

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

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

1. Acepto, como punto de partida, la exposición que se realiza en la sentencia sobre la garantía de la imparcialidad judicial, que se resume en la idea de que es un derecho que garantiza que no concurra duda razonable alguna sobre la existencia de prejuicios o prevenciones en el juez o tribunal derivada de su relación con las partes –imparcialidad subjetiva- o de su relación con el objeto de debate –imparcialidad objetiva-.

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

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

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

La segunda idea tiene relación con el contenido de la imparcialidad. La afirmación de que la imparcialidad consiste en la inexistencia de prejuicios o prevenciones en el juez en relación con las partes o el objeto de enjuiciamiento haría prácticamente imposible la función jurisdiccional. Pretender de manera absoluta que quien decide no tenga prejuicios, en el sentido de preconcepciones o ideas preconcebidas en relación con alguno de los aspectos que de manera incidental o esencial están en juego en un proceso, supondría negar la conciencia del ser humano y su carácter social. La imparcialidad judicial debe identificarse, cuando se refiere al desarrollo del procedimiento, con una actitud de neutralidad del juzgador hacia las partes y con la voluntad de recibir de estas de una manera acrítica la información que se le va aportando. La actitud exigible al juez se ha comparado por esta razón con la propia del método científico. Por tanto, en lo que aquí interesa, lo determinante para afirmar la pérdida de la imparcialidad judicial no es que existan prejuicios en el juez, lo que en muchos casos será inevitable, sino que se susciten dudas sobre su actitud de neutralidad, esto es, su predisposición y su capacidad para prescindir de todo prejuicio o idea preconcebida al desarrollar su labor de enjuiciamiento en el caso concreto. No es, por tanto, un prurito estético o formal el que funda la jurisprudencia del TEDH cuando (i) considera que la emisión de expresiones públicas por parte de jueces que evidencian que ya se habían formado un punto de vista desfavorable sobre el asunto que tenían pendiente justifica objetivamente que el

acusado desconfíe de su imparcialidad (así, STEDH de 5 de febrero de 2009, *caso Olujić c. Croacia*, § 59), y (ii) pone en relación este principio con la exigencia de mantener “la mayor discreción” y de “garantizar su imagen de jueces imparciales” en los asuntos sobre los que van a resolver (así, STEDH de 16 de septiembre de 1999, *caso Buscemi c. Italia*, §§ 68 y 69).

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

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

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

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

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

(b) que en el desarrollo de ese juicio oral el entonces acusado, tras haber sido interrogado por su defensa y comunicar que, acogiéndose a su derecho como acusado, no respondería a otras preguntas, fue interrogado por la citada magistrada, en su calidad de presidenta de la Sección, sobre si condenaba la violencia de ETA, y manifestó que no contestaría a esa pregunta; y que la magistrada, frente a esa negativa, afirmó “ya sabía yo que no me iba a contestar a esa pregunta”;

(c) que la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, por sentencia de 2 de febrero de 2011, estimó el recurso de casación núm. 1144-2011, al considerar que “las dudas del recurrente sobre la imparcialidad de la Presidenta del Tribunal deben considerarse objetivamente justificadas”, argumentado que “desde el punto de vista del recurrente existían razones objetivas para poder sostener que en ese momento la Presidenta del Tribunal y ponente de la sentencia estaba expresando un prejuicio en contra del acusado acerca de cuál era el sentido que debía otorgarse a las frases y expresiones que se le atribuían y al valor que podría reconocerse a sus explicaciones, y, por lo tanto, que exteriorizaba un prejuicio acerca de la culpabilidad. Prejuicio que, como tal, se expresaba antes de que fuera posible realizar una valoración imparcial, pues, como se ha dicho, aun no se había procedido siquiera a la práctica de la prueba y a dar al acusado la oportunidad de hacer uso de la última palabra. En otros términos, se exteriorizaba antes de que el juicio oral llegara a su fin”;

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

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

(ii) Las dudas en que se fundamenta la pérdida de imparcialidad judicial y que sirvieron en su momento para formular el incidente de recusación tienen, además, la consistencia suficiente para afirmar que están objetiva y legítimamente justificadas las

sospechas sobre la persistencia de esos mismos prejuicios en la magistrada doña Ángeles Murillo Bordallo.

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

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

Como quedó acreditado en aquel procedimiento, esta magistrada exteriorizó una idea preconcebida, fuera de lo que era la práctica de la prueba y normal desarrollo del juicio oral, respecto de la negativa del entonces acusado a condenar la violencia terrorista de ETA, lo que fue considerado relevante en el contexto de aquel procedimiento para entender legítimamente justificadas las dudas sobre su pérdida de imparcialidad judicial por ser un elemento que se oponía al argumento de descargo entonces utilizado de que con las expresiones proferidas el acusado solo pretendía apelar a una negociación pacífica, política y democrática y solicitar la

liberación de los presos políticos vascos en España y Francia. Esa misma idea preconcebida, obtenida y exteriorizada fuera de la práctica de la prueba y normal desarrollo de un juicio oral, no puede considerarse que hubiese tenido que desaparecer y no persistiese en la mente de esta magistrada. Al menos, no puede reprocharse que, desde una perspectiva externa, se mantuviesen dudas respecto de que no se hubiesen alterado aquellas convicciones en el momento de realizar el nuevo enjuiciamiento.

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

En suma, las argumentaciones sobre el distinto delito perseguido en uno y otro procedimiento pueden tener un valor en el plano formal de la determinación del objeto del proceso, del ámbito de la acusación y de la corrección de la motivación jurídica de la sentencia. Pero este no es el plano en que debe valorarse la imparcialidad judicial. La diferente naturaleza de las figuras delictivas objeto de la acusación en uno y otro proceso carece de toda relevancia, desde la perspectiva de un observador razonable, para sostener que las dudas sobre la imparcialidad de la magistrada deben apreciarse en uno de ellos y no en el otro, pues el contexto de descubrimiento en que debe adoptarse la decisión es idéntico: se trata, con un elevado grado de proximidad temporal, del mismo acusado y de decidir, en uno y

otro caso, cuestiones en relación con las cuales resulta decisiva la existencia de posibles prejuicios en los jueces sobre la voluntad del acusado de condenar o no la violencia ejercida por la organización terrorista.

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

Por tanto, la circunstancia de que los recurrentes hayan sido juzgados por un tribunal del que formaba parte la magistrada doña Ángeles Murillo Bordallo, respecto de la que existían dudas objetivas y legítimamente justificadas sobre la persistencia de prejuicios e ideas preconcebidas exteriorizadas extemporáneamente sobre la responsabilidad penal de los recurrentes por no haber condenado la violencia terrorista en la consecución de un proyecto secesionista, debería haber llevado a que se considerara vulnerado su derecho a la imparcialidad judicial (artículo 24.2 CE).

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

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

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

En Madrid, a veintidós de julio de dos mil catorce.