caso, acreditar tal pérdida de imparcialidad en cada supuesto concreto, lo que ya apuntaba nuestra

STS núm. 1190/2006, de 14 de noviembre, siguiendo a su vez la doctrina emanada del Tribunal Constitucional, en el sentido de que lo decisivo es que las razones del acusado para dudar de la imparcialidad judicial estén objetivamente justificadas en el supuesto concreto.

El TEDH ha reiterado esta misma doctrina muy recientemente, subrayando en la Sentencia de 10 de enero de 2012 (caso *Pohosca vs. Polonia*) “*la importancia fundamental que en una sociedad democrática tiene el hecho de que los Tribunales inspiren confianza a la sociedad*”, fin al que va dirigida la exigencia de imparcialidad que proclama el art. 6 CEDH. Ello “*implica de ordinario la ausencia de cualquier prejuicio, y su existencia o no puede ser examinada de diferentes maneras*”, objetiva y subjetiva, a las que ya hemos hecho mención. Continúa señalando en su apartado 38 que cuando este test “*se aplica a órganos colegiados, el mismo supone que, al margen de la conducta personal de cualquiera de sus miembros, debe determinarse si existen datos comprobables que puedan plantear dudas sobre la imparcialidad de dicho órgano*”.

En línea con lo anterior, decíamos también en la STS núm. 31/2011, de 2 de febrero, que se presume la imparcialidad personal del magistrado, salvo prueba en contrario (STEDH de 24 de mayo de 1989, caso *Hauschildt vs. Dinamarca*), pudiendo ser pruebas demostrativas de la pérdida de tal cualidad las muestras de hostilidad o de mala voluntad respecto del acusado; también el hecho de que el juez, movido por razones de orden personal, consiga la asignación del asunto que a aquél afecta (STEDH *De Cubber*, y STEDH de 6 enero 2010, caso *Vera Fernández-Huidobro vs. España*). En cualquier caso, no se trata de primar los deseos o preferencias del justiciable respecto de la composición personal del órgano de enjuiciamiento, como tampoco de atender dudas basadas en meras apreciaciones o impresiones personales: para que pueda afirmarse que un tribunal puede no ser imparcial es preciso que las dudas estén objetivamente justificadas. Así, para aceptar tal lesión se requiere una justificación objetiva, que vaya más allá de las meras impresiones subjetivas del particular. Por ello, como señala el TEDH (sentencias de 25 septiembre 2001, caso *Kizilöz vs. Turquía*; de 25 julio 2002, caso *Perote Pellón vs. España*; ó de 17 de junio de 2003, caso *Pescador Valero vs. España*), el punto de vista del acusado al respecto es importante, pero no decisivo, debiendo contar sus sospechas con el debido fundamento.

Éste es también el criterio de nuestro Tribunal Constitucional cuando señala que *“para que, en garantía de la imparcialidad, un Juez pueda ser apartado del conocimiento concreto de un asunto, es siempre preciso que existan sospechas objetivamente justificadas, es decir, exteriorizadas y apoyadas en datos objetivos, que permitan afirmar fundadamente que el Juez no es ajeno a la causa, o que permitan temer que, por cualquier relación con el caso concreto, no utilizará como criterio de juicio el previsto por la Ley, sino otras consideraciones ajenas al ordenamiento jurídico. Por más que hayamos reconocido que en este ámbito las apariencias son importantes, porque lo que está en juego es la confianza que, en una sociedad democrática, los Tribunales deben inspirar al acusado y al resto de los ciudadanos, no basta para apartar a un determinado Juez del conocimiento de un asunto que las sospechas o dudas sobre su imparcialidad surjan en la mente de quien recusa, sino que es preciso determinar, caso a caso, más allá de la simple opinión del acusado, si las mismas alcanzan una consistencia tal que permita afirmar que se hallan objetiva y legítimamente justificadas”* (STC núm. 69/2001, de 17 de marzo), y también que *“la imparcialidad judicial se encuentra dirigida, en efecto, a asegurar que la pretensión sea decidida por un tercero ajeno a las partes y a los intereses en litigio y que se someta exclusivamente al ordenamiento jurídico como criterio de juicio. Esta sujeción estricta a la Ley supone que la libertad de criterio en que estriba la independencia judicial no sea orientada «a priori» por simpatías o antipatías personales o ideológicas, por convicciones e incluso por prejuicios o, lo que es lo mismo, por motivos ajenos a la aplicación del Derecho. En definitiva, la obligación de ser ajeno al litigio puede resumirse en dos reglas: primera, que el Juez no puede asumir procesalmente funciones de parte; segunda, que no puede realizar actos ni mantener con las partes relaciones jurídicas o conexiones de hecho que puedan poner de manifiesto o exteriorizar una previa toma de posición anímica a su favor o en contra (STC 5/2004, de 16 de enero, FJ 2). Ahora bien, según la misma doctrina, aun cuando es cierto que en este ámbito las apariencias son muy importantes, porque lo que está en juego es la confianza que en una sociedad democrática los Tribunales deben inspirar a los ciudadanos, no basta con que tales dudas o sospechas sobre su imparcialidad surjan en la mente de quien recusa, sino que es preciso determinar caso a caso si las mismas alcanzan una consistencia tal que*

permitan afirmar que se hallan objetiva y legítimamente justificadas (SSTC 69/2001, de 17 de marzo, ff 14 y 16; 140/2004, de 13 de septiembre, f 4). Por ello la imparcialidad del Juez ha de presumirse y las sospechas sobre su idoneidad han de ser probadas (SSTC 170/1993, de 27 de mayo, f 3; 162/1999, de 27 de septiembre, f 5)” (STC núm. 60/2008, de 26 de mayo). El Tribunal Constitucional viene a distinguir, en definitiva, entre la imparcialidad subjetiva del juez, que garantiza que no haya mantenido relaciones con las partes que puedan dar lugar a un previo posicionamiento sobre la cuestión, y la imparcialidad objetiva, referida al objeto del proceso, por la que se asegura que el juez o tribunal no ha tenido un contacto previo con el «*thema decidendi*» y, por tanto, que se acerca al objeto del mismo sin prevenciones en su ánimo (por todas, SSTC núm. 47/1982, de 12 de julio, f. 3; 157/1993, de 6 de mayo, f. 2; 47/1998, de 2 de marzo, f. 4; 11/2000, de 17 de enero, f. 4; y 52/2001, de 26 de febrero, f. 3; 154/2001, de 2 de julio, f. 3; y 155/2002, de 22 de julio, f. 2).

Debemos, por último, recordar que, en aras de garantizar el respeto que merece esta garantía, nuestra Ley Orgánica del Poder Judicial regula en sus arts. 217 y ss. el doble mecanismo de la abstención y la recusación. El primero de ellos, orientado a que sea el propio juez que se considere afectado o inquietado en su imparcialidad, por concurrir en él alguna de las causas legalmente previstas, quien plantee dicha situación, abriéndose el oportuno expediente para el estudio de la cuestión; el segundo mecanismo habilita a las partes para, en defecto del anterior, plantear en el momento procesal oportuno sus dudas acerca de la imparcialidad del órgano judicial que haya de intervenir en la decisión del caso que les afecta.

2. Es oportuno subrayar con carácter inicial que la abundante doctrina emanada sobre esta cuestión tanto del TEDH como de nuestro Tribunal Constitucional, así como la jurisprudencia de esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, hacen referencia, en la inmensa mayoría de los supuestos, a la imparcialidad de aquel juez que haya tenido intervención en diferentes fases de un mismo pleito o causa, habiendo tenido así un contacto con las actuaciones, en mayor o menor grado, previo a la adopción de la decisión de fondo sobre las mismas. Sirvan de ejemplo las recientes STEDH de 17 de enero de 2012, caso *Alony Kate vs. España*, y STEDH de 22 de julio de 2008, caso *Gómez de Liaño vs. España*.

En cambio, la pretensión que esgrimen los recurrentes se asienta sobre una situación diferente, cual es que la participación en el enjuiciamiento de estos hechos de una magistrada respecto de la cual, en procedimiento anterior y respecto de uno solo de los encausados, se vislumbraron aspectos que pudieran hacer dudar de su imparcialidad en aquel procedimiento, es razón bastante para entender que dicha garantía se considere afectada «ad futurum» respecto de cualquier otro enjuiciamiento del que, por razón de su cargo y con arreglo a las reglas de reparto legalmente establecidas, pudiere conocer y que afectare al mismo sujeto pasivo del proceso, provocando con ello una doble contaminación: por un lado, una contaminación que inhabilitaría al juez en cuestión para el enjuiciamiento de cualesquiera otros encausados en el mismo proceso; por otro, una contaminación «horizontal», respecto de los demás jueces que, conformando tribunal con aquél, hubieren de conocer de esos mismos hechos.

Comenzando por analizar este último aspecto, ha de reconocerse que el Tribunal Constitucional viene sosteniendo que la declaración de pérdida de imparcialidad de un miembro de un tribunal puede afectar a los demás que con él hayan compuesto sala y conocido de esos mismos hechos de apariencia delictiva. Así se ha afirmado en las SSTC núm. 230/1992, de 14 de diciembre; 51/2002, de 25 de febrero; 231/2002, de 9 de diciembre; ó 140/2004, de 13 de septiembre; y en el ATC núm. 67/2006, de 27 de febrero, señalando que *“la exigencia constitucional de imparcialidad en los Tribunales colegiados no afecta sólo al Magistrado Ponente ni a éste en mayor medida que a los demás componentes de la Sala. A partir de la afirmación de que es precisamente la participación en el conocimiento, deliberación y votación del litigio, del Magistrado en quien concurra o pueda concurrir alguna de las causas de recusación previstas legalmente, lo que se intenta salvaguardar a través de la garantía de imparcialidad del juzgador, hemos declarado que ésta ha de vincularse necesariamente a la intervención del mismo en la causa, con independencia de su eventual influencia tanto en la deliberación de la resolución de que se trate como en el resultado final de la votación de ésta (SSTC 51/2002, de 25 de febrero, f. 3; y 230/1992, de 14 de diciembre, f. 5). En suma, para apreciar la lesión constitucional de la imparcialidad resulta suficiente con que sólo uno de los Magistrados incurra en una causa de recusación, con independencia de que los demás que compongan la Sala no se encuentren incurso en*

ninguna, y, además, en lo que aquí importa, es indiferente que el incurso sea el Ponente de la resolución (AATC 117/1997, de 23 de abril, f. único, y 204/1998, de 29 de septiembre, f. 3)”.

Evidentemente, a lo que se refiere el Tribunal Constitucional en estos casos es a que la pérdida de imparcialidad de uno de los componentes del tribunal afecta a los restantes componentes del órgano que asumió el enjuiciamiento, por haber tomado contacto todos ellos con el fondo del litigio, siendo esto lo que sucedió en el caso al que remiten los recurrentes y sobre el que se pronunció este Tribunal de Casación en la STS núm. 31/2011, de 2 de febrero. Por lo tanto, la circunstancia que justifica que esta Sala acordara entonces la repetición del juicio ante un Tribunal de nueva composición no se sustenta en que a los tres componentes del Tribunal afectaran las razones que pudieron teñir de parcialidad a la magistrada Murillo. Tampoco se trata de que la magistrada afectada de parcialidad pudiera influir en la deliberación de sus compañeros. Se trata, por el contrario, de una cuestión más básica, cual es que, habiéndose proseguido las actuaciones hasta el dictado de sentencia, no cabía ya otra posibilidad que la de sustituir al Tribunal en pleno, al haber tomado contacto los tres magistrados con el fondo de la cuestión y ser, por ello, inviable que pudieran resolver de nuevo los dos restantes sin estar afectados por su previa impresión sobre las pruebas anteriormente practicadas a su presencia. Quiere con ello decirse que la parcialidad que de nuevo se invoca por las expresiones entonces proferidas afectaría únicamente a la sra. Murillo, y sólo por extensión a los dos magistrados restantes, en la medida en que han tomado conocimiento del fondo del presente asunto, tras rechazarse por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional la recusación interesada respecto de aquélla en el momento procesal oportuno y llegarse, como consecuencia de ello, a la celebración de vista, deliberación y fallo sobre el fondo del debate.

Efectivamente, por auto de 26/04/2011, dictado en el incidente de recusación núm. 1/2011 (f. 773 a 781; tomo II del rollo de sala), la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional rechazó la recusación interesada por la defensa del sr. Otegui al amparo del art. 219.11ª LOPJ respecto de los tres magistrados que habrían de formar sala de enjuiciamiento, bajo una doble apreciación: por un lado, porque no se trata en puridad de que los jueces cuestionados hubieran participado del presente pleito en anterior instancia,

como exige el art. 219.11ª LOPJ, lo que resulta evidente al encontrarnos ante procesos diferentes; por otro, porque *“ahora el procedimiento tiene un objeto distinto donde ya no se trata de la significación que se pueda dar a las palabras del acusado”*, pues ahora de lo que se conoce es de *“la presunta existencia de vínculos estables y permanentes con la organización ETA, al punto de seguir las instrucciones o mandatos de esta organización (...)”*, lo que provoca que *“con este 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”*, dado que *“[n]i 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”*. Se reconoce por último que *“la organización ETA aparece en ambos procedimientos, pero los tipos penales son sustancialmente distintos”* (f. 2º, inciso 10º).

3. La primera objeción que cabe oponer a la petición de los recurrentes es que no centran su queja en ninguna de las causas que, bajo un sistema taxativo o «*numerus clausus*», aborda el art. 219 LOPJ, incumpliendo así uno de los requisitos de procedibilidad señalados por el Tribunal Constitucional (víd. ATC núm. 224/2002, de 20 de noviembre). Debemos, en su defecto, entender que, más que a la causa señalada en el expediente de recusación (art. 219.11ª LOPJ), que evidentemente no concurre, la vinculan a una enemistad manifiesta de la sra. Murillo con el sr. Otegui (art. 219.9ª LOPJ), cuya persistencia en el tiempo conculcaría de forma continuada su imparcialidad, objetiva y subjetiva.

No obstante, ha de convenirse con la Sala de procedencia en que, lejos de aportar los recurrentes indicios que afecten específicamente al objeto del proceso de autos, se limitan a fundamentar tal pérdida de imparcialidad, única y exclusivamente, en remisiones a la causa anterior. Incumplen de este modo otro de los principales requisitos exigidos por el TEDH, en el sentido de justificar, caso a caso, dichos visos de parcialidad. El único dato, pues, del que sería posible extraer tal conclusión sería la frase proferida por la magistrada frente al silencio del sr. Otegui tras ser interrogado acerca de si condenaba la violencia de ETA. Llegados a este punto, debemos recordar la principal razón por la que la STS núm. 31/2011

entendió que, con dicho aserto, la Juez podría haber emitido un prejuicio, para lo cual, en aras de proporcionar una mayor claridad, transcribimos literalmente el punto 3º del f. 1º de nuestra sentencia de entonces:

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

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

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

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

Así pues, como señala esta sentencia y los recurrentes vienen a admitir expresamente en su escrito, en aquella ocasión el sr. Otegui estaba siendo interrogado en el plenario, siendo su testimonio el que había dado comienzo a la práctica de la prueba, y había manifestado que únicamente respondería a las preguntas que le formulara su defensa, acogiéndose en lo demás a su derecho a no declarar. 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. Mas 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.

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. 3º).

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. 219.10ª LOPJ).

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 consecuencia, el motivo debe ser desestimado.

SEGUNDO.- El segundo motivo denuncia, por la vía del art. 851.1º LECrim, la ausencia de declaración fáctica respecto de Arkaitz Rodríguez Torres. Para el recurrente, el relato fáctico de la sentencia se limita a englobar, en un primer apartado, la descripción y valoración de una larga serie de documentos, incluyéndolo sin más en el segundo apartado junto a los demás acusados «sin individualizar su actuación» (sic), y no volviendo a tratar su participación en los hechos hasta el F. 116, dentro ya de la calificación jurídica. Considera, igualmente, insuficiente la escueta motivación aportada por la Sala de instancia como justificación de su condena.

1. En primer término conviene aclarar que el cauce procesal formalmente utilizado (art. 851.1º LECrim, que autoriza una triple vía de impugnación por ausencia de claridad fáctica, contradicción interna o predeterminación del fallo) no se corresponde con el ulterior y breve desarrollo de la queja, que en verdad viene a denunciar una ausencia total de declaración de hechos probados respecto de Arkaitz, propia del art. 851.2º LECrim. Dicho cauce impugnativo supone que el relato fáctico de la resolución sea inexistente, careciendo por completo de declaración de todo hecho. Ciertamente es que, al tenor del art. 142.2º LECrim, las sentencias deben contener una «*declaración expresa y terminante de los (hechos) que se estimen probados*», lo que necesariamente presupone que tal declaración venga avalada por el resultado de una actividad probatoria, fundadamente estimada por el tribunal sentenciador como de cargo o de descargo. En conclusión, toda sentencia penal exige la afirmación de ciertos hechos

como probados y como consecuencia de una inferencia sobre el acervo probatorio. Así lo exige también el art. 248.3º LOPJ cuando se refiere a la forma de las sentencias para señalar que deberán contener «*hechos probados, en su caso*» (SSTS núm. 1017/2011, de 6 de octubre, y 877/2010, de 15 de octubre).

Hemos dicho también que el relato de hechos probados ha de ser la exteriorización del juicio de certeza alcanzado por la sala sentenciadora, debiendo formar parte del mismo cuantos datos relativos a los hechos penalmente relevantes se estimen acreditados, con inclusión también de aquéllos que puedan modificar o hacer desaparecer alguno de los elementos del delito. Todos estos elementos deben formar parte del «*factum*» porque, conformando todos ellos la «*verdad jurídica*» obtenida por el tribunal sentenciador, su incorporación permite el contraste cuando sean cuestionados en vía de recurso. Por el contrario, su omisión imposibilita el control tanto sobre la prueba, como sobre la aplicación de la ley (STS núm. 643/2009, de 18 de junio). En este mismo sentido, la STS núm. 945/2004, de 23 de julio, ya apuntaba que la constancia de un relato fáctico es una necesidad dirigida a permitir su comprensión no sólo por el tribunal que vaya a conocer de la sentencia en vía de recurso, sino también por el justiciable al que afecta directamente y, además, por la sociedad en su conjunto, en la medida en que pueda tener interés en acceder a una resolución pública dictada por sus tribunales.

2. En el presente caso, el Tribunal de instancia dedica el apartado primero de los hechos probados a describir la situación en la que, a lo largo del año 2007 y en los primeros meses de 2008, se encontraba la organización terrorista ETA “*como consecuencia de la labor policial desarrollada, del desmantelamiento de su brazo político y del fracaso del proceso negociador*”, iniciándose por ello en su seno “*un amplio debate sobre la estrategia que debía seguir para obtener sus objetivos independentistas y de implantación de un Estado socialista de carácter revolucionario*”. Se detallan a continuación los principales hitos históricos de las estrategias que había venido utilizando la organización criminal en etapas anteriores, desde que en 1959 se decidiera a actuar bajo un modelo organizativo en «*ramas*», inicialmente sustentadas sobre un comité ejecutivo, un aparato político subordinado a la dirección, un aparato internacional dependiente del político y un aparato logístico. Dicha técnica

evolucionó en 1967 hacia la actuación en cuatro frentes (militar, político, obrero y cultural), que a partir de 1974 condujeron a la «aparente» salida de la clandestinidad del brazo político respecto del militar, aparente en cuanto en verdad resultó ser una separación ficticia, en ejecución de la llamada «teoría del desdoblamiento», en virtud de la cual *“la parte militar de la organización seguía ejerciendo el control y tutelaje de la parte política”*, gestándose en su seno el Movimiento de Liberación Nacional Vasco (en adelante, MLNV).

Se dice también que, estando siempre sometido el aparato político al militar, *“por motivos estratégicos y de utilidad táctica”* ETA ha ido dando *“prevalencia externa a una u otra modalidad de actuación (política-militar) según lo han ido aconsejando las concretas circunstancias de oportunidad política”*. Así, en los años 2007-2008, fruto de nuevas reflexiones, la organización elabora diversos documentos con la nueva línea a seguir, en los términos que refleja el relato fáctico y que, en resumen, vienen a determinar su decisión de hacer primar externamente y a efectos puramente estratégicos *“la línea política sobre la lucha armada, a la que deja en un segundo plano, pero sin abandonarla”*. Para ello, debe utilizarse a la Izquierda Abertzale como brazo político, encomendándole la tarea de *“aglutinar todos sus esfuerzos para conseguir esa explosión generadora de una nueva Alianza Popular Nacional”*. Se pormenorizan, igualmente, los resultados de esta línea de actuación, los atentados que se sucedieron tras alzarse la tregua y la emisión de comunicados en nombre de la Izquierda Abertzale en los que en ningún momento se criticó la actividad de la organización terrorista, alineándose con sus tesis independentistas.

Expuesta en estos términos la situación contextual de la organización, los siguientes apartados facticos y, particularmente en lo que afecta al aquí recurrente, los numerados en segundo y tercer lugar, relacionan las actividades que, en ejecución del nuevo plan estratégico, asumieron cinco de los acusados, entre los que se sitúa al recurrente, constituyéndose 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)”*, habiéndoles encomendado ETA *“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”.

Tan contundente afirmación sobre la implicación del acusado recurrente en la estrategia seguida por ETA justificaría por sí misma el rechazo de plano de la queja esgrimida. Pero es que, además, se detallan acto seguido en la declaración fáctica las concretas actividades en las que, en ejecución de dicho plan, participó Arkaitz. Ello incluye la presentación pública de esta comisión en rueda de prensa celebrada el 16/03/2009 en el hotel Barceló-Costa Vasca de San Sebastián, durante la cual Arnaldo Otegui asumió la función de portavoz del grupo así constituido y se dirigió a los presentes manifestando la necesidad de poner en marcha una estrategia independentista eficaz basada en “*sumar fuerzas de quienes desde el campo político, sindical, social y popular estén dispuestos a unirse*” para la consecución del Estado vasco. También se da detallada cuenta de las reuniones (al menos, nueve) a las que regularmente acudió Arkaitz en el sindicato LAB durante los meses de junio a octubre de 2009, en unión de los cuatro acusados que también fueron condenados en la instancia, y en las que, estando abiertas a terceros, exponían sus pareceres sobre las actuaciones a seguir. De igual modo, se describen las ocasiones en las que, con estos mismos fines, los acusados se desplazaron a Francia y, en concreto, el viaje emprendido por el recurrente el 21/07/2009 a la localidad francesa de Ezpelette, donde se reunió con Santiago Orúe y los acusados Arnaldo, Sonia y Miren para tratar “*las iniciativas emprendidas y los resultados que iban produciéndose*”.

En suma, lejos de incurrir la sentencia en el vacío fáctico que lamenta el recurrente, se observa una clara descripción de aquellos aspectos que, relacionados con este procesado, el Tribunal estima acreditados. Cuestión distinta, que en realidad subyace en su queja casacional, es que tales conclusiones fácticas cuenten o no con suficiente refrendo probatorio, lo que escapa de los márgenes del presente motivo y deberá examinarse con posterioridad, al hilo de la queja esgrimida en cuarto lugar y relacionada con el derecho a la presunción de inocencia.

También lo es que dicha implicación sea o no incardinable en la figura penal objeto de condena, lo que nos desplaza hacia la infracción de ley articulada como motivo sexto.

En consecuencia, el presente motivo merece ser desestimado.

TERCERO.- En tercer lugar, ambos recurrentes estiman lesionado su derecho a la práctica de la prueba (art. 850 LECrim), al haberles denegado la Sala de instancia inmotivadamente mediante el auto de 30 de mayo de 2011 ciertas testificales, pese a su evidente pertinencia y proposición en tiempo y forma en el escrito de conclusiones provisionales. Reclaman, en concreto, los testimonios propuestos con los números 13 a 29 y 34 a 53, correspondientes a políticos y periodistas que habrían podido corroborar las actividades que estaban desarrollando los acusados, al conocerlas de primera mano y ser sabedores de su contenido y trascendencia. Sus declaraciones, por ello, habrían podido refrendar en el plenario los noventa documentos adjuntados por la defensa a las actuaciones, consistentes en su mayoría en artículos periodísticos que analizaban la situación y la actitud de los acusados.

1. Con respecto al derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, tiene establecida el Tribunal Constitucional una consolidada y reiterada doctrina que ha recogido este Tribunal de Casación en la STS núm. 29/2012, de 18 de enero, entre las más recientes, y en la que se expone que no toda irregularidad u omisión procesal en materia de prueba (referida a su admisión, práctica, valoración, etc.) causa por sí misma indefensión constitucionalmente relevante, pues la garantía así contenida en el art. 24.2 CE únicamente abarca aquellos supuestos en los que la prueba sea decisiva en términos de defensa, de modo que, de haberse practicado la prueba omitida o de haberse practicado correctamente la admitida, la resolución final del proceso hubiera podido ser distinta. Constituye también un criterio jurisprudencial consolidado el deber del recurrente de justificar la indefensión sufrida, exigencia esta última que se proyecta en un doble plano: A) por un lado, ha de demostrar la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas o no practicadas; B) por otro, ha de argumentar el modo en que la admisión y la práctica de la prueba objeto de controversia habrían podido incidir de forma favorable a la estimación de sus

pretensiones. Solamente en tal caso (es decir, comprobado que el fallo del proceso pudo haber sido otro si la prueba se hubiera practicado) podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo recurre (SSTC núm. 165/2004; 77/2007; 208/2007; 121/2009; 89/2010; 2/2011; y 14/2011, entre otras).

Esta Sala de Casación viene señalando también una serie de requisitos, formales y materiales, para que este motivo pueda prosperar (SSTS núm. 784/2008, de 14 de noviembre, y 5/2009, de 8 de enero). Entre los primeros, se exige que las pruebas hayan sido propuestas en tiempo y forma, de conformidad con las reglas específicas para cada clase de proceso. En segundo lugar, que ante la resolución del tribunal rechazando las que no considere pertinentes o denegando la suspensión del juicio ante la imposibilidad de practicar en ese momento las previamente admitidas, quien ha propuesto la prueba haga constar la oportuna protesta, tras la reproducción de su petición en las condiciones exigidas por la LECrim. En tercer lugar, si se trata de prueba testifical, han de hacerse constar las preguntas que quien la propone pretendía dirigir al testigo, con la finalidad de que, primero el tribunal de enjuiciamiento y después esta Sala, en su caso, puedan valorar la trascendencia de la prueba solicitada. En cualquier caso, la parte que la propone debe preocuparse de que conste la eventual trascendencia de la prueba respecto del fallo de la sentencia. La omisión de este requisito no impedirá, sin embargo, la estimación del motivo cuando la pertinencia y necesidad de la prueba se desprenda fácilmente de su propia naturaleza y características.

Como requisitos materiales, la prueba ha de ser pertinente, esto es, relacionada con el objeto del juicio y con las cuestiones sometidas a debate en el mismo; ha de ser relevante, de modo que tenga potencialidad para modificar de forma importante el sentido del fallo, a cuyo efecto el tribunal puede tener en cuenta el resto de las pruebas de que dispone; ha de ser necesaria, es decir, útil a los intereses de defensa de quien la propone, de modo que su omisión le cause indefensión; y ha de ser posible, en atención a las circunstancias que rodean su práctica (por todas, SSTS núm. 29/2012, de 18 de enero, y 1017/2011, de 6 de octubre).

2. Efectivamente, la defensa de estos acusados solicitó en su escrito de conclusiones provisionales un amplio elenco de pruebas que, en el

apartado dedicado a la proposición de la testifical, interesaba un total de 53 testimonios, incluyendo los que son objeto de recurso. De todos ellos, los numerados del puesto 6º al 53º se justificaban bajo el genérico apartado *“en relación con el debate estratégico, reuniones con personas referenciales de partidos políticos y organizaciones y existencia de Bateragune”*. Añadido un f. 13 bis a la calificación (f. 1489, tomo IV del rollo de sala), mediante el mismo se incorporaban otros tantos testigos, hasta completar el número de 67.

El auto de 30 de mayo de 2011, por el que la Sala de instancia se pronunció sobre los medios de prueba a practicar en el plenario (f. 1860 a 1867, tomo IV del rollo de sala), admitió los testigos núm. 1 a 12, 30 a 33, 55 y 56 del escrito de proposición de prueba (f. 1864, inciso 1º), rechazando los demás al considerar el Tribunal 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 tienen directa y relevante relación con el objeto del enjuiciamiento”* (F. 1864, inciso 2º). Por lo tanto, sobre la concreta cuestión del debate estratégico dispusieron los recurrentes del testimonio de trece declarantes en total, excluyéndose los demás.

Sólo los testigos enumerados como 13º a 29º y 34º a 53º son objeto de impugnación casacional, si bien no justifican los recurrentes que al comienzo de la sesiones del juicio oral insistieran en su petición de prueba, en los términos que ahora se señalan. Examinadas las actuaciones al amparo del art. 899 LECrim, es de ver que en relación con estos testimonios, al dar comienzo las sesiones del plenario el 27/06/2011, la letrada que ejercía la defensa de los aquí recurrentes aportó una declaración jurada realizada ante notario por los sres. Unai Ziarreta, Elisa Ortiz (sic, en realidad corresponde a Elisa Sáinz de Murieta Zugadi), Rafael Larreina y Pello Urizar, que en dicho acto propuso como documental (víd. f. 2876 y ss, tomo VII del rollo de sala). El citado documento notarial -que en verdad es un acta de manifestaciones en la que, a petición de los deponentes, se insertan una serie de documentos bajo lo que se denomina *«Acuerdo Político de Colaboración entre la Izquierda Abertzale y Eusko*

Alkartasuna»- fue aceptado por la Sala e incorporado como más documental a las actuaciones (f. 2911 a 2955, tomo VII del rollo de sala). Dichos deponentes se corresponden además con los testigos que habían sido propuestos por la defensa bajo los números 14º, 23º, 24º y 27º de su escrito de conclusiones provisionales (f. 1486 y 1487, tomo IV del rollo de sala). De ello se desprenden dos conclusiones: en primer lugar, que aquello que hubieren de aportar dichos testigos ya fue efectivamente introducido en el plenario mediante el acta de manifestaciones, validada bajo fe notarial, a propia petición de la defensa; en segundo lugar, que los demás testigos respecto de los cuales se efectúa ahora la queja por su denegación como prueba fueron tácitamente descartados por la propia defensa, en tanto que no impugnó su rechazo en aquel acto, ni solicitó de nuevo su práctica, pese a ser el momento oportuno para ello.

En cualquier caso, 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.

No aportan los recurrentes 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.

En suma, no hay circunstancia alguna por la que pueda entenderse producida la pretendida indefensión, que tampoco se concreta, ni formal ni materialmente.

Todo ello conduce a desestimar el presente motivo.

CUARTO.- El cuarto motivo, fundamentado en los arts. 24 de la Constitución y 852 de la Ley Procesal, viene a denunciar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia de ambos recurrentes. Consideran

que, no obstante haberse practicado una profusa prueba en el acto de la vista oral, verdaderamente no ha llegado a incorporarse elemento alguno que pudiera enervar el derecho que en tal sentido les asiste. Destacan el hecho de que la propia sentencia reconozca que no hay prueba directa alguna que permita construir un fallo condenatorio, por lo que acude a la prueba de indicios, que conecta entre sí mediante una deficitaria motivación que en ningún caso conduce a estimar suficientemente probado que estos procesados formen parte o tenga relación alguna con la organización criminal ETA. Desglosan, a tal fin, los diferentes indicios valorados por la Sala “a quo”, así como los contraindicios que la propia sentencia permite entender acreditados, de todo lo cual no puede sino seguirse, a su entender, un pronunciamiento absolutorio. Consideran, finalmente, que la Sala de instancia invierte el método de análisis “*al construir la sentencia al revés*” (sic) con absoluta ausencia de racionalidad en el proceso lógico-deductivo, al partir infundadamente de la afirmación de que pertenecen a ETA y deducir, por ello, que son quienes planifican y gestionan sus acciones políticas.

1. En palabras de las SSTS núm. 232/2012, de 5 de marzo, y 35/2012, de 1 de febrero, que a su vez hacen suyas las de la STC núm. 9/2011, de 28 de febrero, la vulneración del derecho a la presunción de inocencia habrá de ser reconocida: 1) cuando no haya pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales carente de garantías; 2) cuando no se motive el resultado de dicha valoración; o, finalmente, 3) cuando, por ilógico o insuficiente, no sea razonable el «iter» discursivo que conduce de la prueba al hecho probado (SSTC núm. 189/1998, de 28 de septiembre, f 2; 135/2003, de 30 de junio, f 2; 137/2005, de 23 de mayo, f 2; y 26/2010, de 27 de abril, f 6).

También ha señalado reiteradamente este Tribunal Supremo -víd. STS núm. 1017/2011, de 6 de octubre, y las que en ella se mencionan- que el recurso de casación no es un remedio valorativo de la prueba practicada en el juicio oral, conforme a los principios que rigen el acto procesal (oralidad, publicidad, inmediación, contradicción e igualdad de armas), sino que cuando se alega, como es el caso, la vulneración de la presunción de inocencia, el Tribunal casacional únicamente debe verificar los controles anteriores. No puede, en cambio, efectuar una nueva valoración

de la prueba, al faltarle el fundamental requisito de la inmediación procesal, pieza clave del sistema valorativo, que supone la apreciación de la prueba de carácter personal que se desarrolla en el plenario. Por tanto, la credibilidad de los testigos y la aplicación del contenido detallado de su testimonio queda fuera -salvo supuestos excepcionales- de las posibilidades de revisión en el marco del recurso de casación, dada la naturaleza de este recurso y la imposibilidad de que el Tribunal que lo resuelve disponga de las ventajas y garantías que proporcionan en la valoración probatoria la inmediación y la contradicción. En consecuencia, tal y como expresaba recientemente la STS núm. 210/2012, de 15 de marzo, con cita de otros pronunciamientos anteriores, el ámbito de conocimiento de esta Sala queda delimitado en estos casos por estos tres aspectos: 1) la comprobación de si el juzgador de instancia contó con suficiente prueba de cargo, aunque fuese mínima, para dictar un fallo condenatorio, lo que integra la afirmación de que la carga de la prueba sobre los hechos constitutivos de la pretensión penal corresponde exclusivamente a la parte acusadora, sin que le sea exigible a la defensa una «probatio diabólica» de los hechos negativos; 2) la comprobación de que tales pruebas se han obtenido sin violar los derechos fundamentales, lo cual las invalidaría a los efectos probatorios, debiendo estar incorporadas dichas pruebas con respeto de los principios procesales de inmediación y contradicción; y 3) la constatación de la racionalidad de las declaraciones y conclusiones alcanzadas por la Sala de instancia. No obstante, sí está legitimado el Tribunal de Casación para realizar una función valorativa de la actividad probatoria en aspectos no comprometidos con la inmediación, siempre vinculados al análisis de racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad probatoria.

Es sobradamente conocida también la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia emanada de esta Sala que admiten, de forma pacífica y no cuestionada, que el derecho a la presunción de inocencia puede resultar enervado por medio de prueba indirecta o indiciaria, la cual exige para su validez y consiguiente eficacia probatoria que el Tribunal exprese en su resolución los hechos o datos indiciarios que haya tenido en cuenta y que haga explícito el razonamiento a través del cual, partiendo de ellos, ha llegado a la convicción sobre la realidad del hecho que declare expresamente probado. Por lo demás, los indicios deberán estar plenamente probados, ser plurales (aunque, de modo

excepcional, podrá ser suficiente uno cuando el mismo tenga una especial potencia probatoria); deberán también ser convergentes y estar interrelacionados. La inferencia obtenida a partir de los indicios deber ser razonable y fluir de un modo natural de los mismos, respondiendo plenamente a las reglas de la lógica, a las enseñanzas de la experiencia ordinaria y a los conocimientos científicos. Desde esta perspectiva, corresponde al tribunal sentenciador llevar a cabo la necesaria ponderación de las distintas pruebas -de cargo y de descargo-, de tal modo que de la sentencia se desprenda el razonamiento que desde las pruebas disponibles conduce a la afirmación de unos determinados hechos como suficientemente probados. En principio queda extramuros del recurso de casación cuanto afecta a la valoración llevada a cabo por el tribunal de instancia acerca del peso de los indicios incriminatorios respecto de las pruebas de descargo practicadas y que el tribunal haya valorado sobre la base de la inmediación. La razonabilidad del juicio de inferencia no supone la imposibilidad de otras versiones distintas de los hechos, de manera que el tribunal haya debido inclinarse por la única certeza posible, pero sí exige que no se opte por una ocurrencia fáctica basada en una inferencia débil, inconsistente o excesivamente abierta (por todas, STS núm. 208/2007, de 14 de marzo).

2. Conviene poner de relieve, insistimos, con carácter preliminar y general para todos los recurrentes, que ninguno de ellos ha sido condenado en la instancia por sus actuaciones de índole política, actividad que no sólo es legal, sino que constituye el legítimo ejercicio de los derechos fundamentales consagrados, entre otros, en los arts. 1.1, 6 y 23 de nuestra Constitución y que encuentra su desarrollo en diversas normas de menor rango. Es, por el contrario, su vinculación con ETA lo que la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional ha estimado acreditado, entendiendo que la actuación política de los encausados condenados es, realmente, ejecución de los planes estratégicos previamente trazados por la organización terrorista, de modo que los recurrentes habrían desplegado sus actividades políticas siguiendo en verdad los postulados terroristas, dentro de la mecánica de «desdoblamiento» en diversas esferas de actuación que desde hace años viene marcando la actividad y planificación estratégica de ETA, siempre dirigidos a la obtención del independentismo vasco por medio del empleo de la violencia y la fuerza armada, subvirtiendo así el orden constitucional.

No se trata, pues, de analizar si la Sala de instancia ha criminalizado una actuación que sea mero ejercicio de los derechos y libertades consagrados constitucionalmente, como una manifestación más de la libertad de expresión y del pluralismo político, sino de constatar que la inferencia a través de la cual se ha considerado probado que las actuaciones desplegadas por los recurrentes a raíz de la rueda de prensa ofrecida el 16/03/2009 en el hotel Barceló-Costa Vasca de San Sebastián y hasta su detención fueron encomienda de ETA cuenta con suficiente refrendo probatorio.

Es también importante destacar que no discuten los recurrentes, ni desde el plano fáctico ni desde el probatorio, cuanto la sentencia dedica a detallar cuál fue la estrategia emprendida por ETA a partir del proceso interno de reflexión de los años 2007 y 2008, cuyos resultados se plasmaron en una serie de documentos de la organización, que tienen su inicio en el titulado «3. *Aurrera begirako ildoak: fase politikoaren ezaugarritzea/Línea de actuación de cara al futuro, caracterización de la fase política*», aprehendido al comando «Hego Haizea» en la primavera de 2008 y en el que la banda armada, pretendiendo continuar con su modelo de estrategia político-militar y no obstante dar preponderancia en aquel momento a la lucha armada, fijando para ello una serie de objetivos militares, ordena la utilización de la Izquierda Abertzale para “*dirigir la acumulación de fuerzas en los ámbitos de construcción nacional y a la defensa del marco democrático*”, para lo cual atribuye al MNLV los cometidos de “*capitalizar las acciones de lucha armada*” y de “*levantar un muro*” con el que evitar la perpetuación de la división de Euskal Herria, que impide su fin último de índole independentista.

A este documento siguió otro en diciembre de 2008, bajo el título «*Herri antolatua en estrategia independentista baterantz. Nazio estrategia askapen prozesuaren ergile/Hacia la estrategia independentista de una nación organizada. La estrategia nacional como motor del proceso de liberación*», incautado en París el 10/04/2009 al producirse la detención de un miembro de ETA, y en el que, con motivo del 50º aniversario de la creación de la organización, se produce un importante giro respecto de la posición anterior, pues desde este momento ETA coloca en primera línea de su estrategia la actuación política, postergando la militar, que no

obstante no abandona. A tal fin, el documento programa una serie de actividades a desplegar en festividades significativas, como el «Aberri Eguna» y el «Gudari Eguna», o bien con motivo de convocatorias de huelga. Insta también a la creación de un frente soberanista integrado por todas las fuerzas políticas de la izquierda vasca, con la sola exclusión del Partido Nacionalista Vasco (PNV), para lo cual deberá atraer hacia sí a los «militantes más abertzales», a los que fija una «programación a corto plazo», que para el primer semestre de 2009 conllevará una serie de eventos públicos que exterioricen su nueva estrategia política, bajo una apariencia democrática pero en verdad subyugada a la militar, y consistente en *“aglutinar todos sus esfuerzos para conseguir esa explosión generadora de una nueva Alianza Popular Nacional”*, cuya formulación habrá de corresponder al MNLV. Buscando así la implicación del mayor número de personas posible, el MNLV recaba para sí el control último del impulso de esta nueva etapa, asumiendo, entre otras funciones, el papel negociador con el Estado español y las iniciativas mediáticas. ETA hace también un llamamiento a EA, ARALAR, AB y ELA, excluyendo al PNV, para que *“se integren en el espacio de lucha que supone Nación Organizada”*, para lo cual pone a su disposición su fuerza armada, vigilando la *“pureza de las iniciativas y garantizando la permanencia de cualquier movimiento independentista”*. Entre las concretas propuestas de actuación, ETA hace incluso alusión a posibles treguas, únicamente en Eukal Herria, autorizando *“realizar acciones en España, puntuales, pero no ofensivas”*, lo que afecta a bienes materiales y excluye los personales. Manifestación de este extremo -expresa la sentencia- es la constatación de la ausencia de ataques en los territorios del País Vasco y Navarra en el periodo del 24/04/2009 al 07/06/2009, mientras que sí se produjeron actuaciones terroristas materiales en otras zonas, como la colocación de un artefacto explosivo en un repetidor de telecomunicaciones de una localidad cántabra (06/05/2009). Finalizada la citada tregua, ETA comete los atentados terroristas que causaron la muerte de un inspector del C.N.P. el día 19/06/2009 y de dos guardias civiles el 30/07/2009, mientras que los artefactos explosivos colocados en la casa-cuartel de Burgos el 29/07/2009 y en varios locales comerciales de Palma de Mallorca el 09/08/2009 causaron importantes daños materiales.

No discuten los recurrentes estos hechos, como tampoco aquéllos que hemos llevado al f. 2º de esta resolución. Aceptan, igualmente, el

contenido de la abundante documental de la que la Audiencia extrae estas conclusiones y cuyo origen se atribuye a ETA (f. 48 a 79, a cuyo contenido nos remitimos). Tampoco discuten que, en paralelo a esta última oleada de actuaciones violentas por parte de ETA, se difundieron varios comunicados en nombre de la Izquierda Abertzale -concretamente, los días 19 y 25/06/2009, 29 y 30/06/2009, y 15/08/2009- en los que este grupo, lejos de condenar o, siquiera, criticar tales actuaciones violentas de la organización criminal, únicamente expresaba la necesidad de buscar una solución negociada, pues “*con las soluciones policiales no se producirá la derrota de ETA*”.

Cuestionan, en cambio, que haya quedado debidamente acreditado que sus actividades de los años 2008 y 2009, sometidas a enjuiciamiento, se correspondan con los ya citados planes de la banda armada, en su nueva estrategia de desdoblamiento. En suma, que se limitaran a ser el brazo ejecutor de su programación política, no desvinculada de su actuación paramilitar. Ponen, igualmente, en entredicho los indicios atendidos por la Sala de instancia para llegar a tal conclusión, que para los recurrentes se ofrecen inconexos e insuficientes para fundamentar una condena, siendo éstos: 1) las reuniones reservadas en la sede del sindicato LAB, acaecidas tras la presentación pública el 16/03/2009 del nuevo organismo o comisión integrado por los acusados; 2) los desplazamientos a dos localidades francesas para entrevistarse reservadamente y cambiar impresiones con distintas personas del entorno de ETA; 3) la relación causa-efecto entre los documentos en los que ETA ordenaba a la Izquierda Abertzale emprender acciones de índole política, bajo el amparo de su prepotencia armada, y los documentos de la propia Izquierda Abertzale cumpliendo aquellos mandatos; 4) la identidad de nomenclatura y terminología empleada por ETA y por la Izquierda Abertzale a través de documentos, comunicados y actos varios, obrantes en autos; y 5) La ausencia de actuaciones en los acusados que denoten un verdadero y real distanciamiento de las tesis armadas defendidas y ejecutadas por ETA, en uso de la violencia (f. 1º, penúltimo inciso).

3. Prueba relacionada con Arnaldo Otegui Mondragón.

Como decíamos, la Audiencia dedica un extenso f. 3º a la «*acreditación de los hechos enjuiciados*», que a su vez desglosa en un

primer apartado A), en el que analiza minuciosamente cuantos documentos, adjuntados a las actuaciones, muestran la relación de subordinación a ETA del grupo de la Izquierda Abertzale representado por los recurrentes; y un apartado B), en el que pasa al estudio del conjunto de pruebas practicadas respecto de cada procesado, destacando particularmente aquéllas de las que se desprenden los elementos concretos que vinculan a cada uno de ellos con ETA, y que conducen a la deducción de que durante el período sometido a enjuiciamiento se limitaron a seguir sus directrices en el plano político.

La concreta participación de Arnaldo Otegui se detalla en el apartado B.1) del f. 3º. En este caso, la Audiencia forma su convicción principalmente a través de las declaraciones prestadas por el recurrente 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 comparencias en medios de comunicación en que participó en esos meses. Desde este material probatorio, unido a los documentos ya citados y que se estiman directamente relacionados con la organización criminal, la Sala de instancia llega a la conclusión de que, lejos de tratarse de una actuación independiente de ETA, paralela a la misma, la actividad desplegada por este procesado es plasmación de los propósitos de la banda, que, sin abandonar en ningún momento la lucha armada y la violencia, se valió del mismo para articular su nueva estrategia.

3.a. Para el Tribunal, tal participación directa de Otegui en la actividad programada por la organización criminal arranca con su comparencia en la rueda de prensa ofrecida el 16/03/2009 en el hotel Barceló-Costa Vasca, en la que actuó como portavoz de las catorce personas comparecientes y que se auto-presentaron como representantes de diversas organizaciones integradas en la Izquierda Abertzale. En ella estuvieron también presentes otros procesados, como Rafael Díez Usabiaga, Miren Zabaleta Tellería y Arkaitz Rodríguez Torres. No discute el recurrente que, tal y como expresa el Tribunal, centró su discurso en dicho acto en la necesidad de poner en marcha una estrategia independentista basada en sumar fuerzas de quienes, desde el campo político, sindical, social y popular, estuvieran dispuestos a unirse para abrir

un proceso democrático que situara a los trabajadores en su eje, con un doble objetivo: a) abrir un proceso de negociación política con fines independentistas; y b) colocar a los trabajadores y a los sectores populares en el centro de los intereses políticos, económicos y sociales de Euskal Herria.

Lo que cuestiona es que, pese a la coincidencia con los objetivos marcados por la organización criminal para esta fase, con tales manifestaciones siguiera los dictados de ETA. Defiende, al igual que ya hiciera en la instancia, que Sonia, Arkaitz, Miren, Rafael y el dicente 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. Reconoce que plasmaron su posición en la ponencia «*Clarificando la fase política y su estrategia*», que sirvió de soporte a la «*Declaración de Alsasua*» -publicitada un mes después de sus detenciones- y cuyas conclusiones se insertaron más tarde en el documento «*Zutik Euskal Herria*». Sobre estos dos últimos documentos, procede únicamente aclarar que, como reconoce el procesado, pertenecen a una etapa posterior a su detención, no habiendo fundamentado realmente la Sala de instancia su condena sobre los mismos, como tampoco sobre la posterior creación de partidos políticos y agrupaciones electorales como SORTU y BILDU, sino sobre un conjunto de elementos anteriores. Por tanto, no cabe adentrarse ahora en su estudio (recordemos lo dicho en el fundamento preliminar).

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 convalidación 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.

3.b. Un segundo indicio que fundamenta la convicción incriminatoria expresada por la Sala de instancia se asienta sobre las múltiples reuniones habidas en la sede del sindicato LAB y a las que asistió el recurrente, en ocasiones junto a los demás condenados. En concreto, estuvo en su sede de San Sebastián los días 17 de abril, 19 de junio, 20 y 23 de julio, 4 y 5 de agosto, 4, 10 y 28 de septiembre, y 13 de octubre, todos ellos de 2009. La Audiencia no pudo conocer lo discutido en dichas reuniones, al no haberse intervenido acta alguna que recogiera el trasfondo de sus propuestas y deliberaciones. Ha de reconocerse al recurrente que no es posible deducir de tal ausencia que dichas actas no hubieran existido nunca, como tampoco que, existiendo, hubieran sido destruidas, dado que, como se viene luego a reconocer, no hay prueba de ello. De lo que sí hay prueba, pues así lo admitió el procesado, es de que tras abandonar la prisión en agosto de 2008 se dedicó a *«conectar con las nuevas generaciones, con gente como Sonia, Arkaitz y Miren, para explicarles sus planteamientos sobre la nueva estrategia a seguir, comprobando que estaban a favor de sus tesis»*.

También es cierto -y esto no se cuestiona- que en la sede de LAB y, en concreto, sobre la mesa en la que el recurrente se encontraba con Sonia Jacinto y con otra persona no enjuiciada por estos hechos cuando se produjo su detención el 13/10/2009, había una anotación manuscrita en la que se leía *«Btgune»*, seguida de una anotación ilegible en euskera. Del mismo modo, durante el registro del domicilio del recurrente se

intervinieron documentos con esquemas sobre el proceso de negociación de 2006, así como una anotación en castellano que decía «*pasar karpeta a Bateragunea*» y que el recurrente admitió haber escrito. De todo ello da cuenta la sentencia combatida y lleva a deducir con la Sala de instancia la relación del procesado con dicho órgano. El propio recurrente aceptó, en realidad, cuanto antecede, al señalar que lo que demostraría dicho documento es que no es de BATERAGUNE, pero que «*probablemente estaría haciendo esquemas para informar a dicho órgano de cómo iba el proceso de negociación*». La importancia de este dato, del que también se hablará en el f. 5º de nuestra sentencia, es evidente, pues pone de relieve su conexión con órganos directamente relacionados con la organización criminal, ya que, según manifestaron algunos procesados y testigos, BATERAGUNE es un órgano interno de EKIN, y la vinculación a ETA de esta última ha sido declarada por esta Sala de Casación en diversas ocasiones (víd. SSTS núm. 50/2007, de 19 de enero; 480/2009, de 22 de mayo; ó 1097/2011, de 25 de octubre, entre otras).

3.c. El tercer elemento indiciario valorado por el Tribunal “a quo” descansa sobre los viajes a Francia emprendidos por este procesado en ese mismo período, pese a tener prohibido abandonar el territorio español, reconociendo que correr ese riesgo le «*merecía la pena*». En concreto, en la madrugada del 30/04/2009 se desplazó al país vecino con Rafael Díez Usabiaga y con Santiago Orúe, reuniéndose allí con Jokin Etxebarria y regresando a España mediada la tarde. También hizo una incursión similar en el país vecino el 21/07/2009, conduciendo nuevamente Santiago Orúe, ocasión en la que se reunieron en Ezpelette con otras personas y con los procesados Sonia y Arkaitz. Asimismo, se da cuenta de la presencia de Miren Zabaleta en el lugar. La realidad de estos encuentros no es objetada por el recurrente, que sólo niega que en ellos actuara como comunicador de la nueva estrategia de ETA a miembros de Batasuna, legal en el país vecino, o que recibiera instrucciones de aquéllos, insistiendo en que, por el contrario, estas reuniones estaban dirigidas a transmitirles su propia visión de la situación con decidida apuesta por una negociación con el Estado español por cauces democráticos.

Ha de reconocerse que se desconoce el concreto contenido de dichos encuentros, al no haberse obtenido prueba sobre ello. No obstante, no por tal razón el indicio -que como tal es valorado por el Tribunal de

instancia- carece de valor. Es importante tener en cuenta que, como el recurrente acepta, en ambas ocasiones decidió quebrantar una prohibición de salida del territorio nacional -lo que, como mínimo, podría haber motivado su detención- para asistir a dichas reuniones en el extranjero. Carece de mínimo sentido que se arriesgara de tal modo simplemente para hablar con los restantes procesados con los que ya mantenía una fluida relación en España, principalmente a través de los encuentros en la sede del sindicato LAB. Por lo tanto, lo decisivo era el contacto con quienes residían en Francia, y respecto de éstos la comunicación de esa ideología democrática que, según el procesado, defendió ante ellos bien podría habérsela transmitido por otros medios que no pusieran en peligro su propia situación personal.

Niega asimismo el procesado que, para la consecución de estos encuentros, todos los desplazados acometieran especiales medidas o cautelas dirigidas a evitar los seguimientos policiales. Pero sobre este extremo insistieron en sentido inverso los policías actuantes, a cuyo favor se inclina la convicción del Tribunal al tener en cuenta las dificultades con que éstos tropezaron, llegando a perderlos de vista en varias ocasiones pese al importante mecanismo de vigilancia y seguimiento desplegado, integrado por un amplio grupo de agentes.

3.d. A lo largo de los F. 86 a 90 de la sentencia -a cuyo contenido nos remitimos- el Tribunal da cumplida cuenta de los numerosos actos públicos, comparencias y entrevistas concedidas por Otegui en ese período. Los jueces examinan con detenimiento su contenido, entrecomillando los concretos términos en que en cada una de estas ocasiones se expresó el recurrente en nombre de una Izquierda Abertzale que en todo caso margina o excluye al PNV, y autoproclamándose interlocutor o cauce vehicular con el Estado, en aras de lograr una nueva negociación. Recalcan los Jueces la notoria similitud entre estas expresiones y aquello que previamente había planificado ETA para su nueva faceta política, según se desprende de varios documentos incautados, razón por la que llegan a la conclusión de que el discurso públicamente sostenido por el procesado venía, en verdad, impuesto desde las filas de la banda armada.

3.e. Finalmente, en cuanto a los testimonios prestados por los diversos testigos que, a petición de la defensa, informaron de sus relaciones políticas con el acusado, en realidad no desdicen, sino que confirman cuanto antecede, ratificando entre otras cosas la originación del documento «*Clarificando la fase política y la estrategia*» y los debates en que participó el ahora recurrente. Sobre el contenido de esta ponencia, nos remitimos al minucioso análisis del que la Audiencia da cuenta en el apartado C) del f. 3º, y en el que por parte de sus redactores se muestra orgullo por el trabajo realizado con motivo del Aberri Eguna, de la huelga general y de las elecciones, principalmente en cuanto a las europeas, al tiempo que se insta a concretar un modelo político en el que la Izquierda Abertzale consiga la “*acumulación de fuerzas independentistas y soberanistas*” condicionando “*la estrategia y la posición política de PNV y de NaBai*”, bajo una lucha de masas e institucional, siendo a la Izquierda Abertzale a la que “*toca liderar el proceso democrático tanto en términos políticos como en términos institucionales y sociales*”.

La Sala de instancia aún a cuanto antecede y llega así al convencimiento incriminatorio que expresa la sentencia. Es importante destacar que las múltiples actuaciones, públicas y privadas, emprendidas por el recurrente que dan lugar a esta causa y que son examinadas por el Tribunal de instancia precisamente se inician cuando ETA acuerda dar preponderancia a su estrategia política, marcando una serie de objetivos, también en lo político, que -tal y como manifiesta la sentencia combatida- vienen a coincidir con los emprendidos «de facto» por el procesado. Más allá de la coincidencia en la terminología empleada por ambas, organización y comisión, que ciertamente se deduce de gran parte del copioso conjunto de comunicados, documentos y comparecencias públicas, lo determinante es 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, dando cuenta tanto de estos objetivos como de la forma de lograrlos los documentos a los que tantas menciones se han hecho y que, en definitiva, iban dirigidos 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. Es más, como luego se dirá, en el documento «*BTGNari*.

Komunikazio Orokorra 0906/Al BTGN Comunicación General 0906», valorado por el Tribunal y cuyo origen en el seno de la banda armada no se discute, ETA hace balance de las actividades desarrolladas durante estos primeros meses por el grupo de la Izquierda Abertzale que examinamos, al tiempo que les imparte nuevas instrucciones.

Lo que hace el recurrente en su escrito es aislar cada uno de los datos probados expuestos para tratar así de minimizar su valor. Pero tal técnica no se ajusta a las reglas de la prueba indiciaria, que debe atender al conjunto de indicios acreditados. Ello determina que tampoco sean apreciables esas dudas sobre el sentido unidireccional que vierte sobre cada indicio para reputarlo insuficiente y llegar a una conclusión de irracionalidad sobre la inferencia del Tribunal de instancia. Sucede, en cambio, que la suma de datos apuntados -cuya constancia objetiva como tales, insistimos, no es puesta en entredicho- conduce al Tribunal de procedencia a estimar al recurrente integrado en la organización terrorista ETA, al ser uno de los ejecutores de su definido plan de actuación política.

En conclusión, no es posible decir que la inferencia alcanzada por la Sala de instancia a través de los indicios expuestos se separe de las reglas de la lógica. Es, en cambio, fruto de un exhaustivo y ponderado análisis del abundante acervo probatorio practicado en el plenario, de cuyo contenido deja sobrada constancia la sentencia emitida.

Debe, por ello, desestimarse la queja vinculada al derecho a la presunción de inocencia de este recurrente.

4. Prueba relacionada con Arkaitz Rodríguez Torres.

4.a. La sentencia dedica el subapartado B.4) del f. 3 al análisis de las pruebas relacionadas con este recurrente. Parte el Tribunal en su análisis de la declaración prestada por Arkaitz en el acto de enjuiciamiento, donde, no obstante negar cualquier relación con BATERAGUNE, admitió tener conocimiento de que este órgano *“es una estructura ligada a EGIN”*. También admitió que formaba parte del grupo en el que, haciéndole partícipe del debate sobre el futuro de la Izquierda Abertzale, le introdujo Sonia Jacinto, trasladándole los planteamientos de Arnaldo Otegui *“sobre la nueva estrategia a seguir”*, que aquélla a su vez había ido recibiendo de

Otegui durante las visitas que le hiciera en prisión. Según el declarante, el objetivo era configurar un grupo de trabajo y reflexión, ni estructurado, ni cerrado, compuesto por libre decisión individual de militantes de la Izquierda Abertzale que pertenecieran “*a otra generación*”, como el deponente, Sonia o Miren, cuyo objetivo era extender sus cimientos a la base social y militante, sometiéndose para ello a un contraste permanente con el que ir ganando adeptos hasta acumular fuerzas en pos de la soberanía de Euskal Herria, siempre bajo parámetros democráticos. Negando que recibieran órdenes de ETA, reconoció que se reunían en la sede de LAB y en otros locales. Admitió también que ya en diciembre de 2008 se produjeron reuniones con algunos representantes de Eusko Alkartasuna, diseñando con éstos un acuerdo político que habría de acoger los nuevos postulados, lo que sin embargo no llegó a fructificar. También aclaró que durante el otoño de 2008 y la primavera de 2009 se desplegó la «*fase preliminar*» o de «*antecedentes del debate*» mediante una «*infinidad de entrevistas con militantes de la Izquierda Abertzale*» que desembocaron en la rueda de prensa del 16/03/2009, cuyo objetivo era «*plantear la necesidad de esa reflexión en profundidad sobre el cambio de estrategia*». Reconoció, asimismo, su participación en la rueda de prensa ofrecida el 03/05/2009, con motivo de la huelga general convocada por los grupos sindicales, defendiéndose en dicho acto la «*viabilidad del camino emprendido*». También admitió haber viajado a Ezpelette (Francia) el 21/07/2009, donde los procesados recurrentes -a excepción en esta ocasión de Rafael D. Usabiaga- se reunieron con varios militantes de Batasuna, legal en el país vecino, rechazando que su presencia allí tuviera como misiva recibir directrices de ETA.

La Audiencia valora, asimismo, los testimonios prestados como testigos por algunos miembros del sindicato ELA y del partido político EA, en el sentido de corroborar que algunas de aquellas reuniones se produjeron no sólo con Arnaldo Otegui, sino también con Arkaitz, sosteniendo que éste participaba del mismo planteamiento de aquél sobre el cambio de la estrategia a seguir por la Izquierda Abertzale.

Se atiende, por último, al contenido de las actas de vigilancia policial que confirman las repetidas asistencias de Arkaitz a la sede de LAB en San Sebastián a lo largo del año 2009 y, en concreto, los días 17 de abril, 20 y 23 de julio, 4 y 5 de agosto, 4, 10 y 28 de septiembre, y 13 de

octubre, siempre coincidentes con la presencia de Otegui. También al de las actas policiales relacionadas con su viaje a Ezpelette el 21/07/2009. Todas ellas no sólo fueron ratificadas por los policías actuantes, sino igualmente aceptadas por el procesado.

4.b. Desde este material probatorio se extraen conclusiones coincidentes con las expuestas por el Tribunal de instancia y que permiten entender al recurrente integrado en ETA. Así, en cuanto a las reuniones en el sindicato LAB, tiene en cuenta la Sala que el deponente aceptó haber estado presente en la celebrada el 05/08/2009 “*como en muchas otras ocasiones*”, siendo el propósito clave de ese día el de cerrar la ponencia «*Clarificando la fase política y la estrategia*», en cuya elaboración participó junto con sus compañeros y en la que se exteriorizaba la nueva estrategia de la Izquierda Abertzale, que habría de contraponerse a la ponencia «*Mugarri*» emitida desde las filas de ETA. Admitió también que el 13/10/2009 se produjo su detención estando en el despacho de Rafael D. Usabiaga en dicha sede, refiriendo que se encontraban conversando sobre la posibilidad de introducir los principios del senador Mitchell en la «*Declaración de Alsasua*», de la que estaban preparando el borrador.

De cuanto antecede se desprende que las actividades de este procesado objeto de enjuiciamiento se producen, tal y como él mismo insistió en recalcar, no a la sombra de las desplegadas por Arnaldo Otegui y Rafael D. Usabiaga, sino cohesionadas con las de éstos. Participa, por ello, conjuntamente con el primero tanto en algunos actos públicos (v.gr. rueda de prensa del 16/03/2009, en la que ya ha quedado dicho que se expusieron los postulados políticos defendidos por la agrupación) como en gran parte de los privados (v.gr. reuniones en la sede de LAB o uno de los desplazamientos a Francia).

No es factible escindir el sentido de las reuniones privadas habidas en el sindicato, separando a Arkaitz de lo ya dicho para el anterior recurrente, en la medida en que el aquí recurrente se muestra firme al sostener que no sólo asistía a estas reuniones, sino que tomaba parte activa en el fondo de los debates, atribuyéndose la coautoría de la confección de documentos como «*Clarificando la fase política y la estrategia*». Pretender que esta ponencia, que según su versión simplemente ofrecía los postulados democráticos que el naciente grupo habría de defender frente a

las tesis subversivas de la organización criminal, era algo independiente de ETA viene contradicho por la documental analizada por el Tribunal en pasajes anteriores de la propia sentencia, y que muestra que en realidad era resultado del previo debate interno surgido en la organización, que en diciembre de 2008 ya había ordenado tal duplicidad como una manifestación más del desdoblamiento político-militar. Unos meses después, ETA hace balance de la situación y de los resultados obtenidos en ese periodo, criticando el informe recibido desde la Izquierda Abertzale por su tibieza y falta de conclusiones, y programando hacia el futuro en qué puntos deberá incidir el grupo, a quien manifiesta defender y cuya fidelidad también le exige, como luego se verá con más detalle. Por ello, la Sala de instancia considera que nos encontramos ante una mera operación de «maquillaje político» de la organización criminal que, dando preeminencia en este momento al plano político, ofreciera una falsa apariencia externa de giro democrático, conscientemente asumida por quienes se erigieron en defensores externos de la misma.

No es posible alcanzar la conclusión de que el ahora recurrente, que se define a sí mismo como firme seguidor de las líneas defendidas por el sr. Otegui en el período analizado, y que además participaba en actos de relevancia como reuniones con otras fuerzas políticas y sindicales o reuniones internas dirigidas a la redacción de los concretos documento de «contraoferta democrática» a la propuesta «dura» que aportaría directamente ETA, desconociera que con ello asumía las directrices marcadas con anterioridad en tal sentido por la organización criminal. Ello es así porque, como el propio recurrente insiste en recalcar, todos los miembros del grupo que se reunía en la sede de LAB actuaban bajo un régimen de paridad, con igualdad de roles no obstante la función de portavoz del grupo asumida por Arnaldo Otegui y las actuaciones mediáticas en las que también participaba Rafael D. Usabiaga. Las contundentes afirmaciones de Arkaitz en tal sentido vienen a estar refrendadas por algunos de los documentos intervenidos en la sede sindical. Así, cuando fue detenido -tal y como reconoce- se encontraba en el despacho de Usabiaga, estando sobre la mesa el documento «*Ezker Abertzaleko eredu organizatiboaren bilakaera/Evolución del modelo organizativo de la Izquierda Abertzale*», descriptivo -según refleja la sentencia- de la estructura organizativa de la Izquierda Abertzale desde sus orígenes, de la aparición de EKIN tras disolverse KAS, absorbiendo parte

de su militancia *“como estructura para la dinamización política”*, para añadirse en el apartado 7 una referencia al funcionamiento de BATERAGUNE como instrumento para el desarrollo de la dirección política, compuesto por militantes de EKIN y colaboradores procedentes de otras organizaciones. El documento también hace referencia -según destaca el Tribunal, transcribiendo para ello pasajes literales de su texto- al nuevo ciclo político que debía emprenderse tras haberse producido el desmantelamiento organizativo de ETA como consecuencia de la fuerte represión del Estado, que había provocado que se hubiera ido *“profundizando (en) un deterioro del modelo de dirección, codirección, coparticipación, implementándose variables peligrosas para el desarrollo político de la Izquierda Abertzale”*. También valora la Audiencia la aseveración con la que concluye el documento: *“cada avance o retroceso del proceso revolucionario en su conjunto exige unas formas organizativas y de lucha específicas”*.

El contacto directo del acusado con este escrito, así como el carácter abierto de los debates sobre la línea a seguir desde la sede del sindicato, con participación efectiva de Arkaitz en la confección de documentos de decidida relevancia en la estrategia política a emprender, evidencian, efectivamente, esa condición igualitaria entre todos ellos, con independencia de su mayor o menor proyección mediática.

Muestra de ello lo es también su asistencia a uno de los dos encuentros en Francia de los que se tiene constancia y, concretamente, al celebrado en la localidad de Ezpelette, reuniéndose allí con militantes de Batasuna y con sus compañeros de grupo Arnaldo, Sonia y Miren, como él mismo reconoce. Para evitar reiteraciones, nos remitimos a lo dicho con anterioridad respecto de la relevancia convictiva de este indicio.

Por lo tanto, la conclusión incriminatoria a la que llegan los Jueces de procedencia no carece de lógica ni de fundamento al estimar que Arkaitz participó, consciente y deliberadamente, en la estrategia política emprendida por ETA a partir del debate surgido en su seno y que fructificó con el diseño del documento de diciembre de 2008, siendo el procesado uno de los ejecutores de dicho plan.

El motivo también ha de ser desestimado respecto de este recurrente.

QUINTO.- En quinto lugar y de nuevo al amparo de los arts. 24 de la Constitución y 852 LECrim, a los que se suman ahora los arts. 6.3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, invocan los recurrentes el derecho que todo acusado ostenta de conocer y ser informado de la acusación formulada contra él. Consideran que, en este caso, dicho principio acusatorio ha resultado conculcado desde el momento en que los hechos objeto de acusación y aquéllos por los que han sido condenados no son los mismos. Ello se debe a que los escritos acusatorios aportados por el Ministerio Fiscal y por la acusación popular en todo momento basaron su tesis de pertenencia a ETA en torno a la integración de los procesados en un órgano de dirección política denominado BATERAGUNE, con funciones de coordinación y organización, mientras que la sentencia descarta dicho vínculo y suple el vacío acusatorio, sustituyendo así la función que hubieron de asumir las acusaciones, mediante una ficción dirigida a inventar un organismo de coordinación y dirección al margen de BATERAGUNE, en el que integra a los acusados. Consideran que la condena dictada vulnera, por ello, los derechos de defensa y a un juicio con todas las garantías, por lo que interesan la anulación de la sentencia de instancia, casándola y dictando en su lugar un pronunciamiento absolutorio.

1. Aun cuando el principio acusatorio no aparece expresamente mencionado entre los derechos constitucionales que disciplinan el proceso penal, ello no es óbice para reconocerlo protegido en el art. 24.2 CE, en el que sí constan expresamente ciertos derechos fundamentales que configuran los elementos estructurales de dicho principio, lo que trasciende hacia el derecho a ser informado de la acusación y comprende un haz de garantías adicionales. En este sentido, se ha resaltado la vinculación del principio acusatorio con el derecho constitucional de defensa y con la garantía constitucional de la imparcialidad judicial (víd. STC núm. 123/2005, de 12 de mayo). Así lo ha recordado esta Sala de Casación en STS núm. 1017/2011, de 6 de octubre, manteniendo que el principio acusatorio está íntimamente vinculado al derecho de defensa del imputado/acusado y, consecuentemente, a la posibilidad de "contestación"

o rechazo de la acusación. Tal principio provoca en el proceso penal la aplicación de la contradicción mediante el enfrentamiento dialéctico entre las partes, y hace posible conocer los argumentos de la otra parte, el manifestar ante el juez los propios, el indicar los elementos fácticos y jurídicos que constituyen su base, y el ejercitar una actividad plena en el proceso (STC núm. 53/1987, f. 2). Así pues, *«nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él una acusación de la que haya tenido oportunidad de defenderse de manera contradictoria, estando, por ello, obligado el Juez o Tribunal a pronunciarse dentro de los términos del debate, tal y como han sido formulados por la acusación y la defensa, lo cual, a su vez, significa en última instancia que ha de existir siempre correlación entre la acusación y el fallo de la Sentencia»* (SSTC núm. 11/1992, de 27 de enero, f. 3; 95/1995, de 19 de junio, f. 2; ó 36/1996, de 11 de marzo, f. 4). De lo que se desprende que el debate procesal en el proceso penal *«vincula al juzgador, impidiéndole excederse de los términos en que viene formulada la acusación o apreciar hechos o circunstancias que no han sido objeto de consideración en la misma, ni sobre las cuales, por lo tanto, el acusado ha tenido ocasión de defenderse»* (SSTC núm. 205/1989, f. 2; ó 95/1995, f. 2).

Por lo tanto, el principio acusatorio, que informa nuestro proceso penal particularmente en la fase plenaria o de juicio oral, es una consecuencia más del sistema constitucional de garantías procesales y exige una debida correlación entre la acusación y la sentencia, de forma tal que la Defensa del imputado tenga oportunidad de alegar, proponer prueba y participar en su práctica y en los debates, habiendo conocido con antelación suficiente aquello de que se le acusa, y sin que la sentencia pueda condenar de modo sorpresivo por algo de lo que antes no se acusó y respecto de lo cual, consiguientemente, no pudo articularse la estrategia exigida por la ley en garantía de la posición procesal del imputado. La acusación ha de ser precisa y clara respecto del hecho y del delito por el que se formula, y la sentencia ha de ser congruente con tal acusación, sin introducir elementos nuevos respecto de los cuales no haya existido antes posibilidad de defenderse.

Ahora bien, como afirma la STS núm. 308/2009, de 23 de marzo, no quiere ello decir que todos los elementos que ha de contener el escrito inicial de calificación acusatoria (*ex art. 650 LECrim*), o las modificaciones

que hayan podido introducirse posteriormente, una vez celebrada la prueba en el acto del juicio oral, sean vinculantes en términos absolutos para el juez o tribunal que ha de sentenciar. De tales elementos sólo dos tienen eficacia delimitadora del objeto del proceso:

1) Por un lado, el hecho por el que se acusa, es decir, el conjunto de elementos fácticos en los que se apoya la realidad o clase de delito, el grado de perfección del mismo, la participación concreta del inculpado, las circunstancias agravantes -sean genéricas o constitutivas del tipo- y, en definitiva, todos aquellos datos de hecho de los que ha de depender la específica responsabilidad penal que se imputa. Esta base fáctica de la acusación vincula al Tribunal, de modo que no puede introducir en la sentencia ningún hecho nuevo en perjuicio del reo que antes no figurase en la acusación. Claro es que puede ampliar las circunstancias o detalles de lo ocurrido conforme a la prueba practicada en el juicio oral, en aras de una mayor claridad expositiva o una mejor comprensión de lo ocurrido. Pero no puede traer a su relación de hechos probados nada extraño a la calificación de alguna de las partes acusadoras que pueda tener transcendencia en cuanto punto de apoyo fáctico para la existencia o agravación de la responsabilidad penal, porque si así lo hiciera causaría indefensión al acusado, que no tuvo oportunidad de defenderse, alegando y probando lo que hubiera tenido a su alcance para contrarrestar aquello que se le imputa.

2) El otro elemento vinculante para el tribunal es la calificación jurídica hecha por la acusación: la clase de delito, si éste fue o no consumado, el grado de participación del acusado y las circunstancias agravantes han de estar recogidas en la acusación, de modo que la sentencia no puede condenar más gravemente que lo que por ley corresponda conforme a todos esos elementos concretados por los acusadores. Ello supone que no se puede condenar por delito distinto, ni apreciar un grado de perfección o de participación más grave, como tampoco una circunstancia agravatoria no pedida, salvo en supuestos de homogeneidad entre lo solicitado por las acusaciones y lo recogido por el tribunal, que supongan tal semejanza que no sea posible hablar de indefensión, porque todos los puntos de la sentencia pudieron ser debatidos al haber sido contenidos en la acusación.

Estos dos componentes de la acusación -el conjunto de elementos fácticos y su calificación jurídica- conforman el hecho punible, que constituye el objeto del proceso penal, el cual sirve para delimitar las facultades del tribunal en orden a la determinación de la correspondiente responsabilidad criminal. Si se excediera de los límites así marcados, ocasionaría la mencionada indefensión al acusado, que no habría tenido oportunidad de alegar y probar en contra de aquello por lo que antes no había sido acusado y luego resulta condenado.

2. Centran los recurrentes tal vulneración únicamente en el aspecto fáctico, inherente al principio acusatorio. En concreto, en torno al órgano denominado BATERAGUNE y a la inserción en el mismo de los recurrentes, defendida por las acusaciones, lo cual, en cambio, descarta la sentencia combatida para insertarlos en un grupo que, si bien diferenciado del anterior, asimismo actuaba bajo las órdenes de ETA.

Semejante conclusión del Tribunal no quebranta el soporte fáctico, como postulan los recurrentes, desde el momento en que dicha cuestión centró precisamente gran parte del debate en el plenario, siendo arduamente discutida durante las sesiones de juicio y sometida a la debida contradicción de las partes, que tuvieron de este modo la oportunidad de defender en igualdad de armas sus respectivas tesis, acusatoria y defensiva.

Es importante destacar que lo que la sentencia impugnada rechaza es que haya quedado suficientemente demostrado que los recurrentes «sean» el mismo BATERAGUNE, cuya vinculación con ETA, por otro lado, no se cuestiona. Es decir, que los procesados dieran cuerpo a dicho organismo. Pero en ningún momento descarta, sino todo lo contrario, que mantuvieran contactos con aquél. De ello se desprende que BATERAGUNE no era el nexo exclusivo de los procesados con ETA, a modo de eslabón de una cadena. Entre ellos y la cúspide de la banda armada tampoco existía una relación piramidal en cuyo plano intermedio se situara BATERAGUNE, a modo de punto de contacto. Se afirma, en cambio, que los recurrentes habían formado un grupo de trabajo directamente al servicio de la organización, siguiendo sus directrices, sin perjuicio de mantener además cierta relación con BATERAGUNE, de lo que, según refleja el Tribunal de procedencia, dan muestra diversos documentos y archivos informáticos intervenidos y obrantes en las

actuaciones. Una cosa es que formalmente integren BATERAGUNE y otra distinta su falta de relación con ella.

Por ello, la conclusión de la Audiencia que se critica de ningún modo constituye un hecho incorporado novedosamente a la sentencia, sino que es precisamente fruto y resultado de la actividad probatoria misma, practicada con todas las garantías. Así, el Tribunal dedica íntegramente el apartado A) del f. 2º al análisis de esta cuestión, subrayando que hasta en cuatro ocasiones aparecen referencias a BATERAGUNE en los diferentes documentos relacionados con los procesados, v.gr.: 1) documento titulado «*Ezker Abertzaleko eredu organizatiboaren bilakaera/Evolución del modelo organizativo de la Izquierda Abertzale*», intervenido en el despacho ocupado por Rafael Usabiaga en el sindicato LAB, momento en el que también se encontraba presente Arkaitz Rodríguez, y en cuyo apartado 7º, dedicado a EKIN, se alude a la existencia y funcionamiento de BATERAGUNE como instrumento para el desarrollo de la dirección política compuesto por miembros de EKIN y amigos o colaboradores de otras organizaciones; 2) documento incautado en la mesa donde se encontraban Arnaldo Otegui, Sonia Jacinto y una tercera persona el día de su detención, en el que consta garabateado «*Btgune*», seguido de una anotación ilegible; 3) documento manuscrito intervenido en el domicilio de Arnaldo Otegui con esquemas del proceso de negociación emprendido en 2006 y en el que constan varias referencias a este organismo, destacándose la que refiere «*hacer karpeta y pasar a bateragunea*»; y 4) documento intervenido con ocasión del registro practicado en el domicilio de Miren Zabaleta y que una amiga suya trató sin suerte de sustraer, consistente en una comunicación de ETA a BATERAGUNE («*BTGNari*»), titulado «*Komunikazio Orokorra 0906/Comunicación General 0906*», fechado en junio de 2009, y en el que se plasma la evaluación del grado de cumplimiento de las iniciativas, directrices u objetivos sobre el debate que ETA ordenó suscitar en el seno de la Izquierda Abertzale en el periodo de marzo a junio de 2009.

De cuanto precede la Audiencia llega a la conclusión de que, si bien se evidencian ciertas relaciones de los cuatro procesados con BATERAGUNE, se carece de elementos de convicción añadidos (v.gr. actas de las reuniones celebradas, comunicaciones telefónicas, etc.), por lo que no es posible establecer de manera tajante que los cuatros procesados,

hoy recurrentes, *«conformaran el organismo denominado Bateragune»*, lo que *«en absoluto resta eficacia y contundencia a la prueba acumulada contra los acusados»* y que permite entenderlos integrados en un *«organismo encargado de la dirección y coordinación de la denominada Izquierda Abertzale que a lo largo del año 2009 se dedicó al diseño y puesta en práctica, bajo la superior directriz de la organización terrorista ETA, de la nueva estrategia de aglutinación de personas y organizaciones situadas en el espectro político de la izquierda independentista vasca, a efectos de formar un polo soberanista para la consecución del Estado independiente y socialista pretendido por aquella formación terrorista, simulando el no empleo de la lucha armada, que fue orillada con fines puramente tácticos»*.

Tampoco los efectos jurídicos que se siguen de dicha conclusión han sufrido variación alguna, pues lo que en último término se ha venido discutiendo es su inserción en ETA, elemento determinante del tipo penal, por lo que desde esta perspectiva es igualmente rechazable cualquier género de lesión del principio acusatorio. De hecho, no justifican los recurrentes en qué medida la catalogación por el órgano “a quo” de sus actividades como un grupo autónomo respecto de BATERAGUNE, aunque directamente relacionado con ETA, les habría causado auténtica indefensión material, limitándose a una formulación meramente formalista en tal sentido.

En consecuencia, el motivo, desde cualquiera de sus posibles interpretaciones, carece de mínimo fundamento y debe ser desestimado.

SEXO.- Al amparo del art. 849.1 LECrim, denuncian los recurrentes la indebida aplicación de los arts. 515.2 y 516.1 y 2 del Código Penal en su redacción anterior, equivalentes al art. 571.1 y 2 actualmente vigente. Estiman que sus respectivas condenas por pertenencia a la organización terrorista ETA -en el caso de Arkaitz Rodríguez, como integrante, y en el de Arnaldo Otegui, como dirigente- no se ajustan a la jurisprudencia emanada de este Tribunal Supremo, pues en ningún momento se dice *“quién, cuándo y cómo puso a estas personas en relación con la organización armada”* (sic). No figuran tampoco datos concretos que los relacionen con la organización y que permitan conocer cómo participaban de las actividades de la misma, con qué intensidad y con qué

mecanismos de actuación. Insistiendo en los argumentos del motivo precedente, tras haberse descartado expresamente el vínculo con BATERAGUNE que les atribuían las acusaciones, no hay constancia probatoria alguna, escrita o similar, que justifique que ETA se hubiera dirigido a ese nuevo órgano que, según la sentencia recurrida, habrían compuesto los procesados. Tampoco se justifica desde la prueba practicada el elemento subjetivo del injusto, es decir, su voluntad de pertenecer a la citada organización terrorista, pues, aun en el caso de entender que tal vínculo emanaría de las reuniones descritas en los hechos, la jurisprudencia exige un «plus», no siendo constitutivas de ilícito penal alguno tales reuniones por sí mismas. En suma, no hay prueba para mantener los elementos objetivos y subjetivos del tipo delictivo aplicado.

1. Hemos dicho en numerosas ocasiones que, como manifestación de la delincuencia organizada, el terrorismo admite múltiples formas y se manifiesta a través de una amplia variedad o gama de actividades, cuya peculiaridad o seña de identidad específica radica, en todo caso, en 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 (SSTS núm. 633/2002, de 21 de mayo; 865/2011, de 20 de julio).

Tras entrar en vigor los cambios introducidos en materia de terrorismo con la Ley Orgánica núm. 5/2010, de 22 de junio, el Código Penal ha pasado a definir en su art. 571 aquellas conductas que con anterioridad se sancionaban por remisión a los arts. 515 y 516, delimitándose de este modo los conceptos de organización y grupo terrorista, así como de pertenencia a los mismos en sus distintos grados, en los siguientes términos: *“1. Quienes promovieren, constituyeren, organizaren o dirigieren una organización o grupo terrorista serán castigados con las penas de prisión de ocho a catorce años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de ocho a quince años. 2. 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. 3. A los efectos de este Código, se considerarán organizaciones o grupos terroristas aquellas agrupaciones que, reuniendo las características respectivamente establecidas en el*

párrafo segundo del apartado 1 del artículo 570 bis y en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 570 ter, tengan 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”.

Acorde con esta nueva redacción, señalaba recientemente la STS núm. 157/2012, de 7 de marzo, la equivalencia tipificadora respecto de los antiguos arts. 515.2 y 516.2 CP, cuyos requisitos habían enumerado, entre otras, las SSTS núm. 480/2009, de 22 de mayo; 985/2009, de 13 de octubre; 1140/2010, de 29 de diciembre; ó 1097/2011, de 25 de octubre: a) como sustrato primario, la existencia de una banda armada u organización terrorista, lo que exige una pluralidad de personas, con 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. Por ello, su estructura suele ser particularmente compleja, dado que para la consecución de sus fines sus componentes asumen muy diversas funciones, facetas y actuaciones (informativas, ejecutivas u operativas), con objeto de lograr una coacción social dirigida a la imposición de sus objetivos finales; b) como sustrato subjetivo, tal 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 núm. 541/2007, de 14 de junio). El elemento determinante es, por consiguiente, el componente

asociativo, marcado por la asunción de fines y la voluntad de integrarse en dicha organización ilícita, sin perjuicio de la mayor o menor intervención en la misma, cuyo reflejo se plasma en la diferenciación penológica que antes disciplinaba el art. 516 entre promotores, directores y directivos de cualquiera de sus grupos, frente a los meros integrantes de las citadas organizaciones, y ahora recoge el art. 571 CP, en sus incisos 1º y 2º, respectivamente.

El concepto de terrorismo acoge así a quienes pertenecen, actúan al servicio o colaboran con bandas armadas, organizaciones o grupos cuya finalidad sea la de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, concepto que no siempre se identifica con el de banda armada, sino que es la naturaleza de la acción cometida o proyectada lo que determina el carácter terrorista o no de la misma, para cuya comisión se constituye, o en la que incurre una vez constituida. El delito de asociación terrorista -como cualquier otro de asociación ilícita- no se consuma cuando en el desenvolvimiento de su actividad se cometen determinadas infracciones, sino desde que se busca una finalidad ya inicialmente delictiva, bastando con que se acredite alguna clase de actividad en la que se puede deducir que los integrantes de la asociación han pasado del mero pensamiento a la acción (STS núm. 290/2010, de 31 de marzo). Por consiguiente, obtenida la calificación como «terrorista» de la organización de referencia, serán automáticamente integrantes de la misma todos aquellos que, cumpliendo las exigencias de conocimiento de los fines, sean sus miembros, ya que quien forma parte activa, cualquiera que sea su cometido personal concreto con un designio terrorista, merece la denominación de «integrante». En conclusión, la condena por estos tipos legales no precisa de una participación concreta en actos violentos característicos de esta clase de delincuencia, por lo que las eventuales acciones concretas constitutivas de infracción penal autónoma son independientes del delito de integración y suponen sustratos de hecho diferentes (STS de 16.7.2004).

En cambio, para poder calificar una conducta como de «dirección», el sujeto deberá poseer, en el marco de la organización, la responsabilidad efectiva y autónoma de adoptar decisiones que orienten la actuación de la organización en cuanto a la comisión de delitos de manera organizada y además con la finalidad de subvertir el orden constitucional o de alterar

gravemente la paz pública. Por ello, el tipo penal más grave del art. 516.1 - actual art. 571.1 CP- únicamente comprenderá a los máximos directivos de la asociación (STS núm. 290/2010, de 31 de marzo, con cita de las SSTS núm. 2/2009, de 21 de enero, y 480/2009, de 22 de mayo). En esta última STS núm. 480/2009 también señalábamos que la locución «miembro activo» (o su equivalente «integrante») debe entenderse en el sentido de sujeto que, dentro de la organización, ocupe una categoría intermedia, tal como ha defendido un sector doctrinal, de modo que, sin ser un mero afiliado y ocupando alguna posición de mando, no llegue, sin embargo, a tener una función de alta dirección o alto mando, sino un mando meramente intermedio que no llega, por tanto, a ocupar la cúpula de la organización. El tipo penal más grave comprenderá, pues, sólo a los máximos directivos de la asociación, opción interpretativa que ya preconizaban las SSTS núm. 633/2002, de 21 de mayo, ó 550/2007, de 19 de enero, limitando la condición de «directivo» o «promotor» para el sujeto que tenga encargada la responsabilidad de una función determinada y que desempeñe la correspondiente tarea de mando o decisión sobre otra u otras personas con las que en común tenga el cometido de planificar o ejecutar las correspondientes acciones, siempre dentro de la estructura de la banda o grupo terrorista.

Desde el punto de vista formal, son innumerables los pronunciamientos de esta Sala (por todos, SSTS núm. 297/2009, de 20 de marzo; 952/2008, de 30 de diciembre; 924/2008, de 22 de diciembre; 841/2008, de 5 de diciembre; ó 503/2008, de 17 de julio) que establecen que el cauce casacional aquí utilizado no puede suponer otra cosa que la comprobación por este Tribunal de Casación de la correcta subsunción de los hechos declarados probados en los preceptos de orden sustantivo que integran el ordenamiento penal. Pero esa labor ha de partir, en todo caso, de un principio esencial, cual es el de la intangibilidad de la narración de hechos llevada a cabo por el Tribunal de instancia, a partir de la convicción que por el mismo se alcanza acerca de la realidad de lo acontecido, como consecuencia de la valoración del material probatorio disponible, que le es propia.

2. Los recurrentes se apartan de la narración histórica -quebrando así la intangibilidad fáctica exigible, por imperativo del art. 884.3º LECrim- para rebatir, nuevamente desde el cauce probatorio, lo afirmado

en el «factum» de la sentencia y, en concreto, en sus apartados 3º a 5º. Pero, ajustándonos a su tenor, ninguna dificultad ofrece la consideración de su integración y pertenencia a la organización terrorista ETA, pues se afirma, resumidamente, que la organización criminal delegó en ambos recurrentes y en algunos otros procesados *“la labor negociadora y de aglutinación del sector soberanista del País Vasco”*, dentro de la Izquierda Abertzale, habiendo seguido las pautas de ETA de forma activa y consciente, actuando bajo su tutela y dirección cuando desplegaron las distintas actividades relacionadas en los hechos, instrumentalizadas de este modo por ETA y a su directo servicio.

3. No obstante cuanto se acaba de exponer, en el caso de Arnaldo Otegui la Audiencia Nacional le atribuye además la condición de dirigente, lo que no encuentra auténtico paralelismo en el plano de los hechos probados, limitado a tal fin a una escueta referencia en el sentido de que este procesado y Rafael Díez Usabiaga *“ostentaban la superior categoría de responsables y promotores de la mencionada y novedosa estructura, trazando y transmitiendo las líneas de actuación que luego eran compartidas y seguidas por los otros tres acusados”*. Pero esta coordinación del grupo no justifica la catalogación como dirigente, al tenor de la doctrina jurisprudencial que ha quedado expuesta y que reserva tal categoría a la cúpula de la organización criminal. Desde dicho lacónico pasaje fáctico no queda debidamente justificada tal condición de dirigente, lo que tampoco resulta del FJ. 4º.a), directamente dedicado a la individualización de las penas. De hecho, a estos dos procesados se les viene a atribuir una posición similar a la de los demás recurrentes, asumiendo como único protagonismo respecto de éstos el control con los medios de comunicación. Dicho en palabras coloquiales, en ser la «cara visible» ante los medios de la nueva estrategia concebida por ETA.

Tampoco respecto de las reuniones en Francia se refleja dato alguno que justifique esa superioridad de mando en la toma de decisiones que, sin mayor análisis, le atribuye el órgano de instancia y que no se conecta directamente con el entramado directivo del núcleo etarra. De hecho, como el propio recurrente se encarga de recordar, una lectura íntegra de la sentencia combatida lleva a la diferente conclusión de que ejecutaron sus actividades desde un plano de igualdad con los restantes recurrentes.

En suma, excluida esa posición directiva que injustificadamente la sentencia atribuye a este procesado, los hechos que se le atribuyen deben reconducirse, a efectos de calificación, al art. 571.2 CP (antiguos arts. 515.2 y 516.2 CP).

Se estima así parcialmente el motivo, en los términos que quedan expuestos y con los efectos que más tarde se señalarán.

SÉPTIMO.- En último lugar, de nuevo por la vía del art. 849.1 LECrim y con carácter expresamente subsidiario respecto de las anteriores, invocan los recurrentes los arts. 72, 66 y 68 del Código Penal, que consideran asimismo conculcados con la sentencia de instancia. En el caso de Otegui, al no haber determinado la sentencia de instancia los soportes probatorios de su condena como dirigente de la organización terrorista, limitándose a señalar la *“persistencia en el tiempo de su criminal actuar, planificando, impulsando y ordenando la serie de contactos con otras personas, en aras a la elaboración de la nueva estrategia de ETA desarrollada en el seno de la Izquierda Abertzale”*, elementos que por sí solos no pueden fundamentar tal condición de dirigente frente a las insistentes manifestaciones de todos los acusados en el sentido de que actuaban en plano de igualdad, no dando prevalecencia alguna a las actuaciones de uno respecto de las de los demás. En cuanto a Arkaitz, ha sido condenado a ocho años de prisión bajo el único fundamento de actuar al margen de la legalidad durante un período de tiempo dilatado (f. 135 de la sentencia), pese a lo cual la sentencia no especifica período alguno, corto o largo, de actividad, que a lo sumo se extendería a un plazo de unos seis meses, lo que no justifica la separación de la condena respecto del mínimo legal.

1. Reiteradamente ha señalado esta Sala que la obligación constitucional de motivar las sentencias, expresada en el art. 120.3 de la Constitución, comprende la extensión de la pena. El Código Penal establece en su art. 66 las reglas generales de individualización, mientras que el art. 72 dispone que los jueces y tribunales razonarán en la sentencia el grado y extensión de la pena concretamente impuesta (STS núm. 218/2012, de 28 de marzo). Por su parte, el inciso 6º del art. 66.1 CP permite a los tribunales recorrer en toda su extensión la pena prevista para

el delito concreto de que se trate, debiendo fijarla en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad de los hechos, razonándolo en la sentencia. La individualización corresponde al tribunal de instancia, que ha de ajustarse a los criterios expuestos, de forma que en el marco de la casación la cuestión de la «cantidad» de la pena sólo puede ser planteada cuando haya recurrido a fines inadmisibles, haya tenido en consideración factores de la individualización incorrectos o haya establecido un «quantum» manifiestamente arbitrario.

También ha de señalarse que, aunque la necesidad de motivación del art. 120.3 CE alcanza en todo caso a la pena concreta impuesta, no puede establecerse la misma exigencia de motivación cuando se impone el mínimo legalmente previsto -necesaria consecuencia de la afirmación de la existencia del delito sin circunstancias que la modifiquen- que en aquellos otros casos en los que el tribunal considera procedente una exasperación relevante de la pena. En la medida en que se aleje del mínimo legal, se hará más patente la necesidad de explicar fundadamente la razón de la pena que se impone, motivación que en su corrección es controlable en casación por la vía de la corriente infracción de ley (AATS núm. 1881/2009, de 13 de julio; 1311/2009, de 27 de Mayo, y núm. 808/2009, de 16 de abril, siguiendo el criterio marcado por las SSTs núm. 1478/2001, de 20 de julio, y de 24 de junio de 2002).

Finalmente, procede recordar que, según Acuerdo de esta Sala de 20 de Diciembre de 2006, *“el Tribunal sentenciador no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas en concreto por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancie la causa”*.

2. Respecto de Arnaldo Otegui, la estimación parcial del motivo precedente y la consiguiente reconducción de los hechos hacia la modalidad básica de pertenencia o integración en organización terrorista del actual art. 571.2º CP (arts. 515.2 y 516.2 CP en su redacción anterior) conduce hacia un nuevo margen de penalidad, entre los seis y los doce años de prisión. Atendidas las concretas circunstancias del caso y, en particular, la reconocida asunción por este procesado de su relevante papel en el seno del grupo gestado por la organización criminal, captando a jóvenes que

dieran relevo generacional, transmitiéndoles el contenido del proyecto y colocándose él mismo al frente de la comisión en actos públicos, justifica la imposición de una pena de seis años y seis meses de prisión, con las mismas penas accesorias que fijó la sentencia de instancia por este espacio temporal.

3. En el caso de Arkaitz Rodríguez, su pertenencia a la organización terrorista ETA ha merecido en la instancia una pena de ocho años de prisión, con sus accesorias, que los Jueces «a quibus» justifican en el *“largo período temporal en que estuvieron actuando al margen de la legalidad, desarrollando las labores encomendadas para planificar y dar cauce a la nueva estrategia de la Izquierda Abertzale dirigida por ETA”* [FJ. 4º.b)].

No obstante, tal apreciación del Tribunal no se corresponde con el período al que, desde el «factum» de la sentencia, se circunscribe su actividad, realmente limitado a unos seis meses desde la primera reunión que se cita en el sindicato LAB hasta su detención, durante los cuales tampoco se describe la asunción por Arkaitz de actuaciones que conlleven un alto grado de peligrosidad, por lo que la separación en dos años respecto del mínimo legal de seis años de privación de libertad ha de reconocerse insuficientemente justificada. En consecuencia, la pena privativa de libertad debe ser reconducida a su mínimo de seis años, con las pertinentes accesorias que ya impuso la Sala de instancia, por este mismo periodo de duración.

Así pues, el motivo debe ser estimado respecto de ambos recurrentes, en la forma que queda expresada.

RECURSO DE RAFAEL DÍEZ USABIAGA.

_____ **OCTAVO.-** Encabeza su recurso denunciando, *ex arts.* 24.2 CE y 852 LECrim, que los escritos de conclusiones provisionales emitidos por el Ministerio Fiscal y por la acusación popular centraron la cuestión de la pertenencia a ETA de los procesados en el hecho de integrar BATERAGUNE, elemento que la sentencia de instancia descarta expresamente para atribuirles un hecho nuevo, consistente en formar parte de *«un organismo de coordinación y dirección en el seno de la Izquierda*

Abertzale» (sic), violando así las exigencias del principio acusatorio. Transcribe, para ello, los pasajes de los escritos acusatorios en los que se señalaban estos extremos, a lo que sigue la doctrina constitucional y de esta Sala en la materia, que considera aplicable al caso al declararse probado que BATERAGUNE existe y es algo ajeno a los procesados, no habiendo una pluralidad de denominaciones para una misma estructura, como tampoco de organismos de dirección en el seno de la Izquierda Abertzale.

El motivo es plenamente coincidente con el quinto de los formulados por los anteriores recurrentes, por lo que para evitar reiteraciones innecesarias debemos remitirnos a lo dicho en el f. 5º de esta resolución. Únicamente procede ahora añadir aquello que el propio recurrente aporta en los últimos apartados de su motivo, en lo que él mismo titula como *«posible explicación de la modificación sustancial del relato fáctico a la luz de lo acaecido en el juicio oral»* (sic) y donde subraya lo manifestado por uno de los funcionarios del C.N.P. que, a preguntas de las partes, refirió en el plenario que BATERAGUNE está integrado por miembros de EKIN, no teniendo constancia de que el aquí recurrente fuera militante de esta última. Ello mismo pone de relieve que, en contra de lo que habría de suponer una efectiva vulneración del principio acusatorio, en el acto de enjuiciamiento se suscitó debate y contradicción sobre la concreta cuestión que aquí se plantea, por lo que no es posible estimar una efectiva alteración sorpresiva de los hechos que constituían el objeto del proceso ventilado ante el Tribunal, lesiva de las garantías procesales y constitutiva de indefensión.

La convicción del Tribunal acerca de la actuación de los procesados al servicio de ETA trasciende así de su pertenencia o no a BATERAGUNE. Lo que el recurrente plantea afecta, en realidad, a cuestiones de suficiencia probatoria, en el entendimiento de que no resultó debidamente acreditado que sus actividades políticas y las de los restantes procesados estuvieran al servicio de la organización criminal. Pero semejante planteamiento excede de lo que es aquí objeto de análisis, debiendo examinarse desde otras perspectivas relacionadas con el derecho a la presunción de inocencia y el deber de motivar las resoluciones judiciales, que plantea en el siguiente motivo.

El motivo es desestimado.

NOVENO.- En segundo lugar, a través de los arts. 852 LECrim, 5.4 LOPJ y 24.2 de la Constitución, el recurrente considera quebrantado su derecho a la presunción de inocencia, al estimar que los indicios barajados por la Sala de instancia como fundamento de su condena en concepto de dirigente de una organización terrorista carecen de la solidez y calidad exigibles para desvirtuar dicho derecho fundamental. Pormenoriza para ello los diversos pasajes, fácticos y jurídicos, que afectan a la estrategia que a través de la documental obrante en las actuaciones se atribuye a ETA. Confronta estos datos con los indicios que respecto del recurrente y de los demás encausados condenados individualiza la Sala de procedencia, lo que desglosa en los siguientes apartados: 1) presentación pública del organismo o comisión de coordinación y dirección; 2) realización de reuniones reservadas; 3) desplazamientos a Francia; e 4) iniciativas.

Incide, finalmente, en los contraindicios que a su entender también dimanarían de las pruebas practicadas en la instancia, y que resume en: 1) debate durante los meses de octubre de 2009 a febrero de 2010; 2) debate sobre la estrategia de la Izquierda Abertzale; 3) enfrentamiento de posiciones sobre la estrategia a seguir entre la Izquierda Abertzale y ETA; 4) enfrentamiento de octubre de 2009; 5) conclusiones del debate de la Izquierda Abertzale; 6) actividad política y resoluciones de la Izquierda Abertzale tras la conclusión del debate, cada uno de los cuales desarrolla «in extenso». Al hilo de todo ello, considera que la inferencia indiciaria de sentido condenatorio expresada por la Audiencia Nacional no es sostenible en términos de racionalidad, no compadeciéndose con la realidad la posición mantenida por el Tribunal al negar a ultranza el conflicto o debate entre ETA y la Izquierda Abertzale para pretender ver en ello únicamente una operación «cosmética» por parte de la organización terrorista.

1. En este caso, la valoración probatoria que ha llevado a la condena en la instancia se concentra en el apartado B.2) del f. 3º, que desglosamos por indicios:

1.a. La sentencia comienza el estudio probatorio con un amplio análisis de las declaraciones prestadas por este procesado, considerando acreditado a través de ellas que desde mayo de 2008 Rafael D. Usabiaga viene ejerciendo como liberado sindical de LAB, con despacho en su sede

y asunción de funciones en materia de formación, información y asesoría en clave política y económica. El declarante atribuyó a estas funciones formativas la presencia de los diferentes documentos hallados en su despacho y, en algún caso, sobre su mesa de trabajo, produciéndose allí su detención el 13/10/2009 mientras se encontraba con Arkaitz.

Respecto del primero de los documentos, titulado «*Ezker Abertzaleko eredu organizatiboaren bilakaera/Evolución del modelo organizativo de la Izquierda Abertzale*», expone la Sala de instancia que no sólo ofrece una retrospectiva histórica de la Izquierda Abertzale, sino que además describe la evolución de ETA hasta la actualidad. Tiene en cuenta el Tribunal que el procesado, que atribuyó a una tercera persona la autoría del documento, reconoció haber adaptado algunos de sus apartados, como los dedicados a las asambleas y orígenes del marco organizativo de ETA, así como lo relativo a la integración de BATERAGUNE en EKIN, negando ser miembro de este órgano.

También se incautó en su despacho el documento «*Independentziaren bidetik Euskal Herria Elkartz/Foro o convergencia independentista*», éste sí elaborado íntegramente por el recurrente, según él mismo reconoció. Del amplio contenido del mismo que transcribe el Tribunal, destacaremos el último pasaje, relativo a la forma de lograr los objetivos soberanistas: “(...) *la evolución tiene que ser progresiva, teniendo la Izquierda Abertzale un «control» de los tiempos y de los pasos que puedan ir madurando el proyecto de articulación. Situaríamos dos fases diferenciadas: 1. 2010-2011: Etapa de creación y consolidación. Tendríamos que situar las siguientes referencias: Nazio Eztabaida: declaración con llamamiento a la articulación de un movimiento independentista; EA-IA 25-0: reflexión conjunta entre la Izquierda Abertzale y EA como embrión para impulsar espacios convergentes de mayor dimensión política, sindical y social; y 3-D: documento de Independentziaren bidetik Euskal Herria Elkartz con una pantalla humana potente. 2. 2012-2015: Llenar el año 2012 de actividades, como el Aberri Eguna y una huelga por la soberanía política y económica*”.

Un tercer documento, «*Epaiketarik ez; ilegalizaziorik ez, eskubideak denontzako/Juicios no; ilegalizaciones no; derechos para todos*», del que también se reconoció autor, critica la apertura de

procedimientos judiciales en la Audiencia Nacional, promoviendo la movilización de personas e instituciones vascas en contra de su continuación. Según recoge la sentencia, se dice en concreto: “(...) *en el marco de la ofensiva política que la Izquierda Abertzale debe trabajar para los próximos meses, se hace necesario articular, de forma sencilla pero eficaz, una iniciativa que active un espacio político, sindical y social bajo referencias que permitan a la Izquierda Abertzale disponer, por un lado, de una iniciativa dialéctica interpelativa y, asimismo, garantizar unos niveles de acumulación de fuerzas acordes con la coyuntura y dinámicas políticas globales que podamos impulsar en el próximo curso político. Necesitamos hacer pocas cosas pero muy potentes para que la exigencia de «condiciones democráticas básicas» (legalizaciones, juicios, Parot...) vaya(n) interrelacionadas o ensambladas al impulso de un proceso democrático que la Izquierda Abertzale deberá definir y proyectar adecuadamente*”. El documento concluye instando a la movilización social “*contra los procesos judiciales pendientes y, asimismo, contra las sentencias dictadas en otros casos*”, con referencia expresa al sumario 18/98 (caso EKIN).

1.b. Admitió también el recurrente la confección durante el primer semestre de 2009 de seis cartas incautadas en una memoria portátil y dirigidas a dos presos que cumplen condena por su inserción en EKIN, en las que les hacía partícipes de su estado de ánimo ante el debate interno surgido en la Izquierda Abertzale como consecuencia del cambio de estrategia.

En la sentencia se transcriben relevantes pasajes de las mismas. Reproducimos aquí por su importancia convictiva algunos de los que destaca el Tribunal y que corresponden a dos cartas que datan de febrero de 2009, redactadas entre sí en semejantes términos: “(...) *aquí estamos en pleno circo electoral gestionando la «miseria» que la coyuntura y nuestra terquedad nos han dejado para este 1 de marzo; trabajando por salir airosos y articular nuestra base social en las reflexiones y referencias que venimos planteando en los últimos meses; reflexiones y referencias que han abierto el debate en la «casa» -término que, como apunta el Tribunal, también emplea ETA en la «Comunicación General» de 2009 intervenida a Miren Zabaleta- que espero que sea productivo; por lo menos, da la impresión (de) que hemos abierto en canal el diagnóstico y las*

remodelaciones de la estrategia que arrastrábamos... ya veo que también en nuestra casa tenemos «mala gente» (...); es una «guerra sucia» que, a veces, te da ganas de marcharte a casa poniéndote en la lista del INEM. Te lo digo en serio. En estos meses lo hemos comentado más de una vez Ronaldinho -en referencia a Arnaldo Otegui- y yo. Y si hay algo que nos mueve es vosotras/os y nuestra propia historia. Si no, te lo juro, es para...pues, como te digo, está siendo duro y todavía queda mucho que trabajar; sobre todo en la empresa. Una empresa que se «renueva» con la represión y donde parece que la historia empieza desde que los que entran asumen tal o cual responsabilidad. Con todo esto te doy pistas de por dónde nos estamos moviendo. Las aguas están movidas y, además, pienso que ya era hora de que se moviesen después de lo que ha pasado en estos tres últimos años. Lo que ha pasado es de traca! (...). El pre-Burdeos y pos-Burdeos es para meterlo en un paréntesis en la historia de la empresa y, por supuesto, en lo que ello conlleva para todos y especialmente para los que más estáis sufriendo los platos rotos. (...) La gente ha tenido un «bajón» con la desaparición de los agarraderos electorales (tenía confianza de que habría algún conejo en la chistera) y le está costando entrar en campaña. Lo de EA estaba bastante bien encarrilado pero con las sacudidas de diciembre era muy difícil. Era una operación política en la que teníamos mucho que ganar pero que, evidentemente, había que apostar. Y en la «casa» se sigue teniendo miedo a apuestas de esa dimensión. Por eso siempre hay un TAV en el camino eh!. Pues ahora aquí andamos en la sede del «sindi» (como cuartel general no sé hasta cuándo?) con tu compañera de fatigas S. -en referencia a Sonia Jacinto-, Ronaldinho y algunos «jóvenes» en «comisión permanente»...; ahora prácticamente «trabajamos todos los días» como equipo operativo, aunque no «oficial», con S y cía”.

1.c. El recurrente fue uno de los participantes en la rueda de prensa del hotel Barceló-Costa Vasca de 16/03/2009, como él mismo admitió. La Audiencia relaciona este dato con el contenido de sus cartas del mes de marzo, que de nuevo tienen como destinatarios a los dos miembros de EKIN encarcelados antes señalados, a los que -tal y como entrecomilla la sentencia de instancia- se dirige de la siguiente manera: “(...) ya comentamos que estaba en marcha un debate abierto y profundo (en buena medida forzado por algunos con nuestras posiciones) sobre «de dónde venimos», «dónde estamos», «qué queremos en esta fase del proceso de

liberación» y «cómo». Una primera parte del debate está realizada y han existido avances notables en diagnóstico y líneas «gruesas» (brocha gorda) de estrategia política en todas sus dimensiones. La segunda parte es de concreción (brocha fina) y su correspondiente «hoja de ruta»”.

En concreta referencia a la rueda de prensa del trece de marzo, señala el procesado a continuación que era la presentación oficial del organismo o comisión como “*primera consecuencia de esa reflexión y «nueva» apuesta; ya no somos los de siempre, (...), sino que la «foto» identifica una reflexión y propuesta de «conjunto»; algunos es posible que anden despistados y que tengan que recular de los esquemas que han venido extendiendo de forma corrosiva e irresponsable. Pero tampoco estamos para echar cohetes; es decir, la situación no está consolidada, sigue siendo «frágil»; hay una evolución positiva pero existiendo tendencias a creer que «todo» es compatible, que esa reflexión y discurso puede complementarse con otras «cosas»... y eso nos podría llevar a otro atasco monumental. Tras el agerraldia -que la sentencia identifica con la rueda de prensa- habrá que ver cómo podemos dotarle de credibilidad a la apuesta y, sobre todo, buscar un primer punto de inflexión. ¿Las Europeas? Podría ser, pero los «socios» de EA han salido muy tocados de las elecciones y están en fase de desguace. Ya veremos. De todas formas la «ficha» LAB-ELA se está moviendo y, casi con seguridad, podemos converger en una Huelga General para finales de Mayo con tema de empleo y derecho a decidir (...). Así pues, el agerraldi ha sido un punto de inflexión «interno»; ahora nos falta buscar el «externo» para empezar a hacer un recorrido donde «todos» puedan aportar según sus responsabilidades; prácticamente todos los días estamos en una sede del «sindi» que se ha convertido en el centro de operaciones. Hasta cuándo? Según movamos fichas no hay que descartar que ellos también «sacudan» para condicionar y agujerear o debilitar la situación”.*

1.d. Otro indicio que sopesa el Tribunal al formar su convicción es el desplazamiento de este procesado a Francia en la madrugada del 30/04/2009, junto a Arnaldo Otegui, viaje que el recurrente justificó alegando que así se lo había pedido su acompañante para tratar de buscar apoyos a favor de sus tesis democráticas. Reconoció, igualmente, que se reunieron allí con Jokin Etxebarria -miembro de Batasuna en Francia y

antiguo componente del aparato político de ETA- y con Paco Aramburu - este último, militante de LAB- desde las 09:30 a las 18:00 horas de ese día.

1.e. El Tribunal de instancia da cuenta, por último, de algunas de las comparencias públicas del recurrente durante este periodo, abordando en ellas una línea reflexiva que la Audiencia considera en sintonía terminológica con la empleada por ETA en los documentos surgidos tras su debate interno, tantas veces citados, y previos al comienzo de la actividad del recurrente y de los restantes componentes de la comisión.

Se citan, como ejemplos, la participación activa del recurrente en dos actos electorales convocados por Iniciativa Internacionalista-La Solidaridad ente los Pueblos durante la campaña correspondiente a las elecciones al Parlamento Europeo.

Pero particular interés merecen dos artículos publicados poco después por el procesado, que la Sala también analiza. El primero de ellos data del 25/06/2009 y en él el procesado divide las opciones políticas dentro del territorio vasco en cuatro únicos grupos: PP-UPN, PSE-PSN, PNV e izquierda independentista, es decir, marca una clara separación entre el PNV y la Izquierda Abertzale, a la que señala como *“referencia incontestable”* para *“dotar de letra adecuada la música del polo soberanista-independentista”* que *“tiene que ser algo más que un sumatorio de siglas, tiene que ser más movimiento que bloque y debe ser un fenómeno ideológico y de masas que sitúe a este espacio político como carril central de una nueva transición política”*.

En el segundo artículo, publicado en la edición del diario Gara de 04/07/2009 bajo el título *«Madrid-Estrasburgo-Madrid»*, expresa: *“nuestra prioridad es capitalizar esta fase del proceso en un espacio político, sindical y social, capaz de dar cauce ideológico, de masas e institucional al soberanismo e independentismo vasco en una lucha por el cambio político y social que, con la referencia estratégica independentista, tenga como objetivo prioritario el reconocimiento del sujeto nacional vasco y el respeto a su voluntad democrática”*.

2. En línea con lo manifestado por los demás recurrentes, insiste el Sr. Díez Usabiaga -como ya hiciera en la instancia- en que el grupo que

formaban únicamente pretendía dinamizar un debate democrático en el seno de la Izquierda Abertzale, que tuvo su inicio con la ponencia «*Clarificando la fase política y la estrategia*» y concluyó con «*Zutik Euskal Herria*». A esta línea también irían dirigidos los tres documentos antes citados, total o parcialmente elaborados por él. Pero, como destacan los Jueces “a quo”, en ninguno de ellos planteaba el procesado, siquiera tangencialmente, el fin de la violencia por parte de ETA como paso previo para el logro de los fines que constituyen su ideario marxista y la propia independencia soberanista desde una actuación meramente democrática. Por el contrario, de su contenido se desprenden notables coincidencias con la estrategia marcada poco tiempo antes desde la organización criminal, lo que incluye pactos con grupos como EA o bien una participación activa en la promoción de huelgas y movilizaciones.

Del importante apartado que le dedica el Tribunal se desprende que uno de los principales elementos de convicción en el caso de este procesado dimana, indudablemente, de la relación de cartas que escribió a los dos presos vinculados a EKIN. Efectivamente, las reflexiones transcritas muestran con bastante claridad que el debate político se estaba produciendo en el propio seno de la organización, y no al margen y por contraposición a ella. De hecho, lamenta el recurrente en varios apartados epistolares la situación en la que se encuentran, con fuertes conflictos internos tras haberse producido una importante desestructuración de la banda armada en los últimos tres años, lo que hace necesarios nuevos debates de los que se sigan cambios. Las cartas también dan cuenta de contactos con estructuras políticas y sindicales como EA, LAB o ELA, coincidiendo de nuevo con las pautas marcadas desde el interior de la organización. En último término, el Tribunal también echa en falta aquí que, pese a las profundas reflexiones y pesares que transmite el recurrente a miembros directos de un órgano integrado en ETA como es EKIN y que se encuentran por ello cumpliendo condena, no figure mínima referencia a una sólida ruptura con la banda armada o bien se abogue por el final de la violencia terrorista, como punto de partida desde el que construir una nueva etapa estrictamente democrática. Por el contrario, tilda a los destinatarios de las cartas de «sufridores de los platos rotos» respecto de lo sucedido en Burdeos -donde es un hecho notorio que en el mes de mayo de 2008 se había producido la detención de la nueva cúpula etarra-, a lo que se

refiere como “*un paréntesis en la historia de la empresa*”, señalando también que «*la empresa*» está en fase de renovación tras la represión.

También tiene en cuenta el Tribunal las reflexiones de dos de las cartas que dan cuenta de las circunstancias en que se desarrolló la rueda de prensa con la que dio comienzo la andadura pública del grupo de procesados, y que el recurrente, tras referirse al “*debate abierto y profundo (en buena medida forzado por algunos con nuestras posiciones) sobre «de dónde venimos», «dónde estamos», «qué queremos en esta fase del proceso de liberación» y «cómo»*”, define como manifestación de una nueva apuesta, porque “*ya no somos los de siempre, (...), sino que la «foto» identifica una reflexión y propuesta de «conjunto»*”.

Otro elemento de convicción que atiende el Tribunal se sitúa en el viaje a Francia con Arnaldo Otegui. Como ya hemos visto, la realidad de este hecho resultó acreditada no sólo por las actas policiales de seguimiento, sino también por el reconocimiento expreso por parte de ambos implicados, convirtiéndolo así en un indicio válido como prueba. Respecto de su relevante valor convictivo, también ahora nos remitimos a cuanto hemos apuntado con anterioridad.

Se suman a todo ello las comparencias públicas de este acusado, de las que ha de destacarse esa doble referencia a la actuación separada de la Izquierda Abertzale frente al PNV y la capitalización del proceso por la primera en un espacio político, sindical y social de masas, ideario político defendido en sus artículos periodísticos que, una vez más, coinciden con las pautas estratégicas marcadas en lo político por la organización desde diciembre de 2008.

A la vista de todo ello, y sin perjuicio de lo que luego se dirá sobre el grado de integración en la banda criminal, no puede sino considerarse razonable la decisión de condena emitida en la instancia, habiendo subrayado el Tribunal cuantos datos conducen a estimar de forma fundada que el ahora recurrente actuó a instancias de ETA en los diversos actos públicos de aquellos meses, que incluso él mismo define en una de sus cartas como «circo electoral» de cara a las elecciones vascas de 1 de marzo de 2009.

Se desestima la queja.

DÉCIMO.- En último término y a través del cauce de la infracción de ley (art. 849.1º LECrim), cuestiona la aplicación del art. 517.1 del Código Penal en su actual redacción (debe entenderse referido al actual art. 571 CP), equivalente a los arts. 515.2º y 516.1º de su redacción vigente al tiempo de los hechos, pues la sentencia recurrida le atribuye la superior categoría en el seno de la organización, como responsable y promotor del organismo de coordinación y dirección encargado de llevar a cabo la planificación y gestión de la nueva línea estratégica de ETA, cuando de los hechos probados en verdad se desprende que carecía de capacidad de adopción autónoma de decisiones que afectarían directamente a la organización terrorista o a sus miembros. Tampoco de las pruebas practicadas y analizadas en la sentencia es posible obtener semejante conceptualización de los hechos en la forma que se le atribuyen, colisionando además esta calificación con la jurisprudencia sentada a tal fin por este Tribunal Supremo. Concluye manifestando que lo único que parece distinguir al recurrente y a Arnaldo Otegui de los restantes procesados es su proyección pública: así, la sentencia atribuye a este último la condición de «portavoz autorizado» con funciones de comunicación pública mediante entrevistas, ruedas de prensa, etc., y coloca al aquí recurrente en igual condición pese a haber asumido tareas mucho menos relevantes, tales como escribir algunos artículos y participar en mítines de Iniciativa Internacionalista durante la campaña electoral correspondiente a los comicios europeos de junio de 2009, protagonismo que en el caso de ambos carece de la intensidad y relevancia necesarias como para dar acogida a la figura de dirigente de una organización terrorista.

1. El actual art. 571.1 CP -equivalente al art. 516.1º CP en su redacción anterior a la LO 5/2010, de 22 de junio- eleva las penas para quienes asuman roles de promoción, constitución, organización o dirección de organizaciones o grupos terroristas, lo que, como ha quedado expresado con anterioridad, esta Sala de Casación ha venido relacionando con la asunción de responsabilidades efectivas y autónomas en la toma de decisiones en su seno, que orienten la actuación de la organización de manera programada hacia sus fines últimos de alteración del orden constitucional.

2. Asiste razón al recurrente cuando afirma que nada hay en la descripción histórica que apunte sólidamente hacia la condición de dirigente de la organización terrorista que se le imputa en la sentencia, pues la simple afirmación de que, en plano de igualdad con Arnaldo Otegui, ostentaba la superior categoría de responsable y promotor de una novedosa estructura, encargada de trazar y transmitir líneas de actuación, no sólo no se corresponde con la actividad que ulteriormente se le atribuye, sino que tampoco justifica esa posición de mando directo desde la cúpula de la organización criminal, a la que esta Sala reserva dicha modalidad agravada. Tampoco a través de las diversas comparecencias públicas y actividades en que participó durante esos meses pone de relieve un poder de dirección, sino por el contrario la asunción del cometido de transmitir al exterior directrices internas y mandatos recibidos de la banda armada, en ejecución de esa faceta de desdoblamiento político acordado en los documentos en los que así lo había decidido la organización y a los que se han hecho anteriores referencias.

Tal tipo de actuación, de segundo grado, sí justifica la subsunción jurídica en el delito de integración en organización terrorista, previsto en los arts. 515.2 y 516.2 CP vigente al tiempo de los hechos y, actualmente, en el art. 571.2 CP. En orden a la individualización de las penas correspondientes, se considera ajustada a la intensa y multidisciplinar actividad desarrollada por el acusado durante ese tiempo, al servicio de los planes de la organización terrorista, una pena de seis años y seis meses de prisión, con sus correspondientes accesorias.

Así pues, el motivo debe ser estimado en tales únicos términos.

RECURSO DE SONIA JACINTO GARCÍA Y MIREN ZABALETA TELLERÍA.

_____DECIMOPRIMERO.- El primero de los motivos de su recurso conjunto hace referencia a la denegación de prueba pertinente (art. 850.1 LECrim), que las recurrentes vinculan a las testificales señaladas bajo los números 36 a 47 del escrito de calificación provisional emitido por su defensa. Corresponde tal proposición a diversos periodistas que, habiendo mantenido contacto con las procesadas, habrían podido ratificar los diferentes artículos y entrevistas que sí admitió la Sala «a quo» como

prueba documental. Vinculan también su queja a «*una serie de políticos que, perteneciendo a diferentes partidos o formaciones, habían mantenido relación con los acusados*» (sic), sin especificar de quién o quiénes se trata, como tampoco su necesidad, más allá de la referencia a que, a través de sus testimonios, podría haberse conocido «*qué les habían dicho los acusados, cuáles eran sus propuestas, qué pretendían, etc., de cara a poder acreditar la intencionalidad de su actuación*» (sic). Argumentan que la propia Sala de enjuiciamiento rectificó su criterio inicial en el acto de la vista, rechazando la incorporación como nueva documental del acta notarial suscrita por varios testigos cuya comparecencia se había denegado y aceptando entonces, «*motu proprio*», que comparecieran como testigos.

Se limitan las recurrentes a una formulación genérica e imprecisa de su queja, incumpliendo de este modo los presupuestos formales exigibles, según constante jurisprudencia de esta Sala, lo que justificaría su inadmisión de plano. No obstante, examinadas las actuaciones al amparo del art. 899 LECrim, constatamos en cuanto al fondo que las aquí recurrentes comparecieron en las actuaciones mediante una defensa única, ejercitada también respecto de Arnaldo Otegui, Arkaitz Rodríguez y un quinto procesado que resultó absuelto en la instancia, presentando en tal calidad un único escrito de conclusiones provisionales (f. 1476 a 1508; tomo IV del rollo de sala). Por lo tanto, se trata de los mismos testigos cuya reclamación plantean Arnaldo Otegui y Arkaitz Rodríguez en el tercero de los motivos de su recurso, más amplio en la solicitud probatoria de estos últimos. A la vista de ello, habiendo recibido contestación su propuesta en el f.J. 3º de esta sentencia, acordándose entonces su rechazo, debe tenerse por reproducido en este momento cuanto allí ha sido expuesto para fundamentar la decisión desestimatoria.

DECIMOSEGUNDO.- Como segundo motivo, plantean estas procesadas la vulneración de su respectivo derecho a la presunción de inocencia (arts. 24.1 CE y 852 LECrim), que consideran incólume pese a la profusión de pruebas practicadas en el acto de la vista. En línea con los argumentos vertidos por los restantes recurrentes, tachan de incierto que se reunieran por mandato de ETA, que hubieran sido elegidas por ésta para desarrollar su estrategia política, que complementaran con su actuación los análisis de la organización creando un órgano de dirección dentro de la Izquierda Abertzale, que dirigieran dicho organismo transmitiendo ideas y

mandatos de ETA, así como que formaran parte de la organización y tomaran parte en su debate interno. Estiman, en cambio, acreditado que no son BATERAGUNE, habiendo actuado en paralelo y al margen de dicho organismo, mediante reuniones autónomas, alejadas de otras estructuras de la Izquierda Abertzale y dirigidas a elaborar el documento que fue discutido en el seno de esta última frente a la ponencia elaborada por ETA. Despliegan a continuación los detalles por los que cada indicio valorado por la Sala de instancia como base de su convicción no puede tenerse por concluyente en el sentido pretendido por el Tribunal de procedencia, al ser admisibles otras interpretaciones más acordes con las reglas de la lógica, por lo que la Audiencia yerra gravemente en su análisis probatorio.

1. En relación con Sonia Jacinto [apartado B.5) del f.3], la Audiencia refleja cómo a través de su declaración en el plenario se tiene constancia de que fue el cauce vehicular entre Arnaldo Otegui, al que visitaba en prisión, y los también procesados Arkaitz y Miren, a los que transmitió el ideario que a su vez aquél le comunicó. Como en el caso de los restantes recurrentes, Sonia negó que formaran grupo bajo la cobertura de ETA, con quien también negó cualquier tipo de relación, como con BATERAGUNE. Reconoció, no obstante, su estancia en Ezpelette del 21/07/2009 *“porque querían abrir un debate en la zona de Ipar Euskal Herria”*. Y su asistencia y participación en las reuniones del sindicato se estima acreditada tanto a través de su reconocimiento expreso como de las actas de vigilancia policial, que así lo señalan respecto de los días 17 de abril, 19 de junio, 20 y 23 de julio, 4 y 5 de agosto, 10 y 28 de septiembre, y 13 de octubre. De igual modo, en otros pasajes de la fundamentación probatoria se destaca su situación junto a Arnaldo Otegui en la mesa de LAB el día de su detención.

Finalmente, como hemos visto, entre las pruebas que la Audiencia vincula a Rafael D. Usabiaga figuran varias cartas, que en algún caso hacen referencia a la recurrente como integrante de la comisión o grupo con presencia permanente y relevante en las actuaciones desplegadas desde el sindicato.

Cuanto antecede permite estimar, con la Sala de instancia, que la recurrente ostentó un papel importante no sólo en la formación del grupo o comisión, pues a ella se debió la captación de otros jóvenes como Miren o

Arkaitz, sino también en el desarrollo de sus actividades, ya señaladas. La vinculación de éstas a las directrices previamente confeccionadas por ETA ha sido ya analizada en otros apartados de la presente sentencia, a cuyo contenido nos remitimos. Su consciencia o conocimiento por la recurrente nos lleva también a lo señalado para Arkaitz, con quien presenta notables similitudes.

2. El apartado B.3) del f. 3º de la sentencia está dedicado al acervo probatorio que afecta a Miren Zabaleta y que lleva a la Audiencia Nacional a estimarla integrada en ETA. La Sala inicia su reflexión con el estudio de las declaraciones de esta procesada, quien, al igual que en el caso de Arkaitz, manifestó que fue reclutada por Sonia para formar parte de la naciente comisión, habiéndole explicado directamente Arnaldo Otegui a finales de 2008 los planteamientos del debate estratégico-democrático. En línea con los demás recurrentes, Miren recalcó que su actuación era meramente política, siendo su común pretensión defender el independentismo vasco desde vías exclusivamente democráticas, alejadas de la utilización de la violencia, en las que nadie -incluida ETA- les marcaba directrices, sino que ellos mismos eran la «cara del debate» y recibían propuestas que sometían a discusión sobre el futuro de la Izquierda Abertzale. Tal era el fin con el que Miren se habría reunido a principios de 2009 con diversos representantes vascos como Adolfo Araiz, Florencio Aoiz, Koldo Castañeda o Santos Indakoetxea, *“con el objetivo de recabar opiniones”*. Reconoció también su asistencia activa a las reuniones del sindicato LAB, con esta misma finalidad, todo lo cual se desarrollaba abiertamente, sin ocultar ni reuniones ni citas. Admitió, asimismo, haber viajado a Ezpelette el 21/07/2009, señalando que se juntaron en la plaza del pueblo con más gente.

Finalmente, reconoció que en su domicilio fueron intervenidos diversos documentos y, entre ellos, unas cartas que su pareja le había remitido desde prisión, donde se hallaba como consecuencia de una actuación policial frente a Batasuna, así como otros tres documentos que tenía depositados en una mesa de su domicilio y que una amiga suya se disponía a llevarse en una mochila instantes antes de que se procediera a practicar el registro de la vivienda.

Entre los documentos incautados en su domicilio, figura el denominado «*BTGNari. Komunikazio Orokorra 0906/Al BTGN Comunicación General 0906*», que, según su versión, una tercera persona le había hecho llegar por fotocopia a finales de septiembre o principios de octubre de 2009 y en la que aparecían opiniones de distintos sectores, incluyendo la propia posición de la banda armada a favor de la estrategia político-militar, coincidiendo así con las fechas de elaboración de la ponencia «*Mugarri*». Los Magistrados destacan la enorme importancia de este documento, en la medida en que en él ETA se dirige a BATERAGUNE haciendo balance de las acciones ya desplegadas desde la Izquierda Abertzale como consecuencia de las directrices marcadas desde la organización. El examen del documento (art. 899 LECrim), que consta en castellano a los f. 1606 a 1621 del tomo IV de instrucción y en euskera a los f. 2716 a 2725 del tomo VI del rollo de sala, nos permite constatar las reflexiones que se efectúan desde la organización criminal y que, como expresa la Sala de instancia, no sólo se centran en el Aberri Eguna, en la huelga general y en las elecciones vascas y europeas, sino que se pronuncian contundentemente respecto de la guerra psicológica del «enemigo» y la defensa que desde la organización debe hacerse de la Izquierda Abertzale respondiendo «ofensivamente y con decisión» frente a los ataques a la misma. Como también expresa la Audiencia, en dicho documento ETA se muestra además muy crítica con el apoyo prestado desde la Izquierda Abertzale a Iniciativa Internacionalista, en lugar de a EA, para las elecciones europeas, recordándoles el papel dominante en el proceso soberanista que ostenta la organización y, por ende, la sumisión a su superior criterio. El documento incluye un balance de la situación del momento, lamentando la organización que se les haya hecho llegar un informe aún incompleto sobre el rumbo a seguir por la Izquierda Abertzale y el núcleo de su línea de trabajo, y proponiendo la organización como título del mismo el de «*Diseño del Proceso Democrático*». También se detalla un amplio catálogo de objetivos, tácticos y estratégicos, que debe seguir la Izquierda Abertzale, lo que afecta a lo que deben ser sus prioridades para los próximos cinco años, adelantando ya una serie de objetivos que la Izquierda Abertzale debe conseguir en el curso político 2009-2010.

Otro de los documentos intervenidos a la amiga de Miren, procedente de su vivienda, es el titulado «*Contexto y retos en esta fase*

política», en el que, según analiza la Audiencia, también se fijan objetivos con los que la Izquierda Abertzale pretende superar el bloqueo del proceso político para ganar el cambio político y social.

La Audiencia también deja constancia de diversas testificales relacionadas con esta procesada. Así, la amiga de Miren admitió que acudió al domicilio de ésta tras conocer que había sido detenida y que, recordando que sobre una mesa tenía cartas que aquélla recibía de su pareja desde la cárcel y otras anotaciones personales, decidió recogerlas porque formaban parte de su vida personal e íntima. Aseguró la testigo que “*no miró los papeles que se llevó*” y que simplemente tomó cuanto había sobre la mesa, no obstante lo cual reconoció no tener permiso de Miren para ello. Pero la relevancia de una decisión como la tomada por la testigo, adoptada «*motu proprio*» y ejecutada con premura tras conocer la detención de su amiga, asumiendo además cierto riesgo para sí -como lo demuestra el hecho de que fuera sorprendida por los agentes antes de consumir su propósito-, no puede entenderse fruto de una actuación meramente impulsiva, sino consciente, en cuanto al valor que los documentos cuya desviación y ocultamiento intentó podrían llegar a tener. Tal conducta difícilmente se justifica desde la pura casualidad, máxime teniendo en cuenta que no se señalan como retirados otros documentos que los ya citados y que, por ello, llevan a estimarlos en verdad elegidos o seleccionados por la testigo.

El Tribunal también deja constancia de algunos aspectos relacionados con los representantes vascos con los que Miren había mantenido encuentros, y que también declararon como testigos en el plenario, los cuales, vinculados en unos casos a la antigua Herri Batasuna o a su Mesa Nacional y, en otros, al sindicato LAB, reconocieron la realidad de estas entrevistas, en las que Miren actuaba “*en nombre de Arnaldo y de Rafael*” y únicamente con el propósito de transmitirles un proyecto democrático, reconociendo algunos de ellos haber mostrado opinión para la elaboración de ponencias como «*Clarificando*», «*Alsasua*» o «*Zutik*». El Tribunal expone las razones por las que considera teñidas de parcialidad las manifestaciones así vertidas por estos testigos, bien por amistad, bien por coincidencia ideológica, por lo que no le merecen credibilidad, si bien en último término tampoco habrían de incidir en su convicción incriminatoria, derivada del restante material probatorio señalado.

Finalmente, además del reconocimiento expreso de la procesada, dan cuenta del viaje a Ezpelette y de las reuniones a las que Miren asistió en LAB los días 17 de abril, 20 y 23 de julio, 4, 10 y 28 de septiembre de 2009, las actas policiales. También estuvo presente en la rueda de prensa del 16/03/2009.

Ha de convenirse con la Sala de procedencia en que, aun prescindiendo del material que, según refiere el f. 105 de la sentencia, se considera deficitariamente incorporado al debate contradictorio del plenario, el que aquí ha quedado expuesto y que recoge las líneas generales del apuntado por el Tribunal de enjuiciamiento como base de su convicción permite entender razonablemente que, al igual que los anteriores recurrentes, Miren Zabaleta formó parte del grupo que, libre y conscientemente, había asumido las directrices recibidas de la organización criminal en lo político, como objetivo prioritario para esos meses. La recurrente ostentaba dentro de la comisión un significado papel, en igualdad de rango al de sus otros cuatro compañeros. Clara muestra de ello los son, por un lado, sus reuniones en solitario y en nombre de Otegui o Usabiaga con los políticos y otros representantes vascos antes citados, o su coincidente viaje a Ezpelette. Por otro, la presencia del documento «*BTGNari. Komunicazio Orokorra 0906/Al BTGN Comunicación General 0906*» en su domicilio esclarece cualquier duda que pudiera subsistir en el plano subjetivo sobre el conocimiento por Miren de los planes de la organización. De hecho, que una amiga suya se presentara inmediatamente en su domicilio para tratar de hacerlo desaparecer evidencia aún más el claro convencimiento de la trascendencia que su simple posesión pudiera tener en caso de ser localizado.

El motivo, en consecuencia, es desestimado respecto de ambas recurrentes.

DECIMOTERCERO.- Formalizan dos motivos más sobre materias que han sido tratadas ya con anterioridad. El tercero, por vulneración del derecho a un juicio con todas las garantías en relación con el principio acusatorio, con invocación del artículo 24 C.E.; y el cuarto por infracción de ley ex artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

por aplicación indebida de los artículos 515.2 y 516.1 y 2 C.P. en su redacción previgente (artículo 571.1 y 2 actual).

Ambos motivos deben ser desestimados.

El primero se refiere a la existencia dada por las acusaciones del organismo de dirección política denominado BATERAGUNE, sosteniendo que los acusados formaban parte del mismo, cuando la sentencia no da este hecho como probado. De esta cuestión nos hemos ocupado extensamente al dar respuesta a los motivos quinto de Otegui Mondragón y Rodríguez Torres y primero de Díez Usabiaga, argumentos que deben darse aquí por reproducidos pues el alcance de la denuncia es idéntico.

El cuarto motivo, por ordinaria infracción de ley, coincide con el sexto de los primeros y tercero del citado Díez Usabiaga. En realidad su desarrollo se endereza a denunciar la falta de prueba y combatir la valoración de los indicios por parte de la Audiencia Nacional. Olvidan las recurrentes que el motivo por infracción de ley planteado exige el respeto de los hechos que la sentencia declare probados, impidiendo alegaciones jurídicas en notoria contradicción e incongruencia con aquéllos (artículo 884.3 LECrim.). Es cierto que la jurisprudencia ha admitido que las inferencias del tribunal pueden ser reconducidas, especialmente cuando se refieren al tipo subjetivo, a través de la infracción de ley. Sin embargo, en el presente caso, en el motivo precedente sobre presunción de inocencia ya nos hemos ocupado sobre la razonabilidad de las conclusiones de la Sala de instancia a propósito de la pertenencia de las acusadas a la organización ETA al menos durante el lapso de tiempo al que se contraen los hechos enjuiciados. Como reconocen en su escrito, en la sentencia se afirma que las recurrentes son, junto a otros acusados, "*sujetos directamente receptores de las órdenes impartidas por ETA*", que "*ETA encomendó a los acusados nombrados la formación del organismo o comisión de coordinación y dirección*" o que a los acusados se les encargó, al margen de BATERAGUNE, "*planificar y gestionar la nueva estrategia de acumulación de fuerzas soberanistas*", habiéndonos ocupado de esta clase de colaboración en los fundamentos precedentes. Todo ello sin perjuicio ex artículo 903 LECrim. en relación con lo dicho al estimar parcialmente el recurso de Rodríguez Torres, de hacer una nueva individualización de la pena de estas recurrentes en la segunda sentencia.

DECIMOCUARTO.- Ex artículo 901.1 LECrim. las costas de los recursos deben declararse de oficio.

III. FALLO

Que debemos declarar **HABER LUGAR PARCIALMENTE** a los recursos de casación por infracción de ley dirigidos por **ARNALDO OTEGUI MONDRAGÓN, ARKAITZ RODRÍGUEZ TORRES y RAFAEL DÍEZ USABIAGA** y por extensión (artículo 903 LECrim.) a los de **SONIA JACINTO GARCÍA y MIREN ZABALETA TELLERÍA** frente a la sentencia dictada por la Sala de lo Penal, sección cuarta, de la Audiencia Nacional en fecha 16/09/2011, en causa seguida a los mencionados por delito de pertenencia a organización terrorista, casando y anulando también parcialmente la misma, declarando de oficio las costas de los respectivos recursos.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

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

11773/2011P

Ponente Excmo. Sr. D.: Juan Saavedra Ruiz

Fallo: 28/03/2012

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

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA Nº: 351/2012

Excmos. Sres.:

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

En nombre del Rey

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

SENTENCIA

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

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

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

I. ANTECEDENTES

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

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

III. FALLO

Mantenemos los pronunciamientos de la sentencia dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, sección cuarta, dictada en la presente causa el 16/09/2011, a excepción de la cuantía de la pena privativa de libertad impuesta a los procesados, que será de seis años y seis meses, a cada uno de ellos, para **ARNALDO OTEGUI MONDRAGÓN** y **RAFAEL DÍEZ USABIAGA**, como autores de la modalidad básica del delito de pertenencia o integración en organización terrorista prevista en el actual artículo 571.2 C.P., excluyendo el grado de dirigentes, y seis años también a cada uno de los acusados **ARKAITZ RODRÍGUEZ TORRES**, **SONIA JACINTO GARCÍA** y **MIREN ZABALETA TELLERÍA**, con la inhabilitación especial acordada por la Audiencia por el tiempo de las respectivas condenas.

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

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

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

En el primer motivo de su recurso, antes aludido, al amparo del artículo 851.6º de la LECrim, ambos recurrentes, que han sido condenados como autores de un delito de pertenencia a organización terrorista, se quejan de que han dictado sentencia Magistrados cuya recusación había sido planteada en tiempo y forma y fue rechazada. Señalan los recurrentes, aunque en realidad el motivo se refiere al primero de ellos, que quienes han dictado la sentencia que ahora se impugna son los mismos miembros del tribunal que enjuició los hechos objeto del procedimiento abreviado nº 365/2005 del Juzgado Central de instrucción nº 4, en el que se acusaba al recurrente Otegui de un delito de enaltecimiento del terrorismo. En aquel juicio oral, se dice, la Presidenta dirigió una pregunta al acusado y al no ser respondida realizó valoraciones que demostraron la falta de imparcialidad. Dictada sentencia el ahora recurrente interpuso recurso de casación, alegando, entre otros motivos, falta de imparcialidad, que fue estimado por esta Sala en ese aspecto concreto, casando la sentencia y ordenando la repetición del juicio. En vista de la sentencia, y con apoyo en su contenido, el recurrente formuló incidente de recusación respecto de los Magistrados designados para formar el tribunal de enjuiciamiento que luego dictaron la sentencia que ahora se impugna. Se alegaba en el incidente, según se dice en el motivo, que existía una predisposición contraria al recusante puesta

de manifiesto en la vista oral de aquel juicio y en la sentencia posterior, lo cual crea una sensación subjetiva de desconfianza en la imparcialidad del tribunal que está objetivamente justificada por la actuación previa de los magistrados que lo componen. La recusación fue desestimada sobre la base de que el delito de enaltecimiento del terrorismo y el de pertenencia a organización terrorista son distintos y que, por ello, el prejuicio exteriorizado por la magistrada que presidía el tribunal en aquel caso con respecto a la participación del recurrente en el primer delito, no alcanza al enjuiciamiento de dicho acusado por el segundo. Alegan también que en el curso del juicio oral, la magistrada presidente del tribunal preguntó a la acusada Miren Zabaleta su opinión sobre si un tiro en la nuca era violencia política, y que al testigo Sr. Etxebarria le manifestó que no lo consideraba imparcial. Señalan los recurrentes que a lo largo de la sentencia se observa que uno de los elementos probatorios que se tienen en cuenta para afirmar que los acusados pertenecen a ETA es que en ningún momento han condenado sus actuaciones violentas, citando al efecto varios pasajes concretos de la sentencia que impugnan. Todo ello, señalan, es una muestra clara de la toma de posición o prejuicio del tribunal ante lo que va a juzgar. Concluyen los recurrentes diciendo que la presidenta del tribunal transmitió animadversión y su conducta acarrea dudas sobre su imparcialidad, las cuales se refuerzan o confirman dado el contenido de la sentencia.

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

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

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

De la misma forma, el TEDH ha señalado en su sentencia de 2 septiembre 1998 Caso Kadubec contra Eslovaquia, que “...el derecho a un proceso justo, del que el derecho a que la causa sea oída por un Tribunal independiente es un componente esencial, ocupa un lugar importante en una sociedad democrática”.

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

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

Ha añadido, además, que la primera siempre se presume, salvo prueba en contrario, y que aunque el punto de vista del interesado debe ser

tenido en cuenta, no juega un papel decisivo, ya que lo que importa es si sus recelos pueden considerarse objetivamente justificados.

3. El Tribunal Constitucional, por su parte, ha aceptado igualmente la distinción, aunque le ha venido atribuyendo un significado diferente, pues se refiere de un lado a una imparcialidad subjetiva, que entiende que garantiza que el Juez no ha mantenido relaciones indebidas con las partes, en la que se integran todas las dudas que deriven de las relaciones del Juez con aquéllas, y, de otro lado, una imparcialidad objetiva, es decir, referida al objeto del proceso, por la que se asegura que el Juez se acerca al *thema decidendi* sin haber tomado postura en relación con él, acercándose al mismo “sin prevenciones en su ánimo” (STC nº 126/2011, con cita de la STC 44/2009).

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

4. El Tribunal Constitucional, en la STC 156/2007, razonaba que, causas “...significativas de tal posible inclinación previa objetiva son la realización de actos de instrucción, que pueden suponer un contacto con el litigio que dificulte su correcto enjuiciamiento posterior; la adopción de decisiones previas que comporten un juicio anticipado de culpabilidad; o la intervención previa en una instancia anterior del mismo proceso (SSTC 157/1993, de 6 de mayo, F. 3; 299/1994, de 14 de noviembre, F. 3; 162/1999, de 27 de septiembre, F. 5; 151/2000, de 12 de junio, F. 3; STEDH de 23 de mayo de 1991, caso *Oberschlick*, §§ 48 a 52) o, más en

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

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

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

5. Tanto el Tribunal Constitucional (STC 106/1989, y STC 36/2008, entre otras muchas) como el TEDH, este último desde la STEDH Caso *Hauschildt*, de 22 de junio de 1989, exigen un examen del caso concreto para establecer la trascendencia que previos contactos con el objeto del proceso, o el *thema decidendi*, hayan podido tener en la imparcialidad del juez, o más bien en la consideración como justificadas de las sospechas sobre la falta de la necesaria imparcialidad. Y así, ha afirmado que “...la realización por el Juez de cualquier decisión previa al enjuiciamiento conectada con la causa no determina la pérdida de su imparcialidad, sino que esto sólo se producirá cuando la actividad jurisdiccional previa haya supuesto la exteriorización de un juicio anticipado de culpabilidad, aunque sea de carácter indiciario o provisional, lo que ha de enjuiciarse en atención a las circunstancias del caso y a los

términos empleados en el pronunciamiento previamente emitido” (STC 36/2008).

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

SEGUNDO.- Como se ha dicho más arriba, vienen a alegar los recurrentes que la Magistrada que presidía el tribunal de enjuiciamiento, dadas sus manifestaciones y su actitud en un anterior juicio celebrado en una causa en la que se acusaba al recurrente Arnaldo Otegui Mondragón, sentía animadversión contra el acusado y tenía prejuicios respecto de los hechos aquí enjuiciados, todo lo cual le hacía perder la necesaria imparcialidad, o, al menos, hacía surgir en el acusado recurrente una sospecha sobre tal imparcialidad que debería considerarse objetivamente justificada.

1. De esta forma, parecen alegar, y no solo desde la perspectiva procesal de la pertinencia de la recusación, sino sobre la más profunda del derecho a un juez imparcial, aunque no hagan referencia expresa a la Constitución, la concurrencia de los elementos propios de la causa de recusación consistente en enemistad manifiesta, (artículo 219.9ª de la

LOPJ), entendida en sentido amplio como enemistad no derivada estrictamente de relaciones personales, así como la contenida bajo la denominación de haber participado en la instrucción de la causa o haber resuelto ésta en anterior instancia (artículo 219.11ª de la LOPJ), también interpretada en sentido amplio comprensivo de cualquier actuación anterior que hubiera permitido al juez o magistrado tomar contacto con la cuestión y formar una opinión acerca de los hechos que se enjuician en el proceso en el que la recusación se plantea.

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

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

2. Como hemos dicho antes, la intervención de un magistrado en un proceso anterior por otros hechos, aunque éstos presenten similitudes con los que se enjuician en el proceso en el que se pretende establecer la falta de imparcialidad, o el conocimiento de la existencia de condenas anteriores por otros hechos, generalmente no impide juzgar nuevas imputaciones, cuando pueda afirmarse que se trata de hechos diferentes. O, al menos, no lo impide por sí solo. Lo que puede afectar a la imparcialidad es que, como

consecuencia o en relación con las primeras actuaciones, hayan surgido en el juez concretos sentimientos de animadversión o de hostilidad contra el acusado, o bien haya podido establecer ya un prejuicio sobre los nuevos hechos, todo lo cual, de otro lado, necesita ser debidamente probado.

4. En el caso, los recurrentes se basan en primer lugar en lo ocurrido en otra causa anterior. En esa causa se acusaba y se condenó al ahora recurrente como autor de un delito de enaltecimiento del terrorismo, por haber realizado unas determinadas manifestaciones. El juicio fue anulado por esta Sala al resolver el recurso de casación, entendiendo que, por las razones que allí se consignaban, las sospechas sobre la falta de imparcialidad de la magistrada cuya imparcialidad ahora nuevamente se cuestiona, podían considerarse objetivamente justificadas. Aunque, como hemos dicho, el mero hecho de que la misma magistrada haya intervenido en los dos procesos no supone por sí mismo pérdida de imparcialidad en el segundo, siempre que el *thema decidendi* de ambos sea diverso, ha de reconocerse que la circunstancia expuesta puede dar lugar a recelos. La cuestión es entonces determinar si pueden considerarse objetivamente justificados.

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

Es claro que ambos delitos se basan en hechos diferentes, y se componen de elementos típicos distintos, de manera que, desde un punto de vista abstracto y general, la formación de una opinión acerca de la concurrencia de los elementos fácticos correspondientes al primer delito como consecuencia de la prueba practicada en aquel juicio no implica que igualmente la magistrada hubiera formado opinión adelantada acerca de la existencia de los hechos en los que aquí se imputa al acusado haber participado, como base para la condena por el segundo delito. Dicho con otras palabras, el convencimiento en el juez de que una persona ha hecho unas declaraciones en las que se enaltece el terrorismo que merecen ser incardinadas en el artículo 578 del Código Penal, no supone necesariamente el mismo convencimiento respecto de la existencia de los hechos, distintos, que demuestran que esa misma persona está integrada en

la organización terrorista cuyos actos fueron enaltecidos. O, desde otra perspectiva, el enaltecimiento del terrorismo supone la emisión de una opinión favorable al mismo, mientras que la pertenencia a la organización terrorista exige una vinculación a su estructura, por lo que la condena por el enaltecimiento no implica la condena por la pertenencia. Ni siquiera puede decirse que alguno de los elementos del primer delito formen parte de la descripción típica del segundo, pues la integración en organización terrorista no exige actos públicos de enaltecimiento de su actividad ilícita.

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

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

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

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

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

significado añadido que le confiere su alineamiento en la trayectoria observada sobre ese particular por un partido que ha prodigado un entendimiento del fenómeno terrorista que, cuando menos, lo presenta como reacción inevitable a una agresión primera e injusta del Estado agredido por el terror”.

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

En consecuencia, aunque la negativa a condenar el terrorismo, por sí sola y aisladamente considerada no demuestra adhesión a aquel o a quienes lo practican, en atención a las circunstancias, puede ser valorada como un elemento relevante (la medida en que lo sea depende de los demás elementos probatorios) para establecer la pertenencia del acusado a la organización. Lo mismo que pudo serlo para afirmar que determinadas frases o expresiones suponían un acto de enaltecimiento del terrorismo.

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

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

3. En el caso, debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que el prejuicio, cuya existencia se alega, y que resulta de la sentencia 31/2011 dictada por esta Sala, consiste exactamente en la opinión previa al juicio de que el acusado no condenará la violencia de ETA. Pues efectivamente, al afirmar entonces que ya sabía, de antemano, que no iba a responder al preguntarle si condenaba esa violencia, puede entenderse razonablemente que la Magistrada pudo haber exteriorizado de alguna forma su opinión de que, con independencia de las pruebas y dijera lo que dijera el acusado, sus palabras tratando de explicar el sentido de las manifestaciones que constituían la base de aquella imputación nunca se podrían interpretar como una condena de la violencia terrorista de ETA, porque conocía ya su falta de voluntad de realizar tal condena.

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

Cuando tiene lugar el incidente que se examina, solamente se había procedido al interrogatorio del recurrente por parte de su defensa, ya que, como se ha dicho, acogiéndose a sus derechos como acusado había comunicado que no respondería a otras preguntas. En sus manifestaciones en el curso del citado interrogatorio había manifestado, tal como se recoge en la sentencia, que su intención no era enaltecer el terrorismo, ya que

"solo pretendía apelar a una negociación pacífica, política y democrática, y solicitaba la liberación de los presos políticos vascos en España y Francia". Con independencia de la valoración de estas aclaraciones, que correspondería realizar en la sentencia, de ello se desprende que su declaración tenía un contenido claramente exculpatario, atribuyendo a las palabras entonces pronunciadas un significado ajeno a lo que podría considerarse enaltecimiento del terrorismo y desde luego no coincidente con el que le asignaban las acusaciones. Como se ha expuesto antes, la intención y el sentido con los que se utiliza el lenguaje es un elemento decisivo en esta clase de delito.

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

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

la oportunidad de hacer uso de la última palabra. En otros términos, se exterioriza antes de que el juicio oral llegara a su fin.

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

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

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

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

hecho, antes de examinar las pruebas disponibles, que estaba probada la negativa del acusado a condenar en ningún caso la violencia de ETA, considerando luego esta actitud como un elemento decisivo para afirmar su pertenencia a esa organización.

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

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

Nada impide que un órgano jurisdiccional razone expresamente en sus resoluciones acerca de extremos como los antes relacionados u otros similares, al valorar la prueba sobre la concurrencia de elementos objetivos o subjetivos relevantes para el sentido de lo que se resuelve. Pero las facultades que la ley atribuye al presidente del tribunal durante el juicio se regulan con la finalidad de asegurar la corrección del proceso, concretamente del acto del plenario, y de garantizar la efectividad de los derechos de las partes.

El TEDH, aunque refiriéndose a la utilización de la prensa, ya recordó en la STEDH de 16 septiembre 1999, Caso Buscemi contra Italia, que la exigencia superior de la justicia y la naturaleza de la función judicial, impone que se exija "...a las autoridades judiciales llamadas a

juzgar la mayor discreción, con el fin de garantizar su imagen de jueces imparciales”, incluso “...cuando sea para responder a provocaciones”.

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

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

Por todo lo anterior, entiendo que el motivo debió ser estimado, y debió acordarse la devolución de la causa al Tribunal de origen, para que, con un tribunal compuesto por magistrados diferentes, procediera al señalamiento y celebración de un nuevo juicio oral.

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

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

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

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

La tesis incriminatoria que se sostiene por el Tribunal de instancia aparece resumida en el folio 37 de la sentencia recurrida, dentro del apartado de la fundamentación. Allí se dice que la Audiencia *“ha podido constatar, por el resultado probatorio que más adelante se examinará, que los acusados Arnaldo Otegui Mondragón y Rafael Díez Usabiaga han realizado actos criminales que se enmarcan en la modalidad agravada de promoción y dirección, en tanto que los acusados Miren Zabaleta Tellería, Arkaitz Rodríguez Torres y Sonia Jacinto García han participado activamente en la modalidad simple de pertenencia activa a organización terrorista. Todos ellos formaban parte de un grupo escogido de las filas de la Izquierda Abertzale que, en plena connivencia y siguiendo las superiores directrices de la organización terrorista ETA, en la que se*

hallan integrados, diseñaban una estrategia de acumulación de fuerzas políticas soberanistas, que incluían a grupos políticos alejados de los designios de dicha organización terrorista y excluían al PNV, en aras de la consecución de la independencia del País Vasco y la implantación de un Estado socialista revolucionario. Objetivo que pretendían alcanzar mediante el uso preferente de la contienda política, pero sin abandonar la lucha armada, a la que de modo meramente utilitarista y táctico mantenían en segundo plano a fin de conseguir más adhesiones por parte de formaciones políticas remisas a compartir los postulados terroristas de ETA. En este reducido grupo de personas, indudablemente los dos primeros acusados desempeñaban tareas de impulsión, responsabilidad y coordinación, y ejercían evidente influencia y predominancia respecto de los otros tres acusados”.

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

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

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

la sentencia impugnada y que se exponen literalmente en los siguientes términos:

“1º. Las reuniones reservadas que los acusados mantuvieron en la sede del sindicato LAB en la capital donostiarra, después de la presentación pública del nuevo organismo o comisión efectuada el día 16 de marzo de 2009, a la que también acudieron personas representativas de los diversos sectores de la Izquierda Abertzale; de tales reuniones no se extendían actas, para evitar la difusión externa de lo tratado.

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

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

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

Y 5º. La palmaria ausencia de actuaciones en los acusados que denoten un verdadero y real distanciamiento de las tesis armadas y amparadoras de la violencia defendidas y ejecutadas por ETA, a cuya organización terrorista no critican cuando comete atentados sino que, muy

por el contrario, reprochan a los órganos constitucionales del Estado la situación existente, por pretender acabar policialmente con la organización terrorista y no querer retomar el proceso de diálogo y negociación tantas veces roto”.

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

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

Y en resoluciones posteriores (SSTC 111/2008 y 109/2009) ha considerado como requisitos imprescindibles para que opere la prueba indiciaria los siguientes: 1) que el hecho o los hechos base (o indicios) estén plenamente probados; 2) los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos base completamente probados; 3) para que se pueda comprobar la razonabilidad de la inferencia es preciso que el órgano judicial exteriorice los hechos que están acreditados, o indicios, y sobre todo que explique el razonamiento o engarce lógico entre los hechos-base y los hechos-consecuencia; y 4) finalmente, que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común o, en palabras de la STC 169/1989, de 16 de octubre, “en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida

y apreciada conforme a criterios colectivos vigentes” (SSTC 220/1998, 124/2001, 300/2005, 111/2008, 111/2011 y 126/2011).

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

Y en cuanto a la constitucionalidad de la racionalidad y solidez de la inferencia en que se sustenta la prueba indiciaria puede establecerse tanto desde el *canon de su lógica o cohesión* (de modo que será irrazonable si los indicios acreditados descartan el hecho que se hace desprender de ellos o no llevan naturalmente a él), como desde su *suficiencia o calidad concluyente* (no siendo, pues, razonable la inferencia cuando sea excesivamente abierta, débil o imprecisa). Se considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia en este ámbito de enjuiciamiento cuando la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada (SSTC 229/2003, 263/2005, 123/2006 y 66/2009).

Este Tribunal de Casación también tiene establecido de forma reiterada que la prueba indiciaria, indirecta o circunstancial presenta dos perspectivas relevantes para el control casacional: a) desde el punto de vista formal, deben constar los indicios o hechos-base plenamente acreditados que permitan acceder mediante un juicio de inferencia al hecho-consecuencia; el razonamiento de inferencia también ha de ser debidamente explicitado en la sentencia; y b), desde un punto material, el control casacional se contrae en la verificación de que existan varios indicios plenamente evidenciados, o uno de singular potencia acreditativa, de naturaleza inequívocamente incriminatoria, que no estén destruidos por

contraindicios, que se refuercen entre sí, y que permitan obtener un juicio de inferencia razonable, entendiendo tal razonabilidad como "enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano", en términos del art. 1253 del Código Civil (SSTS. 1085/2000, de 26-6; 1364/2000, de 8-9; 24/2001, de 18-1; 813/2008, de 2-12; 19/2009, de 7-1; y 139/2009, de 24-2).

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

En efecto, el Tribunal sentenciador expone en el fundamento tercero de su resolución la motivación relativa a la prueba que le permite inferir los hechos que declara probados. Sin embargo, su discurso argumental no se ajusta a la metodología analítica de la prueba indiciaria que se exige por el Tribunal Constitucional y por esta Sala. Pues lo que hace realmente es recoger en tres apartados (A, B y C) todos los datos probatorios que le han llevado a su convicción, datos que va exponiendo sin un examen crítico ni un análisis racional de los distintos elementos de prueba. Se limita, pues, a recoger en la fundamentación de la sentencia los distintos documentos intervenidos a ETA y a los acusados, las intervenciones en público de estos, los informes policiales, las declaraciones judiciales de los acusados y de los testigos, sin hacer un distinguo claro de lo que considera prueba de cargo y de descargo y sin explicar cómo operan en el caso unas y otras. Y, lo que es más importante todavía, sin expresar cuáles son los juicios de inferencia que le llevan en el caso concreto desde los hechos indiciarios probatorios a los hechos-consecuencia probados, ni cuáles son las máximas de experiencia o las reglas de la lógica de lo razonable que aplica, ni la calidad o el grado de probabilidad inferencial que se obtiene en cada supuesto.

Lo procedente era exponer los hechos indiciarios incriminatorios y acto seguido argumentar, como requiere la jurisprudencia, con los razonamientos inferenciales y engarces lógicos que conducen desde tales hechos-base a los hechos declarados probados, especificándose así el grado de calidad o suficiencia del juicio de inferencia y también si, en el caso concreto, emergían o concurrían otras hipótesis fácticas alternativas que

debilitaran el juicio probatorio al propiciar otras versiones de los hechos que pudieran favorecer a los acusados por introducir un margen de duda razonable en el argumento inferencial de cargo. Ese análisis individual y de conjunto de la capacidad explicativa de los indicios incriminatorios no se hace en la sentencia.

Una vez ejecutados los pasos anteriores, también tenían que recogerse los indicios de descargo o contraindicios, para determinar a continuación en qué medida propiciaban a través de juicios de inferencia hipótesis fácticas alternativas contrarias o simplemente diferentes a las que se obtienen de los indicios incriminatorios de las acusaciones. Ello permitiría dilucidar si la hipótesis incriminatoria centrada en este caso en que los acusados pertenecen a la organización terrorista ETA se fundamenta en una inferencia excesivamente abierta, inconsistente o débil, o si, por el contrario, su plausibilidad indiciaria alcanzaba el grado de certeza exigible para sustentar una condena penal.

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

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

resultará, obviamente, imprescindible ponderar asimismo el importante acervo de contraindicios que concurren en el caso.

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

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

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

El **segundo documento** de ETA que reseña la Audiencia data de diciembre de 2008 y se titula "*Herri antolatuen estrategia independentista baterantz. Nazio estrategia askapen prozesuaren ergile/Hacia la estrategia independentista de una nación organizada. La estrategia nacional como motor del proceso de liberación*". Se afirma en la sentencia impugnada que con motivo de cumplirse en el año 2009 el 50

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

Por último, el **tercer documento de ETA** que la Sala de instancia considera relevante para constatar la autoría delictiva de los recurrentes data de la primera semana de junio de 2009, y se titula "*BTGNari. Komunikazio Orokorra 0906 /Al BTGN. Comunicación General 0906*". En él, dice la sentencia cuestionada, ETA se dirige a "Bateragune" y hace balance de las acciones desarrolladas por la Izquierda Abertzale en cumplimiento de la planificación diseñada en diciembre de 2008, seguida por la Izquierda Abertzale en el documento de marzo de 2009 sobre valoración de las elecciones en el País Vasco y el camino a realizar de cara al futuro. ETA —señala la Audiencia— muestra su acuerdo sobre los actos llevados a efecto con motivo del Aberri Eguna unitario y la huelga general unitaria, pero muestra su desacuerdo con la opción de apoyar para las elecciones europeas del 7 de junio de 2009 a Iniciativa Internacionalista-La Solidaridad entre los Pueblos, en lugar de la candidatura de Eusko Alkartasuna, admitiendo una crisis de liderazgo y recordando la primacía de su papel en la dirección y tutela del proceso soberanista que, en su nueva estrategia, estaba planificando y gestionando la Izquierda Abertzale a través de los acusados (folios 13,14 y 69 y ss. de la sentencia).

Pues bien, estos tres documentos de ETA son considerados por la Audiencia como indicios incriminatorios fundamentales para acreditar la tesis que se sostiene en la sentencia sobre la responsabilidad criminal de los cinco acusados. Tesis que se centra en la afirmación de que "*estos se constituyeron en sujetos directamente receptores de las órdenes impartidas por ETA (en cuya organización terrorista están insertos) a la*

Izquierda Abertzale (a cuyo complejo organizativo sectorial aquellos pertenecen). ***ETA encomendó a los acusados nombrados la formación del organismo o comisión de coordinación y dirección que, en el seno de la Izquierda Abertzale, llevara a efecto la planificación y gestión de la nueva línea estratégica de acumulación de fuerzas políticas soberanistas que aquella organización terrorista ordenó en diciembre de 2008 que se creara, bajo su tutela y superior supervisión, en aras a la culminación del proceso independentista y de implantación del socialismo en los territorios que hoy agrupa a las Comunidades Autónomas de Euskadi y Navarra***” (folio 10 de la sentencia).

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

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

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

En lo que respecta a la segunda afirmación inculpativa: *que los acusados están insertos en la organización terrorista*, la infiere la Sala del hecho de que ejecutaran las órdenes de ETA en cuanto a la línea política a seguir. De forma que podría entenderse que cualquier sujeto que siguiera la

línea que le marcara ETA en el ámbito político, aunque esta fuera como en este caso opuesta a la violencia, pasaría a ser miembro de la organización, dado que esta mantiene una doble estrategia y no había abandonado en ese momento la lucha armada.

2. Como **indicios que complementan** a los referidos documentos cita la sentencia recurrida, con carácter prioritario, el dato de que la Izquierda Abertzale elaboró el documento titulado "*Eaeko hausteskundeen balorazioa eta aurrera begirako ildoak/Valoración de las elecciones en la Comunidad Autónoma Vasca y camino a realizar de cara al futuro*", documento que data de marzo de 2009. En él —dice la Audiencia— se contiene una planificación para el conjunto organizativo del Movimiento de Liberación Nacional Vasco de actuaciones a desarrollar durante los meses de marzo a junio de 2009. En concreto se diseña un proceso de convergencia en cuatro etapas: Aberri Eguna unitario el día 12 de abril de 2009; primero de mayo unitario; huelga general el día 21 de mayo de 2009 de todos los agentes políticos y sociales soberanistas; y la candidatura soberanista única en las elecciones europeas convocadas para el día 7 de junio de 2009. Ello supone, según la sentencia recurrida, una concreción y desarrollo por la Izquierda Abertzale de la iniciativa de ETA fechada en diciembre de 2008, pues ambos documentos presentan similitudes esenciales, cuales son la fijación como objetivo de una alianza independentista a través de la aglutinación de fuerzas de ese cariz y la exclusión del PNV de cualquier acuerdo de convergencia.

También cita el Tribunal de instancia la rueda de prensa celebrada el día 16 de marzo de 2009 en el Hotel Barceló-Costa Vasca de San Sebastián, en la que comparecieron los ahora recurrentes, excepto la acusada Sonia Jacinto, acompañados de otras diez personas integrantes de varias organizaciones integradas en la Izquierda Abertzale. Señala la sentencia que en ese acto actuó de portavoz Arnaldo Otegui, que proclamó (“siguiendo las pautas marcadas por ETA en diciembre de 2008, ya mencionadas”) la necesidad de poner en marcha una estrategia independentista eficaz basada en sumar las fuerzas de quienes desde el campo político, sindical, social y popular estén dispuestos a unirse para abrir un proceso democrático que sitúe a los trabajadores en su eje. Para ello anunció que en las siguientes semanas su labor se centraría en contrastar sus análisis con otras fuerzas que también aspiren a construir un

Estado. Según el referido portavoz, ese intento de unir esfuerzos tendría dos objetivos. Por un lado, "abrir el proceso democrático que necesita Euskal Herria, para que por medio de la negociación y el acuerdo nos lleve a un escenario político en el que todos los proyectos políticos, incluidos el independentista, no sólo sean defendibles sino que sean también alcanzables, *sin más limitación que la voluntad popular expresada de forma libre, democrática y pacífica*". Por otro lado, hay que "volver a situar a los trabajadores y a los sectores populares de este país en el centro de los intereses políticos, económicos y sociales de Euskal Herria".

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

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

Con el mismo perfil incriminatorio, recoge la Sala sentenciadora como indicio complementario de los tres documentos capitales reseñados al inicio una entrevista a dos miembros de ETA en el periódico Gara,

publicada el día 25 de mayo de 2009 (folios 68 y 69 de la sentencia). El carácter inculpatario del documento periodístico obedece a que en el curso de la entrevista los etarras mostraron una postura favorable a la iniciativa emprendida a través de la rueda de prensa celebrada el 16 marzo de 2009 en San Sebastián por cuatro de los acusados y otras diez personas.

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

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

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

TERCERO. Frente a la tesis de la sentencia recurrida de que los acusados actuaron como meros mandatarios ejecutores de la nueva línea estratégica de ETA, asumiendo así lo que esta les ordenaba como integrantes de la organización, concurren, como anticipé, otras hipótesis fácticas alternativas. Entre ellas, sobresale la que sostiene que los acusados actuaron siguiendo una línea política autónoma y no como meros mandatarios ejecutores de las consignas de ETA. De modo que se

ajustaban a unos criterios de actuación en el marco de la política vasca que, defendiendo una opción soberanista e independentista en el ámbito político, se oponían de forma patente a la aplicación de cualquier medio violento para alcanzar sus objetivos políticos. Por lo cual, no cabría inferir indiciariamente ni su sumisión a las órdenes de ETA ni su integración en la organización terrorista.

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

1. Para empezar, he de precisar algunas quiebras argumentales en la interpretación inculpativa que hace la Audiencia sobre **los tres documentos de ETA** que se han especificado en el apartado 1 del fundamento anterior. Pues, en primer lugar, el documento titulado "3. *Aurrera begirako ildoak: Fase politikoaren ezaugarritzea/Línea de actuación de cara al futuro, caracterización de la fase política*", que data de la primavera de 2008, nada relevante aporta en orden a la tesis inculpativa de la sentencia, habida cuenta que en él, tal como se admite por el Tribunal de instancia, ETA sigue manteniendo la doctrina terrorista tradicional de la doble vía; es decir, el llamado desdoblamiento estratégico militar y político, dándole prioridad a la lucha armada, tal como se afirma en la propia sentencia recurrida (folios 7 y 8). No se desprende por tanto de ese documento una nueva vía estratégica orientada a la postergación de la lucha armada.

2. El segundo documento: **"Herri antolatua en estrategia independentista baterantz. Nazio estrategia askapen prozesuaren ergile/Hacia la estrategia independentista de una nación organizada. La estrategia nacional como motor del proceso de liberación"**, que data de diciembre de 2008, es al que atribuye una especial trascendencia la

Audiencia en su convicción incriminatoria, al considerar que da un giro al planteamiento recogido en el documento de la primavera de 2008 antes mencionado, puesto que ahora hace primar, a efectos puramente estratégicos, la línea política sobre la lucha armada, a la que deja en un segundo plano, pero sin abandonarla.

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

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

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

De otra parte, tampoco presenta una especial significación, en contra de lo que dice la Audiencia, la coincidencia de las actividades de la Izquierda Abertzale con motivo del Aberri Eguna o del Gudari Eguna y lo

que se expone en el documento, dado que la Izquierda Abertzale acostumbra a movilizarse con motivo de tales celebraciones. Y en cuanto a la intervención en las elecciones al Parlamento Europeo, tal como se argumentará al tratar el tercer documento, aportan mayores argumentos exculpatorios que incriminatorios contra los acusados.

Sí se considera, en cambio, que presentan especial relevancia en el plano fáctico y también en el jurídico los criterios que aplicó el Tribunal Constitucional cuando, en su sentencia 61/2011, de 22 de mayo, conoció del recurso de amparo interpuesto por la coalición electoral "Bildu-Eusko Alkartasuna-Alternatiba Eraikitzen" contra la Sentencia de 1 de mayo de 2011, dictada por la Sala Especial del art. 61 LOPJ del Tribunal Supremo en los recursos contencioso-electorales núms. 2/2011 y 4/2011.

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

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

el derecho de participación política que en el presente recurso de amparo está en juego. Se trata de conductas ajenas, en este caso documentos ajenos, que lo único que acreditan es la referida estrategia de la organización terrorista y del partido político ilegalizado, pero no la instrumentalización de la coalición electoral al servicio de dicha estrategia” (fund. 8).

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

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

Así las cosas, si el Tribunal Constitucional no considera suficiente prueba indiciaria la existencia del referido documento y de otros más que cita en la misma línea política, para entender que la coalición electoral que aparece integrada por Bildu es un mero instrumento de ETA y de algún partido ya ilegalizado, y por tanto estima el amparo y anula la ilegalización de la Coalición que había decidido la Sala Especial del art. 61 de la LOPJ,

no parece razonable asumir la especial relevancia de esos mismos documentos para inferir no la mera ilegalización de una coalición electoral y la limitación por tanto del derecho de sufragio pasivo (art. 23 de la CE), sino nada menos que para colegir indiciariamente la base fáctica de una condena penal a importantes penas privativas de libertad. De modo que se fundamente, como sucede en la sentencia recurrida y en la mayoritaria de la que discrepo, que los documentos citados son una prueba especialmente relevante para considerar que la actividad política de los cinco acusados — apartada de la violencia, a la que incluso de forma expresa y específica denuestan en sus diferentes declaraciones como medio para hacer política— sirvan como prueba documental consistente para privar de libertad a una persona durante varios años.

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

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

Y es que si la prueba indiciaria alberga siempre un importante grado de complejidad al ponderar su eficacia verificadora debido a que el juicio inferencial entre el hecho-base y el hecho-consecuencia se sustenta en máximas de experiencia, reglas del criterio humano y criterios colectivos vigentes que deben instrumentarse con suma cautela, tales

recelos se incrementan todavía en mayor medida en supuestos como el enjuiciado, en el que los hechos indiciarios no aparecen integrados por datos empíricos singulares y de una estructura sustancialmente naturalística, sino más bien en documentos programáticos de una organización terrorista de los que se pretende extraer en la sentencia, mediante inferencias siempre tácitas, que una actuación política próxima en el tiempo que presente una coincidencia con los objetivos políticos que aparecen en tales documentos ha de integrar a los activistas en la organización armada.

Las pruebas aportadas por la acusación, sobre todo los documentos de ETA y otros que se relacionan con el mundo abertzale, tienen una importancia insoslayable a hora de fundamentar las demandas de los procedimientos de ilegalización de los partidos políticos, en cuanto que se trata de constatar la permanencia en la actividad política de partidos ya ilegalizados. Sin embargo, las cosas cambian sustancialmente cuando se pretende fundamentar la condena penal por delitos de terrorismo de varios sujetos que se hallan detrás de esos partidos. Aquí las pruebas ya no pueden reducirse a acreditar la conexión o vinculación entre documentos y entre grupos de personas, sino que han de proporcionar datos concretos relativos a hechos individuales de los acusados y a conductas personales que los incriminen. Y lo que se observa mediante un examen global de esta causa que ahora enjuiciamos es un déficit probatorio derivado de aplicar un tipo de investigación idóneo para ilegalizar partidos políticos pero insuficiente y precario cuando se trata de probar conductas punibles de unos sujetos determinados. Ni los medios de investigación pueden tener el mismo objetivo e igual nivel de concreción, ni tampoco la calidad y consistencia de las inferencias probatorias han de ser las mismas en unos procedimientos y en los otros.

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

estrategia de ETA que en su contenido político postulara la misma tesis política soberanista o secesionista.

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

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

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

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

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

Me refiero en concreto al apartado de la sentencia en el que la Audiencia afirma que ETA muestra su desacuerdo con la opción de apoyar

para las elecciones europeas del 7 de junio de 2009 a Iniciativa Internacionalista (Izquierda Castellana), en lugar de la candidatura soberanista de Eusko Alkartasuna, admitiendo una crisis de liderazgo y recordando la primacía de su papel en la dirección y tutela del proceso soberanista (folios 69 y 70 de la sentencia).

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

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

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

ello. Teníamos como prioridad en la Izquierda Abertzale la opción de Hostoa ("El árbol", en clara referencia al logotipo de Eusko Alkartasuna). Esa opción aun así no pudo salir” (folio 71 de la sentencia).

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

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

Y sobre el mismo informe de la Izquierda Abertzale dice también ETA en el documento lo siguiente: "*ETA manifiesta que es un informe incompleto; debía explicar cuál era el rumbo de la Izquierda Abertzale y el núcleo de la línea de trabajo. Pero no se hace eso. El informe se podría titular 'Diseño del Proceso Democrático', pero no es el informe de la estrategia política; el informe es parcial y en esa parcialidad se trabaja solamente sobre el diseño del Proceso Democrático y sobre el camino para llegar a eso; ese informe no puede ser el informe de la estrategia de la Izquierda Abertzale, porque es totalmente parcial. Es un informe hecho desde la equívoca óptica de la necesidad del Proceso. Ese informe puede servir para debatir sobre el diseño del Proceso Democrático, pero ese diseño del Proceso vuelve a reunir muchos puntos de vista que no son compartidos por la Organización. Nos irrita enormemente que se siga debatiendo sobre un modelo de proceso que no es compartido por la Organización*" (folio 73 de la sentencia).

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

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

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

CUARTO. 1. Un examen aparte merece, entre los cuatro indicios incriminatorios de la resolución recurrida que restan por examinar, el relativo a la **no condena de la violencia de ETA** por parte de los acusados.

Una lectura exhaustiva de la sentencia permite comprobar que la Audiencia acaba convirtiendo la no condena de la violencia de ETA en un argumento que repite reiteradamente en el curso de toda la fundamentación. Cada vez que aflora algún dato o contraindicio que debilita la hipótesis fáctica acusatoria, circunstancia que sucede con asiduidad en el desarrollo de la sentencia, la Audiencia aplica siempre el mismo antídoto argumental: acude al hecho apodíctico de que los acusados no cuestionaron ni condenaron la violencia de ETA ni exigieron que esta abandonara la lucha armada.

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

Sobre este extremo referente a la omisión de la condena de los actos violentos de ETA ha argumentado el Tribunal Constitucional en su sentencia 126/2009, de 21 de mayo (en la que anula la ilegalización de la proclamación de la candidatura a las elecciones a Diputados del Parlamento Europeo de la coalición electoral “Iniciativa Internacionalista–La Solidaridad entre los pueblos”), que *“la negativa a condenar expresamente el terrorismo no es, por tanto, indicio bastante para acreditar per se una voluntad defraudatoria como la contemplada por el art. 44.4 LOREG. Más bien sucede que su contrario, la condena inequívoca, constituye un contraindicio capaz de desacreditar la realidad de una voluntad de ese cariz deducida a partir de indicios suficientes”* (STC 68/2005, de 31 de marzo). Doctrina que volvió a reiterar en la sentencia 62/2011, de 5 de mayo.

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

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

Como es sabido, en los procesos penales el acusado, a tenor de lo que preceptúa la norma suprema del ordenamiento jurídico, no está obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable (art. 24.2 CE). Y en el mismo sentido dice el art. 520 de la LECr.: toda persona detenida o presa será informada de su derecho a guardar silencio no declarando si no quiere, a no contestar a alguna o algunas de las preguntas que se le formulen, o a manifestar que solo declarará ante el Juez.

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

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

Por ello, discrepo de los argumentos del fundamento tercero (apartado 1) del voto particular relativo a la falta de imparcialidad del Tribunal de instancia cuando, basándose en la jurisprudencia que cita del Tribunal Constitucional y de la Sala del art. 61 del Tribunal Supremo relativa a recursos contenciosos-electorales, acaba concluyendo que la negativa a la condena del terrorismo puede ser valorada como un elemento relevante para establecer la pertenencia del acusado Arnaldo Otegui a la

organización terrorista ETA. Pues en un proceso penal la negativa a declarar sobre cualquiera de los extremos fácticos objeto de la causa no puede operar como prueba de cargo contra el acusado, debiendo ser contemplada únicamente como una oportunidad perdida de debilitar o desvirtuar la prueba de cargo que obra en su contra.

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

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

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

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

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

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

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

Y así, en la **sentencia 26/2010, de 27 de abril**, el Tribunal Constitucional argumentó lo siguiente: *“pone el acento también la demandante en la improcedencia de utilizar su silencio en juicio como elemento fundamentador del pronunciamiento condenatorio. A este respecto, hemos afirmado que "ante la existencia de ciertas evidencias objetivas aducidas por la acusación como las aquí concurrentes, la omisión de explicaciones acerca del comportamiento enjuiciado en virtud del legítimo ejercicio del derecho a guardar silencio puede utilizarse por el Juzgador para fundamentar la condena, a no ser que la inferencia no estuviese motivada o la motivación fuese irrazonable o arbitraria" (SSTC 202/2000, de 24 de julio; 155/2002, de 22 de julio); ciertamente, tal silencio no puede sustituir la ausencia de pruebas de cargo suficientes, pero, al igual que la futilidad del relato alternativo autoexculpatorio, sí puede tener la virtualidad de corroborar la culpabilidad del acusado (STC 155/2002, citando la STC 220/1998, de 16 de noviembre).*

En la **sentencia 155/2002, de 22 de julio**, el Tribunal Constitucional estableció que *“nuestra jurisprudencia, con expresa*

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

Por último, el TC arguye en la **sentencia 202/2000, de 24 de julio**, que “este Tribunal ha distinguido entre los derechos que se garantizan al detenido en el art. 17.3 CE y los derechos que se garantizan al procesado, acusado o imputado ex art. 24.2 CE (SSTC 252/1994, de 19 de septiembre; 100/1996, de 11 de junio; 21/1997, de 10 de febrero), haciéndose eco además de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH de 25 de febrero de 1993, caso Funke; de 8 de febrero de 1996, caso John Murray; de 17 de diciembre de 1996, caso Saunders), según la cual el derecho al silencio y el derecho a no autoincriminarse, no expresamente mencionados en el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, residen en el corazón mismo del derecho a un proceso equitativo y enlazan estrechamente con el derecho a la presunción de inocencia (STC 161/1997, de 2 de octubre).

“Pues bien, prosigue diciendo la sentencia precitada, según hemos declarado, mediante expresa invocación de la doctrina sentada en el caso Murray del Tribunal Europeo de Derechos Humanos antes citada, la constatación de que el derecho a guardar silencio, tanto en sí mismo considerado como en su vertiente de garantía instrumental del genérico derecho de defensa (STC 161/1997, ya citada), ha podido resultar vulnerado, sólo podría seguir al examen de las circunstancias propias del

*caso, en función de las cuales puede justificarse que se extraigan consecuencias negativas del silencio, cuando, **existiendo pruebas incriminatorias objetivas al respecto, cabe esperar del imputado una explicación**”.*

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

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

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

A ello ha de añadirse que si ya de por sí resulta inasumible pedirle explicaciones a un acusado para fundamentar después en su silencio la condena, en este caso las razones de la exclusión de esa tesis se incrementan en mayor medida. Pues, en primer lugar, no se trata de que los acusados expliquen unos hechos que los incriminan seriamente, sino de que formulen la condena de una conducta punible de unos sujetos que se dedican a cometer acciones terroristas. Ello contiene unas connotaciones muy especiales, ya que se les está pidiendo a los ahora recurrentes la

condena de la conducta de una banda terrorista y no de un delincuente común, y es sabido que las consecuencias de una condena de esa índole no es igual en un caso que en otro, ya que en el supuesto del terrorismo puede acarrear consecuencias graves para la vida o la integridad física de los propios acusados, tal como la historia de ETA se encarga de refrendar. Sin olvidar tampoco las circunstancias extraordinarias que se dan en el contexto social del País Vasco, donde dentro de las mismas familias se dan situaciones encarnizadas derivadas del propio conflicto político, por lo que en muchos casos resulta utópico pedir condenas morales que en otro contexto resultarían indudablemente obvias.

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

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

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

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

reseñar esas reuniones sin constatar ningún acto o conducta que pudiera denotar su ilicitud ni su vinculación con ETA.

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

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

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

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

En efecto, si se parte, como parece lo razonable, de la premisa de que tanto ETA como la Izquierda Abertzale tienen los mismos objetivos políticos: la separación de España y la creación de un nuevo Estado soberano propio integrado por lo que se conoce como el País Vasco-

Francés, no puede extrañar en modo alguno que el léxico utilizado en sus programas, manifiestos y comunicados políticos contenga las mismas expresiones. Pues cuando se le asigna a la realidad socio-política un mismo significado y se buscan en ella a través de la acción los mismos objetivos lo previsible es que se acaben utilizando los mismos significantes.

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

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

Y otro tanto debe decirse de las reiteradas quejas que vierte la organización terrorista en su documento "*BTGNari. Komunikazio Orokorra 0906 /Al BTGN. Comunicación General 0906*", en el que hace afirmaciones que denotan claramente que sus consignas y su línea de actuación política no es seguida por el sector de la Izquierda Abertzale afín al grupo de los acusados.

b) A las mismas conclusiones se llega mediante la lectura comparativa de los **documentos "Clarificando la fase política y la estrategia. Documento para el debate"**, elaborado por los acusados y distribuido en el mes de octubre de 2009, y el titulado "**Informe Mugarri.**

Línea política de la Izquierda Abertzale", de la misma época. Este último documento, tal como se afirma en la sentencia rebatida, es una ponencia elaborada directamente por ETA, de forma paralela a la titulada "*Clarificando la fase política y la estrategia*", de la Izquierda Abertzale, destacándose en la ponencia "*Mugarri*" —dice la Audiencia— la preponderancia del papel de la lucha armada en el proceso de independencia del País Vasco, en concordancia con la dinámica tradicionalmente utilizada por ETA de combinar la lucha de masas e institucional con el uso de las armas, con reparto de papeles en el área política y en el área militar.

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

Este documento-ponencia fue sometido en los meses siguientes a su elaboración al debate dentro del seno de la Izquierda Abertzale, triunfando de forma clara en las numerosas asambleas en que se discutió en el país vasco, donde unas 7.000 personas de las más activas y politizadas de ese sector político tuvieron ocasión de conocerlo y avalarlo.

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

condiciones y la necesidad de una solución democrática y en la presión de cara al Estado” (folio 122 de la sentencia).

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

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

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

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

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

Pues bien, al examinar esa prueba pericial del plenario, se comprueba que el funcionario especializado en ETA, nº 19.242, con

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

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

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

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

Esta declaración —realizada en el marco de lo que se suele llamar “*pericia de inteligencia*”— constituye una prueba muy sólida y consistente (dados los conocimientos del funcionario sobre la materia) de la incuestionable desavenencia y de la ostensible confrontación que existía en

el año 2009 entre el sector de la Izquierda Abertzale que dirigían los acusados cuando estaban en libertad —y promovían después desde el Centro Penitenciario— y la organización terrorista ETA. Confrontación que como dato objetivo, y mediante una inferencia ajustada a las máximas de la experiencia, impide acoger la conclusión de la Sala de instancia de que los acusados eran unos meros mandatarios ejecutores de las órdenes de ETA.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

d) Las defensas de los acusados aportaron con su escrito de calificación una copiosa **documentación periodística** en la que se recoge el debate que había en el seno de la Izquierda Abertzale, y más en concreto las discrepancias de fondo con respecto a las tesis de ETA a la hora de encarar el tema de cuál era la política a seguir para alcanzar los objetivos del nacionalismo más radicalizado. En la sentencia recurrida se omite el

contenido de esa plural y reiterada información de prensa escrita sobre la situación socio-política real en el País Vasco en el seno del sector nacionalista de la izquierda, a pesar de la relevancia que puede tener una documentación de esa naturaleza. Su lectura constata la existencia de un debate y una confrontación que la sentencia recurrida infravalora vista la versión fáctica incriminatoria acogida por el Tribunal sentenciador.

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

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

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

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

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

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

Diario El País: “La izquierda abertzale afronta el crucial debate sobre el futuro. Pulso entre los ‘políticos’ y ETA sobre quién debe liderar

el independentismo. ETA ha mostrado ya su desacuerdo con la dirección que toma la reflexión” (23-11-2009).

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

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

Diario *El Mundo*: “La línea dura de ETA pierde la mayoría frente a los polis-milis de Otegi. El dirigente abertzale minimiza el poder de quienes solo quieren atentados. Dirigentes abertzales en libertad han desobedecido las órdenes de la banda” (23 de noviembre de 2009).

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

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

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

una "guerra sucia" que, a veces, te da ganas de marcharte a casa poniéndote en la lista del INEM..." (folios 23 y 96 de la sentencia).

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

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

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

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

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

La Audiencia, en contra de las tesis que se sostenían en los escritos de acusación sobre que la línea política de ETA era coordinada y dirigida a través de “Bateragune”, y que los dos acusados principales se hallaban integrados en ese órgano, acaba reconociendo en su sentencia que *“no puede tener por acreditado que al grupo indudablemente formado por los cinco acusados nombrados pueda otorgarse dicho nombre. Ello en absoluto resta valor e importancia a la actuación criminal que desarrollaron los mencionados acusados, como más adelante se indicará, sin que afecte este posicionamiento del Tribunal a las exigencias del principio acusatorio, pues en los escritos de conclusiones de las partes acusadoras también se recogen las denominaciones de organismo de coordinación o de dirección de la Izquierda Abertzale, o bien de comisión permanente de dicho complejo político. Ahora lo que se quiere recalcar es que no existe plena constancia que a tal reunión de personas de carácter relativamente estable se le denominara Bateragune”* (folios 40 y 41).

Y a continuación afirma el Tribunal que *“Por las acusaciones personadas se sostiene que Bateragune, al que se alude por vez primera en el informe policial de fecha 29-7-2009 (folios 236 a 240 de la causa), es un*

organismo de dirección superior de la Izquierda Abertzale, del que forma parte Ekin y otras estructuras, como los responsables de las distintas organizaciones de la denominada Izquierda Abertzale (movimiento juvenil, movimiento pro-amnistía, movimiento feminista)”.

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

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

Y considero que el error de las acusaciones resulta muy significativo desde la perspectiva de la ponderación de la prueba y del derecho a la presunción de inocencia porque, en primer lugar, revela que las acusaciones, una vez estudiada meticulosamente la causa para formular sus respectivos escritos de acusación, llegan a la convicción de que el órgano que ejecuta las órdenes de ETA es “Bateragune”, conclusión que se considera razonable a tenor de los informes policiales y de lo que depusieron los peritos-testigos del CNI en el plenario. Además aparece avalada por el destino del documento antes citado que se titula "*BTGNari. Komunikazio Orokorra 0906 /Al BTGN. Comunicación General 0906*", mediante el que ETA le pide cuentas a “Bateragune” de cómo se están

cumplimentando sus directrices. Esta petición de cuentas es un indicio concluyente de quién es el órgano ejecutor de las órdenes políticas de ETA: Bateragune, y no el grupo de los acusados.

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

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

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

No cabe duda que uno de los argumentos sustanciales de las acusaciones para sostener la tesis de que los acusados eran unos mandatarios de ETA que se limitaban a ejecutar sus órdenes y, como

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

SÉPTIMO. En la sentencia recurrida también se hace un **examen individualizado** de la prueba practicada con respecto a cada uno de los acusados, recogiendo los indicios incriminatorios que concurren contra ellos. Procede, pues, reseñarlos ahora, dejando a un lado las declaraciones exculpatorias que hicieron en el curso del proceso y también las declaraciones de los testigos que depusieron a su favor en el juicio.

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

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

Otro tanto puede decirse de **Rafael Díez Usabiaga**. Se citan con respecto a él los siguientes indicios incriminatorios: la rueda de prensa en el hotel Barceló-Costa Vasca, de San Sebastián, el 16 de marzo de 2009; su viaje al sur de Francia con Arnaldo Otegui; la actividad que venía

desarrollando en el despacho que como liberado sindical tiene en la sede de LAB; los documentos que le fueron intervenidos relativos a la nueva línea política a seguir; las seis cartas dirigidas a dos miembros al parecer de Ekin, que le fueron intervenidas en su ordenador portátil; las comparecencias públicas y los artículos publicados.

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

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

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

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

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

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

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

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

En lo que se refiere a la relevancia de los documentos de ETA y a su materialización a través de los acusados, ya se precisó en su momento (fundamento tercero) que el primero de los tres documentos atribuidos a la organización terrorista ETA por el Tribunal de instancia: "*3. Aurrera begirako ildoak: Fase politikoaren ezaugarritzea/Línea de actuación de cara al futuro, caracterización de la fase política*", es un documento que no aporta nada novedoso con respecto a la estrategia de ETA, ya que en él se prosigue con la utilización del clásico modelo de estrategia político-militar, pero dando prioridad a la lucha armada sobre la contienda política.

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

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

Además, la endeble fuerza indiciaria de tales documentos queda corroborada, según se expuso en el fundamento tercero, por el análisis de la STC el Tribunal Constitucional 61/2011, de 22 de mayo, que conoció del recurso de amparo interpuesto por la coalición electoral "Bildu-Eusko Alkartasuna-Alternatiba Eraikitzen" contra la Sentencia de 1 de mayo de 2011, dictada por la Sala Especial del art. 61 LOPJ del Tribunal Supremo en los recursos contencioso-electorales núms. 2/2011 y 4/2011. Tal como allí se expuso, si en la sentencia del TC no se consideraron esa clase de documentos prueba indiciaria suficiente para entender que la coalición electoral que aparece integrada por Bildu es un mero instrumento de ETA y de algún partido ya ilegalizado, y por tanto se estima el amparo y se anula la ilegalización de la Coalición que había decidido la Sala Especial del art. 61 de la LOPJ, no parece razonable declarar su suficiencia indiciaria para configurar la base fáctica de una condena penal a una pena privativa de libertad.

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

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

Los cinco indicios que señala la sentencia de instancia no pueden ser considerados por tanto unívocos, inequívocos ni concluyentes para poder inferir que en los meses sucesivos a la publicación de esos documentos los acusados se dedicaran a materializar y ejecutar las órdenes específicas que les había transmitido, según la sentencia, la organización

terrorista. Pues se trata de indicios que sugieren más que explican y es tal su falta de entidad, calidad y solidez que abren de par en par las puertas hacia otras con hipótesis alternativas opuestas a la hipótesis fáctica acusatoria que acoge la Audiencia. En concreto, y como se verá, propicia con suma naturalidad y fluidez la hipótesis de que los acusados actuaron en los meses de marzo a octubre de 2009 con autonomía política propia y no como mandatarios de ETA, adoptando decisiones y actitudes políticas incompatibles con la línea marcada por la organización terrorista.

Tal conclusión se alcanza no solo mediante el análisis aislado de los hechos indiciarios, sino también valorándolos en su conjunto de forma interrelacionada y combinada, toda vez que su inconsistencia en el plano individual impide el incremento de su escaso potencial indiciario cuando se conectan entre ellos para apreciarlos de forma global. De tal forma que cuando se entra a examinar los conindicios que obran en la causa el escaso itinerario discursivo que contiene la sentencia cuestionada para apoyar la hipótesis acusatoria se desmorona, emergiendo con mucho más fuerza la con hipótesis anteriormente referida.

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

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

2º) El documento "*Clarificando la fase política y la estrategia. Documento para el debate*", elaborado por los acusados y distribuido en el mes de octubre de 2009, en el que se afirma específicamente que "*el proceso democrático debe tener como base la palabra y la decisión de la*

ciudadanía vasca y por tanto se debe realizar sin ningún tipo de violencia o injerencia externa". Tal como se explicó, este documento-ponencia fue sometido en los meses siguientes a su elaboración al debate dentro del seno de la Izquierda Abertzale, triunfando de forma clara en las numerosas asambleas en que se discutió en el País Vasco, donde unas 7.000 personas de las más activas y politizadas de ese sector tuvieron ocasión de conocerlo y avalarlo.

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

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

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

razonable es concluir que los acusados no son los mandatarios de ETA ya que no pertenecen al órgano “Bateragune”.

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

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

La sentencia mayoritaria afirma que el análisis de los hechos ha de poner su límite en la fecha de la detención de los acusados, octubre de 2009, sin entrar a ponderar los actos posteriores, afirmación de la que ya discrepé profundamente en el curso de las deliberaciones. Pues en las sentencias han de analizarse todas las pruebas presentadas y admitidas en el proceso, y por tanto también deben ponderarse los hechos posteriores a la detención de un acusado, máxime si pueden favorecerle. Lo contrario sería como decir, por poner un ejemplo, que los hechos indiciarios favorables a un sujeto preso por homicidio averiguados o ejecutados después de la detención no podrían examinarse en el juicio y en la sentencia, aunque se aportaran pruebas sobre ello de las que se desprendieran datos indicativos de la atribución de la autoría a otro sujeto.

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

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

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

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

Los argumentos precedentes permiten afirmar que los razonamientos probatorios inferenciales con que opera la Sala de instancia —más bien de forma tácita que expresa— muestran un grado de racionalidad en su conclusividad notablemente precario; de modo que los hechos indiciarios que maneja no tienen la calidad y consistencia necesarias para enlazar con el grado de probabilidad exigible los hechos-base con los hechos-consecuencia.

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

penal, carece de fuerza indiciaria para ocultar las llamativas grietas de la construcción argumental de la sentencia.

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

Se está por tanto ante un supuesto en el que no solo permanecen dudas razonables sobre la veracidad de la premisa fáctica de la sentencia, dado que los interrogantes desplazan desde luego a las certezas, lo cual de por sí ya sería suficiente para no considerar enervada la presunción de inocencia; sino que incluso puede afirmarse que parece más viable empíricamente la hipótesis fáctica de las defensas que las de las acusaciones. Para el magistrado que redacta este voto particular la hipótesis fáctica de las acusaciones, ya de por sí sustancialmente débil y abierta, no ha soportado la refutación a que fue sometida por unos contraindicios de una incuestionable capacidad enervadora.

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

Sin embargo, se precisa hacer una última observación. Y es la de poner de relieve que la sentencia realiza un segundo salto en la lógica de su argumentación al derivar del hecho del seguimiento de las órdenes de ETA la pertenencia a esta organización. De modo que aunque se hubiera

probado —lo cual evidentemente no ha sucedido— que ETA convenció a los acusados para que implantaran su línea política y que estos aceptaron ejecutarla sin emplear violencia alguna, de ello, es obvio, no se inferiría necesariamente su pertenencia a la organización. De ahí que en la sentencia no solo se incurre en un salto argumental, sino en dos. El primero al inferir sin base para ello la sumisión de los acusados a las órdenes de ETA, y el segundo al establecer que los acusados pertenecen a ETA. En ambos casos no resultan acreditados los pasos o eslabones inferenciales que conducen de las pruebas al hecho probado.

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

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

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

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

