

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

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

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

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

organización terrorista y a ofrecer su disponibilidad para con ésta en orden a colaborar en el mantenimiento de su genuina capacidad criminal.

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

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

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

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

Las resoluciones impugnadas se refieren con alto grado de detalle a las características del delito de pertenencia a banda armada (denominación anterior a la reforma de la LO 6/2010) o a organización terrorista, apoyándose en la copiosa jurisprudencia penal del Tribunal Supremo en esta materia. La Sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional núm. 22/2011, de 16 de septiembre, dedica amplios pasajes a la especificación de los rasgos del delito en cuestión (FJ primero, apartado A, subapartado c); y, por su parte, la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo núm. 351/2012, de 7 de mayo, hace lo propio en su FJ 6, apartado 1.

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

es posible apreciar la integración en los casos en los que el autor aporte una disponibilidad acreditada y efectiva para la ejecución de distintos actos, en un principio indeterminados, de favorecimiento de las actividades de otro tipo realizadas por la organización terrorista” (STS 541/2007, de 14 de junio).

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

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

No obstante, pese a ello, se afirma en la Sentencia de instancia (FJ primero, apartado C) que se puede constatar, por inferencia, como “hecho consecuencia”, que los acusados actuaban en una situación de “dependencia y dedicación”, y “unidos orgánicamente en la comisión de coordinación aludida, a los designios políticos y criminales de la organización terrorista ETA, en la que se insertan y para la que actúan en una relación de tutelaje y disciplina cuyas directrices básicas impartía ETA”.

3. El *standard* de exigencia de la solidez probatoria en el ámbito penal, se refleja en el entendimiento de la presunción de inocencia como garantía de que nadie puede ser condenado si su culpabilidad no ha quedado establecida “más allá de toda duda razonable” y, además, “en virtud de pruebas que puedan considerarse de cargo y obtenidas con todas las garantías” (STC 81/1998, de 2 de abril, FJ 3). Lo cual, es obvio, no significa que la prueba no pueda articularse a través de indicios razonables y por un procedimiento que engarce de forma coherente, transparente y convincente intersubjetivamente, los indicios y los hechos que deben quedar acreditados. Nuestra Sentencia lo recuerda en el FJ 8 al que me remito, destacando únicamente algún pasaje: “también la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento condenatorio, sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia, siempre que se cumplan los siguientes requisitos: 1) el hecho o los hechos base (o indicios) han de estar plenamente probados; 2) los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos base completamente probados; 3) para que se pueda comprobar la razonabilidad de la inferencia es preciso, en primer lugar, que el órgano judicial exteriorice los hechos que están acreditados, o indicios, y sobre todo que explique el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia; 4) y, finalmente, que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común o, en palabras de la STC 169/1989, de 16 de octubre, FJ 2, 'en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a criterios colectivos vigentes' (SSTC 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 4; 124/2001, de 4 de junio, FJ 12; 300/2005, de 21 de noviembre, FJ 3; 111/2008, de 22 de septiembre, FJ 3).”

Quiero subrayar aquí la importancia del segundo requisito: “los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos base completamente probados” , porque es el que resulta ostensiblemente ausente en el desarrollo discursivo de las resoluciones impugnadas. Por ello, desde el control externo al que debe ceñirse nuestra

jurisdicción (por todas, STC 15/2004, de 30 de enero, FJ 6) el salto lógico y la ausencia de engarce natural entre el indicio y la consecuencia, revelan la falta de solidez y racionalidad de la inferencia realizada.

4. Los hechos a partir de los cuales se ha condenado a los recurrentes por el delito de integración en organización terrorista son, según la resolución de instancia, los siguientes: que “se constituyeron en sujetos directamente receptores de las órdenes impartidas por E.T.A. (**en cuya organización terrorista están insertos**) a la Izquierda Abertzale (**a cuyo complejo organizativo sectorial aquellos pertenecen**). E.T.A. encomendó a los acusados nombrados la formación del organismo o comisión de coordinación y dirección que, en el seno de la Izquierda Abertzale, llevara a efecto la planificación y gestión de la nueva línea estratégica de acumulación de fuerzas políticas soberanistas que aquella organización terrorista ordenó en diciembre de 2008 que se creara, bajo su tutela y superior supervisión, en aras a la culminación del proceso independentista y de implantación del socialismo en los territorios que hoy agrupa a las Comunidades Autónomas de Euskadi y Navarra”.

Quiero llamar la atención sobre las afirmaciones contenidas entre paréntesis porque son las que deberían estar efectivamente acreditadas para asentar la condena por integración en organización terrorista. Pero parecen insertarse como hechos previamente acreditados, sin que conste en ningún lado en qué datos se asientan. En la Sentencia de la que discrepo, se quiere hacer notar que “ la conclusión alcanzada en las resoluciones impugnadas respecto a la integración de los recurrentes en la organización terrorista se ha fundamentado no en la circunstancia de que formaran parte de la denominada Izquierda Abertzale, en el sentido de compartir los objetivos secesionistas de la banda armada ETA, sino en el hecho de que , como quedaba acreditado con otros elementos de prueba, su actuación era del todo coincidente en lo relativo a la consecución de unos objetivos políticos” y además, se añade : “ y también en cuanto al uso de los medios violentos e ilícitos para su consecución que es lo que define la actuación de las organizaciones terroristas” (FJ 10). Tampoco se atisba cuáles son esos “otros elementos de prueba” que permitan afirmar la coincidencia con los medios violentos e ilícitos; menos aún se atisba que esa coincidencia se plasmara en la “participación activa” respecto a tales medios violentos o respecto a la participación en tareas que sostuvieran el potencial terrorista de la organización.

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

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

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

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

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

A esos efectos es preciso recordar, como de hecho lo hace la propia Sentencia de la Audiencia Nacional que los recurrentes impugnan, que este Tribunal ha reiterado “que la izquierda abertzale como expresión ideológica `no ha sido proscrita de nuestro ordenamiento ni podría llegar a serlo sin quiebra del principio pluralista y de los derechos fundamentales a él conexos´ y que las ideologías son en el ordenamiento constitucional español absolutamente libres y deben encontrar en el poder público la primera garantía de su indemnidad, a la que no pueden aspirar, sin embargo, quienes se sirven para su promoción y defensa de medios ilícitos o violentos y se sirven de la intimidación terrorista para la consecución de sus fines”,

destacando que, “son esos medios y no las ideas o los objetivos políticos pacíficamente perseguidos a los que está destinada la reacción del poder público en defensa del marco de convivencia pacífica diseñado por el constituyente para que en él tengan cabida todas las ideas” (SSTC 99/2004, de 27 de mayo, FJ 18; 126/2009, de 21 de mayo, FJ 10; y STC 62/2011, de 5 de mayo, FJ 12).

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

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

Por tanto, desde la perspectiva externa de control que bajo la invocación del derecho a la presunción de inocencia puede desarrollar este Tribunal Constitucional, cabe concluir que, aun cuando admitiéramos como hecho-base probado que ETA pretendía desarrollar una estrategia en el ámbito político instrumentalizando algunas personalidades integrantes de la Izquierda Abertzale, los elementos objetivos utilizados en las resoluciones impugnadas,

conjuntamente considerados, no permiten inferir con el grado de suficiencia necesario que esa pretensión se haya materializado, precisamente, con la conducta desarrollada por los recurrentes ni, en definitiva, que estos estuvieran integrados en la estructura de la organización terrorista ETA y siguieran sus dictados con estos fines.

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

Madrid, a veintidós de julio de dos mil catorce.