

## PROCESOS PENALES VICIADOS EN SU ORIGEN, Y LA REPARACIÓN NECESARIA.

### **I.- La Ley del Derecho de Defensa.**

El art. 12.2. de la recientemente publicada Ley Orgánica del Derecho de defensa, L.O. 5/2024, de 11 de noviembre (BOE núm. 275, de 14.11.2024), establece, bajo la rúbrica “protección del derecho de defensa”, lo siguiente: “*Las personas tienen derecho al reconocimiento y ejercicio de las acciones que legalmente procedan frente a las vulneraciones de los derechos vinculados al derecho de defensa imputables a los poderes públicos*”

### **II.- El caso Atristain y el derecho de defensa.**

La sentencia del TEDH *c. Atristain Gorosabel c. Reino de España (application 15508/15)*, de fecha 18.1.2022, definitiva el 9.5.2022, estimó la demanda del Sr. Atristain, condenó a España y declaró la vulneración de derechos esenciales del CEDH en el proceso penal seguido en su contra y en la imposición de su condena: el derecho a la defensa, el derecho a una defensa “eficaz” (art. 6.3.c) CEDH) y el derecho a un proceso justo, que se declaró vulnerado “en su conjunto” (art. 6.1. CEDH).

Tras valorar todos los factores del caso, concluye en su apartado 71 que se “menoscabó la equidad del proceso penal incoado contra el demandante, considerado en su conjunto” (“overall fairness”). Declara que se violó irremediablemente la equidad general del proceso penal, la “justicia del procedimiento” considerado en su conjunto, en su totalidad y, además, desde su inicio, desde “la fase de preparación de las diligencias penales”, desde la que se “minó la legitimidad de los consiguientes procedimientos criminales”.

### **III.- El origen de las violaciones constatadas: una ley y un régimen de incomunicación que España se vio obligada a modificar, a fin de “adecuarla a las exigencias del derecho de la Unión Europea”**

En efecto, como señala España en su Plan de acción remitido en el caso Atristain ([https://hudoc.exec.coe.int/?i=DH-DD\(2023\)1444E](https://hudoc.exec.coe.int/?i=DH-DD(2023)1444E)), entre las medidas de reparación propuestas, España impuso una modificación legislativa de ese régimen de incomunicación (fue operada por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre), “al objeto de adecuarla a las exigencias del derecho de la Unión Europea” (Exposición de motivos de la Ley), De modo que viene a corregir una defectuosa configuración legal del citado régimen de incomunicación.

Subraya que se modificó la ley, y que “*El aspecto fundamental de esta reforma es que la incomunicación no conlleva ex lege la prohibición al detenido de designar un abogado de su elección, como ocurría con la norma anterior, desvinculando los efectos automáticos de la limitación de derechos*” ([https://hudoc.exec.coe.int/?i=DH-DD\(2023\)1444E](https://hudoc.exec.coe.int/?i=DH-DD(2023)1444E)).

### **IV.- Las restricciones al derecho de defensa declaradas en la sentencia Atristain: múltiples, y que traen causa en una ley de aplicación general.**

En efecto, debido a la legislación entonces vigente, en los casos de detención en que se aplicó el régimen de incomunicación:

**1)** En primer lugar, fueron automáticamente privados de la asistencia de un abogado de confianza en el sentido del artículo 6 CEDH durante su detención preventiva, dado que la ley en vigor en el momento lo impedía.

Como señala la sentencia Atristain en el apartado «58.- (...) el Tribunal observa, que en la situación concreta de la detención en régimen de incomunicación del demandante [Atristain], las decisiones que restringieron su derecho a ser asistido por un abogado de libre designación (...) se basaron en una disposición legal general [se refiere al art. 527 LECrim conforme al par. 62].

Y es que cabe recordar que, en virtud del art. 527 a) LECr entonces vigente, que el TEDH cita en su sentencia, el detenido incomunicado “su abogado será siempre un abogado de oficio”; sin

libertad de elección, prohibiendo elegir y designar abogado, y “*sin que el Juez que ordenó dicha incomunicación pueda dispensar de la designación de abogado de turno de oficio en ningún caso*” (voto particular a la sentencia STC 196/1987, de 11 de diciembre)

Se daba un “**automatismo en la restricción incondicional** del derecho al abogado de confianza” (Sentencia de la Audiencia Nacional de España (Secc. 2<sup>a</sup>) núm. 5/2022, de 7 de marzo, dictada tras la sentencia del caso Atristain, absolviendo al acusado), “*impidiendo la modalidad de libre elección de abogado*” (STC 196/87, FD 4º)

La STEDH del caso Atristain evidencia, además, la vigencia de los votos particulares discrepantes emitidos a la STC 196/1987 (Pleno, Cuestión de Inconstitucionalidad del art. 527 a) del “*anterior régimen de incomunicación*; sentencia expresamente recogida al folio 10 en la STEDH c. Atristain), que defendían la inconstitucionalidad de dicho artículo, y que son los que armonizaban con el derecho de defensa.

**2)** En segundo lugar, no tuvieron derecho a una defensa “eficaz”. Como señala la sentencia Atristain en su apartado 68: “*A este respecto, el Tribunal subraya nuevamente la importancia de la fase de investigación (...), ya que las pruebas obtenidas durante esta fase determinan el marco en el que se considerará el delito imputado en el juicio (véase la sentencia Salduz, precitada, ap. 54). La equidad del proceso exige que el acusado pueda obtener toda la gama de servicios específicamente asociados a la asistencia jurídica. (...) el abogado tiene que poder garantizar sin restricciones los aspectos fundamentales de la defensa de esa persona: discusión del caso, organización de la defensa, recogida de pruebas favorables al acusado, preparación del interrogatorio, apoyo a un acusado en apuros y comprobación de las condiciones de detención (véase Dvorski, precitada, ap. 108).- (...)*”

Toda esa “*gama de servicios específicamente asociados a la asistencia jurídica*” de los que se privó de modo sistemático a los sometidos a ese régimen de incomunicación.

Cabe subrayar, además, como recoge la sentencia que, por ley, *(i)* El letrado de oficio no tenía **acceso al expediente** del caso (art. 7 de la Directiva 2012/13/UE); *(ii)* se producía, también ex lege, la privación de una **entrevista reservada con el abogado de oficio antes del interrogatorio** de la policía, y el detenido no contaba con asesoramiento jurídico previo a su declaración policial.

De modo que, como señala el Comité de Derechos Humanos, Observación general núm. 32, doc. ONU: CCPR/C/GC/32, “*en esas circunstancias resulta difícil hablar de un derecho efectivo a asistencia letrada; el abogado de oficio puede describirse mejor como observador*” (ibid., párr. 51)

**3)** En tercer lugar, cabe subrayar que se trataba de un letrado de oficio, cuyas misiones encomendadas legalmente, eran diferentes a las asignadas al letrado de libre designación; su función se enmarca dentro del “*derecho a la libertad*” (art. 17.3 CE); siendo así que, el ámbito de protección del “*derecho de defensa*” y el de *asistencia letrada* del art. 24.2 CE, no alcanza al detenido en sede policial.

Como señala la STC 196/1987, de 11 de diciembre, FD 4º, en ese caso “*se trata de un detenido incomunicado, protegido por el art. 17.3.de la Constitución, y no al que garantiza el acusado en un proceso penal el art. 24.2.de la misma ley fundamental*”. Y añade que “*el art. 17.3 de la Constitución reconoce este derecho al «detenido» en las diligencias policiales y judiciales como una de las garantías del derecho a la libertad protegido por el núm. 1 del propio artículo, mientras que el art. 24.2 de la Constitución lo hace en el marco de la tutela judicial efectiva con el*

*significado de garantía del proceso debido, especialmente del penal, según declaran las SSTC 21/1981, de 15 Jun., y 48/1982, de 5 Jul., y, por tanto, en relación con el «acusado» o «imputado.»*

Y ello pese a que como recuerda la sentencia Atristain, “el artículo 6.1. CEDH” y el derecho de defensa nace, desde el “momento de la detención del sospechoso” (ap. 41). Como también destaca la STEDH c. AT c. Luxemburgo, de 9 de abril de 2015, ap. 65, expresamente citada en el c. Atristain, un “acusado” en el sentido del art. 6 de la Convención tiene derecho a la defensa desde el comienzo de su detención, es ahí donde nace el derecho a la “defensa”. Y “el hecho de que su ejercicio sea imposible debido a una norma sistemática de Derecho interno es irreconciliable con el derecho a un juicio justo [véase Simons c. Bélgica (dec.), n.º 71407/10, § 31, y Navona y otros c. Mónaco, Nos. 62880/11, 62892/11 y 62899/11, § 80, 24 de octubre de 2013].

Y todo ello, pese a que la STEDH Caso A.T. c. Luxemburgo, de 9 abril 2015, citada en la sentencia Atristain, señala en su ap. 63 que: “El derecho de una persona acusada a ser defendida efectivamente por un abogado es uno de los atributos fundamentales de un juicio justo (véase Krombach c. Francia, nº 29731/96, § 89).

En la STEDH caso Colozza c. Italia, de 12 de febrero de 1985, Ap. 26: “El Tribunal recuerda que las garantías del apartado 3 del artículo 6 constituyen aspectos de la noción de proceso justo” (TEDH c. Goddi de 9 de abril de 1984)

**4)** En cuarto lugar, todas esas restricciones al derecho de defensa se aplicaban “desde las fases iniciales del proceso”.

Y ello pese a que la STEDH Atristain destaca la importancia crucial de las “fases iniciales del proceso”, y “enfatiza la importancia de la etapa de investigación en la preparación de los procedimientos criminales, dado que las evidencias obtenidas durante esta fase determinan el enfoque de trabajo en el que el delito será considerado en el juicio” (Ap. 68)

Sin embargo, en virtud del anterior régimen de detención incomunicada aplicado en España (en la redacción dada en 1983), esa etapa de “investigación en la preparación de los procesos”, está viciada, condicionada desde el principio, al serle aplicado un régimen de incomunicación, que le priva el derecho a designar abogado y del derecho de defensa eficaz, de forma automática, que marca de manera irremediable el desarrollo de todo el ulterior proceso.

El respeto al derecho de defensa, es una garantía de la capacidad del propio sistema judicial de producir justicia. Que, en estos casos, se vulneraba desde el inicio del proceso penal.

El artículo 7 del Anteproyecto de la Ley Orgánica del derecho de defensa que se tramitó en España, ya recoge los “contenidos necesarios” de ese derecho, y establece en su apartado 3º, tras definir ese derecho de defensa, que “la denegación o el impedimento injustificado de los derechos y facultades anteriormente expuestos constituye una denegación técnica de justicia”

**5)** En quinto lugar, en estos casos en que se aplicó el régimen de incomunicación, se da otra coincidencia, recogida en el apartado 70 de la sentencia Atristain: “El Tribunal observa que las pruebas obtenidas como resultado de las declaraciones del demandante [Atristain] en dependencias policiales constituyeron una parte importante de las pruebas incriminatorias en las que se basó la condena (Beuze, ap. 150)”. De modo que las pruebas obtenidas durante el periodo de incomunicación eran relevantes en el posterior destino procesal y penal; tanto en la acusación, como en la posterior condena.

#### **V.- La consecuente vulneración del derecho a un proceso justo, “en su conjunto” (art. 6.1.CEDH)**

Todas esas restricciones, llevaron al TEDH a establecer en la sentencia Atristain que se había vulnerado, también, el derecho a un proceso justo, que se declaró vulnerado “*en su conjunto*” (art. 6.1. CEDH). Se vulneró la equidad global de la causa penal considerada como un todo (“*overall fairness*”)

#### **VI.- La relevancia de los derechos vulnerados:**

a) El derecho de defensa: es un “*principio básico estructural del estado de derecho*” (L.O. 15/24)

Como recoge el art. 1 de la L.O. 5/2024, de 11 de noviembre, *del Derecho de defensa*, el derecho de defensa es un derecho “*reconocido en el artículo 24 de la Constitución Española como derecho fundamental indisponible*”. Ley orgánica en cuya Exposición de motivos se recoge, también, que “*El derecho a la defensa está íntimamente relacionado con el Estado de Derecho. Junto con la tutela judicial efectiva, constituye uno de los derechos básicos de protección de la ciudadanía*”.

b) La relevancia del “derecho a un proceso justo” (art. 6.1.CEDH)

Como establece entre otras la STEDH Sentencia Colozza de 12 febrero 1985 ( TEDH 1985, 2), serie A número 89, pg. 16 ap. 32), “*el derecho a un proceso penal equitativo ocupa un lugar preeminente en una sociedad democrática*”.

#### **VII.- Un problema “sistémico” y “estructural”.**

Se advierte un problema estructural, general y sistémico. Se trata de un “caso masivo”, es decir, los casos en los que una determinada deficiencia estructural conduce a un gran número de violaciones del Convenio. Que no ha tenido una reparación efectiva.

#### **VIII.- Una injusticia sistemática**

Son condenas dictadas en procesos penales en que se violaron derechos fundamentales del CEDH, desde su inicio, y en base a una legislación y régimen de incomunicación aplicado.

Se trata de casos en que se aplicó de modo sistemático y generalizado, un régimen de incomunicación, y una restricción que tiene su origen en aplicaciones generales de la ley.

#### **IX.- Una “Cuestión grave” para el Estado Español, que “pone en peligro” la “lucha antiterrorista”.**

(i) Lo dijo la AVT, que alertó de las consecuencias de esta sentencia del TEDH: “*excarcelación masiva de presos y pago de indemnizaciones*”. Lo anunció en su página web en fecha 06-04-2022: “*La AVT alerta de una posible excarcelación masiva de presos etarras. Si el Gobierno de España no recurre la sentencia del TEDH sobre el régimen de incomunicación se puede producir una sangría de excarcelaciones comparables a la de la derogación de la Doctrina Parot*”.

Y lo recogió, poco después, el diario “*El Mundo*” en su edición digital del día 12.04.2022(<https://www.elmundo.es/espana/2022/04/12/625592e8fc6c8380098b45cd.html>): “*La Asociación Víctimas del Terrorismo pidió recurrir ante el temor de que la decisión del TEDH siente un precedente que provoque una excarcelación masiva de presos etarras*”

La AVT señaló, asimismo, que, si el Ejecutivo no recurriía esa sentencia del TEDH, «*En caso de no hacerlo, además de la jurisprudencia, España tendría que hacer un gran desembolso económico en forma de pago de indemnizaciones a todos los etarras ya en libertad que aleguen este hecho*».

(ii).- Caso Atristain, una “cuestión grave”, que afecta a la lucha antiterrorista:- [www.iustel.com](http://www.iustel.com), diario del\_derecho/noticia.asp?ref\_iustel=1222707 de fecha 23/05/2022, y en la edición digital de europapress de fecha 21.05.2022: **“España advirtió al TEDH de que la ‘doctrina Atristain’ pondría en peligro otros casos y la lucha antiterrorista”**

Así lo puso de manifiesto la Abogacía del Estado en su solicitud de Remisión del asunto a la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) /[www.abc.es/espana/abci-gobierno-consciente-gravedad-sentencia-europea-favor-etarra-atristain-202205140104](http://www.abc.es/espana/abci-gobierno-consciente-gravedad-sentencia-europea-favor-etarra-atristain-202205140104), en su edición de 14 de mayo de 2022, titula: **“El Gobierno era consciente de la gravedad de la sentencia europea a favor del etarra Atristain”**. Y destaca que: **“La resolución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos por el caso Atristain iba a tener consecuencias y el Gobierno lo sabía: «Estamos ante una cuestión grave», reconoció por escrito, pues afecta a la «persecución» de los delitos de terrorismo y contra la seguridad del Estado y puede alterar otros procedimientos.**

#### **X.- La consolidación de la doctrina Atristain, y las primeras sentencias absueltas en la propia Audiencia Nacional.**

Son las sentencias de la Audiencia Nacional, de la Sección 2<sup>a</sup>, sentencia 5/2022, de 7 de marzo y la Sección 2<sup>a</sup>, sentencia 9/2022, de 11 de mayo, en las que se subraya que: **“el caso Atristain Gorosabel contra España establece un nuevo estándar sobre el derecho de defensa en situación de detención incomunicada de necesaria vigencia general para los tribunales españoles, incluido nuestro TC, al ser esta jurisprudencia conformadora del contenido esencial de nuestros derechos fundamentales (art. 10.2 CE)”**.

Son sentencias de la Audiencia Nacional en las que, aplicando la sentencia Atristain, se absuelve a los acusados.

#### **XI.- La situación actual.**

No se ha adoptado ninguna medida de reparación, ni a) individual, ni b) colectiva.

En ambos casos, las decisiones adoptadas y la situación actual, choca con la declaración de la presidenta del TEDH Siofra O’Leary en la conferencia ***“Independencia Judicial y Estado de Derecho: perspectivas desde el TEDH”*** dentro del ***V Congreso Internacional Unión Iberoamericana de Universidades y Cortes Supremas***, celebrada en fecha 6 de octubre de 2023 en Alcalá De Henares (<https://www.echr.coe.int/d/20231006-oleary>), en la que consideró dos sentencias “clave” en la materia de Estado de Derecho, una la sentencia de la doctrina Parot, y otra la del caso Atristain, de la que señaló, en el apartado que lleva por rúbrica ***“Amplia relevancia del Estado de Derecho en el marco del CEDH”***, que ***“Un asunto español relevante para mencionar en este contexto es el caso Atristain Gorosabel c. España, de 2022.67”***, y concluye que ***“el respeto al Estado de derecho no fue explícitamente mencionado en la sentencia, pero estaba sin duda presente en el razonamiento de la Sala”***

#### **XII.- El “Estado de Derecho” en entredicho.**

Cabe preguntarse por ello, vista la situación actual:

España se constituye en un Estado de derecho (art. 1.1 C.E.). Sin embargo:

a) ¿Es realmente España un “Estado de derecho” si, como sucede y, desde una perspectiva individual -que afecta a Atristain- le sigue haciendo cumplir una condena obtenida en un proceso penal que no fue justo, y que el TEDH declaró vulnerado “*en su conjunto*”?

b) ¿Es realmente España un “Estado de derecho” si, como sucede y, desde una perspectiva colectiva –que afecta a todos quienes sufrieron ese mismo régimen de incomunicación- sigue haciendo cumplir unas condenas obtenidas aplicando una legislación que tuvo que “*adecuarla a las exigencias del derecho de la Unión Europea*”?

c) En ambos casos, ¿Es realmente España un “Estado de derecho” si, como sucede, sigue haciendo cumplir condenas obtenidas vulnerando derechos esenciales del CEDH, y desde las fases iniciales de esos procesos?

¿Es realmente España un “Estado de derecho” si, como sucede, sigue sin reconocer, reparar, ni indemnizar todos esos casos?

**XIII.-** Sin “proceso justo” y equitativo, no hay “justicia” y, sin justicia, no cabe una condena. Y si en dicha situación de injusticia hubiere condenas, las condenas deben ser anuladas y reparadas.

**XIV.-** Lo que subyace en todo este asunto: la aplicación masiva, a muchos ciudadanos vascos, durante muchos años.

Un problema mayor, sistémico y estructural, una “*cuestión grave*”, que “*afecta a la «persecución» de los delitos de terrorismo y contra la seguridad del Estado*”, tal y como reconoció España al solicitar la revisión de la sentencia del TEDH, que trasciende al caso concreto y que trae causa en el régimen de incomunicación aplicado durante muchos años, a muchos ciudadanos vascos.

**XV.-** Negaron la revisión a Atristain, para evitar aplicarla al resto.

Pero lo han hecho de una manera un tanto grosera, que lleva al absurdo incluso jurídico, y es que, al negar la revisión de la condena de Atristain, han instaurado un sistema penal en el que:

“*cabe dictar condenas penales, pese a no tener un proceso justo*”.

Lo que es, además, un despropósito jurídico, y atenta a las más elementales reglas de la lógica. Y es que, entonces, ¿Para qué sirve el proceso judicial, si siendo injusto, cabe condenar?

**XVI.-** Han hecho “maniobras antijurídicas” y se han dictado resoluciones injustas (se describen sucintamente en el documento que se acompaña como ANEXO I), para tratar de impedir el verdadero reconocimiento y reparación de estos casos. Pero la injusticia no podrá ocultar nunca la verdad. Y es que las vulneraciones de esos derechos fundamentales en los procesos penales seguidos contra los ciudadanos vascos a los que se les aplicó el régimen de incomunicación, es incontrovertible.

**XVII.-** Forma parte del relato, también, que a los presos vascos que sufrieron el régimen de incomunicación aplicado en España:

1.- Se vulneró el derecho de defensa, en su vertiente del derecho a la libre designación de abogado (art. 6.3.c) del CEDH, ya que el art. 527 a) LECr (hasta el 1.11.2015, en que fue modificado), establecía que “*será siempre*” designado de oficio, privando de forma automática y generalizada designar libremente a un abogado de confianza;

2.- Se vulneró el derecho de defensa, en su vertiente del derecho a una “*defensa eficaz*”, y a recibir el “*rango total de servicios específicamente asociados a su asistencia legal*”.

3.- El “*anterior régimen de incomunicación de la LECrim*” en redacción dada de 1983, niega que el derecho a la asistencia letrada del “*detenido*” guarde relación con el derecho fundamental al “*derecho de defensa*” (art. 24.2 CE). El ámbito de protección del “*derecho de defensa*” y de “*asistencia letrada*” del art. 24.2 CE, no alcanza al “*detenido*” en sede policial. La asistencia del letrado de oficio se enmarca dentro del “*derecho a la libertad*” (art. 17.3 CE), siendo diferentes las garantías prescritas de la asistencia al “*detenido*”, que al “*investigado-imputado*”.

4.- Todas esas vulneraciones, se producen, además, *desde el inicio del proceso penal*, que lo vician desde el principio y de modo irremediable.

5.- Se vulneró el derecho a un proceso justo y equitativo (art. 6.1.CEDH, y art. 24.2.CE), porque las declaraciones y pruebas obtenidas durante el periodo de incomunicación vulnerando ese derecho de defensa, condicionaban el posterior destino procesal y penal, ya que eran empleadas a la hora de acusar y dictar la posterior sentencia condenatoria.

#### **XVIII.- No fueron procesos justos, son procesos penales viciados en su origen.**

#### **XIX.- El derecho a la reparación.**

Los que sufrieron ese régimen de incomunicación, no se han beneficiado del cambio legislativo, y tienen derecho a una reparación, “*efectiva*”. Como señala la STEDH Caso Navone y otros contra Monaco, de 24 octubre 2013: “*es de constatar que los demandantes, cuya detención preventiva fue anterior, no pudieron beneficiarse ni de las medidas transitorias establecidas (...), ni de las nuevas disposiciones legislativas*”.

Y la reparación la reconoce y establece su propia Ley, además orgánica. La reciente L.O. 5/2024, de 11 de noviembre, del derecho de Defensa, establece en su art. 12.2 que “*Las personas tienen derecho al reconocimiento y ejercicio de las acciones que legalmente procedan frente a las vulneraciones de los derechos vinculados al derecho de defensa imputables a los poderes públicos*”.

#### **XX.- La propuesta de reparación.**

En este caso, esa “*reparación efectiva*” puede consistir en *a)* el desarrollo legislativo de la LO 5/24 de 11 de noviembre, y la forma de reparación, definiendo “*las acciones que legalmente procedan*” frente a las “*vulneraciones de los derechos vinculados al derecho de defensa imputables a los poderes públicos*” que se citan en el art. 12.2 de dicha ley; *o b)* mediante la modificación del art. 954 LECr, y del recurso de revisión, para permitir la revisión de las condenas dictadas con vulneración del derecho de defensa; *o c)* la creación legislativa de un mecanismo que permita la revisión de dichas sentencias; de modo que los que vieron vulnerado su derecho de defensa y, que en virtud de la L.O. 5/24 citada, “*tienen derecho al reconocimiento*” y a la reparación, lo vean hecho realidad.

#### **XXI.- La reparación necesaria**

Como reconoce la jurisprudencia del TEDH, “*las autoridades nacionales deben sin demora poner en práctica un recurso o una combinación de ellos con efectos preventivos y compensatorios y*

que garanticen realmente una reparación efectiva de la violación” (STEDH Caso Torreggiani y otros c. Italia, de 8 enero 2013).

#### **XXII.- La reparación obligada.**

Y es que, como subraya la jurisprudencia del propio Tribunal Constitucional de España, en la STC 245/1991 anuló las condenas por el “hecho de ser la culminación de un procedimiento viciado”, y señala en su FJ 5º, “*los derechos fundamentales no son sólo normas constitucionales que establecen derechos subjetivos públicos, sino rasgos esenciales del sistema democrático, de modo que la protección efectiva del derecho fundamental y de su actuación concreta trasciende del significado individual, para adquirir una dimensión objetiva desde la que también resulta intolerable el mantenimiento en prisión de unas personas cuya condena no ha sido impuesta con las garantías constitucionalmente exigibles*”.

#### **XXIII.- El apoyo a esa reparación, entre otros, de la “ASOCIACIÓN EUROPEA DE ABOGADOS PARA LA DEMOCRACIA Y LOS DERECHOS HUMANOS”**

De hecho, han sido diferentes asociaciones ONG, entre ellas la ASOCIACIÓN EUROPEA DE ABOGADOS PARA LA DEMOCRACIA Y LOS DERECHOS HUMANOS, que engloba a letrados de diferentes países de la Unión europea, las que han adherido a la solicitud en el caso Atristain a la adopción de medias colectivas de reparación para estos casos (ver comunicación remitida a raíz de esta sentencia (NGO Communications 1443rd meeting (September 2022) (DH) - Rule 9.2 - Communication from NGOs (European Association of Lawyers for Democracy & World Human Rights; Eskubideak; Asociación Libre de Abogadas y Abogados) (26/07/2022) in the case of Atristain Gorosabel v. Spain (Application No. 15508/15) [anglais uniquement] [DH-DD(2022)824]) (<https://hudoc.exec.coe.int/?i=004-60388>)

**XXIV.-** Y es que, cabe preguntarse, ¿Hay alguien que defienda que esos casos, esos procesos penales, en que se cometieron vulneraciones de derechos esenciales del CEDH, y desde las fases iniciales del proceso, no deben ser reconocidos, y no debe procederse a una “reparación efectiva”? Solo los que se posicionan en contra de la salvaguarda y el reconocimiento de los derechos fundamentales.

Donostia, a 3 de marzo de 2025.

#### **ANEXO I.**

#### **EL DEVENIR PROCESAL DEL CASO ATRISTAIN.**

I.- La sentencia del TEDH declara declaró la vulneración de derechos esenciales del CEDH en el proceso penal seguido en su contra y en la imposición de su condena: el derecho a la defensa, el derecho a una defensa “eficaz” (art. 6.3.c) CEDH) y el derecho a un proceso justo, que se declaró vulnerado “en su conjunto” (art. 6.1. CEDH). La realidad constatada fue en detrimento de la equidad global de la causa penal considerada como un todo (lo que en la jurisprudencia del TEDH se conoce como un “overall fairness”)

Declara que se violó irremediablemente la equidad general del proceso penal, la “justicia del procedimiento” y, además, desde su inicio, desde “la fase de preparación de las diligencias

*penales".* Después de valorar todos los factores del caso, concluye en su apartado 71 que se "menoscabó la equidad del proceso penal incoado contra el demandante, considerado en su conjunto".

## **II. El contenido de la sentencia c. Atristain**

La sentencia subraya, también, el "*impacto tan significativo de su confesión inicial*", a) tanto "*en el desarrollo futuro del proceso penal llevado contra él*" (ap. 67), que condicionó el curso del procedimiento posterior, como b) a la hora de basar la posterior condena (ap.70), y añade que se produce una violación irreparable de su derecho de defensa, "perjudicó irremediablemente su derecho de defensa, en la medida en que no pudo recibir el asesoramiento de su representante" (Ap. 71). Y destaca la privación del "rango total de servicios específicamente asociados a su asistencia legal", (como son la entrevista reservada con el abogado, que éste tuviera acceso al expediente...etc), de los que se privó al Sr. Atristain desde el inicio del proceso, por el régimen de incomunicación aplicado, que no tuvo de ese modo, una defensa "*efectiva*", eficaz. Todo ello motivo la declaración de una violación dual, conjunta del art. 6.1. y 6.3.c) del CEDH.

## **III.- Declara una grave contravención.**

Se trata, por ello, de un proceso irrecuperablemente viciado y perjudicado, y desde su origen, en que se vulneró, también, y desde las fases iniciales del proceso, su derecho de defensa. Afeció al conjunto del proceso penal. No se preservó la integridad del proceso judicial que, valorado en su totalidad, fue injusto.

## **IV.- Fue condenado en un proceso viciado de modo irremediable, y grave, desde el principio.**

Es evidente que, sin "*proceso justo*" y equitativo, no hay "*justicia*" y, sin *justicia*, no cabe una condena. Y si en dicha situación de injusticia hubiere condenas, las condenas deben ser anuladas y reparadas. Una sentencia así dictada, en un proceso viciado, no puede seguir teniendo efectos, ni vigencia. Y es que como recuerda la STC 245/1991, cuando declara la infracción de derechos fundamentales a la defensa y al proceso justo en la imposición de una condena, "*la vulneración del derecho fundamental sólo es susceptible de reparación mediante la pérdida de efectos de la decisión judicial condenatoria de origen*"

Pese a lo ello, se le ha negado el derecho a revisar su condena, que sigue cumpliendo en la actualidad. De modo que se perpetúan los efectos nocivos de dicha sentencia dictada en un proceso en que se vulneraron derechos esenciales del CEDH.

España fue condenada por el TEDH a pagarle una indemnización. Pese a ello, en la actualidad, España le somete a la misma situación. Lo que resulta incomprensible

Y ello, porque como establece la Sentencia del TEDH, *Caso Soering contra Reino Unido*, de 7 julio 1989, Ap. 113: "*Tal como lo consagra el artículo 6, el derecho a un proceso penal equitativo ocupa un lugar preeminente en una sociedad democrática*".

Si eso es así, uno se pregunta:

- ¿Cómo puede seguir cumpliendo una condena penal dictada en un proceso injusto en su conjunto?
- ¿Cómo no se le ha autorizado la revisión de su condena?
- ¿Cómo es posible que se legitime una condena dictada en base a unas vulneraciones de derechos esenciales del CEDH?

**V.- Las fases iniciales de la ejecución de la sentencia del TEDH del caso Atristain: la lógica aplicación de la sentencia Europea y su consecuente excarcelación.**

(i) La STEDH motivó, en un primer momento, que la Audiencia Nacional (AN), que condenó en su día al Sr. Atristain, al aplicar esa sentencia europea, decretara la suspensión de la ejecución de su condena, y su puesta en libertad, toda vez que, como recoge en su Auto, “*las penas de prisión que actualmente está cumpliendo, se produjo una violación del art. 6, apartados 1 y 3 c) del Convenio Europeo de Derechos Humanos*”.

(ii) También en el Recurso de Revisión tramitado ante el Tribunal Supremo (TS), el Fiscal defendió que “*esta sentencia, constituye título suficiente*” “*para autorizar la interposición del Recurso de Revisión*”.

(iii) En ese contexto se produce, la insólita intervención del poder judicial, de la mano del presidente de la Sala II del Tribunal Supremo, Sr. Marchena, mediante carta remitida a la Ministra de Justicia el 22.3.2022, “*El presidente de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, Manuel Marchena, remitió este martes un oficio al Ministerio de Justicia en el que pide a su titular, Pilar Llop, que informe sobre si los servicios jurídicos del Estado han recurrido o van a recurrir la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) del pasado 18 de enero que consideró vulnerado el derecho a un proceso justo del etarra Xavier Atristain Gorosabel, (...) ha formalizado recurso o tiene intención de hacerlo en el plazo de tres meses, que expiraría el próximo 18 de abril*” (<https://www.elindependiente.com/espana/2022/03/23>)

**VI.- El giro injustificable. La negativa a la revisión de su condena, pese haberse dictado en un proceso injusto. Y el comienzo de las “maniobras antijurídicas”.**

Podrían escribirse al respecto, tantas páginas como este escrito. Pero sirvan de muestra, p.ej, a) el cambio súbito de opinión del Fiscal, que defendió primeramente ante el Tribunal Supremo (TS) que “*procede autorizar*” al Sr. Atristain para la interposición del Recurso de Revisión, para a los pocos días, el mismo fiscal, defender lo contrario, “*que no procede conceder la autorización*”, algo insólito; b) que el Magistrado del TS que dictó el Auto que no autorizaba el Recurso de Revisión, solicitara, además “*in voce*”, la misma prueba que en su día solicitó el TEDH para dictar su sentencia (el requerimiento realizado por el TEDH fue mediante escrito de fecha 27 de octubre de 2020, en que se solicitó a esta parte, los autos de incomunicación, así como los autos de entrada y registro en el domicilio del Sr. Atristain), actuando de ese modo el TS como si fuera un Tribunal de apelación del propio TEDH, pese a que el TEDH al dictar su sentencia ya había valorado todas las pruebas y todo el proceso; c) que ese mismo Magistrado del Tribunal Supremo (también Magistrado de las escuchas del CNI), solicitara la grabación de “*todas las sesiones del juicio oral*” (sic.) del Sr. Atristain, para volver a juzgar y condenar a Atristain; y que inadmitieran a trámite el Recurso de Atristain frente a dicha decisión, que era injustificable, apresurándose a dictar el auto de inadmisión de la revisión, para después alegar que, al haberse dictado el mismo, el recurso carecía de objeto; De ese modo, reexamina todo el material probatorio que ya había sido valorado por el TEDH, sustituyendo la del TEDH por la suya propia, cuando no cabía. Todo ello, cuando ese recurso de revisión no es “*una nueva valoración de la prueba*” (STS 283/2017, de 19 de abril). Algo jurídicamente injustificable, cuando de ejecutar una sentencia del TEDH se trata; d) pronunciándose sobre el fondo de una acusación penal y la culpabilidad, juzgándolo de nuevo, cuando no cabe ni aparece previsto en el ordenamiento procesal, y sin la participación del Sr. Atristain, e) y sin jurisdicción para ello. Cabe citar, también, f) las 3 líneas del Tribunal

Constitucional (TC) para inadmitir, sin entrar a analizar el fondo del caso, el Recurso de Amparo del Sr. Atristain frente a la decisión del TS.

Sorprende, asimismo, la última decisión de 3 magistrados del TEDH, avalando la no revisión del caso, que fue adoptado, *a) vulnerando las normas más elementales del proceso, ya que la Magistrada designada por España no podía participar en la misma* (art. 28.1 del Reglamento del TEDH). Se adoptó, *b) vulnerando, también, el art. 28.2 del Reglamento del TEDH, cuando podía haber serias dudas sobre la imparcialidad de la Magistrada designada por España, país que había solicitado remitir el asunto a la Gran Sala, porque era una “cuestión grave” que afectaba a la lucha antiterrorista y llamando la atención en que “la consolidación de la doctrina contenida en la sentencia de Atristain contra España podría llevar a una revisión y posible anulación de los futuros juicios”* (ver noticia *iustel.com* de 23.05.2022). Se trata, por ello, de un caso que involucra a una Parte Contratante, lo que permite albergar dudas en cuanto a la imparcialidad de la Magistrada designada por España, ya que puede tener un evidente interés en solucionar ese “grave problema” que afecta a España, pero en favor del Estado demandado al que representa. Lo que debió llevar a que no formara parte del panel de admisión cuando se examinó la solicitud.

Se da la particularidad, además, *c) que esa nueva decisión de inadmisión del TEDH, se ha adoptado en forma de decisión y sin dictar “sentencia”, lo que impide al Sr. Atristain interponer recurso alguno frente a esa decisión, pese a la gravedad de los derechos vulnerados, y la importancia de los derechos en juego (como son la libertad y el derecho a no ser condenado mediante un proceso injusto).* Por lo que se dictó, también, impidiendo, de ese modo, que el asunto llegara a la Gran Sala del TEDH.

Se trata, por ello, de una decisión de *inadmisión* que es, en términos jurídicos, difícilmente justificable. Y es que, si eso es así, uno se pregunta: ¿Para qué sirve el proceso penal, y se establece como un derecho fundamental que sea un “proceso justo”, si, como sucede, el TEDH declaró que ese derecho fue vulnerado “en su conjunto” y, pese a ello, se pretende que no cambie nada, y que siga cumpliendo una condena así obtenida?

#### **VII.- La situación actual, injustificable.**

La situación actual, perpetuando la prisión de Atristain y el cumplimiento de una condena dictada en un proceso injusto:

1.- Choca con el contenido de la propia sentencia del TEDH. Y esas 2 resoluciones, la del TS y del TC que no autorizan revisar la condena del Sr. Atristain, permanecerán en la memoria. Y es que, lo que antes era en la sentencia del TEDH del caso Atristain un proceso “*injusto en su conjunto*”, pasó a ser para España un proceso *justo*; lo que antes para el TEDH era una “*vulneración irremediable del derecho de defensa y desde las fases iniciales del proceso*”, pasó a ser para el TS, una vulneración insignificante y “*remediable*”. De modo que distorsionaron la sentencia, cuando “*deberían haberse respetado las conclusiones del Tribunal en su anterior sentencia*” (*STEDH Serrano Contreras (nº2) c. España, ap. 37*)

2.- Choca con el Auto de fecha 17.2.22 dictado por el Tribunal de la Audiencia Nacional que le juzgó, que inmediatamente después de dictarse la sentencia Europea, decretó la suspensión de su condena y su puesta en libertad, “*dado el tenor de la sentencia*” del TEDH, “*en la que se aprecia que, en el proceso, donde se impusieron a Xabier Atristain Gorosabel las penas de prisión que actualmente está cumpliendo, se produjo una violación del art. 6, apartados 1 y 3 c) del Convenio Europeo de Derechos Humanos*”

3.- Vulnera la propia doctrina y jurisprudencia Española, que establecen de modo unánime que “*sin derecho de defensa no cabe condena*” (entre otras, SSTS (Sala II) núm.113/2017 de 22 febrero, Ponente Martínez Arrieta, el mismo Magistrado que dictó el Auto que negaba el derecho a revisar su condena al sr. Atristain, y STS núm. 626/2017 de 21 septiembre); así como que, sin proceso justo, tampoco cabe dictar una condena (entre otras, STC 197/2006 de 3 julio, y STC 245/1991, caso Bultó, que anula una sentencia en la que, como ocurre en la de Atristain, el TEDH declara una “*violación especialmente cualificada*”, a consecuencia “*de una serie de irregularidades que han permitido al Tribunal Europeo llegar a la conclusión de que el procedimiento penal en cuestión tomado en su conjunto no satisfizo las exigencias de un juicio justo y público*”, lo que debió llevar, incluso aplicando la doctrina de los Tribunales Españoles, e igual que se hiciera en aquellos casos, a la nulidad de la condena.

Y como señala la propia jurisprudencia de España, sin derecho a un *proceso justo*, tampoco cabe mantener una condena. Así, en esa sentencia 245/1991 de 16 de diciembre, caso Bultó), en la que aplicó a nivel interno la STEDH de 13 de junio de 1994, caso Barberá, Messegué y Jabardo contra España, concluye que: “*De este modo, la declaración de la violación del art. 6.1 del Convenio Europeo declarada por el TEDH, implica el hecho de la existencia y el mantenimiento de una condena penal impuesta con violación del derecho reconocido en el art. 24.2 C.E., y, además, al tratarse de una perdida de libertad impuesta sin la observancia de los requisitos formales exigidos por la Ley, resulta también lesivo del derecho fundamental a la libertad del art. 17.1 C.E.*”.

Por ello y, tras haber dictado el TS y el TC esas resoluciones, impidiendo con ellas la revisión, y manteniendo de esa forma la sentencia penal así obtenida, y sus efectos:

- ¿Pueden, los Magistrados del TS y TC que dictaron esas resoluciones, seguir defendiendo su propia doctrina, la de que “*sin derecho de defensa no cabe condena*”?
- ¿O que el derecho al proceso justo, es un derecho fundamental, cuando como sucede, habiéndose vulnerado “*en su conjunto*”, perpetúan esas violaciones?

4.- Las decisiones impidiendo la revisión de la condena, chocan con las reglas de la lógica, y rayan el absurdo, ya que instauran un sistema penal en el que, sin haber tenido un proceso justo, cabe condenar a penas de prisión.

5.- Y la situación actual, choca, también, con la declaración de la Presidenta del TEDH, Siofra O’Leary en la conferencia “*Independencia Judicial y Estado de Derecho: perspectivas desde el TEDH*” dentro del *V congreso Internacional Unión Iberoamericana de Universidades y Cortes Supremas*, celebrada en fecha 6 de octubre de 2023 en Alcalá De Henares, en el que declara que “*el respeto al estado de derecho no fue explícitamente mencionado en la sentencia, pero estaba sin duda presente en el razonamiento de la Sala*”

**VIII.-** “Estado de derecho” que, con decisiones que impiden la revisión y perpetúan actualmente su condena, deja de estar presente.