



TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por el magistrado don Cándido Conde-Pumpido Tourón, presidente, y las magistradas y magistrados doña Inmaculada Montalbán Huertas, don Ricardo Enríquez Sancho, doña María Luisa Balaguer Callejón, don Ramón Sáez Valcárcel, don Enrique Amaldo Alcubilla, doña Concepción Espejel Jorquera, doña María Luisa Segoviano Astaburuaga, don César Tolosa Tribiño, don Juan Carlos Campo Moreno y doña Laura Díez Bueso, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 645-2021, promovido por don Arnaldo Otegi Mondragón, don Rafael Díez Usabiaga, doña Sonia Jacinto García, don Arkaitz Rodríguez Torres y doña Miren Zabaleta Tellería, representados por el procurador de tribunales don Javier Cuevas Rivas y asistidos del letrado don Iñigo Iruin Sanz, contra la sentencia núm. 692/2020, de 15 de diciembre de 2020, del Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que fue dictada en el recurso de casación 11773-2011, interpuesto contra la sentencia núm. 22/2011, de 16 de septiembre, de la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (rollo de sala núm. 95-2009). Ha comparecido la asociación “Víctimas del Terrorismo Verde Esperanza” (Voces contra el Terrorismo), representada por la procuradora doña Delicias Santos Montero y asistida de la letrada doña Marta Asunción Castro Fuertes. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido ponente el magistrado don Juan Carlos Campo Moreno.

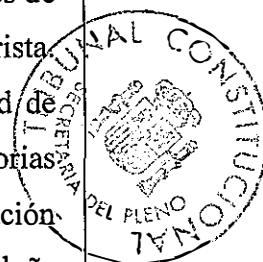
I. Antecedentes

1. El día 3 de febrero de 2021, el procurador de tribunales don Javier Cuevas Rivas, en nombre y representación de don Arnaldo Otegi Mondragón, don Rafael Díez Usabiaga, doña Sonia Jacinto García, don Arkaitz Rodríguez Torres y doña Miren Zabaleta Tellería, interpuso recurso de amparo contra la resolución mencionada en el encabezamiento.

2. El presente recurso trae causa de los siguientes antecedentes:

a) Por sentencia núm. 22/2011, de 16 de septiembre, de la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, recaída en rollo de sala núm. 95-2009, los ahora recurrentes de amparo fueron condenados como autores de un delito de pertenencia a organización terrorista. En concreto: (i) don Arnaldo Otegi Mondragón y don Rafael Díez Usabiaga, en calidad de dirigentes de la organización, fueron condenados a la pena de diez años de prisión, con accesorias de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo y de inhabilitación especial para empleo o cargo público por igual tiempo; (ii) don Arkaitz Rodríguez Torres, doña Miren Zabaleta Tellería y doña Sonia Jacinto García fueron, a su vez, condenados, como miembros de la organización, a la pena de ocho años de prisión, con accesorias de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo y de inhabilitación especial para empleo o cargo público de igual duración.

b) Frente a la anterior resolución los demandantes de amparo interpusieron recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo (núm. 11.773-2011). En dicho recurso, los demandantes de amparo plantearon, entre otros motivos, la vulneración de su derecho al juez imparcial (art. 24.2 CE) en relación con las manifestaciones que había expresado la presidenta del Tribunal enjuiciador en el acto de la vista de un procedimiento anterior (Rollo de Sala núm. 14-2009), en el que uno de los recurrentes de amparo, don Arnaldo Otegi, era acusado como autor de un delito de enaltecimiento del terrorismo. En aquel proceso previo, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo apreció que las citadas expresiones ponían de manifiesto un prejuicio sobre la culpabilidad (STS 31/2011, de 2 de febrero), lo que dio lugar a apreciar la vulneración del derecho al juez imparcial y a ordenar la repetición del juicio con un colegio de magistrados distinto que, finalmente, dictó sentencia absolutoria.





c) Por sentencia núm. 351/2012, de 7 de mayo, la Sala Segunda del Tribunal Supremo estimó parcialmente la impugnación formulada y procedió a la rebaja de las penas impuestas, que pasaron a ser de seis años y seis meses de prisión para don Arnaldo Otegi Mondragón y don Rafael Díez Usabiaga, a quienes el Tribunal Supremo retiró la condición de “dirigentes”, y de seis años para el resto de los demandantes de amparo. Las penas accesorias quedaron afectadas por la nueva duración de las penas principales de prisión. La queja relativa a la vulneración del derecho al juez imparcial (art. 24.2 CE) fue desestimada.

d) Mediante sentencia 146/2014, de 22 de septiembre, este tribunal desestimó el recurso de amparo interpuesto por don Rafael Díez Usabiaga contra las resoluciones indicadas en los apartados anteriores. Previamente, en sentencia 133/2014, de 22 de julio, se había desestimado el recurso de amparo presentado por los restantes demandantes de amparo. En ambos recursos se invocó la vulneración del derecho a un juez imparcial como garantía del proceso debido (art. 24.2 CE), que no fue apreciada.

e) Agotada la vía interna, los demandantes interpusieron recurso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Por sentencia de 6 de noviembre de 2018, firme el 6 de febrero de 2019, el referido tribunal estimó que había resultado vulnerado el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos por falta de imparcialidad de los miembros del tribunal que enjuició a los demandantes. El TEDH consideró, en particular, que la falta de imparcialidad mostrada por la presidenta de Sala en las sesiones del juicio oral generaba temores fundados sobre la imparcialidad de los restantes componentes del tribunal enjuiciador (§§ 66-69). En lo que a este recurso de amparo interesa, dentro del apartado “A. Daño” la citada resolución dio respuesta a la petición de satisfacción equitativa formulada por el Sr. Díez Usabiaga, (40.000 euros en concepto de daños morales), señalando lo siguiente (§§ 74-75):

“74. Cuando, como en el presente asunto, se condena a una persona en procedimientos internos que conllevan una infracción de los requisitos del artículo 6 del Convenio, este Tribunal mantiene que la forma más apropiada de reparación sería, en principio, celebrar un nuevo juicio o reabrir el caso, a solicitud de la persona interesada (ver, entre otros precedentes, Gençel v. Turquía, nº 53431/99, § 27, de 23 de octubre de 2003; Sejdivic, anteriormente citado, § 126; y Cudak v. Lituania [GC], nº 15869/02, § 79, TEDH 2010). En relación con lo anterior, indica que el artículo 954 § 3, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, modificado por la Ley 41/2015, de 5 de octubre de 2015, parece

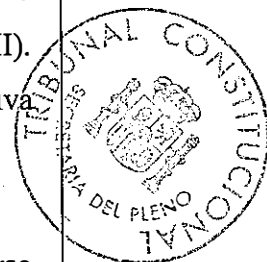
otorgar la posibilidad de revisar una sentencia firme en la que este Tribunal haya declarado que dicha resolución fue dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos.

75. Este Tribunal además indica que anteriormente había determinado que la constatación de una vulneración del artículo 6 del Convenio constituye una satisfacción equitativa suficiente a efectos del Artículo 41 del Convenio cuando dichas normas de procedimiento existen en el derecho nacional (véase, entre los precedentes más recientes, *Hokkeling v. Países Bajos*, nº 30749/12, §§ 67-68, de 14 de febrero de 2017; y *Zadumov v. Rusia*, nº 2257/12, §§ 80-81, de 12 de diciembre de 2017). Este Tribunal reitera que el abono de indemnizaciones con arreglo al artículo 41 está diseñado para reparar únicamente las consecuencias de una vulneración que no puede repararse de otro modo (véase *Scozzari y Giunta v. Italia* [GC], nº 39221/98 y 41963/98, § 250, TEDH 2000 VIII). Por tanto, la constatación de una vulneración constituye una satisfacción equitativa suficiente en el presente asunto”.

f) El 4 de abril de 2019, los demandantes recabaron autorización para interponer recurso extraordinario de revisión contra la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo núm. 351/2012, de 7 de mayo. Por auto de fecha 24 de octubre de 2019, la autorización fue concedida.

g) Al amparo de lo dispuesto en el art. 954.3 LECrim, el 29 de noviembre de 2019 los demandantes de amparo formularon recurso de revisión frente a la mencionada resolución. Concluida la tramitación, el Tribunal Supremo dictó sentencia núm. 426/2020, de 27 de julio, en cuyo fallo se acordó:

“1º Estimar el recurso de revisión interpuesto por los condenados don Arnaldo Otegi Mondragón, don Rafael Díez Usabiaga, doña Miren Zabaleta Tellería, don Arkaitz Rodríguez 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”. (...) 3º Comunicar la presente resolución a los Tribunales que han intervenido, a los efectos procedentes”.





h) Pocos días después, el 11 de agosto de 2020, la asociación “Víctimas del Terrorismo Verde Esperanza (Voces contra el Terrorismo)” solicitó de la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que, en el Rollo de Sala núm. 95-2009, acordara la retroacción de actuaciones hasta el momento de la constitución del tribunal para que se procediera a la celebración de un nuevo juicio y se dictara ulterior sentencia.

Por auto de 19 de octubre de 2020, el citado tribunal desestimó esa pretensión. En esencia, las razones fueron las siguientes: (i) la legitimación para solicitar la reapertura y la celebración de un nuevo juicio corresponde a los penados, como demandantes-perjudicados que han visto violados su derecho a ser juzgados por un tribunal imparcial; (ii) ni la sentencia dictada por el TEDH ni la dictada en revisión por el Tribunal Supremo exigen la celebración de un nuevo juicio, sin que la Audiencia Nacional tenga competencia objetiva para determinar los efectos de la revisión; (iii) no existe previsión legal alguna que dé cobertura al pretendido segundo enjuiciamiento; (iv) las personas afectadas por la revisión de sus condenas han cumplido íntegramente las penas impuestas, por lo que concurre un riesgo de lesión del derecho a no ser enjuiciado dos veces por los mismos hechos. Por estas razones, la Sala llegó a la siguiente conclusión:

“este Tribunal considera que la expresión: ‘Comunicar la presente resolución a los Tribunales que han intervenido a los efectos procedentes’, contenida en la parte dispositiva de la sentencia núm. 426/2020, de 27 de julio, de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en el recurso de revisión núm. 20335-2019, hace referencia a la dejación de efectos de cualquier pena o medida (personal o real) que pudiera encontrarse en vigor como consecuencia de las sentencias condenatorias en su día dictadas contra los cinco acusados, así como a la cancelación de las anotaciones que se hayan podido realizar en registros o archivos oficiales, como el Registro Central de Penados y Rebeldes”.

Finalmente, por auto de fecha 10 de noviembre de 2020, la Sección Cuarta de la Audiencia Nacional desestimó el recurso de súplica interpuesto por la asociación mencionada, reiterando los argumentos ya expresados.

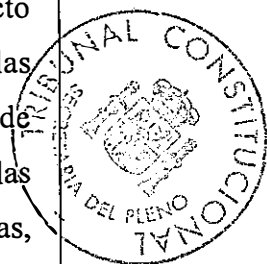
i) De oficio y con carácter previo, en el recurso de casación núm. 11.773-201, la Sala Segunda del Tribunal Supremo dictó providencia de 25 de septiembre de 2020, del siguiente tenor literal:

“Declarada la nulidad de la sentencia número 351/2012 de 7 de mayo, 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 que aleguen lo que a su derecho convenga”.

j) En relación con el proveído indicado, mediante escrito de fecha 20 de octubre de 2020, don Arnaldo Otegi Mondragón, doña Sonia Jacinto García, don Arkaitz Rodríguez Torres y doña Miren Zabaleta Tellería interesaron que se resolviera del siguiente modo:

“1. Declarar la nulidad de la sentencia nº 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 núm. 21/2012 incoada en la causa, y con lo demás que en Derecho proceda en Justicia”.

Respecto de la celebración de un nuevo juicio oral, los recurrentes de amparo se opusieron expresamente a ella, con fundamento en diferentes resoluciones jurisprudenciales y del TEDH. En el apartado tercero del escrito indicado alegaron, en particular, que el proceso de revisión había concluido con la sentencia del Tribunal Supremo núm. 426/2020, de 27 de julio, en la que se había declarado la nulidad de la sentencia de casación originaria, decisión esta con la que el Tribunal Supremo había determinado los efectos de la resolución del TEDH en el orden interno. En esas circunstancias, ya no podía acordarse ningún otro efecto ulterior de la sentencia del TEDH, “[a] lo que debe añadirse, que esta parte no solicitó, ni solicita, la celebración de un nuevo juicio”, pues “[s]u petición fue, exclusivamente, la reapertura de la causa”. Advertían, asimismo, que ese segundo enjuiciamiento podía suponer la vulneración del derecho a no ser enjuiciado dos veces por los mismos hechos y que carecía de cobertura legal en nuestro ordenamiento jurídico.



Por escrito de 21 de octubre de 2021 evacuó el trámite conferido don Rafael Díez Usabiaga, en términos sustancialmente coincidentes con los del escrito anterior.

k) El Ministerio Fiscal interesó, por su parte, 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 (...) y tras designar unos diferentes componentes del Tribunal se repita el juicio contra los referidos 5 procesados”. La misma petición hizo la acusación personada.

l) En la sentencia núm. 692/2020, de 15 de diciembre, el Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo dictó el siguiente pronunciamiento:

“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 Cuarta 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”.

En esta resolución, entiende el Tribunal Supremo, en primer lugar, que los efectos de la STEDH de 6 de noviembre de 2018 fueron establecidos, en el orden interno, por la sentencia núm. 426/2020, de 27 de julio, del Tribunal Supremo, que estimó el recurso de revisión, “concretándose en la nulidad de la sentencia que resolvía el recurso de casación”. Considera, sin embargo, que esto no impide que puedan establecerse en resoluciones posteriores “otros efectos o consecuencias, derivados de modo natural de la declaración de nulidad”.

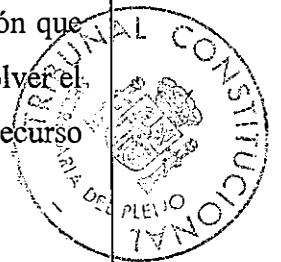
Recuerda la Sala, en este punto, que en ocasiones anteriores la nulidad de la sentencia casacional ha resultado suficiente, por sí misma, para dar ejecución al pronunciamiento del TEDH pues, en tales casos, la resolución que había vulnerado el derecho fundamental de los recurrentes había sido la condena recaída en vía de recurso, que había implicado la revocación de una previa sentencia absolutoria. En tales circunstancias, “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 [...], y resultaba implícito en los demás. Por lo que no era necesaria una nueva resolución”.

Considera que el caso presente no sería equiparable a esos supuestos previos pues “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”. Por ello, concluye el Tribunal Supremo, es 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”.

A la hora de establecer esas consecuencias, el Tribunal Supremo sostiene que resulta aún necesaria una sentencia que resuelva válidamente el recurso de casación y revise la condena recaída en la instancia teniendo en cuenta, ahora sí, la vulneración del derecho al juez imparcial declarada por el TEDH. En las propias palabras de la resolución, “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”.



Descarta expresamente el alto tribunal la solución alternativa de considerar “suficiente” la sentencia del TEDH y “la dictada en el recurso o proceso de revisión anulando la de casación que desestimó la alegación relativa al derecho a un Juez imparcial”. Esa forma de operar tendría dos consecuencias que el Tribunal Supremo considera inasumibles: (i) “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 (ii) los acusados habrían visto cumplidas sus penas “como consecuencia de hechos sobre los cuales no existe ese pronunciamiento definitivo”.

Explica la sentencia, a continuación, la necesidad de proceder a un nuevo enjuiciamiento de los demandantes. Justifica esa decisión en las siguientes consideraciones: (i) 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; (ii) en esa situación, visto que los acusados han cumplido la pena, el Estado de Derecho “no puede permanecer impasible ante una privación de libertad cuya justificación final se ignora” y los acusados “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”; (iii) del lado contrario, “las acusaciones no han decaído, y quienes las sostienen tienen derecho a una resolución motivada respecto de sus pretensiones debidamente formuladas”; (iv) en todo caso, de acuerdo con los precedentes resueltos por la propia Sala, una declaración de vulneración del derecho al juez imparcial en ningún caso supone, por sí misma y sin que venga acompañada de otras vulneraciones concurrentes, la absolución de la persona acusada; antes bien, es la celebración de un nuevo juicio ante un tribunal de composición diferente la que procede, en tales casos, a la reparación de la lesión padecida. Esa, concluye el Tribunal Supremo, debe ser, por tanto, la forma de proceder en este supuesto, en cuanto “es la única que permite un pronunciamiento sobre el fondo”.

La Sala descarta, finalmente, que esa solución suponga una vulneración del derecho de los recurrentes a no ser juzgados dos veces por los mismos hechos, 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” y el propio TEDH reconoce que el segundo enjuiciamiento es, en los casos de vulneración del derecho al juez imparcial, un remedio adecuado para la vulneración procesal padecida, que, en cuanto vicio esencial de procedimiento, está expresamente contemplada, como excepción a la prohibición de *bis in idem* procesal, en el art. 4.2 del Protocolo núm. 7 del CEDH.

m) En la diligencia de ordenación de la letrada de la Administración de Justicia (LAJ) de la Sección Tercera de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 17 de diciembre de 2020, se hizo constar lo que sigue, en relación con la sentencia anteriormente mencionada:

“La extiendo yo, la Letrada de la Administración de Justicia para hacer constar que la resolución dictada en el presente recurso, junto el rollo de Sala, se han recibido en el día de hoy en la Secretaría de mi cargo. Seguidamente se procede a notificar a las partes, por los medios telemáticos (servicio de Lexnet) la resolución que se adjunta que es firme y contra la que se podrá interponer, en su caso, recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, dentro del término de treinta días hábiles siguientes al de la presente notificación, remitiéndose en el día de la fecha al Tribunal sentenciador certificación de lo resuelto en este recurso, con devolución de la causa”.

n) Según se refleja en la ejecutoria 21/2012, de la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (i) doña Sonia Jacinto García, don Arkaitz Rodríguez Torres y doña Miren Zabaleta Tellería cumplieron las penas de prisión el 11 de noviembre de 2015, mientras que la pena de inhabilitación especial para el empleo o cargo público fue extinguida el 13 de septiembre de 2017; (ii) don Rafael Díez Usabiaga extinguió la pena de prisión el 17 de agosto de 2017, mientras que la pena de inhabilitación especial para el empleo o cargo público se cumplió el 11 de enero de 2019; (iii) y don Arnaldo Otegi Mondragón finalizó el cumplimiento de la pena privativa de libertad el 1 de marzo de 2016, y el 28 de febrero de 2021 cumplió la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público.

3. En la demanda de amparo, los recurrentes alegan la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en el entendimiento de que la resolución impugnada vulnera el principio de *ne bis in idem* procesal en relación con el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), el art. 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos (PIDCP), el art. 4 del Protocolo núm. 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y el art. 50 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE). Según afirman, dicha lesión trae causa de la decisión de celebrar un nuevo juicio contra ellos.

Los demandantes consideran debidamente agotada la vía judicial, toda vez que, frente a la sentencia impugnada ante este tribunal, tal y como se indica en su parte dispositiva, “no cabe recurso alguno” mediante el que procurar la reparación del derecho fundamental en sede judicial. Además, señalan que la indicada resolución judicial da respuesta a la vulneración de la garantía de la interdicción del *ne bis in idem* procesal, que fue planteada por los demandantes de amparo en el trámite de alegaciones, por lo que no procedía formular el incidente de nulidad de actuaciones. Finalmente, añaden que la diligencia de ordenación de 17 de diciembre de 2020 indicó, de manera expresa, que contra la sentencia nº 692/2020, de 15 de diciembre, solo procedía el recurso de amparo dentro de los treinta días siguientes.

En cuanto al fondo, afirman que se ha acordado la celebración de un segundo juicio sin atender a las circunstancias concurrentes. Las condenas dictadas en el primer procedimiento han sido ejecutadas y cumplidas en su totalidad, por lo que un nuevo enjuiciamiento supondría reiterar la carga y gravosidad a la que ya se vieron sometidos en el primer procedimiento. Refieren también que esa decisión se ha adoptado al margen del cauce establecido por la Ley 41/2015, que es el recurso de revisión interpuesto tras el dictado de la sentencia por el TEDH. Lo resuelto por





el órgano judicial es, asimismo, contrario a la doctrina de este último tribunal porque la celebración de un nuevo juicio solo puede llevarse a cabo a petición de la víctima de la violación del derecho concernido.

Los demandantes de amparo invocan la doctrina de este tribunal sobre el principio *ne bis in idem* procesal. Citan, en concreto, la STC 2/2003, que determina los límites de la reapertura de procedimientos penales y sancionadores-administrativos seguidos por los mismos hechos y contra las mismas personas, y las SSTC 60/2008 y 3/2019, que proscriben un segundo enjuiciamiento cuando el mismo hecho ha sido enjuiciado en un procedimiento con eficacia de cosa juzgada. También invocan lo dispuesto en el art. 50 CDFUE, que prohíbe la reapertura de procesos penales con resultado absolutorio o condenatorio que sean firmes. Recuerdan los demandantes que el alcance que deba otorgarse a “la cosa juzgada” es una cuestión de legalidad ordinaria, por lo que la función de este tribunal se ciñe a determinar si la fundamentación dada es irrazonable o incongruente. No obstante, apuntan que en la STC 3/2019 se concluye que la decisión firme de sobreseimiento, aunque sea de carácter de provisional, cumple con todos los requisitos para tener la consideración de una resolución de fondo con efectos de cosa juzgada, ya que su reapertura queda condicionada a la aparición de nuevos y distintos indicios de los que ya fueron tomados en cuenta para dictar el sobreseimiento provisional.

En relación con la ejecución de pronunciamientos emitidos por el TEDH, los recurrentes indican que hasta el año 2015 no había previsión legal que fijara el cauce para dar eficacia interna a las sentencias del TEDH. Este déficit fue solventado por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, que introdujo el art. 5 bis LOPJ, precepto que subsana la deficiencia existente hasta entonces en el ordenamiento jurídico español. La adaptación de este precepto a la normativa procesal se produjo a través del art. 954.3 LECrim. Por tanto, la tarea ejecutiva de traslación interna de las decisiones del TEDH ha sido atribuida al Tribunal Supremo, mediante el recurso de revisión.

Respecto del recurso de revisión que fue estimado en el presente caso, los demandantes traen a colación la doctrina constitucional reflejada en el ATC 27/2017, de 20 de febrero, y en las SSTC 240/2005, de 10 de octubre, y 41/1997, de 10 de marzo, así como lo razonado en la STS 111/2015, de 26 de febrero, de cuyo contenido coligen que el recurso de revisión se concibe como un remedio extraordinario a favor del reo, que tiene por objeto la revocación de sentencias firmes condenatorias cuando concurren circunstancias excepcionales. Y en relación con el juicio de

revisión promovido para dotar de efectividad interna a los pronunciamientos del TEDH, los demandantes analizan las diferentes sentencias dictadas por la Sala Segunda del Tribunal Supremo en aplicación del art. 954.3 LECrim, de cuyo contenido concluyen:

(i) Que entre los efectos de la estimación del recurso de revisión se encuentra la nulidad, total o parcial, de la sentencia declarada contraria al CEDH; pero “es incuestionable que es dentro del proceso de revisión donde se debe determinar el alcance en cada caso de la vulneración del derecho reconocido en el Convenio sobre la sentencia interna (...)”

(ii) En ninguna de las sentencias analizadas se establecen los efectos de la decisión del TEDH “fuera del cauce del recurso de revisión” y, más concretamente, en ninguna de ellas se ha reabierto el recurso de casación para fijar esos efectos.

(iii) En ningún caso la estimación del recurso de revisión ha dado lugar a la celebración de un nuevo juicio. Expresamente citan lo resuelto en las SSTs 145/2015, de 12 de marzo, y 113/2017, de 22 de febrero, en las que se rechazó esa petición.

Los demandantes reiteran que todos ellos han cumplido íntegramente las penas privativas de libertad a las que fueron condenados, con anterioridad al dictado de la STEDH de 6 de noviembre de 2018; y que en el párrafo 74 de la sentencia indicada se señala que la celebración del nuevo juicio o la reapertura del caso deberá hacerse a solicitud de la persona interesada. Y afirman que la primera de las circunstancias indicadas es especialmente relevante, dada la vulneración del *ne bis in idem* procesal que comporta el nuevo enjuiciamiento acordado, habida cuenta de que a la carga y gravosidad que ello de por sí supone, se suma el hecho de que los afectados han sufrido de manera injusta una penalidad efectiva “que hace que persista el efecto preclusivo de la cosa juzgada material a pesar de que formalmente se haya anulado la sentencia de casación que la provocó. Y ello debe impedir un nuevo enjuiciamiento”.

Seguidamente, formulan los siguientes reproches contra la sentencia que acordó el nuevo enjuiciamiento, a la que califican de irracional:

(i) En primer lugar censuran el argumento, que consideran “ultraformalista”, según el cual la sentencia que puso fin al recurso de revisión solo declaró la nulidad de la STS 351/2012, pero no la dictada en la instancia por la Audiencia Nacional. Para los demandantes, ese concreto



pronunciamiento no resultaba necesario, puesto que todos los párrafos que el TEDH dedica a analizar la falta de imparcialidad del tribunal de enjuiciamiento se refieren, como es lógico, al juicio oral celebrado ante la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y a la actuación de su presidenta; en ningún caso se refiere a la posterior sentencia de casación. Coligen, asimismo, que “[e]sa razón formal se convertirá en la oportunidad para adoptar fuera del marco legal establecido – recurso de revisión - una decisión que, en su caso, solo hubiera correspondido tomar a la Sala de Revisión del Tribunal Supremo y que, en ese proceso, no fue solicitado ni por los condenados ni por el Ministerio Fiscal”.

(ii) También critican que el órgano casacional adujera que los recurrentes tienen derecho a una respuesta en derecho sobre la vigencia de la presunción de inocencia. Sostienen que la presunción de inocencia de la que gozan en la actualidad es innegable, pues tras la sentencia dictada por el TEDH “sienten moral y jurídicamente satisfecha su pretensión de reparación, al haberse reconocido que fueron sometidos a un juicio injusto y la anulación de la sentencia condenatoria, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial que puedan exigir por el tiempo de injusta privación de libertad sufrido”.

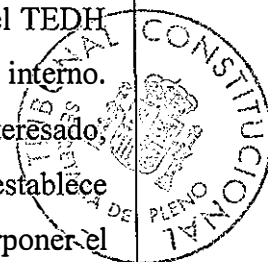
(iii) Rechazan, igualmente, el argumento según el cual “el Estado de Derecho no puede permanecer impasible ante una privación de libertad cuya justificación final ignora”. Este razonamiento busca corregir *a posteriori* la falta de imparcialidad del tribunal sentenciador, mediante un nuevo enjuiciamiento que conlleve la condena de los acusados para, de ese modo, justificar los seis años y medio de privación que los demandantes cumplieron.

(iv) También refutan el planteamiento del órgano casacional cuando alude al derecho de las acusaciones a que sus pretensiones sean resueltas en sentencia. Reiteran que la resolución condenatoria fue dictada en un juicio injusto y que las penas fueron cumplidas en su integridad. Por tanto, las acusaciones ya han obtenido, de hecho, mucho más de lo que podían haber pedido en derecho, de manera que carecen de legitimidad para instar la celebración de un nuevo juicio a fin de obtener una condena, ya que esta pretensión carece de razón plausible y de interés material.

(v) Niegan que la celebración del nuevo juicio pueda sustentarse en lo argumentado en la STC 245/1991, de 16 de diciembre, y en la STEDH *Mihalache c Rumania*, de 8 de julio de 2019, en relación con lo dispuesto en el art. 4.2 del Protocolo núm. 7 del CEDH, para descartar que la nueva celebración de juicio oral no supondría un doble enjuiciamiento, al haber sido declarado

nulo el primer juicio. A ese aserto oponen la doctrina recogida en la SSTEDH *Nikitin c Rusia*, de 20 de julio de 2004, y *Barkina c Rusia*, de 17 de mayo de 2016, y reiteran que lo razonado en este punto por el Tribunal Supremo hace prevalecer el sistema de justicia penal sobre los derechos de unas personas que fueron injustamente condenadas, cumplieron las penas y a las que, no obstante, se las pretende juzgar nuevamente. También reiteran que, conforme a lo dispuesto en el art. 4.2 del indicado protocolo, la reapertura debería llevarse a cabo conforme a la ley y al procedimiento del Estado interesado, por lo que la decisión de celebrar nuevo enjuiciamiento “ha de adoptarse en el proceso de revisión y no fuera de él”.

(vi) Señalan que, en el fundamento jurídico cuarto de la sentencia combatida en esta sede, se indica que la declaración de la violación del derecho al juez imparcial por parte del TEDH “no puede extender sus efectos a conceder al acusado una disponibilidad sobre el proceso que el derecho interno no le reconoce”. Sin embargo, dicha aserción se opone a la doctrina del TEDH que “viene incluyendo, desde hace años, una cláusula de reapertura del procedimiento interno. En ella se precisa que la reapertura o el nuevo juicio debe ser siempre a instancia del interesado, esto es del demandante víctima”. Y en sintonía con esa doctrina, el art. 954.3 LECrim establece que la revisión solamente puede ser solicitada por quien estando legitimado para interponer el recurso, hubiera sido demandante ante el TEDH. Siendo así, no resulta razonable que, al margen de esa vía y habiéndose cumplido las condenas impuestas, se acuerde celebrar un nuevo juicio sin que los demandantes lo hayan solicitado.



4. Por providencia de 12 de julio de 2021, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional acordó proponer la avocación al Pleno del presente recurso de amparo, de conformidad con lo dispuesto en el art. 10.1.n) LOTC.

5. El Pleno del Tribunal Constitucional, en fecha 7 de octubre de 2021, dictó providencia en la que acordó recabar para sí el conocimiento de este recurso, conforme a lo establecido en el art. 10.1 n) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC)] y admitirlo a trámite, apreciando que concurre en el mismo una especial trascendencia constitucional (art. 50.1 LOTC), porque el recurso plantea un problema o afecta a una faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina de este tribunal [STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2 a)].

También acordó dirigir atenta comunicación a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, para que, en plazo que no exceda de diez días, remita certificación o fotocopia adverada de las



actuaciones correspondientes al recurso de casación núm. 11773-2011; y a la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional para que, en el plazo indicado, envíe certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes al rollo de sala núm. 95-2009, debiendo previamente emplazar a quienes fueron parte en el procedimiento, excepto a los recurrentes en amparo, para que en el plazo de diez días pudieran comparecer, si lo desean, en el recurso de amparo. En relación con la solicitud de suspensión de la resolución recurrida se resolvió formar la correspondiente pieza separada.

6. Por escrito presentado el 16 de noviembre de 2021, la procuradora de los tribunales doña Delicias Santos Montero, en nombre y representación de la Asociación de Víctimas del Terrorismo Verde Esperanza (Voces contra el terrorismo) solicitó que se la tuviera como personada y parte en el procedimiento.



7. Por diligencia de ordenación de 22 de noviembre de 2021 se tuvo por personada y parte en el procedimiento a la procuradora de tribunales doña Delicia Santos Moreno, en nombre y representación de la Asociación de Víctimas del Terrorismo Verde Esperanza (Voces contra el Terrorismo). También se acordó dar vista de las actuaciones, por un plazo común de veinte días, al Ministerio Fiscal y a las partes personadas para que, en dicho término, puedan presentar las alegaciones que a su derecho convenga.

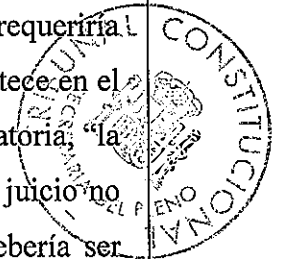
8. El 27 de diciembre de 2021 presentaron sus alegaciones los demandantes de amparo. En resumen, manifiestan que conforme a la reiterada doctrina del TEDH, que también se refleja en la STEDH *Serrano Contreras c. España*, de 26 de octubre de 2021, la posibilidad de reabrir el caso o celebrar nuevo juicio debe de quedar en manos de quienes que hayan sido condenados con violación del art. 6 CEDH, de suerte que las otras partes del procedimiento cuyos derechos no hayan sido vulnerados, no pueden activar la nueva celebración del juicio.

Reiteran que en el presente supuesto se opusieron expresamente a esa eventualidad, por lo que la Sala Segunda del Tribunal Supremo no ha respetado lo resuelto por la STEDH de 6 de noviembre de 2018, al ir más allá del margen de apreciación del que disponen las autoridades nacionales para decidir sobre la reapertura del procedimiento, vulnerando de ese modo el art. 6.1 CEDH. Y añaden que, aunque fueran juzgados por un tribunal imparcial, acudirían a él tras haberse cumplido íntegramente las penas que les impuso el Tribunal Supremo.

9. En fecha 28 de diciembre de 2021 formuló sus alegaciones la Asociación de Víctimas del Terrorismo Verde Esperanza (Voces contra el terrorismo), quien interesa la desestimación del recurso, por no apreciar que la sentencia impugnada sea contraria al principio *ne bis in idem*.

Señala la referida asociación que para que pudiera estimarse la lesión del art. 24.1 CE en esa vertiente, sería necesario que existiera un pronunciamiento condenatorio firme que, en el presente caso, no concurre. Afirma que, tras la nulidad del juicio celebrado ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, la celebración de un juicio justo es, precisamente, el medio “de salvaguarda de los derechos fundamentales que dispone el ordenamiento jurídico”, que los recurrentes rechazan en un entendimiento que queda fuera de todos los límites interpretativos del Derecho, al pretender “obtener las consecuencias de una sentencia absolutoria sin haber celebrado juicio”. Señalan que al haber sido anulado el juicio celebrado por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, no ha existido un pronunciamiento definitivo que permita apreciar la existencia de un doble enjuiciamiento, porque no cabe apreciar cosa juzgada. Así pues, conforme a la doctrina constitucional, en el presente caso no es posible invocar la vulneración del principio *ne bis in idem* ni la garantía de la interdicción de doble enjuiciamiento penal, pues ello requeriría de una doble sanción o doble enjuiciamiento por unos mismos hechos, lo que no acontece en el presente caso, pues al haberse anulado el único juicio celebrado y la sentencia condenatoria, “la consecuencia jurídica es la inexistencia de la misma y por tanto, la repetición de un juicio no implica duplicidad del mismo, al no existir cosa juzgada”. Por tanto, el motivo debería ser desestimado y el juicio ante la Audiencia Nacional debería repetirse, dado que las graves acciones cometidas no pueden quedar impunes.

También refuta la asociación personada que la repetición del juicio vulnere los derechos reconocidos en los arts. 24 y 25 CE. Señala que la nueva celebración del juicio oral satisface el derecho de los demandantes a obtener una resolución firme y fundada en derecho, pues si bien no sería conforme con la doctrina constitucional la repetición del juicio cuando “la sentencia vulneradora del derecho y anulada sea absolutoria, sin embargo, no es este el caso, pues la sentencia fue condenatoria”. Por ello, procede la repetición del juicio para la salvaguarda de los derechos de los recurrentes, sin que ello vulnere los derechos fundamentales. En apoyo de lo afirmado trae a colación los párrafos 74 y 75 de la sentencia dictada por el TEDH en el presente supuesto, así como lo resuelto en la STC 112/2015, de 8 de junio.



La asociación personada descarta que la repetición del juicio oral vulnere el principio de seguridad jurídica reconocido en el art. 9.3 CE y que esa decisión resulte contraria a los arts. 14.7 PIDCP, 4 del Protocolo núm. 7 CEDH y 50 CDFUE. Apunta también que la cuestión atinente al cumplimiento íntegro de las penas deberá ser analizada tras el resultado del juicio a celebrar, pues resulta prematuro considerar que este cumplimiento pueda ser vinculado a la existencia de firmeza de la resolución judicial, dado que ha sido ya anulada. Por otro lado, de acuerdo a los principios de seguridad y jurídica y legalidad reconocidos en el art. 9.3 CE, también se prevé “la adecuación del cumplimiento y ejecución de la sentencia que eventualmente se dicte en el enjuiciamiento acordado”. Y añade que, precisamente, el principio de seguridad jurídica queda salvaguardado mediante la repetición del juicio, pues la decisión que así lo acuerda no solo se acomoda a la previsión normativa (vertiente objetiva) “sino también a la interpretación en precedentes similares donde surgió la necesidad de acomodo al supuesto, en el que se impone la repetición como interpretación más garantista de los derechos de los acusados y también de las otras partes intervinientes en el proceso, [...] en este caso, la acusación popular, a obtener un pronunciamiento judicial justo sobre los graves hechos considerados delictivos que originan el procedimiento y que también se encuentra protegidos por el artículo 24 de la Constitución Española”.

10. El 20 de enero de 2022 presentó sus alegaciones el fiscal, quien interesa la estimación del recurso por haberse vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en la faceta de interdicción del doble enjuiciamiento penal.

a) Tras detallar los antecedentes procesales que considera más relevantes y sintetizar el contenido del escrito de demanda, argumenta el fiscal, en primer lugar, sobre el cumplimiento del requisito de admisibilidad establecido en el art. 44.1 a) LOTC, relativo al agotamiento de los medios de impugnación previstos en las normas procesales; en particular sobre si, en el presente caso era necesario el planteamiento del incidente de nulidad de actuaciones. Según expone, dos son los argumentos que apoyan la no exigencia de formular de ese incidente para entender agotada la vía judicial. En primer lugar, porque la vulneración del principio *ne bis in idem* en su aspecto procesal ya se planteó al formular alegaciones en relación con la reapertura del recurso de casación núm. 11773/2011 (primer momento en que fue posible), de suerte que el Tribunal Supremo ya pudo pronunciarse (y lo hizo) sobre esa infracción constitucional. Por ello, el fiscal considera que se habría cumplido el requisito de un pronunciamiento previo de la jurisdicción ordinaria sobre la vulneración del derecho fundamental alegado en la demanda de amparo.

[S] En segundo lugar, señala que conforme a una consolidada doctrina constitucional (por todas STC 31/2019, de 28 de febrero, FJ 3), para agotar la vía judicial es preciso utilizar “los recursos o instrumentos de impugnación cuya procedencia se desprenda de modo claro, terminante e inequívoco del tenor de las previsiones legales, sin dudas que hayan de resolverse con criterios interpretativos de alguna dificultad”. En el presente caso, por la razón anteriormente expresada y porque en la diligencia de ordenación de 17 de diciembre de 2020, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, se dice que contra la sentencia impugnada en esta sede procede el recurso de amparo, los demandantes pudieron razonablemente pensar que el incidente de nulidad no era un requisito previo para interponer la demanda de amparo

b) Seguidamente, el fiscal trae a colación la doctrina constitucional y del TEDH sobre el principio *ne bis in idem* en su aspecto procesal. Respecto de los límites a la posibilidad de reiteración del proceso penal por violación de derechos fundamentales, señala que existen múltiples resoluciones del Tribunal Constitucional en supuestos de sentencias absolutorias (por todas STC 4/2004, de 14 de enero, FFJJ 3 y 4), en cuya virtud solo puede producirse la retroacción de actuaciones para la celebración de un nuevo juicio oral “cuando la sentencia se haya dictado en un proceso cuya sustanciación haya adolecido de quiebras procesales esenciales causantes de indefensión en las partes acusadoras que hayan sido aducidas por estas en los pertinentes recursos”. No obstante, el fiscal invoca la doctrina establecida en la STC 23/2016, de 15 de febrero, que en un supuesto en que resultó vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de la parte acusadora, se consideró que “el efecto anulatorio pretendido es desproporcionado y contrario a los intereses del menor, no solo a los fines educativos que debe presidir la intervención en el proceso penal de menores, sino también a la garantía material de prohibición constitucional del *bis in idem* (art. 25 CE), ya que en este caso la conducta del menor fue objeto de reprobación por los órganos titulares del ejercicio de la potestad punitiva estatal y, además, cumplió una prestación equivalente a la medida que se le habría impuesto si el proceso no hubiese concluido anticipadamente”.

También cita la STEDH *Chernov c Ucrania* de 10 de diciembre de 2020, en la que se consideró que “la anulación de una decisión administrativa infractora después de la apertura de la causa penal no hizo que este último procedimiento se ajustara al principio *non bis in idem*, ya que el demandante habría cumplido su detención administrativa de tres días”.

En relación con el presente caso, entiende el fiscal que debe considerarse vulnerada la garantía de *ne bis in idem procesal* por los siguientes motivos:

(i) Conforme a lo dispuesto en el art. 954.3 LECrim solamente quien ha obtenido una sentencia a su favor puede pedir la revisión de la sentencia firme afectada por la violación del derecho reconocida por el TEDH.

(ii) Como resulta del § 74 de la STEDH de 6 de noviembre de 2018 y del contenido del art. 954 LECrim, solamente los demandantes de amparo están legitimados para pedir la reparación más adecuada por la violación el derecho reconocido en el art. 6 CEDH; y esa petición podrá ser estimada, en todo o en parte, o desestimada, pero lo que no es dable es que el Tribunal Supremo pueda acordar “un efecto de la sentencia del TEDH que no ha pedido la persona legitimada, cuyo derecho fundamental se ha declarado infringido por la STEDH, y que no aporta nada a la reparación que solicitó en el recurso de revisión, y además fuera de ese proceso”.

(iii) La nueva sentencia que resuelve el recurso de casación, que declaró la nulidad del juicio y de la consiguiente sentencia dictada por la Audiencia Nacional y acordó que se procediera a la celebración de un nuevo juicio oral, no aporta nada a la reparación del derecho al juez imparcial, habida cuenta de que lo que anula la nueva sentencia dictada por el Tribunal Supremo ya se declaró contrario al derecho al juez imparcial por el TEDH y las penas impuestas ya han sido cumplidas. Por ello, “a los efectos prácticos es como si fuera un caso de primera instancia con sentencia absolutoria, porque la reapertura del proceso y la retroacción no le produce sino perjuicios”.

(iv) Debe rechazarse que la retroacción acordada tutele el derecho de los demandantes a ser correctamente juzgados, puesto que la reparación de la lesión del derecho al juez imparcial “ya la obtuvieron en el recurso de revisión”. Por otro lado, el segundo enjuiciamiento constituye una carga para los demandantes, que solo serviría para garantizar que el Estado pueda volver a enjuiciar para borrar su incorrecta actuación en el proceso anterior, en un supuesto en que las penas que fueron impuestas han sido cumplidas. No existe un derecho/deber del acusado a ser correctamente juzgado, que justifique la repetición del juicio oral contra la voluntad de quien ya sufrió un primer enjuiciamiento por parte de un tribunal no imparcial. Ello no le reporta ninguna ventaja y sí, por el contrario, el perjuicio evidente de soportar un segundo enjuiciamiento con la posibilidad de que le sea impuesta una pena mayor.

(v) En el presente caso tampoco cabe fundar la retroacción de las actuaciones en la violación de algún derecho fundamental de las partes acusadoras, pues esta circunstancia no ha tenido lugar.

Para el fiscal, lo decidido en la sentencia de casación supone un segundo enjuiciamiento, dado que la retroacción acordada para proceder a la nueva celebración de juicio tiene por objeto los mismos hechos y las mismas personas. Añade que “la infracción del derecho al non bis in ídem procesal se inicia con la providencia de fecha 25 de septiembre de 2020, pues a partir de ese momento se realiza una retroacción parcial del recurso de casación y se inicia un nuevo enjuiciamiento no acordado en la sentencia de revisión, que se continua en contra de la voluntad de los recurrentes, expresada ya desde las alegaciones en contestación al traslado efectuado con esa providencia, hasta dictar la nueva sentencia en el recurso de casación, acordando la nulidad de la sentencia y juicio de la Audiencia Nacional, y la retroacción de las actuaciones para la celebración de nuevo juicio”. Entiende que ese planteamiento no implica una reconstrucción de la demanda, dado que en ella solo se pide la nulidad de la parte de la sentencia que acuerda la retroacción, por lo que implícitamente se impugna la tramitación efectuada a partir de la resolución que reabrió el recurso de casación.

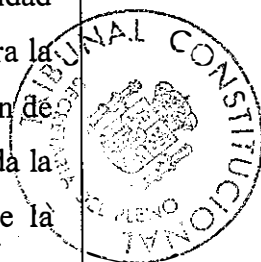
Por todo lo expuesto, interesa la estimación del recurso de amparo y la declaración de nulidad de la sentencia núm. 692/2020 y de la providencia de 25 de septiembre de 2020, dictadas ambas en el recurso de casación núm. 11773/2011.

Por providencia de dieciséis de enero de dos mil veinticuatro, se señaló para la deliberación y votación de la presente sentencia el día diecisiete del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. Objeto del recurso de amparo y pretensiones deducidas por las partes

El presente recurso de amparo se interpone contra la sentencia núm. 692/2020, de 15 de diciembre, dictada por el Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en el recurso de casación 11773-2011. Para poner esta resolución en su debido contexto han de tenerse en cuenta



ciertos hitos procesales que son detalladamente descritos en los antecedentes y que conviene reiterar de forma sintética:

(i) En fecha 16 de septiembre de 2011 (rollo de Sala núm. 95-2009) la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional condenó a los ahora demandantes de amparo por un delito de pertenencia a organización terrorista. La Sala Segunda del Tribunal Supremo confirmó en casación esta condena en sentencia núm. 351/2012, de 7 de mayo, si bien rebajó el *quantum* de las penas privativas de libertad impuestas.

(ii) Posteriormente, en sentencia de 6 de noviembre de 2018, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos apreció la vulneración del art. 6.1 del CEDH al considerar que existían dudas razonables (relacionadas con la exteriorización de un prejuicio sobre la culpabilidad por parte de la presidenta de la sala) sobre la imparcialidad del tribunal que enjuició en la instancia a los recurrentes de amparo. Estos presentaron recurso de revisión, conforme a lo establecido en el art. 954.3 LECrim, que fue estimado por la Sala Segunda del Tribunal Supremo en sentencia núm. 426/2020, de 27 de julio. Dicha resolución acordó, tal y como expresamente solicitaban los recurrentes, la nulidad de la sentencia casacional núm. 351/2012, de 7 de mayo, sin realizar pronunciamiento alguno sobre la sentencia de la Sección Cuarta de la Audiencia Nacional.

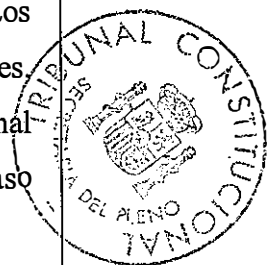
(iii) Reabierto el trámite casacional, el Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en la sentencia núm. 692/2020, de 15 de diciembre, estimó el recurso de casación originariamente interpuesto por los demandantes de amparo. Asimismo, declaró la nulidad de la sentencia condenatoria recaída en la instancia y acordó la retroacción de las actuaciones para la celebración de un nuevo juicio oral por un tribunal de diferente composición que el inicial. Esta es la resolución que se impugna en el presente recurso de amparo.

En la demanda de amparo se alega que la orden de retroacción para un nuevo enjuiciamiento contenida en la Sentencia 692/2020, de 15 de diciembre, supuso la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en la vertiente de interdicción del *ne bis in idem* procesal. Esa vulneración se relaciona con el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), el art. 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos (PIDCP), el art. 4 del Protocolo núm. 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y el art. 50 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE).

La asociación “Víctimas del Terrorismo verde Esperanza (Voces contra el Terrorismo)” se ha personado en el proceso de amparo y ha solicitado la desestimación del recurso. El Ministerio Fiscal ha interesado la estimación de la demanda por las razones que han sido consignadas en los antecedentes.

2. Consideraciones sobre el agotamiento de la vía judicial previa

La vulneración alegada por los demandantes (art. 24.1 CE en su vertiente de prohibición de doble enjuiciamiento) se atribuye, como acaba de señalarse, a la orden de retroacción de las actuaciones, para la celebración de un nuevo juicio oral, contenida en la sentencia 692/2020, de 15 de diciembre, dictada en casación por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. Contra esta sentencia no cabía ya recurso alguno, ordinario o extraordinario, dentro de la vía judicial. Los recurrentes de amparo no promovieron, sin embargo, el incidente de nulidad de actuaciones, previsto en el art. 241 LOPJ, y han acudido *per saltum* a la jurisdicción de amparo. Este tribunal considera oportuno explicitar las razones por las que, pese a ello, no concurre en el presente caso el óbice de falta de agotamiento de la vía judicial [art. 44.1 a) LOTC].



Resulta relevante, en primer lugar, que, una vez reabierta la casación, los demandantes de amparo pusieran de manifiesto, al cumplimentar el trámite de alegaciones conferido a las partes en la providencia de 25 de septiembre de 2020, que una eventual orden de retroacción para la celebración de un nuevo juicio implicaría la “lesión del derecho a no ser enjuiciados dos veces por los mismos hechos”. La lectura de la sentencia de casación pone de manifiesto que el Tribunal Supremo examinó y valoró de forma detenida y expresa dicha alegación, exponiendo las razones que sustentaban su criterio acerca de la vulneración invocada.

Asimismo, tanto los demandantes de amparo como el fiscal invocan otra circunstancia para excusar la falta de interposición del incidente de nulidad; en concreto, que la diligencia de ordenación de 17 de diciembre de 2020 expresó que la sentencia a notificar era firme y que contra ella podía interponerse, en su caso, recurso de amparo dentro de los treinta días siguientes, sin que dicha providencia efectuase, en cambio, mención alguna a la posibilidad de promover incidente de nulidad de actuaciones.

La referida diligencia de ordenación se ajusta, en apariencia, a la literalidad del art. 248.4 LOPJ, que dispone que “[a]l notificarse la resolución a las partes se indicará si la misma es o no



firme y, en su caso, los recursos que procedan, órgano ante el que deben interponerse y plazo para ello”. Sin embargo, el recurso de amparo, pese a su denominación, se configura en nuestro ordenamiento jurídico como un proceso constitucional autónomo, ajeno a la vía judicial previa. Dada esa naturaleza, no resulta encuadrable dentro de los recursos a los que se refiere el art. 248.4 LOPJ. Por ello, la indicación de la procedencia del recurso de amparo, dentro de los treinta días siguientes, no solo no era obligada, sino que resultaba equívoca, ya que daba a entender a las partes que dicho “recurso” era el medio de impugnación subsiguiente en una secuencia procesal en curso.

Obviamente, la indicación de la posibilidad de promover incidente de nulidad de actuaciones tampoco resultaba preceptiva. Sin embargo, en el caso enjuiciado, la indicación expresa de la posibilidad de interponer recurso de amparo unida al silencio del órgano judicial respecto de la posibilidad de promover incidente de nulidad de actuaciones pudo generar dudas fundadas en los demandantes sobre la viabilidad del remedio previsto en el art. 241 LOPJ, especialmente en un asunto en el que ya habían invocado la posible vulneración de sus derechos fundamentales y en el que el Tribunal Supremo había descartado expresamente dicha vulneración.

Consideramos, por ello, que la alegación efectuada por los recurrentes en su recurso de casación y la respuesta dada por el Tribunal Supremo en la sentencia casacional preservaron suficientemente el carácter subsidiario del recurso de amparo en un contexto de defectuosa información sobre el régimen de recursos. En esas circunstancias, exigir al recurrente la interposición del incidente de nulidad de actuaciones supondría una carga desproporcionada que rompería “el equilibrio debido entre, por una parte, la preocupación legítima de garantizar el respeto a las formalidades para el acceso a la jurisdicción constitucional y, por otra parte, el derecho de acceso efectivo a dicha instancia” (STEDH de 23 de octubre de 2018, asunto *Arrózpide Sarasola y otros c España*, § 107).

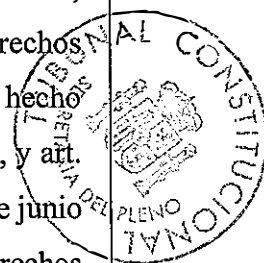
Corroboramos, en definitiva, la admisión a trámite del presente recurso de amparo.

3. Doctrina constitucional sobre el derecho a no ser enjuiciado dos veces (ne bis in idem procesal)

Entrando ya en la queja planteada, resulta pertinente exponer la doctrina de este Tribunal sobre la interdicción del doble enjuiciamiento penal en los supuestos de anulación y retroacción de sentencias para la celebración de un nuevo juicio oral (A). Esa exposición permitirá apreciar la singularidad que caracteriza al presente asunto, singularidad que nos llevó a considerar, en la providencia de admisión dictada por el Pleno el 7 de octubre de 2021, que nos hallamos ante un nuevo supuesto o faceta del derecho fundamental a no ser doblemente enjuiciado, necesitada, por su especial trascendencia constitucional [STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2, a)], de un pronunciamiento de fondo de este Tribunal (B).

A) Doctrina del Tribunal.

a) A diferencia de lo que sucede en el derecho internacional y regional convencional de los derechos humanos que resulta de aplicación en España —art. 14.7 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, hecho en Nueva York el 16 de diciembre de 1966 (“BOE” núm. 103, de 30 de abril de 1977); art. 4 del Protocolo núm. 7 al Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, (Convenio núm. 117 del Consejo de Europa), hecho en Estrasburgo el 22 de noviembre de 1984 (“BOE” núm. 249, de 15 de octubre de 2009), y art. 50 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea (“DOUE” C-202, de 7 de junio de 2016)—, la Constitución española no reconoce expresamente, dentro del catálogo de derechos fundamentales, la garantía de la interdicción del doble enjuiciamiento penal. No obstante, este Tribunal ha considerado que la prohibición de enjuiciamiento dual de la misma conducta queda encuadrada en el marco del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) como una garantía más de protección del ciudadano frente al ejercicio del *ius puniendi* [vid. por todas STC 3/2019, de 14 de enero, FJ 3].



b) La más completa exposición de nuestra doctrina sobre el llamado principio *ne bis idem* se encuentra en la STC 2/2003, de 16 de enero, adoptada por el Pleno de este Tribunal. Dicha resolución se ocupó tanto de la vertiente material del referido principio, relacionada con el derecho a la legalidad penal del art. 25.1 CE, como de sus concretas implicaciones procesales. En relación con estas últimas, la citada sentencia afirma que “este Tribunal ha ubicado en el ámbito del derecho a la tutela judicial efectiva la garantía consistente en la interdicción de un doble proceso penal con el mismo objeto” [FJ 3, b)] y estima que esa ubicación dentro del sistema de garantías procesales es acorde con el art. 4 del Protocolo núm. 7 del Convenio Europeo de

Derechos Humanos (entonces firmado pero aún no ratificado por España, pues la ratificación tuvo lugar el 28 de agosto de 2009, BOE ya citado núm. 249, de 15 de octubre de 2009).

La doctrina del TEDH subraya, en efecto, que el art. 4 del Protocolo núm. 7 del Convenio no se circunscribe al derecho a no ser dos veces castigado penalmente, sino que comprende también el derecho a no ser nuevamente perseguido o juzgado. El citado precepto contiene, según ha afirmado el TEDH, una triple garantía que impide que una misma persona pueda ser perseguida, juzgada o castigada más de una vez por la misma infracción penal (SSTEDH de 15 de diciembre de 2004, asunto *Nikitin c. Rusia*, § 36; de 10 de febrero de 2009, asunto *Sergey Zolotukhin c. Rusia*, § 110, y de 15 de noviembre de 2016, asunto *A. y B. c. Noruega*, § 110, estas dos últimas dictadas por la Gran Sala).

c) Junto a los supuestos, más fácilmente identificables, de procedimientos penales sucesivos relativos a unos mismos hechos, nuestra doctrina también ha situado dentro del ámbito de protección de la prohibición de *bis in idem* del art. 24.1 CE ciertas hipótesis de doble enjuiciamiento que, formalmente o en apariencia, se verifican dentro de un solo proceso penal pero que implican, en su consideración global, una desproporción en el ejercicio del *ius puniendi* materialmente equivalente a una dualidad de procesos.

Estas hipótesis vienen relacionadas, normalmente, con la necesidad de reparar derechos fundamentales de las partes que se han visto vulnerados en el desarrollo del primer enjuiciamiento de los hechos. Se plantea en tales casos si la tutela de los derechos fundamentales vulnerados puede llevar consigo la reapertura del proceso o la repetición del juicio ya celebrado. Para abordar este tipo de casos este Tribunal ha distinguido dos clases de supuestos: aquellos en los que se pretende la reparación de la vulneración de un derecho fundamental sustantivo y los que versan, en cambio, sobre la vulneración de una garantía esencial del proceso.

d) Este Tribunal ha considerado, en primer lugar, que la decisión de reabrir, por razón de la vulneración de derechos fundamentales sustantivos de las partes, un proceso penal que ha finalizado con un pronunciamiento absolutorio lesiona la prohibición de doble enjuiciamiento penal. Hemos señalado, en este punto, que no cabe “la retroacción de actuaciones para celebrar un nuevo juicio penal, como consecuencia del otorgamiento del amparo por vulneración de derechos fundamentales de carácter sustantivo, pues con ello se arroja sobre el reo la ‘carga y la gravosidad de un nuevo enjuiciamiento que no está destinado a corregir una vulneración en su

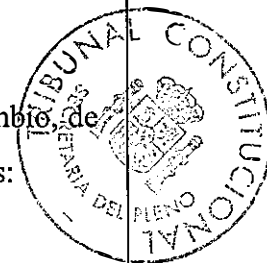
contra de normas procesales con relevancia constitucional” (SSTC 157/1989, de 26 de octubre, FJ 3; y 4/2004, de 14 de enero, FJ 4).

Esta misma doctrina ha sido reiterada por este Tribunal específicamente en relación con los derechos fundamentales sustantivos de las partes constituidas en acusación. Tal y como recordamos en la STC 1/2019, de 14 de enero, FJ 3, “la doctrina de este Tribunal ha destacado la singularidad que plantea, a los efectos de la interdicción del *bis in idem*, la anulación de una Sentencia penal absolutoria con orden de retroacción de actuaciones, dada la diferencia que existe entre la acusación y los acusados, desde la perspectiva de los derechos fundamentales en juego dentro del proceso penal” y afirmamos, a continuación, que, de acuerdo con dicha interdicción de doble enjuiciamiento “en línea de principio, no cabe retroacción de actuaciones ante la vulneración de algún derecho fundamental de carácter sustancial que asista a las acusaciones, ya que ello impone al acusado absuelto la carga de un nuevo enjuiciamiento no destinado a corregir una vulneración en su contra de normas procesales con relevancia constitucional”.

e) Cuando las vulneraciones producidas en el primer enjuiciamiento son, en cambio, de naturaleza procesal, la doctrina de este Tribunal ha distinguido dos situaciones diferentes:

(i) Si la retroacción de actuaciones viene determinada por un vicio de procedimiento padecido por los acusadores de tal envergadura que permita inferir que el juicio celebrado no tiene las características propias de un juicio justo, la anulación de la sentencia -absolutoria o condenatoria- y la repetición del enjuiciamiento puede constituir una tutela jurídica adecuada, compatible con las exigencias del art. 24.1 CE.

La ya citada STC 1/2019, de 14 de enero, FJ 3, recopila la doctrina sobre la materia al señalar que “en un decidido equilibrio entre el estatuto constitucional reforzado del acusado y la necesidad de no excluir a las acusaciones de las garantías del artículo 24 CE, se admite constitucionalmente la posibilidad de anular una resolución judicial penal materialmente absolutoria, con orden de retroacción de actuaciones, en aquellos casos en los que se constate la quiebra de una regla esencial del proceso en perjuicio de la acusación, ya que en ese escenario la ausencia de garantías no permite hablar de ‘proceso’ en sentido propio, ni puede permitir tampoco que la Sentencia absolutoria adquiera el carácter de inatacable (SSTC 23/2008, de 11 de febrero, FJ 3; 220/2007, de 8 de octubre, FJ 4; 189/2004, de 2 de noviembre, FJ 5, o 4/2004, de 16 de enero, FJ 4)”.



Recordamos en esa misma resolución el carácter excepcional de tal orden de retroacción, al señalar que solo “afecta a aquellas resoluciones absolutorias dictadas en el seno de un proceso penal sustanciado sobre un proceder lesivo de las más elementales garantías procesales de las partes (SSTC 215/1999, de 29 de noviembre, FJ 1; 168/2001, de 16 de julio, FJ 7; 12/2006, de 16 de enero, FJ 2, o 112/2015, de 8 de junio, FJ 4)” (STC 1/2019, de 14 de enero, FJ 3).

Esta doctrina es, por lo demás, acorde con lo expresamente previsto en el art. 4 del Protocolo núm. 7 del CEDH, en concreto con lo señalado en el apartado 2 de este precepto, según el cual “[l]o dispuesto en el párrafo anterior no impedirá la reapertura del proceso, conforme a la ley y al procedimiento penal del Estado interesado, si hechos nuevos o nuevas revelaciones o un vicio esencial en el proceso anterior pudieran afectar a la sentencia dictada”.

(ii) Como reverso lógico de esa doctrina, si no se ha producido una vulneración “de las más elementales garantías procesales de las partes”, la orden de retroacción acordada a instancia de las acusaciones lesiona el derecho de la persona acusada a no ser sometido a un doble enjuiciamiento (*ne bis in idem* en su dimensión procesal). Hemos afirmado, en concreto, que “la anulación de una Sentencia absolutoria con retroacción de actuaciones sin haberse producido una infracción de reglas esenciales del proceso justo en perjuicio de los acusadores particulares” vulnera el “derecho a no ser sometido dos veces a proceso penal por los mismos hechos al reabrirse la primera instancia sin que se hubiera denunciado en el recurso de apelación ninguna quiebra esencial del procedimiento determinante de la nulidad de actuaciones” (por todas, SSTC 4/2004, de 14 de enero, FJ 5; y 23/2008, de 11 de febrero, FJ 3).

Este Tribunal ha apreciado, en particular, que en tales casos de revocación de sentencia para realizar un nuevo enjuiciamiento “lo que está en juego es la prohibición del doble enjuiciamiento (*ne bis in idem* procesal), con independencia del resultado favorable o desfavorable del mismo [del nuevo juicio], lo que constituye gravamen suficiente para acudir directamente al amparo” (SSTC 129/2018, de 12 de diciembre, FJ 6; 130/2018, de 12 de diciembre, FJ 5; 131/2018, de 12 de diciembre, FJ 5 y 70/2021, de 18 de marzo, FJ 2).

f) De la doctrina expuesta se infiere que la posibilidad de ordenar la retroacción para un nuevo enjuiciamiento requiere, según hemos señalado expresamente, un juicio específico de ponderación (SSTC 311/2006, de 23 de octubre, FJ 6, y 23/2008, de 11 de febrero, FJ 5), cuya

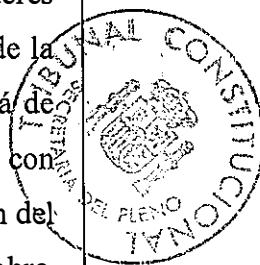
incorrecta realización puede dar lugar a la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su vertiente de proscripción del *bis in idem* procesal. Como señalamos en la STC 23/2016, de 15 de febrero, FJ 3:

“[n]o es posible descartar, y de ello se hace eco la jurisdicción constitucional con cita del art. 55.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (STC 311/2006, de 23 de octubre, FJ 6), que la reparación ordinaria o común a través de la nulidad con retroacción de actuaciones (reposición en los términos del art. 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), de la lesión de derechos fundamentales procesales, entre en conflicto con otros derechos, bienes y valores también constitucionales y dignos de tutela. En tales supuestos, por exigencia derivada de la eficacia propia de tales derechos y valores, así como del valor ‘justicia’ (SSTC 160/1987, de 27 de octubre, FJ 6; 50/1995, de 23 de febrero, FJ 7; 173/1995, de 21 de noviembre, FJ 2), del principio del Estado de Derecho (STC 160/1987, de 27 de octubre, FJ 6), del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (SSTC 6/1988, de 21 de enero, FJ 3; 50/1995, de 23 de febrero, FJ 7) o de la dignidad de la persona (STC 160/1987, de 27 de octubre, FJ 6), la solución habrá de adoptarse previa ponderación de los derechos y valores constitucionales en conflicto, con respeto a su contenido, observancia del principio de proporcionalidad, y motivación del juicio de ponderación (SSTC 85/1992, de 8 de junio FJ 4, y 219/1992, de 3 de diciembre, FJ 2), ‘pues sólo tal fundamentación permitirá que se aprecie, en primer lugar, por el afectado y que se pueda controlar, después, la razón que justificó, a juicio del órgano judicial, el sacrificio del derecho fundamental’ (STC 37/1989, de 15 de febrero, FJ 8)”.

B) Supuesto planteado en el presente proceso de amparo.

Ahora se nos plantea una faceta del derecho a no ser doblemente enjuiciado, en relación con una decisión judicial de retroacción para la celebración de un nuevo juicio que, hasta el momento, no ha sido analizada por este Tribunal.

Aunque hemos afirmado que una retroacción indebida de las actuaciones para la celebración de un nuevo juicio puede vulnerar el principio *ne bis in idem* en su vertiente procesal y que esa vulneración depende de un juicio de ponderación sobre la naturaleza y la gravedad de la lesión producida (de una parte) y las consecuencias que la retroacción puede acarrear en la esfera del acusado (de la otra), hasta el presente momento solo hemos afrontado supuestos en que



esa retroacción fue acordada para tutelar derechos fundamentales sustantivos o garantías procesales de las partes acusadoras. Este Tribunal no ha fijado doctrina sobre esta materia en relación con asuntos en los que la orden de retroacción se ampara formalmente en la necesidad de tutelar los derechos procesales del propio individuo condenado en contextos particulares en los que esa decisión puede suponer una carga excesiva para este, determinante de un ejercicio desproporcionado del *ius puniendi* estatal.

En definitiva, se plantea en el presente supuesto si un segundo enjuiciamiento, ordenado para reparar los derechos fundamentales procesales de quien ha sido condenado, puede convertirse, por las especiales circunstancias concurrentes, en una carga desproporcionada, contraria, por el exceso de gravamen que conlleva, a la prohibición de doble enjuiciamiento penal de unos mismos hechos.

4. Elementos del juicio de ponderación

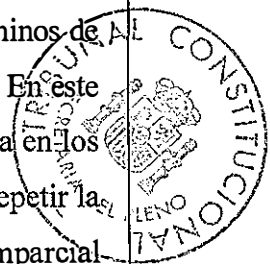
Nuestro pronunciamiento sobre esta nueva faceta del derecho fundamental a no ser doblemente enjuiciado debe fundarse, al igual que en los supuestos anteriormente abordados por este Tribunal en relación con la prohibición de doble enjuiciamiento, en un juicio de ponderación de los valores, bienes y derechos constitucionales afectados -como es, por otra parte, habitual en el ámbito específico de las garantías procesales (por ejemplo, respecto de la prueba ilícita, véase la STC 97/2019, de 16 de julio, FJ 2)-.

En el caso que nos ocupa, la sentencia del Tribunal Supremo núm. 692/2020, al resolver por segunda vez el recurso de casación formulado en su día frente a la condena penal, pondera la necesidad de acordar la retroacción para la celebración de un nuevo juicio utilizando argumentos diversos, que nos corresponde ahora revisar. Para afrontar esa revisión deben tomarse, previamente, en consideración los siguientes parámetros rectores:

a) Ha de reiterarse, en primer lugar, que la declaración de nulidad y retroacción, como mecanismo de reparación de un vicio esencial del proceso, es, en línea de principio, una excepción a la operatividad de la prohibición de doble enjuiciamiento que está expresamente contemplada en el art. 4.2 del Protocolo núm. 7 CEDH y que tiene plena proyección sobre una eventual vulneración del derecho al juez imparcial sufrida por la parte acusada.

La declaración de nulidad de la resolución condenatoria, con retroacción de las actuaciones para la celebración de un nuevo juicio, es, de hecho, la tutela que, de ordinario, repara la lesión del derecho a un juez imparcial sufrida por el individuo que ha sido condenado. Para el propio TEDH, un nuevo juicio o la reapertura del caso, si así es solicitado por la persona que ha sido condenada, representa en principio una vía apropiada de reparación de la vulneración del derecho al juez imparcial [por todas, SSTEDH (Gran Sala) de 12 de mayo de 2005, asunto *Öcalan c. Turquía* § 210; y de 1 de marzo de 2006, asunto *Sejdovic c. Italia*, § 126]. Ese medio de reparación es, además, mencionado de forma expresa en el § 74 de la Sentencia del TEDH de 6 de noviembre de 2018 que declaró la vulneración del derecho al juez imparcial de los ahora recurrentes de amparo y que dio lugar a la segunda sentencia casacional del Tribunal Supremo, que es la aquí impugnada.

El juicio celebrado ante un tribunal que no cumple con las exigencias de imparcialidad establecidas en el art. 6.1 CEDH no puede ser considerado un juicio justo —o, en los términos de la Constitución española, un proceso desarrollado con todas las garantías (art. 24.2 CE)—. En este sentido, la repetición del juicio ante un nuevo tribunal puede reparar la lesión producida en los derechos fundamentales del recurrente que ha sido condenado. Por ello, la decisión de repetir la celebración del juicio oral orientada a la reparación de la lesión del derecho a un juez imparcial no puede ser considerada, por regla general, un segundo proceso a los efectos de la proscripción de la garantía del *ne bis in idem* procesal, contenido en el art. 24.1 CE.



b) Ahora bien, desde el punto de vista del individuo condenado, la repetición del juicio no constituye un fin en sí mismo, sino que está orientada a la obtención de un efecto útil: evitar la condena y la imposición de la pena. Ello determina que la procedencia de este medio de reparación no sea, en todo caso, automática, cualesquiera que sean las consecuencias que pueda tener sobre la esfera del individuo agraviado. En este punto, a la hora de realizar el juicio de ponderación pertinente, han de tenerse en cuenta dos circunstancias fundamentales que resultan de la doctrina elaborada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

(i) En primer lugar, es esencial determinar si la retroacción ha sido la vía de reparación solicitada por la propia víctima de la vulneración del derecho fundamental procesal. En este sentido, no puede olvidarse que para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos la repetición del juicio es una tutela idónea para remediar la vulneración del derecho al juez imparcial siempre que sea solicitada por el afectado [asuntos *Öcalan c. Turquía*, § 210, y *Sejdovic c. Italia*, § 126, ya

citados]. Quien ha sido condenado puede, en definitiva, aceptar la condena ya impuesta y evitar el riesgo de un segundo enjuiciamiento que conlleve una condena aún más gravosa. En ese caso, puede optar por otro tipo de reparación del derecho vulnerado. En el supuesto que ahora nos ocupa, el ya citado § 74 de la Sentencia del TEDH de 6 de noviembre de 2018 hace mención expresa a la solicitud de la persona interesada como presupuesto necesario de la repetición del juicio oral.

(ii) Por otra parte, en la sentencia de la Gran Sala de 1 de marzo de 2006, asunto *Sejdovic c. Italia*, § 28, el TEDH se remite expresamente, para la ponderación de la idoneidad de un nuevo enjuiciamiento como remedio de la vulneración padecida en el derecho al juez imparcial, a la Recomendación núm. R (2000) 2 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, relativa al reexamen y reapertura de procedimientos nacionales a raíz de resoluciones dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Destaca la referida sentencia que, de acuerdo con la Recomendación núm. R (2000) 2, uno de los elementos fundamentales a ponderar para determinar si procede la repetición del juicio, como mecanismo de reparación del derecho vulnerado, es que la víctima de la vulneración siga sufriendo consecuencias negativas muy graves a consecuencia de la decisión judicial controvertida, de modo que dichas consecuencias, por su gravedad, no puedan ser reparadas mediante la alternativa de una satisfacción equitativa.

A la vista de esta doctrina, es claro que pueden concurrir circunstancias en las que la violación del derecho a un juez imparcial, pese a su naturaleza ordinaria de vicio esencial de procedimiento, no puede legítimamente dar lugar un segundo enjuiciamiento como mecanismo idóneo para la reparación del derecho fundamental vulnerado. En particular, cuando dicha medida no ha sido solicitada por el condenado o cuando desborda claramente los fines de reparación de la vulneración del derecho fundamental, por carecer de todo efecto útil, puede convertirse en un gravamen desproporcionado para la persona condenada. En tales circunstancias, la retroacción deja de estar amparada en la excepción prevista en el art. 4.2 del Protocolo núm. 7 CEDH, pues la repetición del juicio no guarda la imprescindible correlación con la necesidad de reparar la lesión producida en los derechos fundamentales procesales, como fundamento de la referida excepción.

5. Enjuiciamiento del caso. Existencia de lesión

De acuerdo con la doctrina expuesta, hemos de examinar el juicio de ponderación realizado por el Tribunal Supremo a efectos de dilucidar si nos encontramos ante una retroacción para un nuevo enjuiciamiento que vulnera el art. 24.1 CE en su vertiente de derecho a no ser doblemente juzgado. Debemos señalar, al respecto, lo siguiente:

(i) El Tribunal Supremo considera, en primer lugar, que, frente a lo alegado por los recurrentes, la reparación del derecho fundamental al juez imparcial no podía consistir en la mera declaración de nulidad de la condena acaecida en la instancia, sin retroacción para la celebración de un nuevo juicio, pues dicha tutela, equivalente a un pronunciamiento materialmente absolutorio, no guardaba correlación con la lesión estrictamente procesal que debía ser reparada en casación. En tal sentido, el razonamiento del Tribunal Supremo es plenamente acorde con las exigencias derivadas del art. 24.1 CE.

(ii) Tampoco puede decirse que la tutela prestada por el Tribunal Supremo (declaración de nulidad con retroacción) fuera totalmente ajena a la solicitud de reparación formulada por los recurrentes de amparo. Es cierto que estos nunca solicitaron expresamente, como tutela a prestar para el restablecimiento de su derecho fundamental al juez imparcial, la repetición del juicio ante un nuevo tribunal. No puede ignorarse, sin embargo, que instaron la ejecución de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de un modo sumamente equívoco.

En efecto, la solicitud de revisión formulada ante el Tribunal Supremo pretendía exclusivamente la declaración de nulidad de la sentencia de casación, resolución que, manifiestamente, no había causado por sí misma la vulneración del derecho al juez imparcial. Por ello, tal petición suponía, en principio, la reanudación del procedimiento penal originario a partir del propio trámite casacional, ya que no podía entenderse, sin más, que se dejaba firme la previa sentencia de instancia, que había sido condenatoria y había impuesto, de hecho, penas superiores a las que después fueron establecidas por el Tribunal Supremo.

Cuando en la providencia de 25 de septiembre de 2020 el Tribunal Supremo dio trámite a las partes para que hicieran alegaciones en el nuevo señalamiento para deliberación y fallo del recurso de casación, los recurrentes de amparo no se manifestaron disconformes con la reanudación de ese recurso ni se quejaron tampoco de la reviviscencia del procedimiento originario. Al contrario, se aquietaron a ella. En este sentido, la decisión del Tribunal Supremo fue, en buena medida, el resultado lógico de la vía de reparación elegida por los recurrentes de



amparo: resolvió el recurso de casación anulando su primera resolución, en la que se había descartado la vulneración del derecho al juez imparcial, y entendió que solo podía repararla en los términos ordinariamente fijados en el ordenamiento procesal vigente, con la consiguiente retroacción para la celebración de un nuevo juicio oral.

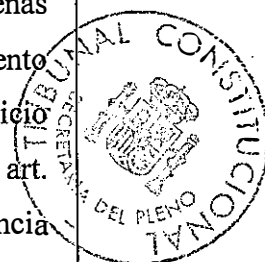
(iii) No obstante, al adoptar tal decisión de retroacción, el Tribunal Supremo no tuvo en cuenta el singular escenario que el presente caso plantea desde el punto de vista de la reparación del derecho fundamental vulnerado. Como con más detalle se ha expuesto en los antecedentes de esta resolución, los demandantes se opusieron expresamente a la celebración de un segundo enjuiciamiento; además, tal posibilidad se planteó cuando los condenados por un tribunal que no cumplía con las exigencias de imparcialidad derivadas del art. 6 CEDH y del art. 24.2 CE ya habían cumplido íntegramente las penas que les habían sido impuestas. Es claro que, en ese contexto, la celebración de un segundo enjuiciamiento perdía su principal efecto útil, que es, como se ha dicho, evitar el cumplimiento efectivo de la pena impuesta, como gravamen que, en la doctrina ya reproducida del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, resulta esencial para valorar la pertinencia de una decisión de retroacción.

(iv) En esas concretas circunstancias, una repetición del juicio que no había sido interesada de forma clara y expresa por los afectados (que no la habían solicitado en el recurso de revisión ni en el reabierto trámite de casación), constituía un gravamen excesivo, que perdía la necesaria correlación con la finalidad de reparar los derechos fundamentales procesales vulnerados. Con ella se exponía a los individuos condenados, no solo al gravamen inherente a un segundo enjuiciamiento, sino también al riesgo adicional de sufrir una penalidad mayor sin la contrapartida lógica de evitar (total o parcialmente) el sufrimiento efectivo del gravamen derivado de la condena originaria. El fundamento transversal de la garantía de *ne bis in idem*, que explica tanto su dimensión material como la procesal, se ve, de ese modo, comprometido, al producirse un ejercicio dual del *ius puniendi* estatal que resulta desproporcionado y carece, globalmente considerado, de una debida justificación.

(v) En ese particular escenario, se aprecia que los argumentos ofrecidos por el Tribunal Supremo para ponderar la necesidad de la repetición del juicio fueron insuficientes. El interés del Estado en la condena agotó sus efectos prácticos con el íntegro cumplimiento de la pena impuesta. Con él también resultó materialmente satisfecho el interés de las partes acusadoras en coadyuvar al ejercicio efectivo del *ius puniendi*, potestad de la que, como ha reiterado este Tribunal, no son

titulares, pues en nuestro ordenamiento constitucional “no existe un ‘principio de legalidad invertido’, esto es, un derecho fundamental de la víctima a obtener la condena penal de otro, haya o no vulnerado sus derechos fundamentales, pues éstos son derechos de libertad, e introducir entre ellos la pretensión punitiva supondría alterar radicalmente su sentido” (STC 41/1997, de 10 de marzo, FJ 4). Menos convincente resulta aún la invocación por parte de la resolución impugnada, como argumento para sustentar la decisión de repetir el juicio, de la necesidad de satisfacer el derecho a la presunción de inocencia de los propios recurrentes de amparo, como si el objeto del proceso penal (y del juicio oral en particular) fuera dar la oportunidad de demostrar la inocencia frente a una presunción inicial de culpabilidad.

Vista la insuficiencia de estos argumentos, se aprecia una desproporción manifiesta entre la decisión adoptada de repetir el enjuiciamiento, cuando ya estaban cumplidas las penas impuestas en sentencia firme, y la necesidad de reparar un vicio esencial de procedimiento padecido por la parte acusada. Esto determina que, en el presente caso, la repetición del juicio oral haya de ser considerada, materialmente, como un segundo enjuiciamiento contrario al art. 24.1 CE (en relación con el art. 6.1 CEDH). Debemos, por ello, declarar la nulidad de la Sentencia 692/2020, de 15 de diciembre, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, con los efectos que serán expuestos en el fundamento jurídico siguiente.



6. Efectos de la estimación del recurso de amparo

La particular complejidad del proceso penal del que trae causa el presente recurso, así como las numerosas vicisitudes que han caracterizado su tramitación durante más de una década, aconsejan que precisemos los efectos que se derivan de la estimación de la pretensión de amparo. En este punto, los recurrentes solicitan en su demanda (núm. 3º del suplico) que se anule únicamente la orden de retroacción para la repetición del juicio oral contenida en la segunda sentencia de casación, núm. 692/2020, y que se mantenga, en cambio, la declaración de nulidad de la sentencia condenatoria recaída en la instancia. En relación con esta petición, han de hacerse las siguientes consideraciones:

a) Al instar la revisión de su condena como consecuencia de la sentencia del TEDH de 6 de noviembre de 2018, los ahora recurrentes nunca solicitaron al Tribunal Supremo una reparación de la lesión del derecho al juez imparcial que consistiera en la declaración de nulidad, sin retroacción, de la sentencia condenatoria recaída en la instancia. Tampoco interesaron al

Tribunal Supremo que les otorgase alguna satisfacción equitativa (que era la alternativa a la repetición del juicio que realmente contemplaba la resolución del TEDH). Se limitaron a solicitar que se declarase la nulidad de la sentencia casacional, petición a la que accedió el Tribunal Supremo en la sentencia núm. 426/2020, de 27 de julio.

b) Una vez reabierto el trámite casacional, es cierto que la sentencia 692/2020, de 15 de diciembre, anuló, en su fallo, la sentencia condenatoria recurrida en casación, dictada por la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. Es claro, sin embargo, que el referido pronunciamiento se encontraba, en la citada sentencia 692/2020, instrumentalmente vinculado a la consiguiente orden de retroacción para la repetición del juicio. La Sala Segunda del Tribunal Supremo acordó en la sentencia 692/2020 la nulidad de la sentencia de instancia a los solos efectos de facilitar la repetición del juicio oral, en la consideración, claramente expresada en la fundamentación jurídica de la resolución, de que, en el trámite casacional, se trata de la única vía de reparación posible de la vulneración padecida por los recurrentes. La Sala descartó expresamente que la reparación del derecho fundamental al juez imparcial pudiera consistir en la nulidad de la sentencia de instancia, sin retroacción alguna, en cuanto tal pronunciamiento, materialmente absolutorio, no guardaba correlación con la vulneración puramente procesal denunciada en el recurso de casación. Las nulidades y la retroacción ordenadas por el Tribunal Supremo formaban, en definitiva, un pronunciamiento único, que se materializaba, por razones lógicas, de forma secuencial.

c) No puede ignorarse, finalmente, que el objeto del presente recurso de amparo versa, exclusivamente, sobre la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) que derivaría de la celebración de un segundo enjuiciamiento. La tutela a prestar a los recurrentes ha de consistir, por ello, en la proscripción de ese segundo proceso sin que resulte procedente adoptar, en este trámite, una decisión materialmente absolutoria (como sería una nulidad sin retroacción) en relación con el primer enjuiciamiento. Especialmente cuando esa tutela no fue siquiera solicitada ante el Tribunal Supremo, en el recurso de revisión, como forma de reparación del derecho al juez imparcial a efectos de ejecución de la STEDH de 6 de noviembre de 2018.

La consideración de las referidas circunstancias, consideradas en su conjunto, nos llevan a concluir, en relación con los efectos del presente recurso de amparo, lo siguiente:

(i) La nulidad de la sentencia de casación núm. 692/2020, de 15 de diciembre, ha de afectar a todos los pronunciamientos de esta, sin que pueda acogerse la pretensión de los recurrentes de que se proceda únicamente a la anulación de la orden de retroacción con mantenimiento de la declaración de nulidad de la condena de instancia.

(ii) La declaración de nulidad de todos los pronunciamientos de la sentencia núm. 692/2020 no ha de conllevar retroacción alguna. Una vez que, por propio deseo de los recurrentes, quedó cerrada la posibilidad de celebración de un nuevo enjuiciamiento, y no habiendo estos solicitado otro tipo de satisfacción equitativa, más allá de la ya reconocida en la STEDH de 6 de noviembre de 2018 (consistente en la declaración de la vulneración del derecho fundamental procesal), una nueva retroacción de actuaciones al Tribunal Supremo para que se dictase una tercera sentencia casacional carecería de todo efecto útil. No puede olvidarse que, de acuerdo con el art. 954.3 LECrim, el recurso de revisión es un mecanismo de reparación excepcional, que solo resulta procedente cuando los efectos de la vulneración persisten y no pueden ser reparados de ningún otro modo.

(iii) Lo anterior implica necesariamente el mantenimiento del efecto de cosa juzgada de la condena inicialmente impuesta en la primera sentencia casacional (núm. 351/2012, de 7 de mayo, íntegramente cumplida por los recurrentes). La sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo núm. 351/2012 mantiene, con ello, en lo que a la condena impuesta y cumplida se refiere y con el complemento de la declaración de vulneración del derecho al juez imparcial realizada por el TEDH, su vigencia y plenitud de efectos.



FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución de la Nación española, ha decidido estimar el recurso de amparo interpuesto por don Arnaldo Otegi Mondragón, don Rafael Díez Usabiaga, doña Sonia Jacinto García, don Arkaitz Rodríguez Torres y doña Miren Zabaleta Tellería, y, en su virtud

1º Declarar que ha sido vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), en su vertiente de prohibición del *ne bis in idem* procesal.



2º Restablecerles en su derecho y, en consecuencia, declarar la nulidad de la sentencia núm. 692/2020, de 15 de diciembre de 2020, del Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que fue dictada en el recurso de casación 11.773-2011, con los efectos señalados en el FJ 6 de esta sentencia.

Publíquese esta sentencia en el “Boletín Oficial del Estado”.

Dada en Madrid, a diecisiete de enero de dos mil veinticuatro.



Voto particular que formulan las magistradas y el magistrado, doña Inmaculada Montalbán Huertas, don Ramón Sáez Valcárcel, doña María Luisa Segoviano Astaburuaga y doña Laura Díez Bueso, respecto de la sentencia dictada en el recurso de amparo avogado núm. 645-2021.

En el ejercicio de la facultad que nos confiere el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y con el máximo respeto a los magistrados y magistradas del tribunal, formulamos el presente voto particular.

1. Como expusimos en el momento de emitir nuestro voto, estamos plenamente conformes con el fallo de la sentencia en cuanto a la estimación del recurso de amparo, así como con la declaración de nulidad del acuerdo de retroacción de actuaciones para nuevo enjuiciamiento -contenida en la resolución impugnada- por vulnerar el art. 24.1 CE.

2. Sin embargo, no consideramos razonada la afirmación contenida en el FJ 6 de la sentencia, según la cual los efectos de la estimación del recurso de amparo incluyen la declaración de cosa juzgada de la condena inicialmente impuesta en la primera sentencia casacional (núm. 351/2012, de 7 de mayo). Tal aseveración no se encuentra fundamentada y no guarda coherencia con el objeto del recurso de amparo, integrado (i) por la pretensión de los recurrentes y (ii) por la STS impugnada (art. 49 LOTC).

(i) La pretensión de los recurrentes ante este tribunal se recoge en el apartado tercero del suplico de su demanda de amparo y consiste en la declaración de nulidad de la STS núm. 692/2020, de 15 de diciembre de 2020, solo en el concreto particular de que se acuerda la retroacción de actuaciones para la celebración de un nuevo juicio oral, en coherencia con que solo ese extremo es el que considera lesivo del derecho fundamental invocado. Consideramos que la declaración de nulidad de la citada STS núm. 692/2020 debe responder a esta única petición de los recurrentes de amparo. Sin embargo, el FJ 6 no argumenta el motivo por el cual extiende los efectos del amparo más allá de esta declaración.

(ii) Por su parte, el presente recurso de amparo se ha dirigido contra la STS 692/2020, en la que se resuelve por segunda vez el recurso de casación núm. 11773-2011, tras anularse la primera (núm. 351/2012, de 7 de mayo) por la sentencia núm. 426-2020, de 27 de julio, pronunciada en el recurso de revisión núm. 20335-2019. Esto es, la sentencia impugnada en este

recurso de amparo (núm. 692-2020, de 15 de diciembre) no fue la que anuló la primera sentencia de casación (núm. 351/2012, de 7 de mayo). Esa sentencia fue anulada de manera firme y definitiva por la sentencia de revisión (núm. 426-2020, de 27 de julio), que no es objeto de este recurso de amparo ni ha sido impugnada o controvertida en ningún momento ante esta jurisdicción de amparo.

Pues bien, de nuevo, no se razona en el FJ 6 que la extensión de los efectos del amparo deba extenderse más allá de esta sentencia impugnada en amparo. Si la STS 351/2012 fue anulada en firme por una posterior resolución del TS, que no ha sido controvertida y no es objeto de este recurso de amparo, no se argumenta en este FJ 6 que con ocasión del presente recurso se le pueda dar efecto de cosa juzgada a esa sentencia.

(iii) La pretendida justificación de la extensión de los efectos del presente amparo dada en el FJ6, esto es, evitar un supuesto efecto “materialmente absolutorio”, no nos resulta lo suficientemente convincente porque no existe tal absolución, sino una consecuencia de las garantías constitucionales que limitan el ejercicio de la potestad punitiva. La circunstancia de que la anulación de esa orden de retroacción, en conjunción con la anulación de la sentencia condenatoria de instancia que acordó la resolución impugnada, pudiera implicar formalmente que no exista un pronunciamiento sobre la pretensión punitiva ejercida por las acusaciones es, simplemente, la confirmación de que en este tipo de supuestos, por la vigencia de una de las garantías constitucionales esenciales inherentes al proceso penal como es la prohibición del *ne bis in idem*, el Estado ya no tiene oportunidad de proceder a un segundo enjuiciamiento de los demandantes.

En este sentido, cabe recordar que los pronunciamientos señalados en el párrafo anterior traen causa de la STEDH de 6 de noviembre de 2018, que motivó la interposición por parte de los demandantes de amparo del recurso de revisión previsto en el art. 954.3 LECr. De conformidad con la competencia que le atribuye el art. 57.1.1 LOPJ, la Sala de lo Penal del TS dictó la STS 426/2020 estimando el recurso de revisión y anulando la STS 351/2012, cuyos efectos de cosa juzgada se mantienen según lo dispuesto en el FJ 6 de esta sentencia de amparo, lo que hubiera requerido una argumentación más prolija que fundamentara esta decisión.

3. En suma, y como expusimos en el momento de emitir nuestro voto, estamos plenamente conformes con el fallo de la sentencia en cuanto a la estimación del recurso de amparo y la



declaración de nulidad del acuerdo de retroacción de actuaciones para nuevo enjuiciamiento, que contiene la resolución impugnada, por vulnerar el principio de *ne bis in idem* procesal (art. 24.1 CE). Sin embargo, no consideramos razonada la afirmación contenida en el FJ 6 de la sentencia que extiende los efectos de la estimación del recurso de amparo más allá de su objeto, integrado por la pretensión de los recurrentes y por la STS impugnada (art. 49 LOTC).

Madrid, a diecisiete de enero de dos mil veinticuatro.



TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL

Voto particular que formulan los magistrados don Ricardo Enríquez Sancho y don Enrique Arnaldo Alcubilla y la magistrada doña Concepción Espejel Jorquera a la sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 645-2021.

En el ejercicio de la facultad que nos confiere el artículo 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), y con el máximo respeto a la opinión de la mayoría, formulamos el presente voto particular por discrepar de la fundamentación y del Fallo de la sentencia recaída en el recurso de amparo núm. 645-2021, que ha conducido a la estimación de la demanda por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, en su vertiente de prohibición de *ne bis in idem* procesal, y en la declaración de nulidad de la sentencia núm. 629/2020, de 15 de diciembre, del Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, dictada en el recurso de casación núm. 11.773-2011, con los efectos señalados en el FJ 6 de la sentencia de amparo.

1. Concurrencia del óbice procesal de falta de agotamiento de la vía judicial previa.

Consideramos, en primer lugar, que el recurso debió de ser inadmitido por falta de agotamiento de la vía judicial previa, [arts. 50.1 a) en relación con el art. 44.1 a) LOTIC].

Entre otras muchas, la STC 152/2001, de 2 julio, recuerda que “es preciso indagar si el recurrente ha observado o no los requisitos legalmente establecidos para el recurso de amparo, cuestión de orden público susceptible de análisis en el momento de dictar sentencia, aunque el eventual defecto no se hubiese advertido en el trámite de admisión (por todas STC 201/2000, de 24 de julio, FF. 2 y 3)”.

Señala igualmente dicha STC 152/2001 (FJ5) que “el requisito establecido en el art. 44.1 c) LOTIC (‘Que se haya invocado formalmente en el proceso el derecho constitucional vulnerado, tan pronto, una vez conocida la violación, hubiere lugar para ello’) es especialmente riguroso en su formulación, pues no se limita a exigir la invocación de la violación del derecho fundamental en el proceso, sino que precisa que dicha invocación se produzca ‘tan pronto, una vez conocida

la violación, hubiere lugar para ella'. Lo que se suscita en este caso es si el momento de la alegación fue el que la Ley exige o si hubo una demora inaceptable, en cuyo caso la inobservancia del requisito determinaría la inadmisibilidad de la demanda de amparo (...) el análisis de la puntualidad de la invocación de la lesión no tiene que ver con un mero formalismo, sino con algo mucho más sustantivo, como es la propia razón de ser sustancial del requisito, y con la exigencia de buena fe en el comportamiento procesal, exigencia establecida en el art. 11.1 LOPJ [Ley Orgánica del Poder Judicial], con la consecuencia, impuesta en el apartado 2 del propio artículo, que es de aplicación supletoria en el proceso constitucional de amparo, según lo dispuesto en el art. 80 de la Ley Orgánica rectora de este Tribunal”.

En el caso examinado la vulneración alegada por los demandantes (art. 24.1 CE en su vertiente de prohibición de doble enjuiciamiento) se atribuye a la orden de retroacción de las actuaciones para la celebración de un nuevo juicio oral, contenida en la sentencia 692/2020, de 15 de diciembre, dictada en casación por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, por lo que era preceptivo haber promovido incidente de nulidad de actuaciones (art. 241 LOPJ), a fin de preservar la subsidiariedad de esta jurisdicción constitucional. Al no haberse interpuesto incidente de nulidad de actuaciones el recurso era inadmisibile [SSTC 45/2020, de 9 de marzo, FJ único; 107/2021, de 13 de mayo, FJ 2 b), 147/2022, de 29 de noviembre, FJ 2 b); y 87/2023, de 17 de julio, FJ 2].

Ninguna razón concurre para sostener que en el presente caso no concurre el óbice de falta de agotamiento de la vía judicial [art. 44.1 a) LOTC].

De una parte, resulta irrelevante que los demandantes de amparo pusieran preventivamente de manifiesto, al cumplimentar el trámite de alegaciones conferido a las partes en la providencia de 25 de septiembre de 2020, que una eventual orden de retroacción para la celebración de un nuevo juicio implicaría la “lesión del derecho a no ser enjuiciados dos veces por los mismos hechos”. Este argumento, alegado por los demandantes y el Ministerio Fiscal, no puede ser acogido pues es doctrina de este Tribunal que la mera “alegación preventiva de lesión” no exime del planteamiento del incidente de nulidad de actuaciones (ATC 10/2010, de 25 de enero, FJ Único). Así lo reconoce la sentencia de la que discrepamos (FJ 2).

De otra parte, tampoco se puede sustentar que no concurre dicho óbice procesal, tal y como hace la sentencia aprobada por la mayoría, en el hecho de que la diligencia de ordenación de 17 de diciembre de 2020 expresó que la sentencia a notificar era firme y que contra ella podía interponerse, en su caso, recurso de amparo dentro de los treinta días siguientes, sin que dicha providencia efectuase, en cambio, mención alguna a la posibilidad de promover incidente de nulidad de actuaciones.

Es bien conocida la doctrina constitucional relativa a la errónea indicación del órgano judicial consignada en la instrucción de recursos a que se refiere el art. 248.4 LOPJ, de la que es exponente la STC 241/2006, de 20 de julio, FJ 3, y reiterada con posterioridad. Dicha doctrina pretendía orientar a los recurrentes en el agotamiento de la vía judicial previa al recurso de amparo. No puede ser compartido que el hecho de que se ofrezca innecesariamente la posibilidad de interponer recurso de amparo, permita diluir el principio de subsidiariedad que rige la actuación del Tribunal Constitucional en la defensa de derechos fundamentales, permitiendo al recurrente la no interposición de un remedio procesal idóneo para reparar la lesión que se trata de combatir cometida en una resolución judicial firme, con mayor razón cuando el recurrente actúa asistido de abogado y la doctrina constitucional es inequívoca en este punto. Como ya dijo este Tribunal en la citada sentencia 241/2006, FJ 3, “es obvio que en cuanto la instrucción de recursos constituye una simple información al interesado, éste no está obligado a seguirla si la considera errónea”.

El hecho de que no se haga mención en la citada diligencia de ordenación de la posibilidad de plantear este incidente, debe considerarse irrelevante y no exime de su planteamiento conforme dispone el citado art. 241 LOPJ y su concordante art. 44.1.a) LOTC, tal como viene siendo interpretado de forma constante por este Tribunal.

Este contexto normativo y jurisprudencial necesariamente debía ser conocido por la asistencia letrada de los recurrentes. Como declara el ATC 23/2011, de 28 de febrero, FJ 3. “Hemos dicho en más de una ocasión (por ejemplo, en el ATC 80/1999, de 8 de abril), que las partes que intervienen en un proceso no pueden desentenderse de su ordenación legal, estando obligadas a cumplir con diligencia los deberes procesales que pesan sobre ellas o a padecer las consecuencias jurídicas ligadas a la omisión del levantamiento de las cargas procesales que aquella ordenación establezca. Mucho menos pueden hacerlo quienes interponen un recurso, como el de amparo, que hemos calificado reiteradamente (en los AATC 72/2003, de 27 de

febrero, y 10/2010, de 25 de enero, entre otras resoluciones) de extraordinario o excepcional y que, como tal, exige una especial diligencia en quien lo promueve y en quienes profesionalmente lo representan y defienden, que en este caso no se ha observado”.

La conclusión que se desprende de esta conclusión es que el recurso de amparo debió ser inadmitido por falta de agotamiento de la vía judicial previa, en virtud del art. 44.1.a) LOTC.

2.Consideraciones generales sobre la declaración de nulidad de sentencias con retroacción de actuaciones para la celebración de nuevo juicio oral.- Inexistencia de vulneración del principio non bis in idem procesal

A fin de centrar las razones de nuestra discrepancia con la decisión de la mayoría del Tribunal, exponemos de forma sintética el marco jurídico en que se encuadra la sentencia impugnada y su conformidad con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en relación con el principio de *non bis in idem* procesal.

A) Régimen jurídico de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

a) No es extraña a nuestro proceso penal la posibilidad de declaración de nulidad de actuaciones por infracciones insubsanables de naturaleza procesal, que determinan la retroacción de actuaciones a un momento procesal anterior, que en función del momentos en que se produce la infracción, la retroacción se limitará al momento anterior a dictar sentencia o al momento anterior a la celebración del juicio (lo que ha sido denominado en le ámbito del recurso de casación quebrantamientos de forma *in iudicando* o quebrantamientos de forma *in procedendo*). Dadas las circunstancias del caso, nos centraremos en estos últimos.

b) La regulación del recurso de apelación prevé de forma expresa como efecto de la sentencia estimatoria, la posibilidad de retroacción a actuaciones para celebración de nuevo juicio en los apartados 2 y 3 del art. 790 LECrim y, por remisión, los arts. 803.1 y 976.2 LECrim , cuando es un juzgado el órgano sentenciador en primera instancia, distinguiendo entre determinados supuestos de error en la valoración de la prueba cometido en sentencia absolutoria, y aquellos otros de quebrantamiento de formas esenciales del procedimiento, con efecto de reponer la causa al estado en que se encontraba en el momento de cometerse la falta.

En los supuestos de tribunales colegiados sentenciadores en primera instancia, la revocación en apelación de la sentencia y reenvío para celebración de nuevo juicio está prevista en el art. 846 bis f) LECrim, para el caso, entre otros, de haberse incurrido en el procedimiento en quebrantamiento de las normas y garantías procesales causante de indefensión.

c) En cuanto al recurso de casación y en lo que ahora interesa respecto a la garantía del juez imparcial, el art. 851.6º LECrim prevé como motivo de casación por quebrantamiento de forma que haya concurrido a dictar sentencia algún magistrado cuya recusación, intentada en tiempo y forma, y fundada en causa legal, se hubiese rechazado. Conectado lo anterior con la sentencia dictada en casación, el art. 901 bis a) LECrim dispone que la estimación de motivos por quebrantamiento de forma tendrá como efecto la devolución de la causa al tribunal de que proceda para que, reponiéndola al estado que tenía cuando se cometió la falta, la sustancie y termine con arreglo a derecho.

Como cabe extraer de esta regulación, la infracción de garantías procesales que la Constitución reconoce como derechos fundamentales y que se proyectan sobre el juicio, entre la que se encuentra la garantía del juez imparcial, son causa de revocación no solo de la sentencia impugnada, sino que la nulidad declarada alcanza al acto del juicio, cuya validez se erige en presupuesto necesario de la decisión de fondo. Resulta, por tanto, ineludible la retroacción de actuaciones con celebración de un nuevo juicio que, con observancia de las garantías procesales, sitúe al órgano sentenciador en disposición de dictar sentencia. Así se viene aplicando de modo constante por los tribunales del orden penal y es doctrina consolidada de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

La doctrina casacional en esta materia es uniforme: estimada la vulneración del derecho a un juez imparcial, es casada y anulada la sentencia recurrida en casación, con retroacciones de las actuaciones al momento de señalamiento del juicio, que habrá de ser celebrado por magistrados distintos. Así se acordó, entre otras muchas, en SSTS 53/2016, de 3 de febrero; 856/2013, de 12 de noviembre; 883/2012, de 24 de octubre; 31/2012, de 2 de febrero, y 169/2004, de 6 de octubre.

B) Doctrina de este Tribunal Constitucional

Los precedentes de este Tribunal admiten la retroacción de actuaciones para la celebración de nuevo juicio y rechazan que ello se oponga a la proscripción del *bis in idem procesal*.

Sin ánimo de exhaustividad, cabe citar, en primer lugar, la STC 245/1991, de 16 de diciembre, FJ 6, a la que se remite de forma expresa la sentencia recurrida en amparo en su FD 3º 1 –, la cual declara, en lo que ahora concierne en un caso de sentencia condenatoria, que:

“Conforme al art. 55.1 a) LOTC, la declaración de la nulidad de la decisión que haya impedido el pleno ejercicio de los derechos o libertades protegidas ha de realizar «con determinación, en su caso, de la extensión de sus efectos». En el proceso público con todas las garantías, para restablecer ese derecho la declaración de nulidad de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1990 y de las Sentencias de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo de 1982, ha de venir acompañada de la retroacción de las actuaciones al momento de la celebración del juicio, para que éste se lleve a cabo de nuevo, con todas las garantías constitucionalmente exigibles.

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”.

Este precedente es citado en las SSTC 313/2005, de 12 de diciembre [FJ 2 b)]; 240/2005, de 10 de octubre [FJ 3 b)]; y 197/2006, de 3 de julio (FJ 4), si bien es en el segundo de ellos donde la doctrina es plenamente aplicable con efecto de retroacción de las actuaciones penales ante el propio órgano judicial que cometió la infracción.

Es muy reiterada la doctrina de este Tribunal que considera que la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por no ser respetada la garantía de interdicción de un doble proceso penal con el mismo objeto, se ciñe a los supuestos en que el primer proceso ha concluido con una resolución de fondo con efecto de cosa juzgada



TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL

La STC 229/2003, de 18 diciembre (FJ 3) señala lo siguiente:

“Como dijimos en la precitada STC 159/1987, F. 2, «en el ámbito, pues, de lo definitivamente resuelto por un órgano judicial no cabe iniciar —a salvo el remedio extraordinario de la revisión y el subsidiario del amparo constitucional— un nuevo procedimiento, y si así se hiciera se menoscabaría, sin duda, la tutela judicial dispensada por la anterior resolución firme». Por lo tanto el presupuesto para la aplicación de dicho principio es que se inicie un nuevo procedimiento sancionador por los mismos hechos enjuiciados en otro que ha concluido con una resolución judicial que produzca el efecto de cosa juzgada (SSTC 222/1997, de 4 de diciembre, F. 4; 2/2003, de 16 de enero, FJ 3.b)”.

Por su parte la STC 218/2007, de 8 de octubre (FJ 4) declara que:

“[D]ada la veda constitucional del *bis in idem*, ha de tenerse en cuenta que, aun cuando la retroacción de actuaciones acordada en la vía judicial previa pueda significar la sumisión a un nuevo juicio, tal efecto no es cuestionable, desde la perspectiva constitucional, pues aquella prohibición opera respecto de Sentencias firmes con efecto de cosa juzgada, y la recurrida en casación en este caso carecía de ese carácter. Así pues, no cabe hablar en rigor de doble proceso cuando el que pudiera ser considerado como primero ha sido anulado. Como indicamos en la STC 169/2004, de 6 de octubre, FJ 3.e, citado luego en la STC 192/2005, de 18 de julio, FJ 3, ‘el elemento de la firmeza de la Sentencia impeditiva de la celebración de un nuevo juicio se destaca en los textos internacionales que ex art. 10.2 CE deben operar como elemento interpretativo de los derechos fundamentales, como es el caso del art. 14.7 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, de 16 de diciembre de 1966, y del art. 4.1 del Protocolo núm. 7 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, de 22 de noviembre de 1984, suscrito, aunque no ratificado por España. De modo que no existe impedimento constitucional de principio para que una Sentencia penal absolutoria, si la legalidad infraconstitucional lo permite, pueda ser objeto de recurso de apelación, para que por ello pueda ser anulada en la apelación y para que consecuentemente pueda celebrarse un segundo juicio penal respecto del acusado”’.

Continúa la STC 218/2007 (FJ 5) declarando que:

[S]in embargo, aplicando la doctrina anteriormente expuesta al caso, resulta, en primer lugar, que no estamos ante un pronunciamiento absolutorio de fondo que haya adquirido firmeza. Si ya dijimos, entre otras, en las SSTC 81/2002, de 22 de abril, FJ 6, y 45/2005, de 28 de febrero, FJ 2, que, aunque la declaración de lesión de un derecho fundamental en el seno de un proceso penal no puede llevar aparejada la anulación en esta jurisdicción de amparo de una Sentencia firme absolutoria “por poderosas razones de seguridad jurídica”, ello ‘no ha de entenderse referido a las resoluciones absolutorias dictadas en el seno de un proceso penal sustanciado con lesión de las más esenciales garantías procesales de las partes, pues toda resolución judicial ha de dictarse en el seno de un proceso respetando en él las garantías que le son consustanciales’, la posibilidad de anulación de un pronunciamiento absolutorio y retroacción de actuaciones para la celebración de un nuevo juicio es aún más evidente en casos, como el presente, en los que el pronunciamiento absolutorio ya fue anulado por la Sentencia de apelación, que fue la impugnada en casación.

Tampoco es posible hablar en este caso del riesgo de sumisión a un doble juicio, en cuanto el que pudiera ser considerado como primero ha sido anulado. Como se indicaba anteriormente, la prohibición de *ne bis in idem* opera respecto de Sentencias firmes con efecto de cosa juzgada, y la impugnada en este caso carecía de ese carácter.

En definitiva, se produjo un quebrantamiento de las exigencias propias del correcto desarrollo del procedimiento en curso que limitó los derechos de defensa de la parte y generó indefensión material, proscrita por el art. 24.1 CE, deparando a las recurrentes un perjuicio real y efectivo en sus derechos e intereses legítimos. Esta violación, de acuerdo con la doctrina constitucional anteriormente expuesta, es compatible con la anulación de la Sentencia impugnada y, en definitiva, con la repetición del juicio oral”.

Apunta igualmente la mencionada STC 218/2007 (FJ 3) que aunque “la víctima de un delito no tiene un derecho fundamental constitucionalmente protegido a la condena penal de otra persona (por todas, SSTC 157/1990, de 18 de octubre, FJ 4, 199/1996, de 3 de diciembre, FJ 4, 215/1999, de 28 de diciembre, FJ 1, y 168/2001, de 16 de julio, FJ 7), sino que meramente es titular del *ius ut procedatur*, es decir, del ‘derecho a poner en marcha un proceso, substanciado de conformidad con las reglas del proceso justo, en el

que pueda obtener una respuesta razonable y fundada en Derecho' (por todas, STC 120/2000, de 10 de mayo, FJ 4), que ha sido configurado por este Tribunal como una manifestación específica del derecho a la jurisdicción (por todas, SSTC 31/1996, de 27 de febrero, FFJJ 10 y 11; 16/2001, de 29 de enero, FJ 4) y que no se agota en un mero impulso del proceso o una mera comparecencia en el mismo, sino que de él derivan con naturalidad y necesidad los derechos relativos a las reglas esenciales del desarrollo del proceso (SSTC 218/1997, de 4 de diciembre, FJ 2, 138/1999, de 22 de julio, FJ 5, 215/1999, de 29 de noviembre, FJ 1; 16/2001, de 29 de enero, FJ 4, entre otras muchas)".

Para terminar con la exposición de los precedentes en esta materia, viene al caso, entre otras resoluciones, la STC 169/2004, de 6 de octubre [FJ 3 e)] reiterada en las SSTC 192/2005, de 18 de julio [FJ 3 b)]; 115/2006, de 24 de abril (FJ 9) y 218/2007, de 8 de octubre (FJ 4) , que declara en caso de anulación de sentencia absolutoria que "[d]ada la veda constitucional del *bis in idem*, ha de tenerse en cuenta que aun cuando la retroacción de actuaciones acordada en la vía judicial previa ha significado para el demandante de amparo la sumisión a un nuevo juicio, tal efecto no es cuestionable desde la perspectiva constitucional, pues aquella prohibición opera respecto de Sentencias firmes con efecto de cosa juzgada, y la recurrida en apelación en este caso carecía de ese carácter. Así pues, no cabe hablar en rigor de doble proceso cuando el que pudiera ser considerado como primero ha sido anulado".

Como ya hemos anticipado y se desprende de los precedentes acabados de transcribir, la doctrina constitucional excluye el *bis in idem* procesal en aquellos casos en que se acuerda la retroacción de actuaciones para la celebración de nuevo juicio oral, cuando ha sido previamente declarada en vía de recurso la nulidad de la sentencia, ya haya sido esta en sentido absolutorio o condenatorio.

C) Doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)

Con carácter previo al sucinto análisis de los precedentes del TEDH, es preciso reproducir el tenor del art. 4 del Protocolo núm. 7 al Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio nº 117 del Consejo de Europa), hecho en Estrasburgo el 22 de noviembre de 1984 (Instrumento de Ratificación de 22 de agosto de 2009):

1. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado penalmente de nuevo, bajo la jurisdicción del mismo Estado, por un delito del que ya hubiere sido absuelto o condenado por sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de dicho Estado.

2. Lo dispuesto en el apartado anterior no impedirá la reapertura de la causa de conformidad con la ley y el procedimiento penal del Estado de que se trate, si existen pruebas de hechos nuevos o recientemente descubiertos, o si ha habido un defecto fundamental en el procedimiento anterior, que pueda afectar al resultado de la causa. (énfasis añadido).

3. No se hará ninguna excepción al presente artículo en virtud del artículo 15 del Convenio.

De la STEDH, Gran Sala, de 8 de julio de 2019, caso *Mihalache c. Rumanía*, citada por la sentencia impugnada en amparo (FD 3º 1), interpretativa de este artículo, se extraen los siguientes párrafos atinentes al caso resuelto en amparo:

128. El artículo 4 del Protocolo núm. 7 del Convenio establece una clara distinción entre un segundo procesamiento o juicio, que está prohibido por el primer párrafo de ese artículo, y la reanudación de un proceso en circunstancias excepcionales, situación mencionada en su segundo párrafo. El artículo 4.2 del Protocolo nº 7 prevé expresamente la posibilidad de que una persona tenga que aceptar ser procesada por los mismos cargos, de conformidad con el derecho interno, cuando un caso se reabra tras la aparición de nuevas pruebas o el descubrimiento de un defecto fundamental en el procedimiento anterior (véanse *Nikitin*, antes citado, § 45, y *Kadušić*, antes citado, § 84). El Comité de Ministros del Consejo de Europa también ha considerado que la posibilidad de reexaminar o reabrir un caso ofrece una garantía de reparación, particularmente en el contexto de la ejecución de las sentencias del Tribunal. En su Recomendación No. R (2000) 2 sobre el reexamen o reapertura de ciertos casos a nivel interno tras sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, instó a los Estados miembros a garantizar que sus sistemas jurídicos nacionales previeran procedimientos apropiados para reexaminar o reabrir casos (véase *Nikitin*, antes citada, § 56).

129. El artículo 4.2 del Protocolo núm. 7 establece un límite a la aplicación del principio de seguridad jurídica en materia penal. Como ha declarado el Tribunal en numerosas ocasiones, las exigencias de seguridad jurídica no son absolutas y, en los casos penales, deben evaluarse a la luz del artículo 4.2 del Protocolo n.º 7, que permite expresamente a los Estados contratantes reabrir un caso. cuando surgen nuevos hechos, o cuando se detecta un defecto fundamental en el procedimiento (ibid.).

130. Como se señaló anteriormente (véase el párrafo 128 supra), la reapertura del procedimiento es posible pero está sujeta a condiciones estrictas: la decisión de reabrir el caso debe estar justificada por la aparición de hechos nuevos o recientemente descubiertos o por el descubrimiento de un defecto fundamental en el procedimiento anterior que pudiera afectar el resultado del caso. Esas condiciones son alternativas y no acumulativas.

[...]

132. En algunos casos, el Tribunal también ha considerado que la excepción establecida en el artículo 4.2 del Protocolo n.º 7 es aplicable en caso de reapertura del procedimiento debido a un “defecto fundamental en el procedimiento anterior”. En el caso *Fadin c. Rusia* (n.º 58079/00, § 32, 27 de julio de 2006), por ejemplo, sostuvo que la reapertura del procedimiento por considerar que el tribunal de primera instancia no había seguido las instrucciones que le había dado por el Tribunal Supremo en relación con las medidas de investigación que debían llevarse a cabo estaba justificada por un defecto fundamental en el procedimiento anterior y, por tanto, era compatible con el artículo 4.2 del Protocolo n.º 7 (véase también *Bratyakin c. Rusia* (dec.), n.º 72776/01, 9 de marzo de 2006, y *Goncharovy c. Rusia*, n.º 77989/01, 27 de noviembre de 2008).

133. La jurisprudencia antes mencionada indica, por tanto, que el Tribunal valora caso por caso si las circunstancias invocadas por una autoridad de nivel superior para reabrir el procedimiento constituyen hechos nuevos o recientemente descubiertos o un defecto fundamental en las diligencias anteriores. El concepto de “vicio fundamental” en el sentido del artículo 4.2 del Protocolo n.º 7 sugiere que sólo una violación grave de una norma procesal que menoscabe gravemente la integridad del procedimiento anterior puede servir como base para reabrir este último en perjuicio del imputado, cuando este

haya sido absuelto de un delito o sancionado por un delito menos grave que el previsto por la ley aplicable. Por consiguiente, en tales casos, una mera reevaluación de las pruebas obrantes por parte del fiscal o del tribunal superior no cumpliría ese criterio. Sin embargo, en lo que respecta a las situaciones en las que un acusado ha sido declarado culpable y la reapertura del procedimiento podría resultar ventajosa para él, el Tribunal señala que el párrafo 31 del informe explicativo del Protocolo núm. 7 (véase el párrafo 37 *supra*) subraya que “este artículo no impide la reapertura del proceso a favor del condenado y cualquier otra modificación de la sentencia en beneficio del condenado”. Por lo tanto, en tales situaciones, la naturaleza del defecto debe evaluarse principalmente para determinar si ha habido una violación del derecho de defensa y, por tanto, un impedimento a la buena administración de justicia. Por último, en todos los casos, los motivos que justifican la reapertura del procedimiento deben, según el artículo 4.2 del Protocolo n° 7 *in fine*, ser tales que “influyan en el resultado del asunto”, ya sea a favor de la persona o en su perjuicio (véase, en este sentido, el párrafo 30 del informe explicativo del Protocolo núm. 7, citado en el párrafo 37 *supra*).

Esta doctrina es reiterada en la STEDH de 14 de enero de 2021, caso *Sabalić c. Croacia*, en cuyo § 99 se afirma, con respecto al principio *ne bis in idem*, que el artículo 4.2 del Protocolo núm. 7 establece un límite a la aplicación del principio de seguridad jurídica en materia penal, permitiendo expresamente a los Estados contratantes reabrir un caso cuando, *inter alia*, se detecta un defecto fundamental en el procedimiento. Bajo el concepto de “vicio fundamental”, el proceso podrá reabrirse en perjuicio del acusado cuando haya sido absuelto de un delito o sancionado por un delito menos grave que el previsto por la ley aplicable si existe violación grave de una norma procesal que menoscaba gravemente la integridad del proceso.

La doctrina expuesta al interpretar el art. 4.2 del Protocolo núm. 7 al CEDH, declara que no se produce vulneración del principio *ne bis in idem* cuando la “reapertura de la causa” sea la constatación de haberse incurrido en un “defecto fundamental del procedimiento”.

3. Fundamentos de la discrepancia con la estimación del recurso de amparo

Consideramos que, en el supuesto de no ser inadmitido el recurso por falta de agotamiento de la vía judicial, el mismo debería haber sido desestimado, por cuanto la sentencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo se ajusta a lo establecido en la sentencia del Tribunal

Europeo de Derechos Humanos que sirvió de base al recurso de revisión y no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión de los recurrentes en su vertiente de prohibición del *bis in idem*. procesal.

3.1. Del régimen jurídico procesal y de la doctrina sucintamente expuesta en el apartado precedente se infiere que los pronunciamientos de la resolución del Tribunal Supremo en los que se acordó la nulidad de la sentencia 22/2011, de 16 de septiembre, de la Sección Cuarta de la Sala Penal de la Audiencia Nacional y la retroacción de actuaciones para la celebración de nuevo juicio eran los únicos posibles frente a la pretensión deducida por los recurrentes.

Los impugnantes pudieron estimar que, conforme señala el apartado 75 de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH) Otegi Mondragón y otros c. España, "la constatación de una vulneración constituye una satisfacción equitativa suficiente en el presente asunto".

Sin embargo, optaron por hacer uso del recurso extraordinario de revisión, al amparo de lo dispuesto en el artículo 954.3 LECrim, modificado por la Ley 41/2015, de 5 de octubre de 2015.

A dicha posibilidad igualmente hizo alusión la STEDH mencionada en su párrafo 74, en los siguientes términos:

"Cuando, como en el presente asunto, se condena a una persona en procedimientos internos que conllevan una infracción de los requisitos del artículo 6 del Convenio, este Tribunal mantiene que la forma más apropiada de reparación sería, en principio, celebrar un nuevo juicio o reabrir el caso, a solicitud de la persona interesada (ver, entre otros precedentes, Gençel v. Turquía, nº 53431/99, § 27, de 23 de octubre de 2003; Sejdic, anteriormente citado, § 126; y Cudak v. Lituania [GC], nº 15869/02, § 79, TEDH 2010). En relación con lo anterior, indica que el artículo 954 § 3, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, modificado por la Ley 41/2015, de 5 de octubre de 2015, parece otorgar la posibilidad de revisar una sentencia firme en la que este Tribunal haya declarado que dicha resolución fue dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos".

Del texto del mencionado apartado resulta que el TEDH plantea una doble opción: celebrar nuevo juicio o reabrir el caso a solicitud de la persona interesada, con mención acto seguido de la posibilidad del recurso de revisión prevista en el Derecho interno español.

A favor de tal posibilidad optaron los recurrentes en amparo al instar el recurso de revisión. Interesaron, inicialmente, únicamente la nulidad de la sentencia núm. 351/2012, de 7 de mayo, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, petición de revisión que fue estimada por el mismo Tribunal en la sentencia núm. 426/2020, de 27 de julio.

La nulidad declarada en la sentencia dictada en el recurso de casación, interesada por los recurrentes, comportaba la reapertura del caso y la asunción de las consecuencias que, conforme al Derecho interno, comportaba dicho trámite, a saber, la necesidad de efectuar nuevo señalamiento para deliberación y fallo del recurso de casación, como así lo hizo la Sala Segunda del Tribunal Supremo en la sentencia núm. 692/2020, de 15 de diciembre, previo traslado a las partes, que no se opusieron a dicha reapertura.

Los recurrentes aceptaron dicha reanudación del trámite del recurso de casación y en el traslado que les fue conferido interesaron la nulidad de la sentencia de la Audiencia Nacional referenciada, pero sin retroacción de actuaciones para la celebración de nuevo juicio oral, a lo que opusieron.

El pedimento de declaración de nulidad de la sentencia de la Sección Cuarta de la Sala Penal de la Audiencia Nacional, pero sin retroacción de actuaciones para la celebración de nuevo juicio, tal como se formuló, no podía ser acogido por resultar contrario a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en reiterada doctrina jurisprudencial, antes reseñada, lo que no podían ignorar los abogados de los recurrentes.

Como hemos indicado precedentemente, una vez casada y anulada la sentencia conforme establece el artículo 901 LECrim para el caso de estimación de cualquiera de los motivos de casación alegados, en caso de vulneración del derecho al juez imparcial la consecuencia no podía ser otra que la prevista en el art. 901 bis a) LECrim, la devolución de la causa al tribunal de procedencia para que, reponiéndola al estado que tenía cuando se cometió la falta, la sustancie y termine con arreglo a derecho.

La nulidad de la sentencia de la Audiencia Nacional interesada por los recurrentes comportaba necesariamente la celebración de nuevo juicio, dado que el *ius ut procedatur* exige que, abierto el juicio oral, este concluya por sentencia, careciendo los recurrentes de la potestad de disposición del proceso penal que nuestro ordenamiento jurídico interno no atribuye a las partes, al estar regido por el principio de oficialidad.

3.2. Dicha decisión, la única posible en nuestro derecho, no vulneró el principio *ne bis in idem*, ya que declarada la nulidad de la sentencia condenatoria por una vulneración cometida en el acto del juicio, ello determinó la inexistencia del pronunciamiento condenatorio y la nulidad del juicio en que se produjo la lesión del derecho fundamental de los acusados, con la única posible consecuencia que la de reponer las actuaciones al momento en que se cometió la vulneración, ordenando un nuevo señalamiento para la celebración de juicio oral ante un tribunal distinto, decisión que fue la adoptada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo en la sentencia recurrida en amparo.

Compartimos los razonamientos de sentencia la recurrida que rechazan el *bis in idem*, dado que “no existiría un doble enjuiciamiento en la medida que el primero ha sido declarado nulo en atención a la protección de un derecho fundamental del acusado”, con cita de las SSTEDH de 23 de octubre de 2003 (caso *Gençel c. Turquía*) y de 8 de julio de 2019 (caso *Mihalache c. Rumanía*).

La propia STC 2/2003, de 16 enero, que se cita en la sentencia de la que discrepamos como la más completa exposición de nuestra doctrina sobre el llamado principio *ne bis in idem*, circunscribe el ámbito de la pretendida vulneración al supuesto de existencia de un pronunciamiento judicial firme y deja a salvo el remedio extraordinario de la revisión y el subsidiario de amparo constitucional.

Efectivamente, en dicha sentencia (FJ 3), con mención de la STC 159/1987, de 26 de octubre, se indica que “en el ámbito de lo definitivamente resuelto por un órgano judicial no cabe iniciar –a salvo del remedio extraordinario de la revisión y el subsidiario del amparo constitucional– un nuevo procedimiento, y si así se hiciera se menoscabaría, sin duda, la tutela judicial dispensada por la anterior decisión firme” (F. 2). Dicha resolución firme no existe en el caso examinado, en el que a petición de la propia parte que instó la revisión, conforme se reconoce en la sentencia de la mayoría, de forma confusa, fue declarada en un primer momento la nulidad

de la sentencia de casación y, después, la de la dictada en única instancia por la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

La STC 2/2003 [FJ 3)] cita además el contenido del art. 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dispone que “nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una Sentencia firme de acuerdo con la Ley y el procedimiento penal de cada país” y recoge, de otra parte, también el art. 4 del citado Protocolo 7 al Convenio Europeo de Derechos Humanos, aunque no ha sido ratificado por España pero sí firmado , que reconoce este derecho con un contenido similar:

1. Nadie podrá ser procesado o castigado penalmente por las jurisdicciones del mismo Estado por una infracción por la que hubiera sido absuelto o condenado por sentencia firme conforme a la Ley y al procedimiento penal de ese Estado.

2. Lo dispuesto en el párrafo anterior no obsta a la reapertura del proceso, conforme a la Ley y al procedimiento penal del Estado interesado, en caso de que hechos nuevos o revelaciones nuevas o un vicio esencial en ese procedimiento pudieran afectar a la sentencia dictada.

Apunta igualmente la indicada STC 2/2003 (FJ 5) que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que el art. 4 del Protocolo 7 no se refiere al “mismo ilícito”, sino a ser “perseguido o sancionado penalmente ‘de nuevo’ por un ilícito por el cual ya ha sido definitivamente absuelto o condenado”.

Es obvio que los presupuestos de eventual vulneración del principio *ne bis in idem* a los que alude la STC 2/2003, de existencia de una sentencia judicial firme por la que haya sido definitivamente absuelto o condenado el acusado y la inexistencia de un vicio esencial en el procedimiento que pudiera afectar a la validez de la sentencia, no concurren en el caso analizado.

Dicha conclusión se infiere igualmente de la doctrina recogida en el apartado precedente, ya que la vulneración del principio *ne bis in idem* no puede producirse, atendida la inexistencia de un pronunciamiento absolutorio o condenatorio con efecto de cosa juzgada, situación que se ha producido precisamente por concurrir uno de los supuestos recogidos en dicha doctrina como excepción a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, a saber, el de revisión de la

sentencia, por el que optó la parte recurrente, que necesariamente comportaba las consecuencias, conforme al derecho interno, que ahora pretende impugnar, lo que supondría dejar imprejuizada la acción penal correctamente formulada en el momento procesal oportuno, vulnerando el *ius ut procedatur* al que se refiere, entre otras, la STC 218/2007, de 8 de octubre, que asiste a las acusaciones.

3.3. Discrepancia con parte de las consideraciones y de la conclusión alcanzada en el FJ 4 de la sentencia, en el que se enumeran los elementos del juicio de ponderación que llevan finalmente a la estimación del amparo.

En dicho apartado se reconoce que la declaración de nulidad y retroacción como mecanismo de reparación de un vicio esencial del proceso es, en línea de principio, una excepción a la operatividad de prohibición del doble enjuiciamiento que está expresamente contemplada en el artículo cuatro dos del Protocolo 7 al Convenio Europeo de Derechos Humanos y que tiene plena proyección sobre una eventual vulneración del derecho al juez imparcial sufrido por la parte acusada.

Se admite igualmente en la sentencia que la declaración de nulidad de la resolución condenatoria con retroacción de las actuaciones para la celebración de un nuevo juicio es, de hecho, la tutela que, de ordinario, repara la lesión del derecho a un juez imparcial sufrida por el individuo que ha sido condenado y que la decisión de repetir la celebración del juicio oral orientada a la reparación de la lesión del derecho a un juez imparcial no puede ser considerada, por regla general, un segundo proceso a los efectos de la proscripción de la garantía de *ne bis in idem* procesal contenida en el artículo 24.1 de la Constitución, consideraciones que compartimos.

Discrepamos, sin embargo, de la lectura que se efectúa en la sentencia del párrafo 74 de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de noviembre de 2018, de la cual se pretende concluir que la repetición del juicio, como medio de reparación del derecho fundamental vulnerado, no era posible, al quedar condicionada a la solicitud de la persona interesada.

Consideramos, con el debido respeto a la opinión mayoritaria, que se efectúa en la sentencia una lectura fraccionada del referido párrafo 74 de la STEDH, que al referirse a la solicitud de la persona interesada la vincula, no solo a la repetición del juicio, sino también a la

reapertura del procedimiento; mencionando, además, la existencia en el derecho interno español del recurso de revisión, opción que comporta la reapertura del proceso, la cual, obviamente, fue asumida por los recurrentes al instar la revisión; habiendo podido, como ya hemos expuesto, entender satisfecho su derecho en los términos establecidos en el parágrafo 75 de la STEDH.

Seguidamente, en el FJ 5, titulado *Enjuiciamiento del caso. Existencia de lesión*, se efectúan una serie de consideraciones que, a nuestro juicio, debieron llevar a la desestimación del amparo.

Inicialmente, en el inciso (i) se admite que es plenamente acorde con las exigencias derivadas del artículo 24.1 CE el razonamiento del Tribunal Supremo que consideró que la reparación del derecho fundamental al juez imparcial no podía consistir en la mera declaración de nulidad de la condena acaecida en la instancia, sin retroacción para la celebración del juicio, pues dicha tutela, equivalente a un pronunciamiento materialmente absolutorio, no guardaba correlación con la lesión, estrictamente procesal, que debía ser reparada en casación.

En el inciso (ii) se reconoce, seguidamente, que no puede decirse que la tutela prestada por el Tribunal Supremo, declaración de nulidad con retroacción, fuera totalmente ajena a la solicitud de reparación formulada por los recurrentes en amparo. Tras indicar que es cierto que estos nunca solicitaron expresamente como tutela a prestar para el restablecimiento de su derecho fundamental al juez imparcial la repetición del juicio ante un nuevo tribunal, se indica que no puede ignorarse, sin embargo, que instaron la ejecución de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos “de un modo sumamente equívoco”.

Se argumenta, seguidamente, que la solicitud de revisión formulada ante el Tribunal Supremo, inicialmente limitada a la declaración de nulidad de la sentencia de casación, resolución que manifiestamente no había causado por sí misma la vulneración del derecho, suponía en principio la reanudación del procedimiento penal originario a partir del propio trámite casacional.

Se admite igualmente que, cuando se dio traslado a las partes para que hicieran alegaciones en el nuevo señalamiento para deliberación y fallo del recurso, los recurrentes no se manifestaron disconformes con la reanudación de ese recurso ni se quejaron tampoco de la reviviscencia del procedimiento originario, sino que, al contrario, se aquietaron a ella.

Se reconoce incluso seguidamente a continuación que la decisión del Tribunal Supremo fue en buena medida el resultado lógico de la vía de reparación elegida por los recurrentes de amparo: resolvió el recurso de casación anulando su primera resolución en la que se había descartado la vulneración del derecho al juez imparcial, y entendió que solo podía repararla en los términos ordinariamente fijados por el ordenamiento procesal vigente con la consiguiente retroacción para la celebración de un nuevo juicio oral.

Dichas consideraciones que compartimos debieron llevar a la desestimación del recurso de amparo.

Discrepamos asimismo de los argumentos que se contienen en los incisos (iii), (iv) y (v) del FJ 5, en los que se argumenta que el Tribunal Supremo no tuvo en cuenta el singular escenario que el presente caso plantea, a saber, que los demandantes se opusieron expresamente a la celebración de un segundo enjuiciamiento y que esta eventualidad se planteó cuando ya había perdido su principal efecto útil, que era evitar el cumplimiento efectivo de las penas impuestas, lo que la sentencia considera un elemento esencial para valorar la pertinencia de la decisión de retroacción. En consecuencia, se concluye que la repetición de un juicio que no había sido interesado de forma clara y expresa por los afectados constituía un gravamen excesivo que perdía la necesaria correlación con la finalidad de reparar los derechos fundamentales procesales vulnerados y que, en ese particular escenario, los argumentos ofrecidos por el Tribunal Supremo para ponderar la necesidad de repetición del juicio fueron insuficientes, dado que el interés del Estado en la condena agotó sus efectos prácticos con el íntegro cumplimiento de la pena impuesta, con el que también resultó materialmente satisfecho el interés de las partes acusadoras en coadyuvar al ejercicio efectivo del *ius puniendi* estatal.

Por nuestra parte, consideramos que resulta contradictorio reconocer que es plenamente acorde con las exigencias derivadas del artículo 24. 1 de la Constitución el razonamiento del Tribunal Supremo que concluyó que no podía ser acogida la solicitud de nulidad de la sentencia de condena sin retroacción para la celebración del juicio, equivalente a un pronunciamiento materialmente absolutorio que no guardaba correlación con la lesión, estrictamente procesal, que debía ser reparada y, seguidamente, reprochar que los argumentos que llevan a la decisión de repetición del juicio fueron insuficientes.

Igualmente llama la atención que se argumente que la repetición del juicio no fue interesada de forma expresa y clara por los afectados, tras señalar que la solicitud de ejecución de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se efectuó en un modo sumamente equívoco y que la declaración de nulidad con retroacción no puede considerarse ajena a la solicitud de reparación formulada por los recurrentes en amparo por la vía del recurso de revisión, que dicha petición suponía la reanudación del procedimiento penal originario a partir del propio trámite casacional, e incluso que la decisión del Tribunal Supremo fue el resultado lógico de la vía de reparación elegida por los recurrentes.

Dicha solución, como hemos apuntado, era la única posible en nuestro derecho interno., extremo que la experimentada defensa letrada de los recurrentes no podía ignorar.

Pese a ello, la parte tras instar la reapertura de la causa, interesó la nulidad de la sentencia, sin nuevo juicio, pedimento equivalente a un pronunciamiento absolutorio, lo que se infiere con claridad de la solicitud formulada en su momento por los recurrentes que pidieron la declaración de nulidad de la sentencia de la Audiencia Nacional y la comunicación de tal declaración a su Sección Cuarta, para que dejase sin efecto cualquiera de las 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 haya podido realizar en los registros o archivos de las Administraciones Públicas, en particular en el Registro de Penados y Rebeldes, para finalmente decretar el posterior archivo de la ejecutoria 211/2012 incoada en la causa y lo demás que en derecho proceda, pedimento que, como hemos indicado, no podía ser acogido sin la celebración de nuevo juicio.

Por otro lado, no cabe admitir que la celebración del juicio resultare inútil por haber sido ya cumplida la pena, lo que hubiera comportado *a limine* la improcedencia de la revisión instada por los condenados.

En contra de lo señalado en la sentencia de la que discrepamos, de los antecedentes que constan en la ejecutoria se infiere que la totalidad de las penas no habían sido cumplidas ni cuando se instó la revisión, ni cuando fue dictada la sentencia de casación ahora recurrida en amparo, siendo ese pretendido cumplimiento un argumento esencial de la sentencia objeto de nuestra

discrepancia, en el que se viene a sustentar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva anudada a la retroacción de actuaciones impugnada.

Cuando fue dictada la sentencia del Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo núm. 692/2020 recurrida en amparo en fecha 15 de diciembre de 2020, las penas impuestas a los recurrentes no habían sido íntegramente cumplidas.

Consta en las actuaciones que el 24 de enero de 2013 fue dictada providencia por la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que aprobó “la liquidación de condena de las penas de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo e inhabilitación especial para empleo o cargo público, por tiempo de seis años y seis meses, practicada al penado Arnaldo Otegui Mondragón”, en la que consta que comenzó a cumplirla el 4 de septiembre de 2014 y que la dejaría extinguida el 28 de febrero de 2021.

En virtud de todo lo anterior, consideramos que la sentencia recurrida en amparo se ajusta a la opción para la ejecución de la STEDH libremente elegida por los recurrentes, que comportaba la reapertura del procedimiento, la nulidad de la primera sentencia de casación, el nuevo señalamiento para deliberación y fallo del recurso, con el cual se mostraron conformes los recurrentes, y la nulidad de la sentencia de la Sección Cuarta de la Audiencia Nacional, con retroacción de las actuaciones para la celebración de nuevo juicio por un tribunal con diferente composición, única decisión conforme al derecho interno y que deriva de la pretensión de los demandantes dirigida al Tribunal Supremo.

Concluimos, por tanto, que el recurso de amparo debió de ser inadmitido o, subsidiariamente, desestimado.

Y en tal sentido emitimos nuestro voto particular discrepante a la sentencia dictada en el presente recurso.

Madrid, veintidós de enero de dos mil veinticuatro.