RECURSO CASACION (P) núm.: 11773/2011 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal
PLENO

Sentencia núm. 692/2020

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Julián Sánchez Melgar

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Antonio del Moral García

D. Andrés Palomo Del Arco

Dª. Ana María Ferrer García

D. Pablo Llarena Conde

D. Vicente Magro Servet

Dª. Susana Polo García

Dª. Carmen Lamela Díaz

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

D. Leopoldo Puente Segura

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 15 de diciembre de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación núm. 11773/2011P, por infracción de precepto Constitucional, interpuesto por los acusados **D. Arnaldo Otegui Mondragón, D. Arkaitz Rodríguez Torres, Dª. Sonia Jacinto García, Dª. Miren Zabaleta Tellería y D. Rafael Diez Usabiaga,** contra sentencia dictada por la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección Cuarta, de fecha 16 de septiembre de 2011. Estando el primer, segundo, tercer y cuarto recurrente representados por el procurador D. Javier Cuevas Rivas, bajo la dirección letrada de D. Iñigo Iruin Sanz; y el quinto recurrente representado por la procuradora Dª. Ana Lobera Argüelles, bajo la dirección letrada de D. Iñigo Iruin Sanz. En calidad de parte recurrida, la acusación particular Asociación Víctimas del Terrorismo Verde Esperanza, representada por la procuradora Dª. Delicia Santos Montero, bajo la dirección letrada de D. Juan C. Rodríguez Segura. Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado Central de Instrucción número 5 de los de Madrid, instruyó el sumario con el nº 56/09, contra los acusados D. Arnaldo Otegui Mondragon, D. Rafael Diez Usabiaga, D.ª Miren Zabaleta Tellería, D. Arakaitz Rodríguez Torres, D.ª Sonia Jacinto García, D. José Luis Moreno Sagües, D. José Manuel Serra Ugarte y D.ª Amaia Esnal Martiarena, por delito de pertenencia a organización terrorista; y una vez declarado concluso el mismo, lo remitió a la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección Cuarta, que con fecha 16 de diciembre de 2011, dictó sentencia con el siguiente pronunciamiento:

1.- Que debemos condenar y condenamos a ARNALDO OTEGUI MONDRAGON y RAFAEL DIEZ 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 apra 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 TELLERIA, ARKAITZ RODRIGUEZ TORRES y SONIA JACINTO GARCIA, 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 de vengadas, incluidas las de la acusación popular.

3.- Que debemos absolver y absolvemos a JOSÉ LUIS MORENO MUÑOZ SAGÜÉS, JOSE 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)».

SEGUNDO.- La anterior resolución fue objeto de recurso de casación formulado ante esta Sala Segunda, núm. 11773/2011P, resuelto por sentencia nº 351/2012, de 7 de mayo, en cuyo Fallo se acordó lo siguiente:

«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(sic)».

Dictándose a continuación segunda sentencia, con el siguiente pronunciamiento:

«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 MONDRAGON y RAFAEL DIEZ 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 RODRIGUEZ TORRES, SONIA JACINTO GARCÍA y MIREN ZABALETA TELLERÍA, con inhabilitación especial acordada por la Audiencia por el tiempo de las respectivas condenas(sic)».

TERCERO.- Contra la anterior Sentencia se interpuso recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional alegando la vulneración de su derecho a un Juez imparcial, lo que fue denegado por sentencia de fecha 22/09/2014 y, agotada la vía interna, se interpuso recurso ante el TEDH.

El TEDH en Sentencia de 6 de noviembre de 2018 y con carácter de definitiva el 6 de febrero de 2019, estimó la vulneración del artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos por falta de imparcialidad del Tribunal de la Audiencia Nacional ante el que se llevó a cabo el enjuiciamiento, rechazando cualquier indemnización para los recurrentes en concepto de daño moral, considerando suficiente la constatación de la declaración de la vulneración del derecho solicitado.

CUARTO.- Con fecha 4 de abril de 2019 se presentó en el Registro General del Tribunal Supremo, escrito en nombre y representación de los referidos condenados **solicitando la autorización** necesaria para interponer recurso extraordinario de revisión contra la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 2012.

Por auto de fecha 24 de octubre de 2019 esta Sala Segunda del Tribunal Supremo dicta Auto, autorizando a los condenados a interponer recurso de extraordinario de revisión contra la Sentencia 351/12, de 7 de mayo de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

Una vez concluida la tramitación del recurso de revisión y celebrándose la deliberación y fallo del mismo, se dictó sentencia nº 426/2020, con el siguiente **fallo:**

"1°.- ESTIMAR el recurso de revisión interpuesto por los condenados **DON ARNALDO OTEGI MONDRAGÓN, DON RAFAEL DÍEZ USABIAGA, DOÑA MIREN ZABALETA TELLERÍA, DON ARKAITYZ RODRIGUEZ TORRES y DOÑA SONIA JACINTO**

GARCÍA, frente a la Sentencia de esta Sala núm. 351/2012 de 7 de mayo de 2012, que estimó parcialmente los recursos de casación interpuestos contra la Sentencia 22/2011, de 16 de septiembre, de la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, **declarándose la nulidad de la citada resolución**.

2°.- DECLARAR DE OFICIO las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por su recurso.

3°.- COMUNICAR la presente resolución a los Tribunales que han intervenido a los efectos procedentes(sic)".

QUINTO.- En fecha 25/09/2020, recayó providencia por la que se acuerda que, una vez declarada la nulidad de la sentencia dictada resolviendo el presente recurso de casación, y habida cuenta de que la nulidad se basa en la falta de imparcialidad del Tribunal de instancia, procede realizar nuevo señalamiento del recurso de casación para deliberación y fallo, dando previamente traslado a las partes recurrentes y recurridas por término de quince días para alegar lo que a su derecho convenga.

SEXTO.- Por la representación procesal de D. Arnaldo Otegui Mondragón, Dª. Sonia Jacinto García, D. Arkaitz Rodríguez Torres y Dª. Miren Zabaleta Tellería, se presentó escrito en fecha 20 de octubre de 2020, en el que solicita:

«1.- Declarar la nulidad de la sentencia n° 22/2011, de 16 de septiembre, de la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

2.- Comunicar tal declaración al mencionado Tribunal de procedencia de la causa, para que deje sin efecto cualesquiera penas o medidas que puedan encontrarse en vigor como consecuencia de las condenas dictadas, sean de naturaleza personal (privativas de libertad o privativas de derechos), o de naturaleza real, y ordenando la cancelación de las anotaciones que de las mismas se hayan podido realizar en registros o archivos de las Administraciones Públicas, en particular en el Registro de Penados y Rebeldes, acordando tras ello el posterior archivo de la Ejecutoria n° 21/2012 incoada en la causa, y con lo demás que en derecho proceda(sic)».

Por la representación procesal de D. Rafael Diez Usabiaga, se presentó escrito en fecha 21 de octubre de 2020, en el que solicita:

«1.- Declarar la nulidad de la sentencia n° 22/2011, de 16 de septiembre, de la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

2.- Comunicar tal declaración al mencionado Tribunal de procedencia de la causa, para que deje sin efecto cualesquiera penas o medidas que puedan encontrarse en vigor como consecuencia de las condenas dictadas, sean de naturaleza personal (privativas de libertad o privativas de derechos), o de naturaleza real, y ordenando la cancelación de las anotaciones que de las mismas se hayan podido realizar en registros o archivos de las Administraciones Públicas, en particular en el Registro de Penados y Rebeldes, acordando tras ello el posterior archivo de la Ejecutoria n° 21/2012. incoada en la causa, y con lo demás que en derecho proceda.

Ambos escritos quedan unidos a las presentes actuaciones.

SÉPTIMO.- Por el Ministerio Fiscal se evacuó informe en fecha 17/11/2020, con el siguiente contenido:

«PRIMERA. - El presente procedimiento ha tenido por objeto la tramitación del recurso de casación interpuesto por D. ARNALDO OTEGI MONDRAGON, D. RAFAEL DIEZ USABIAGA, Da MIREN ZABALETA TELLERIA, D. ARKAITZ RODRIGUEZ TORRES y Da SONIA JACINTO GARCIA, contra la sentencia n° 22/2011, de 16 de septiembre, dictada por la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

SEGUNDA. - La resolución del recurso de casación fue acordado por sentencia de 7 de mayo de 2012. Con el siguiente pronunciamiento. "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 MONDRAGON y RAFAEL DIEZ 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 diligentes, y seis años también a cada uno de los acusados ARKAITZ RODRIGUEZ TORRES, SONIA JACINTO GARCIA y MIREN ZABALETA TELLERIA, con la inhabilitación especial acordada por la Audiencia por el tiempo de las respectivas condena.

TERCERA. - Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de amparo que fue denegado por el Tribunal Constitucional y agotada la vía interna se interpuso recurso ante el TEDH.

El TEDH en sentencia de 6 de noviembre de 2018 y con carácter de definitiva el 6 de febrero de 2019 estimó la vulneración del artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos por falta de imparcialidad del Tribunal de la Audiencia Nacional ante el que se llevó a cabo el enjuiciamiento, rechazando cualquier indemnización para los recurrentes en concepto de daño moral considerando suficiente la constatación la declaración de la vulneración del derecho solicitado.

CUARTA. - D. ARNALDO OTEGI MONDRAGON, D. RAFAEL DIEZ USABIAGA, Da MIREN ZABALETA TELLERIA, D. ARKAITZ RODRIGUEZ TORRES y Da SONIA JACINTO GARCIA, con fecha 4 de abril de 2019, formularon recurso de revisión solicitando autorización necesaria para interponer recurso extraordinario de revisión contra la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 2012.

El recurso de revisión se amparó en el art. 954.3 de la LECrim alegando los recurrentes que la Sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, vulnera el art. 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, como declaró la Sentencia del THDH de 6 de noviembre de 2018 (definitiva 6 de febrero de 2019), que resolvió el recurso planteado por los hoy recurrentes en revisión de la Sentencia de Casación de esta Sala Segunda.

El recurso de revisión fue admitido y estimado, dictándose sentencia de 27/07/2020, numero de procedimiento 20335/2019, en cuyo fallo se estableció;

1°.- ESTIMAR el recurso de revisión interpuesto por los condenados DON ARNALDO OTEGI MONDRAGÓN, DON RAFAEL DÍEZ USABIAGA, DOÑA MIREN ZABALETA TELLERIA, DON ARKAYZ RODRIGUEZ TORRES y DOÑA SONIA JACINTO GARCÍA, frente a la Sentencia de esta Sala núm. 351/2012 de 7 de mayo de 2012, que estimó parcialmente los recursos de casación interpuestos contra la Sentencia 22/2011, de 16 de septiembre, de la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, declarándose la nulidad de la citada resolución.

QUINTA. - La sentencia del TDH de 6 de noviembre de 2018 estimó la vulneración del artículo 6,1 del Convenio al entender la falta de imparcialidad objetiva de la Ilma. Señora Presidenta de la Sala Cuarta de la Audiencia Nacional que presidió el juicio en el que se dictó la sentencia de la que dimana el presente recurso de casación y extendiéndose a los otros dos magistrados que conformaron el órgano de enjuiciamiento.

En este sentido hemos de recordar la doctrina de esta Sala II respecto a los efectos que produce el reconocimiento de la falta de imparcialidad objetiva en el Juez o Tribunal que haya dictado la sentencia en la instancia y por todas la sentencia de 08/05 /2019, recurso n° 458/2019 en el que se acordó la anulación de la sentencia recurrida así como "Se acuerda retrotraer las actuaciones al trámite anterior al señalamiento de la vista oral del juicio para que se proceda a realizar los trámites necesarios para celebrar un nuevo juicio con respecto a los seis referidos acusados por un Tribunal diferente al que dictó la sentencia anulada."

En el mismo sentido el Tribunal Constitucional y por todas, Sentencia 09/09/2013 n° 149/2013, acordó retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de la deliberación de la sentencia con el exclusivo de que se dicte otra nueva por un tribunal que respete el derecho fundamental reconocido (en la causa se había estimado la imparcialidad objetiva del Tribunal dado que el Tribunal que había dictado la sentencia condenatoria habían revocado el archivo del procedimiento).

Incluso la propia sentencia del TDH de 5 de noviembre de 2018 que estimó la demanda de los procesados en el presente procedimiento, mantuvo en su apartado 67 que se debía haber acordado la repetición del juicio ...". Este Tribunal es de la opinión de que el

mismo razonamiento que llevó al Tribunal Supremo a estimar que la Presidenta del Tribunal carecía de imparcialidad y que era necesario repetir el juicio con una nueva y diferente composición de la Sección debe ser aplicable al presente caso" (El Tribunal Europeo se refiriere a la Sentencia n°: 31/2011, numero de procedimiento del juicio: 1144/2010 de 02/02/2011 en el que esta Sala en un procedimiento dirigido contra D. ARNALDO OTEGI MONDRAGON estimo la falta de imparcialidad de la misma magistrada que le enjuició en el presente procedimiento, determinando esta Sala II la repetición del juicio).

En definitiva, entendemos que un defecto procesal no puede convertirse en una exención penal y en aplicación de la anterior doctrina, interesamos que la Sala acuerde la retroacción de las actuaciones al trámite previo a la designación por la Sala Cuarta de la Audiencia Nacional de los componentes del Tribunal que debían enjuiciar a los procesados D. ARNALDO OTEGI MONDRAGON, D. RAFAEL DIEZ USABIAGA, D.ª MIREN ZABALETA TELLERIA, D. ARKAITZ RODRIGUEZ TORRES y D.ª SONIA JACINTO GARCIA, sumario 56/2009 del Juzgado Central de Instrucción n° 5 rollo 95/2009 y tras designar unos diferentes componentes del Tribunal se repita el juicio contra los referidos 5 procesados(sic)».

OCTAVO.- Por la representación procesal de la parte recurrida Asociación de Víctimas del Terrorismo Verde Esperanza (Voces contra el Terrorismo), se presentó escrito en fecha 20/11/2020, en el que solicita: *« se tenga por presentado este escrito, se sirva de admitirlo y tras los trámites legales oportunos, estime la petición formulada por el Ministerio Fiscal y por esta representación, y acuerde que se retrotraigan las actuaciones hasta el momento de la composición de la Sala para el debido enjuiciamiento de los 5 procesados(sic)».*

Quedando unido a las presentes actuaciones.

NOVENO.- Por providencia de fecha 26/11/2020, se acordó señalar el 15/12/2020 para deliberación y decisión.

DÉCIMO.- Al estar en el supuesto contemplado en el art. 197 de la LOPJ, por providencia de fecha 11/12/2020, se acordó suspender la deliberación que venía acordada para el 15 de diciembre y señalar Pleno Jurisdiccional para el día 14 de Diciembre de 2020, lo que se llevó a efecto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Con fecha 16 de setiembre de 2011, la Sala de lo Penal, Sección 4ª de la Audiencia Nacional dictó sentencia en la que condenó a los acusados 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; y a los acusados 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.

Contra dicha sentencia interpusieron recurso de casación que fue resuelto por la STS nº 351/2012, de 7 de mayo. En dicha sentencia, en lo que aquí interesa, se desestimó el motivo primero del recurso interpuesto por Arnaldo Otegi Mondragón y Arkaitz Rodríguez Torres, en el que alegaban vulneración de su derecho a un Juez imparcial.

Presentada demanda de amparo alegando esa misma vulneración, fue desestimada por el Tribunal Constitucional.

Y, presentada demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), fue finalmente estimada su queja en la sentencia de 6 de noviembre de 2018, en la que el Tribunal declaró que se había vulnerado el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), en relación, concretamente, al derecho a ser enjuiciado por un Tribunal imparcial.

Con amparo en el artículo 954.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim), los recurrentes presentaron demanda de revisión, que fue estimada en STS nº 426/2020, de 27 de julio, que declaró la nulidad de la STS de esta Sala núm. 351/2012, de 7 de mayo, que estimó parcialmente los recursos de

casación interpuestos contra la Sentencia 22/2011, de 16 de septiembre, de la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

2. Los efectos de la STEDH de 6 de noviembre de 2018 fueron así establecidos en el orden interno, concretándose en la nulidad de la sentencia que resolvía el recurso de casación y confirmaba la condena de los acusados, aunque modificando las penas.

Los recurrentes sostienen que los efectos de la sentencia del TEDH deben establecerse de modo excluyente en la sentencia del recurso de revisión. Efectivamente, puede ser así en algunos casos, especialmente si el Tribunal dispone de los elementos necesarios para decidir de conformidad con las pretensiones de las partes. Pero ello no impide que otros efectos o consecuencias, derivados de modo natural de la declaración de nulidad, puedan ser establecidos en otras resoluciones posteriores.

Los precedentes existentes, especialmente tras la reforma de la LECrim operada por la Ley 41/2015, se refieren principalmente a casos en los que, habiéndose acordado la absolución en la instancia, recaía condena en apelación o casación (STS nº 145/2015, de 12 de marzo; STS nº 177/2015, de 26 de marzo; STS nº 330/2015, de 19 de mayo; STS nº 633/2015, de 23 de octubre; STS nº 113/2017, de 22 de febrero; STS nº 84/2017, de 24 de febrero; STS nº 626/2017, de 21 de setiembre y STS nº 510/2019, de 28 de octubre). En esos casos, la sentencia del TEDH declaraba la vulneración de un derecho reconocido en el CEDH al haberse dictado una condena en vía de recurso (apelación o casación) sin haber oído al acusado, por lo que el proceso no se consideraba equitativo. Y la sentencia dictada en el recurso de revisión declarando la nulidad de la dictada en el recurso de casación o apelación, suponía la vigencia de la absolución acordada en la instancia, lo cual era declarado expresamente en algún caso (STS nº 177/2015 y STS nº 633/2015), y resultaba implícito en los demás. Por lo que no era necesaria una nueva resolución. Tampoco lo fue, al menos desde perspectivas materiales, en el caso resuelto por la STS nº 283/2017, en el que se había declarado por el TEDH que la condena había vulnerado el derecho a la libertad de expresión, lo cual, inevitablemente conducía a entender la procedencia de la absolución.

En el caso presente, sin embargo, los recurrentes fueron condenados en la instancia, de manera que la declaración de nulidad de la sentencia dictada en casación no podía implicar, ni expresa ni implícitamente, la vigencia de la dictada en la instancia. Es, pues, necesario establecer las consecuencias de la declaración de nulidad de la sentencia de casación, único pronunciamiento de la sentencia dictada en el recurso de revisión.

3. La primera consecuencia es que el recurso de casación interpuesto por los recurrentes condenados en la instancia no ha sido resuelto por una sentencia válida en Derecho. Lo cual haría necesaria una resolución que resolviera aquel recurso, haciendo efectivo el derecho a la tutela judicial efectiva en cuanto al derecho a una resolución motivada respecto a las pretensiones oportunamente planteadas. Aunque se entendiera que la pretensión de los recurrentes respecto a la vulneración de su derecho a un juez imparcial ya fue resuelta por la sentencia del TEDH, formalmente sería necesaria una resolución en el ámbito interno que trasladara al mismo las consecuencias de aquella sentencia, no solo respecto de la dictada en casación, ya anulada por la sentencia dictada en el recurso de revisión, sino también en relación con la dictada en la instancia, respecto de la cual no se ha pronunciado todavía ningún tribunal. Esa resolución solo podría dictarla esta Sala al resolver el recurso de casación, del que los recurrentes no han desistido. Además, en sus alegaciones ante esta Sala tras la sentencia dictada en el recurso de revisión, interesan que se declare la nulidad de la sentencia dictada por la Sección 4ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, lo cual solo sería posible, en el estado actual del proceso, resolviendo el recurso de casación.

4. Pero la cuestión no es solo de carácter formal. Los recurrentes en casación fueron acusados como autores de unos determinados hechos, fueron condenados en la instancia e interpusieron recurso de casación interesando la nulidad de la sentencia condenatoria.

El TEDH, dentro de sus competencias, ha declarado que la condena se produjo en vulneración del derecho a un Juez imparcial. En realidad, lo que el TEDH declara en su sentencia es que la condena se acuerda tras un juicio

celebrado ante un tribunal respecto del cual los recurrentes podían tener dudas objetivamente justificadas sobre su imparcialidad, lo cual determinaba que se considerase vulnerado su derecho.

Tras esta declaración del TEDH, la sentencia de casación que desestimó aquella alegación de los recurrentes ha sido anulada por esta misma Sala al resolver el recurso de revisión.

Por lo tanto, tendría que dictarse una sentencia que, resolviendo el recurso de casación, acordara expresamente la nulidad de la condena dictada en la instancia.

Aunque, como consecuencia de la STEDH, pudiera concluirse que el juicio y la sentencia de instancia no pueden considerarse válidos en Derecho, por vulneración del derecho a un juez imparcial, aun sin declaración expresa de los tribunales españoles competentes, ello determinaría que no existe una resolución válida sobre el fondo, es decir, sobre la existencia de los hechos, la participación de los acusados en los mismos, y sobre su carácter delictivo.

Podría plantearse si, no existiendo una regulación específica sobre el particular, sería suficiente con la sentencia del TEDH y con la dictada en el recurso o proceso de revisión anulando la de casación que desestimó la alegación relativa al derecho a un Juez imparcial.

Pero esta forma de operar tendría dos consecuencias inmediatas. De un lado, que no existiría un pronunciamiento definitivo de la Justicia acerca de los aspectos antes mencionados: la existencia de los hechos, la participación de los acusados en los mismos, y el carácter delictivo de los mismos. Y, de otro lado, que los acusados recurrentes han cumplido una pena, en el caso privativa de libertad, como consecuencia de hechos sobre los cuales no existe ese pronunciamiento definitivo.

Parece, pues, imprescindible que tal pronunciamiento tenga lugar.

5. Tras la STEDH, la resolución del recurso de casación no puede tener otro contenido que la asunción de la doctrina contenida en aquella, es decir, apreciar la vulneración del derecho a un tribunal imparcial, y estimar el primer motivo del recurso interpuesto por Arnaldo Otegi Mondragón y por Arkaitz Rodríguez Torres, cuyos efectos se extenderían a los demás acusados.

Los recurrentes solicitan la declaración de nulidad de la sentencia de instancia, lo cual es coherente con el significado de aquella apreciación. Efectivamente, desde la perspectiva de una vigencia efectiva de los derechos fundamentales, no puede considerarse válida una condena acordada por un Tribunal respecto de cuya imparcialidad se han constatado dudas objetivamente justificadas, por lo cual es procedente la declaración de nulidad.

Pero discuten cuáles han de ser las consecuencias de tal nulidad.

SEGUNDO.- Los recurrentes se inclinan, al menos de forma implícita, por la absolución. El Ministerio Fiscal y la acusación popular interesan la retroacción de actuaciones y la celebración de un nuevo juicio.

1. Es claro que la constatación de que los acusados tenían razones objetivas para dudar de la imparcialidad del Tribunal no supone una declaración válida sobre el fondo de la cuestión: la realidad de los hechos; la participación de los acusados; y el carácter delictivo de los que se declaren probados.

Los acusados fueron condenados como autores de unos hechos determinados y han cumplido la pena. Ante una situación tal, por un lado, el estado de derecho no puede permanecer impasible ante una privación de libertad cuya justificación final se ignora. Y por otra, ha de tenerse en cuenta que las acusaciones no han decaído, y quienes las sostienen tienen derecho a una resolución motivada respecto de sus pretensiones debidamente formuladas.

2. Los precedentes de esta Sala, en casos en los que se apreció la vulneración del derecho a un juez imparcial, han conducido, sin excepción, a la declaración de nulidad del juicio y de la sentencia y a la necesidad de celebración de un nuevo juicio con un tribunal de diferente composición. En ningún caso se acordó que la afirmación de la vulneración de aquel derecho, si no venía acompañada de otras vulneraciones distintas, supusiera la absolución del acusado.

Por otro lado, esa fue la pretensión de los recurrentes en el recurso de casación, en el que solicitaban que se declarase la nulidad de la sentencia de la Audiencia Nacional y que se devolviese la causa para la celebración de un nuevo juicio con un tribunal de diferente composición. Esta es la forma ordinaria de proceder, pues es la única que permite un pronunciamiento sobre el fondo.

TERCERO.- Los recurrentes alegan ahora, abandonando su inicial pretensión, que la celebración de un nuevo juicio atentaría contra la prohibición de ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

1. Como ya hemos señalado, no es ese el criterio de esta Sala. Pues, efectivamente, no existiría un doble enjuiciamiento en la medida en que el primero ha sido declarado nulo en atención a la protección de un derecho fundamental del acusado. En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional (STC nº 245/1991, entre otras: "*Dado que lo que se remedian son vicios esenciales del procedimiento, quebrantamientos de forma, lo que corresponde pues, como este Tribunal viene haciendo en supuestos similares de defectos sustanciales en el procedimiento, y es la práctica común de nuestra jurisdicción penal, es reponer los autos al estado y momento en que se encontraban cuando se cometieron las faltas de la que derivó la infracción constitucional y la consecuente invalidez del proceso, esto es al momento del inicio de las sesiones del juicio oral, pues en su transcurso fue donde se produjeron las consiguientes infracciones*".).

La pretensión de los recurrentes tampoco encuentra apoyo en el criterio del TEDH, que, en aplicación del artículo 4.2 del Protocolo 7 del CEDH, ha admitido la reapertura de la causa, afirmando (STEDH Mihalache c. Rumanía, de 8 de julio de 2019) que esa decisión debe estar justificada por la aparición de hechos nuevos o recientemente revelados o por el descubrimiento de defecto fundamental del procedimiento anterior que puede afectar a la sentencia dictada, considerando estas condiciones como alternativas y no como acumulativas. Señalando que "*El concepto de "vicio*

fundamental" en el sentido del artículo 4 § 2 del Protocolo núm. 7 tiende a indicar que solo una violación grave de una norma procesal, que atenta gravemente contra la integridad de los procedimientos anteriores, puede servir de base para su reapertura en perjuicio del imputado cuando éste haya sido absuelto de un delito o sancionado por un delito menos grave que el previsto en la ley aplicable. Por lo tanto, en tales casos, la mera reevaluación de las pruebas por parte del fiscal o del tribunal superior no puede satisfacer este criterio. Sin embargo, en cuanto a las situaciones en las que un imputado ha sido declarado culpable y en las que la reapertura del proceso podría beneficiarlo, la Corte recuerda que el párrafo 31 del informe explicativo del Protocolo No. 7 (ver párrafo 37 supra) establece énfasis en el hecho de que "este artículo no excluye la reapertura del proceso a favor del condenado o cualquier otro cambio de juicio a favor del condenado". En tal situación, la naturaleza del defecto debe, por tanto, evaluarse, ante todo, sobre la base de si se ha producido una violación del derecho de defensa y, por tanto, un obstáculo para la correcta administración de la justicia. Finalmente, en todos los casos, in fine del Protocolo núm. 7, ser tales que "afecten la sentencia dictada", ya sea a favor o en perjuicio del interesado (véase, en este sentido, el párrafo 30 del informe explicativo del Protocolo núm. 7, citado en el párrafo 37…)".

Más específicamente, en relación más directa con las cuestiones aquí planteadas, en la STEDH, 23 de octubre de 2003 (caso *Gençel v. Turquía*) el demandante había alegado que el Tribunal que lo juzgó y condenó no era un «tribunal imparcial e independiente» debido a la presencia de un juez militar. El TEDH aprecia la vulneración y señala: *«27. Cuando el Tribunal llega a la conclusión de que la condena de un demandante fue pronunciada por un tribunal que no era independiente e imparcial en el sentido del artículo 6 § 1, considera que, en principio, el remedio más apropiado sería que el solicitante vuelva a ser juzgado a su debido tiempo por un tribunal independiente e imparcial».*

2. Aunque la citada STEDH en el caso Mihalache contra Rumanía, no se refiere expresamente a casos en que la declaración de nulidad de la sentencia anterior se hubiese basado en la constatación del carácter objetivo

de las dudas sobre la imparcialidad del Tribunal, las exigencias que contiene para la reapertura de la causa se encaminan a evitar que una reevaluación de las pruebas por parte de las acusaciones pueda autorizar un nuevo enjuiciamiento, pero no se pueden extender a otros casos como los antes mencionados, en los que no se trataba de establecer la inocencia o la culpabilidad, sobre la base de las pruebas presentadas por la acusación, sino la adecuación del órgano de enjuiciamiento para un correcto cumplimiento de su función.

En todo caso, esta doctrina excluye la posibilidad de apreciar una vulneración del bis in ídem derivada de un doble enjuiciamiento, en los casos en los que es procedente la reapertura de la causa.

CUARTO.- De lo expuesto se desprende que existen razones formales y materiales para que la nulidad de la sentencia de instancia, claramente derivada de la estimación de la queja de los recurrentes, suponga la celebración de un nuevo juicio.

1. Desde el punto de vista formal, la anulación de la sentencia de casación exige el dictado de una nueva que resuelva adecuadamente el recurso de conformidad con la doctrina del TEDH aplicada al caso. Es decir, estimando el motivo en el que se alegaba vulneración del derecho a un juez imparcial y acordando, consecuentemente, la nulidad de la sentencia de instancia.

La anulación de esta sentencia supone que las acusaciones, que, en principio, subsisten, no han obtenido una respuesta válida a sus pretensiones.

Lo cual enlaza con el aspecto material de la cuestión. Los acusados han sido privados de libertad en ejecución de una pena impuesta en una sentencia que ha sido declarada nula, y tienen derecho a una respuesta en Derecho acerca de la vigencia de su presunción de inocencia respecto de los hechos que les fueron imputados, así como respecto al carácter no delictivo de los mismos.

Y las acusaciones, asistidas del derecho a la tutela judicial efectiva, tienen igualmente derecho a que sus pretensiones, debida y oportunamente formuladas, sean resueltas por una resolución motivada.

2. Sostienen los recurrentes que, de conformidad con la doctrina del TEDH la reapertura del proceso solo puede acordarse a instancia de los propios acusados. Pero no puede aceptarse su tesis. La estimación de la vulneración de su derecho al juez imparcial no puede extender sus efectos a conceder al acusado una disponibilidad sobre el proceso que el derecho interno no le reconoce, dados los bienes jurídicos afectados por el delito del que se le acusaba.

Por todo lo expuesto, el primer motivo del recurso de casación interpuesto por los recurrentes Arnaldo Otegui Mondragón y Arkaitz Rodríguez Torres se estima, declarando la vulneración de su derecho a un tribunal imparcial, lo que determina la anulación del juicio celebrado en la instancia y la anulación de la sentencia recurrida, acordando la retroacción de las actuaciones al momento anterior al juicio oral, debiendo celebrarse un nuevo juicio contra los acusados que resultaron entonces condenados, por un Tribunal compuesto por Magistrados diferentes de los que dictaron la sentencia que se anula.

F A L L O

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1º. Estimamos el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Arnaldo Otegui Mondragón y D. Arkaitz Rodríguez Torres contra la sentencia dictada por la Sección 4ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, afectando a los demás acusados condenados en la instancia, **casamos y anulamos la sentencia recurrida, anulamos el juicio y acordamos la retroacción** de las actuaciones al momento anterior al

juicio oral, debiendo celebrarse, a la mayor brevedad, dado el tiempo transcurrido, un nuevo juicio contra los acusados que resultaron entonces condenados, por un Tribunal compuesto por Magistrados diferentes de los que dictaron la sentencia que se anula.

2º. Declaramos de oficio las costas del presente recurso.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la presente no cabe recurso alguno e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez Andrés Martínez Arrieta Julián Sánchez Melgar Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Antonio del Moral García Andrés Palomo Del Arco Ana María Ferrer García

Pablo Llarena Conde Vicente Magro Servet Susana Polo García Carmen Lamela Díaz

Eduardo de Porres Ortiz de Urbina Ángel Luis Hurtado Adrián Leopoldo Puente Segura Javier Hernández García