



Año 2011 nº 3-4

Justicia2011



Justicia 2011

REVISTA DE DERECHO PROCESAL

Año 2011 nº 3-4

DIRECTOR
Francisco Ramos Méndez



FUNDADA EN 1981 POR
José Almagro Noya
Juan Carlos Domínguez
Enrique Gutiérrez-Av
Juan Montero Arce
José Ramón Rodríguez Domínguez
Antonio Giraldo Carrasquero

JUSTICIA 2011

NÚMEROS 3 - 4

Director

Francisco Ramos Méndez

Consejo de Redacción

Lorenzo M. Bujosa Vadell

M.ª del Carmen Calvo Sánchez

Manuel J. Cachón Cadenas

Just Franco Arias

Fernando Gómez de Liaño

Faustino Gutiérrez-Alviz Conradi

Manuel Lozano-Higuero Pinto

José S. Martín Ostos

Manuel P. Ortells Ramos

Agustín J. Pérez-Cruz Martín

Manuel Serra Domínguez

José L. Vázquez Sotelo

posterior juicio plenario sólo podrán discutirse aquellos aspectos de la relación jurídica privada que hubiesen quedado excluidos del objeto de cognición judicial del anterior sumario.

En conclusión, la sentencia que finalice el juicio sobre tutela sumaria de la posesión producirá plenos efectos de cosa juzgada respecto de lo que ya hubiese sido objeto de debate en el precedente juicio sumario, por más que la literalidad del art. 447.2 LEC induzca a pensar lo contrario, pues carece de toda lógica volver a plantear judicialmente una cuestión para la que ya se obtuvo una respuesta definitiva en un proceso en el que se pudo argumentar y probar todo lo que se quiso respecto de esa misma cuestión. En consecuencia, este aspecto de la relación jurídica privada no podrá volver a debatirse en un posterior proceso plenario entre las mismas partes.

supuesta ausencia de cosa juzgada en estos juicios (...) Por lo tanto, la historia demuestra que la supuesta ausencia de cosa juzgada en los juicios sumarios tiene una base muy débil cuyo origen es muy complejo determinar, y resulta al menos discutible, cuando no carente, en la actualidad, de toda razón de ser", y concluye que "las resoluciones de los procedimientos sumarios deben tener efectos de cosa juzgada, de forma que se evite la reiteración de juicios garantizando la estabilidad del pronunciamiento (...) Y no es tolerable que se repitan estos juicios, ya que, además, en la práctica para lo único que sirven es para discutir por segunda vez lo que ya fue discutido, incluso ampliamente, en un primer proceso" (ob. cit., p. 164). De esta misma opinión es PEÑA LÓPEZ, F.: *Procesos sumarios dirigidos a la demolición de una obra, edificio...*, en "Acciones de la protección de la posesión", edit. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, pp. 511 a 519, quien entiende que la ausencia de efectos de cosa juzgada de la sentencia que ponga fin al "proceso interdictal" comporta que dicha sentencia "no puede decidir el conflicto que separa a las partes de forma vinculante para un eventual futuro proceso plenario en el que se resuelva sobre el litigio en toda su amplitud". Consecuentemente, ello no debe significar que "respecto de aquellos aspectos del conflicto que sí hayan sido decididos, en cuanto al Interdicto, este proceso tampoco produzca efectos de cosa juzgada. Muy al contrario, la sentencia interdictal firme sí producirá efectos de cosa juzgada respecto de todas las cuestiones que se han discutido (y las que hayan podido discutirse) en el mismo", que no podrán volver a plantearse en sede plenaria. Este discurso se efectúa en el marco de la acción para la demolición de una obra ruinoso, si bien debe hacerse extensible al resto de acciones para la tutela sumaria de la posesión; y VÁZQUEZ BARROS, S.: *Los interdictos en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, edit. Bosch, Barcelona, 2000, pp. 242 y 243.

LA LEY DE MEMORIA HISTÓRICA: ¿CUENTAS PENDIENTES? SOBRE LA REVISIÓN JUDICIAL DE LAS CONDENAS DICTADAS POR MOTIVOS POLÍTICOS O SIN LAS DEBIDAS GARANTÍAS DURANTE LA GUERRA CIVIL Y LA DICTADURA*

por

Oscar Vergara Lacalle
Profesor Contratado Doctor
UNIVERSIDADE DA CORUÑA

SUMARIO

1. Introducción.- § 1. El delito de rebelión militar y el procedimiento sumarísimo.- § 2. Sobre la anulación general de las condenas.- § 3. Planteamiento del problema.- § 4. Marco jurídico general del recurso de revisión. 2. Bases para fundamentar los recursos de revisión.- § 5. La STC 150/1997, de 29 de septiembre.- § 6. El ATC 260/2000, de 13 de noviembre.- § 7. La STS de 30 de noviembre de 1998 (RJA 9221).- § 8. La STS de 13 de febrero de 1999 (RJA 503).- § 9. Argumentaciones contenidas en algunos votos particulares. 3. Dificultades de esta posición doctrinal a tenor de la doctrina jurisprudencial consolidada.- § 10. Un apunte sobre el proceso.- § 11. Ponderación de las nuevas pruebas.- § 12. ¿Nueva ponderación de las pruebas?- § 13. ¿Y ponderar el derecho?-

Este trabajo forma parte del proyecto de investigación «Del discurso de la derrota al discurso del diálogo. Justicia transicional, memoria histórica y Constitución», dirigido por el Prof. Pedro Serna Bermúdez, subvencionado por el Ministerio de Ciencia e Innovación de España y los Fondos FEDER de la Unión Europea (código SEJ2007-64461/JUR).

§ 14. La cuestión de las garantías procesales.- § 15. Sí al «non bis in idem».- § 16. El Derecho como hecho.- § 17. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos.- § 18. Problemas de legitimación. 4. Una interpretación histórica.- § 19. La Ley de Memoria Histórica como argumento.- § 20. La «legitimidad» del «Alzamiento Nacional» y del Régimen de Franco.- § 21. ¿Existió alguna vez alguna voluntad política de anular las condenas injustas?- § 22. «Anulaciones» especiales.- § 23. El Informe de la Comisión Interministerial. 5. Conclusiones.- § 24. El recurso de revisión, cuestión de hecho.- § 25. El derecho ante el recurso de revisión.- § 26. ¿El eterno retorno del derecho natural?

PALABRAS CLAVE

Derecho al honor. Memoria histórica. Anulación de condenas injustas. Recurso de revisión.

RESUMEN

Según ciertos juristas cercanos a los movimientos de recuperación de la memoria histórica, existe la posibilidad jurídica de anular a través del recurso de revisión todas aquellas condenas dictadas durante la Guerra civil y la Dictadura por motivos políticos o sin las debidas garantías en atención a consideraciones de justicia. Esto contrasta, sin embargo, con la necesidad establecida por la Ley de Enjuiciamiento Criminal de lo que denomina «hechos nuevos»; porque estos hechos, aunque dolorosos, son viejos. El objetivo del este trabajo consiste en sondear la posibilidad legal y jurisprudencial de dicha revisión. El resultado es negativo a falta de auténticos hechos nuevos que demuestren que el condenado no cometió el delito que se le imputó, de tal manera que resulte inocente de acuerdo con el mismo Derecho conforme al cual fue juzgado.

LA LEY DE MEMORIA HISTÓRICA: ¿CUENTAS PENDIENTES? SOBRE LA REVISIÓN JUDICIAL DE LAS CONDENAS DICTADAS POR MOTIVOS POLÍTICOS O SIN LAS DEBIDAS GARANTÍAS DURANTE LA GUERRA CIVIL Y LA DICTADURA

1. Introducción

Durante la Transición fueron numerosas las disposiciones emanadas del Estado que se dictaron con la finalidad de compensar económicamente a los damnificados por causa de la Guerra Civil y la Dictadura. No obstante, existían aún algunos aspectos que no habían sido completamente atendidos, sobre todo los de carácter honorífico, los cuales a partir de 2004 fueron demandados cada vez con más insistencia por parte de los movimientos en pro de la memoria histórica, los cuales dieron pie a numerosas iniciativas parlamentarias. Éstas motivaron la creación de la Comisión Interministerial para el Estudio de la Situación de las Víctimas de la Guerra Civil y la Dictadura¹, que el 28 de julio de 2006 emitió un Informe General que sirvió de base a la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la Guerra Civil y la Dictadura, popularmente conocida como Ley de Memoria Histórica (en adelante LMH).

Se trata de una ley que pretende dar respuesta a las mencionadas demandas de manera definitiva: «Es la hora, así —dice en su Preámbulo—, de que la democracia española y las generaciones vivas que hoy disfrutan de ella honren y recuperen para siempre a todos los que directamente padecieron las injusticias y agravios producidos [...]».

1. Creada en virtud de Real Decreto 1891/2004, de 10 de septiembre.

JUSTICIA. REVISTA DE DERECHO PROCESAL
Publicación semestral.

Consejo de redacción y recepción de originales:
Paseo de Gracia, 92
08008 Barcelona
Tel. 93 487 11 12
rya@rys.es

Director: Dr. Francisco Ramos Méndez

Edición y administración de la revista:
Librería Bosch, S.L.
Avenida Diagonal, 382
08037 Barcelona
Tel. 93 394 36 00
editorial@jmboscheditor.com

© 2011 **JTB BOSCH EDITOR**

Librería Bosch, S.L.
Av. Diagonal, 382
08037 BARCELONA
<http://www.jmboscheditor.com>
E-mail: editorial@jmboscheditor.com

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

ISSN: 0211-7754
D.L.: B-46995-2009

Diseño portada y maquetación: Cristina Payà (www.sbeditorialdesign.com)
Impresión: Publicisa

Printed in Spain - Impreso en España

LA LEY DE MEMORIA HISTÓRICA: ¿CUENTAS PENDIENTES? SOBRE LA REVISIÓN JUDICIAL DE LAS CONDENAS DICTADAS POR MOTIVOS POLÍTICOS O SIN LAS DEBIDAS GARANTÍAS DURANTE LA GUERRA CIVIL Y LA DICTADURA

1. Introducción

Durante la Transición fueron numerosas las disposiciones emanadas del Estado que se dictaron con la finalidad de compensar económicamente a los damnificados por causa de la Guerra Civil y la Dictadura. No obstante, existían aún algunos aspectos que no habían sido completamente atendidos, sobre todo los de carácter honorífico, los cuales a partir de 2004 fueron demandados cada vez con más insistencia por parte de los movimientos en pro de la memoria histórica, los cuales dieron pie a numerosas iniciativas parlamentarias. Éstas motivaron la creación de la Comisión Interministerial para el Estudio de la Situación de las Víctimas de la Guerra Civil y la Dictadura¹, que el 28 de julio de 2006 emitió un Informe General que sirvió de base a la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la Guerra Civil y la Dictadura, popularmente conocida como Ley de Memoria Histórica (en adelante LMH).

Se trata de una ley que pretende dar respuesta a las mencionadas demandas de manera definitiva: «Es la hora, así —dice en su Preámbulo—, de que la democracia española y las generaciones vivas que hoy disfrutan de ella honren y recuperen para siempre a todos los que directamente padecieron las injusticias y agravios producidos [...]».

1. Creada en virtud de Real Decreto 1891/2004, de 10 de septiembre.

Ahora bien, la LMH no anula de plano las condenas injustas dictadas por motivos políticos o sin las debidas garantías, anulación que constituía una demanda central de estos movimientos. En su lugar se opta por legitimar a las víctimas y a sus familiares para solicitar una «Declaración de reparación y reconocimiento personal», de carácter administrativo, título completamente honorífico, exento de todo contenido patrimonial. La seguridad jurídica ha impedido que se haya ido más allá. La LMH declara, además, la injusticia de todo acto de violencia, revestido o no de acto jurídico, y la ilegitimidad de las condenas basadas en motivos políticos, ideológicos o de creencia, así como de los órganos que las dictaron.

Pues bien, esto no ha satisfecho a los referidos movimientos, y algunos juristas alineados con estas posiciones, han esgrimido argumentos de justicia para pedir la revisión judicial de dichas condenas con base en diversos argumentos que serán analizados aquí. El nervio de este trabajo consiste, pues, en esta tensión justicia-seguridad jurídica que se manifiesta con fuerza en todo intento de revisar judicialmente sentencias firmes.

§ 1. El delito de rebelión militar y el procedimiento sumarísimo

Como es sabido, cinco años después de proclamada la II República española (el día 14 de abril de 1931), el 18 de julio de 1936 se produce un pronunciamiento militar contra ésta que desencadena una severa represión política, civil y militar.

a) Por lo que se refiere a las condenas penales más graves, objeto de este estudio, según una Proposición no de ley del Grupo Socialista presentada en 2003³, hasta 150.000 personas fueron fusiladas y bastantes más de 500.000 privadas de libertad. Las más de las condenas lo fueron por el delito de «auxilio a la rebelión», por el que se imponían a través del procedimiento sumarísimo las siguientes penas: muerte o reclusión a 30 ó 12 años.

El nuevo régimen no promulgó un Código de Justicia Militar hasta 1945. De 1936 a 1943 se procedió por medio de bandos militares, modificando el Código de Justicia Militar vigente (el de 1890, con las sucesivas modificaciones). A través de ellos, el delito de rebelión militar se hacía relativo a las autorida-

2. Cfr. el referido Informe de la Comisión Interministerial, pp. 30-36.

3. El día 28 de julio de 2003, el Grupo Parlamentario Socialista presentó una Proposición no de Ley relativa a la anulación de los juicios sumarios de la Dictadura franquista. Esta Proposición fue debatida y rechazada el día 8 de septiembre de 2003 (vid. § 21 a).

des golpistas y se ampliaba el número de supuestos de hecho considerados rebeldes. En 1943, esta normativa se condensa a través de una Ley que modifica el Código de Justicia Militar de 1890.

b) En cuanto al procedimiento, el Código de Justicia Militar de 1890 (y de modo similar el de 1945) preceptuaba que los casos de «flagrante delito militar que tengan señalada pena de muerte ó perpetua serán juzgados en juicio sumarísimo por el Consejo de guerra que en cada caso corresponda» (art. 649)⁴; si bien podría ampliarse a otros delitos «que, por afectar á la moral y disciplina de las tropas ó á la seguridad de las plazas y de cosas y personas, lo declaren así las Autoridades respectivas en los bandos que publiquen, con arreglo á las facultades que les están concedidas» (art. 651).

Los procedimientos sumarísimos tenían varias peculiaridades en relación al procedimiento ordinario, que coadyuvaban a la celeridad de su tramitación, pero que iban en franco detrimento de las garantías procesales de los detenidos. Por ejemplo, el defensor tenía que ser un Oficial del Ejército, o, una vez realizadas las diligencias de prueba, el Defensor sólo disponía de tres horas para examinar los autos. Por otro lado, las sentencias, una vez aprobada por la Autoridad judicial de la región de acuerdo con el Auditor, eran firmes y habían de ser ejecutadas sin dilación.

§ 2. Sobre la anulación general de las condenas

La Ley de Rehabilitación e Indemnización a las Víctimas por Persecución de Delitos Declarados contrarios a los Principios de un Estado de Derecho, en los Territorios de Adhesión, de 29 de octubre de 1992, en Alemania, estableció un procedimiento específico para la revisión de sentencias y resoluciones

4. Según al art. 650, adviértase la laxitud del concepto, era «flagrante» el delito cuando concurría alguna de las circunstancias que menciona: «Se considerará flagrante delito el que se estuviere cometiendo ó se acabare de cometer cuando el delincuente sea sorprendido.

»Se entenderá sorprendido en el acto de ejecutar el delito, no sólo el criminal que sea aprehendido en el momento de estarlo cometiendo, sino el detenido ó perseguido inmediatamente después de cometerlo, si la persecución durare ó no se suspendiere, mientras el delincuente no se ponga fuera del alcance de los que le persegan.

»También se considerará reo de delito flagrante el que fuere sorprendido inmediatamente después de cometerlo con efectos ó instrumentos que infundan la presunción vehemente de su participación en él.»

penales de la República Democrática Alemana entre los años 1945 y 1990 contrarias a los principios esenciales de un orden jurídico de libertad.

Asimismo, el 1.º de septiembre de 1998 entró en vigor en Alemania la Ley de 25 de agosto de 1998 de anulación de sentencias nacional-socialistas injustas en la administración de justicia penal⁵, que en su § 1 establece:

«Por medio de esta ley se anulan las resoluciones penales condenatorias que, contra los más elementales principios de justicia, fueron dictadas a partir del 30 de enero de 1933, con el objeto de consagrar o mantener el Régimen antijurídico [*Unrechtsregime*] nacionalsocialista, basadas en motivos políticos, militares, raciales, religiosos o ideológicos.»

En España, sin embargo, la LMH no parece haber ido tan lejos. Esta ley establece tres cosas. En primer lugar (art. 2.1) una *declaración de injusticia* general de toda clase de actos de violencia, revestidos o no de derecho:

«[...] se reconoce y declara el carácter radicalmente injusto de todas las condenas, sanciones y cualesquiera formas de violencia personal producidas por razones políticas, ideológicas o de creencia religiosa, durante la Guerra Civil, así como las sufridas por las mismas causas durante la Dictadura.»⁶

En segundo lugar (art. 3), sendas declaraciones de ilegitimidad, tanto de los órganos institucionales que impusieron tal clase de condenas⁷, como de ellas mismas. En este último caso, tanto por vicios de forma, como de fondo (art. 3.3):

«Igualmente se declaran ilegítimas, por vicios de forma y fondo, las condenas y sanciones dictadas por motivos políticos, ideológicos o de creencia por cualesquiera tribunales u órganos penales o administrativos durante la Dictadura contra quienes defendieron la legalidad institucional

5. Gesetz zur Aufhebung nationalsozialistischer Unrechtsurteile in der Strafrechtspflege vom 25. August 1998 (BGBl. I S. 2501), geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 23. Juli 2002 (BGBl. I S. 2714).

6. Estas razones abarcan «la pertenencia, colaboración o relación con partidos políticos, sindicatos, organizaciones religiosas o militares, minorías étnicas, sociedades secretas, logias masónicas y grupos de resistencia, así como el ejercicio de conductas vinculadas con opciones culturales, lingüísticas o de orientación sexual» (art. 2.2).

7. El art. 2.2 incluye especialmente bajo este concepto el Tribunal de Represión de la Masonería y el Comunismo, el Tribunal de Orden Público, así como los Tribunales de Responsabilidades Políticas y Consejos de Guerra constituidos por motivos políticos.

anterior, pretendieron el establecimiento de un régimen democrático en España o intentaron vivir conforme a opciones amparadas por derechos y libertades hoy reconocidos por la Constitución.»

Y, en tercer lugar, concede a quienes sufrieron los efectos de estas resoluciones el *derecho* a obtener lo que le ley denomina una «Declaración de reparación y reconocimiento personal» (art. 4.1). El procedimiento para obtener esta declaración se regula en el RD 1791/2008, de 3 de noviembre. Esta declaración no constituye título para el reconocimiento de responsabilidad patrimonial del Estado (art. 4.5).

Por lo tanto, a diferencia de lo que sucede en Alemania, la ley se limita a declarar la injusticia y la ilegitimidad de las condenas políticas, facultando a ciertas personas consideradas «afectadas» a solicitar la mencionada declaración (reguladas en el art. 4 del Real Decreto). Los efectos son, pues, puramente simbólicos y honorarios. Se trata, a tenor de la Exposición de Motivos de la LMH, de contribuir «a la rehabilitación moral de quienes sufrieron tan injustas sanciones y condenas».

Sin embargo, existe una corriente de opinión que considera insuficientes estas medidas⁸, y opina que todavía queda un resquicio legal, a través de la vía judicial, para la anulación de las condenas «ilegítimas»⁹. Como se trata de resoluciones firmes, protegidas por la institución de la cosa juzgada, el único modo posible es a través del recurso de revisión (arts. 328-336 de la Ley Procesal Militar, en adelante LPM y arts. 954-961 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en adelante LECrim).

§ 3. Planteamiento del problema

En 2008 se celebró en Albacete, organizadas por la Universidad de Castilla-La Mancha, las Jornadas sobre la Ley de Memoria Histórica, donde se mencionó esta vía legal, que se consideraba abierta y transitiva¹⁰. Esto choca, a primera vista, con la necesidad de la presencia de «hechos nuevos», que viene exigida

8. Se ha hablado al respecto de «oportunidad perdida». Cfr. Escudero Alday, Rafael, «La declaración de ilegitimidad de los tribunales franquistas: una vía para la nulidad de las sentencias», en Pallín, José Antonio y Escudero Alday, R., *Derecho y memoria histórica*, Trotta, Madrid, 2008, p. 219.

9. *Ibid.*, p. 210.

10. Sostuvieron expresamente esta tesis Carlos Jiménez Villarejo y Ramón Sáez Valcárcel.

por los arts. 328 LPM y 954 LECrim. Al mismo tiempo, una ley no es un hecho, ni nuevo ni viejo, y así lo expuse durante las Jornadas. Según, Ramón Sáez Valcárcel, que respondió a mi pregunta, el recurso de revisión (en adelante RR) sirve para impugnar sentencias injustas y la ley es un hecho nuevo. La seguridad jurídica, en su opinión, tiene que ver con la certeza, y la posibilidad de prever, no con el mantenimiento de actos injustos o ilegítimos. En consecuencia, opina, hay que luchar por su anulación, como ya se consiguió en Alemania en 1998¹¹.

Estos argumentos no disiparon completamente las dudas, ya que parecen no ser del todo compatibles con la jurisprudencia en torno al RR. El objetivo del presente artículo consiste en sondaar la posibilidad legal y jurisprudencial de dicha revisión.

§ 4. Marco jurídico general del recurso de revisión

a) El *marco legal* es el siguiente. El art. 328 de la LPM establece 6 motivos de revisión de sentencias firmes:

«Habrà lugar al recurso de revisión contra sentencias firmes en los siguientes casos:

- »1.º Cuando hayan sido condenadas dos o más personas en virtud de sentencias contradictorias por un mismo hecho que no haya podido ser cometido más que por una sola.
- »2.º Cuando haya sido condenado alguno como responsable de la muerte de una persona cuya existencia se acredite después de la fecha de la sentencia condenatoria.
- »3.º Cuando haya sido condenada una persona en sentencia cuyo fundamento fuera: un documento o testimonio declarados después falsos por sentencia firme en causa criminal, la confesión del reo arrancada por violencia o coacción o cualquier otro hecho punible ejecutado por un tercero, siempre que tales extremos resulten también declarados por sentencia firme en procedimiento seguido al efecto. A estos fines podrán practicarse cuantas pruebas se consideren necesarias para el esclarecimiento de los hechos controvertidos en el procedimiento, anticipándose aquellas que por circunstancias especiales pudieran luego dificultar y hasta hacer imposible la sentencia firme base de la revisión.

»4.º Cuando haya sido penada una persona en sentencia dictada por el Tribunal y alguno de sus miembros fuere condenado por prevaricación cometida en aquella sentencia, o cuando en la tramitación de la causa se hubiere prevaricado en resolución o trámite esencial de influencia notoria a los efectos del fallo.

»5.º Cuando sobre los propios hechos hayan recaído dos sentencias firmes y dispares dictadas por la misma o por distintas jurisdicciones.

»6.º Cuando después de dictada sentencia condenatoria se conociesen pruebas indubitadas suficientes a evidenciar el error del fallo por ignorancia de las mismas.»

A su vez, el art. 954 de la LECrim prevé cuatro supuestos:

»1.º Cuando estén sufriendo condena dos o más personas en virtud de sentencias contradictorias, por un mismo delito que no haya podido ser cometido más que por una sola.

»2.º Cuando esté sufriendo condena alguno como autor, cómplice o encubridor del homicidio de una persona cuya existencia se acredite después de la condena.

»3.º Cuando esté sufriendo condena alguno en virtud de sentencia, cuyo fundamento haya sido un documento o testimonio declarados después falsos por sentencia firme en causa criminal, la confesión del reo arrancada por violencia o exacción, o cualquier hecho punible ejecutado por un tercero, siempre que los tales extremos resulten también declarados por sentencia firme en causa seguida al efecto. A estos fines podrán practicarse todas cuantas pruebas se consideren necesarias para el esclarecimiento de los hechos controvertidos en la causa, anticipándose aquellas que por circunstancias especiales pudieran luego dificultar y hasta hacer imposible la sentencia firme, base de la revisión.

»4.º Cuando después de la sentencia sobrevenga el conocimiento de nuevos hechos o de nuevos elementos de prueba, de tal naturaleza que evidencien la inocencia del condenado.»

El órgano que conoce del RR es la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (TS), en el procedimiento penal ordinario y la Sala de lo Militar del mismo órgano en el procedimiento militar. La LPM se remite a las normas comunes en materia de procedimiento (art. 336). Éste consta de dos fases: autorización y sustanciación del recurso. En la primera fase, la Sala, previa audiencia del Ministerio Fiscal, autorizará o denegará la interposición del recurso, pudiendo ordenar

11. También aboga por esta solución Escudero Alday, *op. cit.*, pp. 222 ss.

la práctica de las diligencias que estime pertinentes en caso de «dudas razonables» (art. 957 LECrim). Autorizado el recurso, el promovente dispondrá de quince días para su interposición.

En lo que se refiere a nuestro tema, si examinamos los recursos promovidos ante ambas Salas, observaremos, salvo en algún supuesto en que se ha alegado con éxito el n.º 5 del art. 328 LPM, cómo en su inmensa mayoría se ha aducido, sin demasiado éxito, la aparición de hechos nuevos o nuevos elementos de prueba (n.º 6 del art. 328 LPM y n.º 4 del art. 954 LECrim)¹².

b) En cuanto al *marco jurisprudencial*, insertamos ahora un pequeño esbozo, en el que iremos profundizando y matizando a lo largo del presente trabajo acerca de lo que la jurisprudencia entiende como «nuevos hechos» o «nuevos elementos de prueba». En un reciente estudio sobre el RR se compendia la doctrina del Tribunal Supremo, considerando *nova facta*:

«[...] el conocimiento sobrevenido de aquéllos [nuevos hechos o nuevos elementos de prueba], lo desconocido, lo distinto, lo inédito, en suma, lo nuevo, lo que no fue susceptible de examen por el tribunal sentenciador, lo que éste no tuvo a su alcance a la hora de juzgar»¹³.

Esta doctrina responde a un criterio muy riguroso que excluye del RR aquellos hechos o elementos de prueba obrantes en el procedimiento penal o aquellos conocidos por el penado y no aducidos ni propuestos en el proceso que lo condenó o aquellos hechos aducidos y rechazados o pruebas propuestas e inadmitidas por el tribunal sentenciador¹⁴. Así, pues, como consecuencia de lo anterior, y siguiendo el análisis de Sánchez Montenegro, fracasará toda pretensión revisora que pretenda un nuevo examen de los hechos o una nueva valoración de la prueba ya obrantes en la causa penal. Asimismo es inviable el planteamiento de *cuestiones puramente jurídicas*, como declarar nulidades procesales¹⁵; sustanciar un recurso para la unificación de doctrina¹⁶; revisar

12. Cfr. §§ 10-16.

13. Sánchez Montenegro, Julio César, *El recurso de revisión penal*, Edisofer, Madrid, 2005, p. 136.

14. *Ibid.*, p. 137.

15. ATS 25 de mayo de 1999 (RJA 3834); ATS, Sala de lo Penal, 30 de enero de 2001 (RJA 6489).

16. ATS 12 de mayo de 1999 (RJA 8109).

fallos judiciales ajenos a la Jurisdicción penal o sobre resoluciones administrativas¹⁷; o sobre resoluciones del Tribunal Constitucional o dictámenes del Comité de Derechos Humanos de la ONU¹⁸; o sobre sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁹. Tampoco, a pesar de los intentos, cabe fundamentarlo sobre la base del cambio de doctrina jurisprudencial²⁰.

2. Bases para fundamentar los recursos de revisión

Si no salimos de este estrecho marco, ¿cómo es posible la mencionada posición doctrinal? En las mencionadas Jornadas se hizo alusión a dos resoluciones judiciales que habrían abierto brecha en la sólida doctrina a que se ha hecho mención, dando entrada a una supuesta nueva forma de entender el recurso de revisión, que ampliaría el concepto de «hechos nuevos»²¹. Hubo también una remisión a ciertos votos particulares que condensan, según los mencionados ponentes, la doctrina que entienden más justa²². Se dedica este segundo epígrafe a exponer esta posición doctrinal a través de los mencionados materiales.

17. ATS 14 de febrero de 2001 (RJA5652).

18. ATS 9 de julio de 2001 (RJA 6826); ATS 25 de julio de 2002 (RJA 9021); ATS 16 de febrero de 2004 (RJA 47).

19. ATS 29 de abril de 2004 (RJA 3763)

20. ATS 17 de mayo de 1999 (RJA 3376); ATS 7 de mayo de 1999 (RJA 4966); ATS 16 de julio de 1999 (RJA 6505); 28 de junio de 1999 (RJA 6516); ATS 1 de julio de 1999 (RJA 8071); ATS 25 de octubre de 1999 (RJA 10187); ATS 18 de noviembre de 1999 (RJA10188); ATS 30 de diciembre de 1999 (RJA 10192); STS 26 de enero de 2000 (RJA 101); ATS 8 de febrero de 2000 (RJA 2068); ATS 14 de enero de 2000 (RJA 2130); ATS 28 de febrero de 2000 (RJA 7232); ATS 22 de noviembre de 2000 (RJA 1539/2001); ATS 10 de octubre de 2001 (RJA7334); ATS 4 de octubre de 2001 (RJA 9567).

21. No pude anotar las referencias, pero probablemente fueran la STC150/1997, de 29 de septiembre y el ATC 260/2000, de 13 de noviembre. Son importantes también a este respecto las SSTs 30 de noviembre de 1998 (RJA 9221) y 13 febrero de 1999 (RJA 503).

22. Los autores son José Luis Calvo Cabello y Ángel Juanes Peces, cuya opinión se manifiesta en varios votos particulares que analizaremos en este epígrafe.

§ 5. La STC 150/1997, de 29 de septiembre

Esta sentencia estima un recurso de amparo frente al ATS, Sala 2.ª, de 12 de julio de 1994, que inadmitió el RR contra la STS, Sala 2.ª, de 10 de julio de 1990 (RJA 5793). Hemos dicho antes que, en este tema, la clave para acceder al RR es fundamentalmente la aparición de hechos nuevos. Pues bien, para la STC 150/1997, el hecho nuevo es sorprendentemente una sentencia: la STC 111/1993, de 25 de marzo. Esta STC 111/1993 había declarado inconstitucional, por extensiva y por tanto vulneradora del principio de legalidad, la interpretación habitual del art. 321.1 del Código penal de 1973, vigente a la sazón. Este precepto sancionaba el delito de intrusismo de la siguiente manera:

«El que ejerciere actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título oficial, o reconocido por disposición legal o Convenio internacional, incurrirá en la pena de prisión menor.»

Pues bien, en opinión del recurrente en amparo dicha exigencia de «título oficial» había de reservarse a aquellas profesiones que, por afectar su ejercicio a bienes de gran trascendencia social que podían verse gravemente dañados en caso de una práctica no debidamente controlada de las mismas, exigían la presencia de un título académico, cosa que, entendía el recurrente, no podía considerarse su actividad de intermediario inmobiliario, que ejercía sin el título oficial de Agente de la Propiedad Inmobiliaria. En efecto, el TC estimó que considerar incurso en el delito de intrusismo al recurrente por carecer del título mencionado constituye una aplicación extensiva *in malam partem* del término «título» que no es conforme con los valores y principios constitucionales (en particular con el artículo 25.1 de la Constitución, que sanciona el principio de legalidad).

El alcance de la STC 111/1993 iba más allá de la mera prescripción del modo correcto de interpretar dicho artículo, ya que al mismo tiempo declaraba la inconstitucionalidad de la interpretación que de él venían haciendo diversos tribunales y señaladamente el TS; esto es, quienes en su día fueron sancionados por ejercer actos propios de profesiones que no requerían título académico oficial fueron condenados por una acción que en el momento de producirse no constituía delito alguno. Sin embargo, surgía el problema de la cosa juzgada (art. 161.1.a CE) en relación con todos aquellos casos que ya habían sido juzgados y adquirido firmeza sus condenas. El TC entendió en su STC 150/1997 (FJ5) que por encima de estas consideraciones estaba la

justicia (art. 1.1. CE), estrechamente vinculada a la dignidad humana y a la presunción de inocencia, y se mostró favorable a la revisión:

«La constatación de que una condena ha sido dictada respecto de acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituían delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento, "evidencia la equivocación del fallo" y debe permitir la revisión de la sanción así impuesta sin que pueda prevalecer "el efecto preclusivo de la sentencia condenatoria".»²³

Esta posibilidad estaba contemplada para los procesos de constitucionalidad, cuando de la declaración de nulidad de la norma aplicada resultase una reducción de la sanción impuesta. Según el art. 40.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC):

«Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de leyes, disposiciones o actos con fuerza de ley no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, salvo en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad.»

En el presente caso, estaba la dificultad de que el proceso era de amparo, no de constitucionalidad. Pero el TC entendió (FJ5) que el citado art. 25.1 no agotaba su virtualidad en esta clase de procesos y debía prevalecer también en este caso, en el que se desautorizaba una interpretación de la ley penal en un procedimiento de amparo. Por lo que se refiere al RR, la cuestión era si se podía considerar como hecho nuevo la STC 111/1993 que establecía que no podía ser considerado como delictivo, como venía siéndolo, el ejercicio no colegiado de profesiones que no requieren título académico oficial. La STC 150/1997 dijo que sí, que las declaraciones contenidas en sentencias dictadas en procesos de amparo que implicaran un rechazo de determinadas interpretaciones vulneradoras del principio de legalidad constituían hechos nuevos que evidenciaban la inocencia del condenado, por lo que cabía el RR. En su FJ5 razonaba así:

23. Las citas presentes en el texto copiado obedecen a la remisión que la STC 150/1997 hace a la STC 124/1984, de 18 de diciembre.

«Ciertamente el recurso de revisión está concebido originariamente para remediar errores sobre los presupuestos fácticos de la infracción. Pero, una sentencia es también un "hecho", es decir, algo que acaece en el tiempo y en el espacio. [...] No cabe duda que la declaración contenida en la ratio decidendi de la STC 111/1993 [...] evidencia la "equivocación del fallo" que condenó a la aquí recurrente, vulnerando su derecho a la legalidad penal ex art. 25.1 CE por lo que parece evidente que, como dice la STC 124/1984, frente a esta declaración no puede prevalecer "el efecto preclusivo de la sentencia condenatoria". Para evitar este resultado contrario a la Constitución debe entenderse que, con la incorporación del recurso de amparo a nuestro ordenamiento, la expresión "hechos nuevos (...) que evidencien la inocencia del condenado" del art. 954,4 LECrim, debe interpretarse de modo que en él se incluyan las declaraciones, como la aquí analizada, que sirven de ratio decidendi y que de modo claro y terminante rechazan por vulneradoras del art. 25.1 CE determinadas interpretaciones de los preceptos sancionadores, evitando así interpretaciones en exceso rigurosas o formalistas de este motivo de revisión.»

En definitiva, la STC 150/1997 amplía el concepto de «nuevos hechos», al considerar que una sentencia es también un hecho.

§ 6. El ATC 260/2000, de 13 de noviembre

Este Auto tiene como hecho nuevo un dictamen del Comité de Derechos Humanos de la ONU, remitiéndose para ello el TC a su S 150/1997, recién examinada.

Por medio de este auto, el TC, aunque inadmite un recurso de amparo que se fundamenta en el dictamen del mencionado órgano internacional (que afirma que España ha vulnerado los derechos civiles del recurrente en amparo), abre la vía del RR.

Sucintamente, los hechos son los siguientes. En 1986 la Audiencia Provincial de Valencia condena al recurrente por incendio. En 1988, el Tribunal Supremo inadmite el recurso de casación. En 1992, el Comité de Derechos Humanos de la ONU emite un dictamen que declara que España ha violado sus derechos civiles. En 1998, el recurrente plantea un incidente de nulidad de actuaciones, el cual es considerado extemporáneo por la Audiencia Provincial de Valencia en virtud del art. 240.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), que en su redacción de 1997 preceptuaba con el siguiente tenor un plazo máximo de 5 años desde la notificación de la sentencia o resolución:

«No se admitirá el incidente de nulidad de actuaciones. Sin embargo, excepcionalmente, quienes sean parte legítima podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en defectos de forma, que hubieran causado indefensión o en la incongruencia del fallo, siempre que los primeros no haya sido posible denunciarlos antes de recaer sentencia o resolución que ponga fin al proceso y que éstas no sean susceptibles de recurso en el que quepa reparar la indefensión sufrida.

»Será competente para conocer de este incidente el mismo Juzgado o Tribunal que dictó la sentencia o resolución que hubiere adquirido firmeza. El plazo para pedir la nulidad será de veinte días, desde la notificación de la sentencia, la resolución o, en todo caso, desde que se tuvo conocimiento del defecto causante de indefensión, sin que, en este último supuesto, pueda solicitarse la nulidad de actuaciones después de transcurridos cinco años desde la notificación de la sentencia o resolución. El Juzgado o Tribunal inadmitirá a trámite cualquier incidente en el que se pretenda suscitar otras cuestiones.»

Como habían pasado más de 5 años desde el dictamen, la Audiencia entendió que no procedía el incidente de nulidad. El ATC 260/2000 consideró que seguía en pie el cauce del RR, por lo cual, al no haberse agotado la vía judicial previa, no procedía el recurso de amparo (FJ2):

«Pues, antes de acudir al recurso de amparo, le cabía promover la revisión penal prevista en la LECrim (arts. 954 y ss.); en tanto el Dictamen de la Comisión puede ser tenido por un "hecho nuevo" a los efectos de lo dispuesto en el art. 954.4.º LECrim, en relación con lo declarado, "mutatis mutandis" en la STC 150/1997, o ejercer la acción por error judicial de los arts. 292 y 293 LOPJ.»

Así, pues, el ATC 260/2000 aboga también por una interpretación extensiva del concepto de nuevos hechos, al incluir en él un dictamen del Comité de Derechos Humanos de la ONU.

§ 7. La STS de 30 de noviembre de 1998 (RJA 9221)

Es un caso de interpretación extensiva del art. 954 LECrim que hace la Sala de lo Penal ante un problema de *bis in idem*. En esta sentencia se advierte que entre los motivos tasados del art. 954 LECrim (esto no es así, como veremos en la LPM) no se encuentra ninguno en que quepa subsumir el supuesto de doble condena por los mismos hechos. No obstante, falla que ha lugar el

RR basándose genéricamente en el mencionado art. 954. El fin, declara la STS, es remediar la injusticia, acogiendo a una interpretación extensiva de dicho precepto (FJ2), puesto que la finalidad del RR «está encaminada a que, sobre la sentencia firme, prevalezca la auténtica verdad y con ello la justicia material sobre la formal» (FJ1).

§ 8. La STS de 13 de febrero de 1999 (RJA 503)

Esta sentencia considera, apoyándose también en la STC 150/1997, que el cambio jurisprudencial es un hecho que puede fundamentar un RR. Dicho cambio jurisprudencial giraba en torno al concurso de los delitos de contrabando y contra la salud pública en los casos relativos a tráfico de drogas tóxicas en que los enjuiciados habían al propio tiempo importado o exportado tales sustancias. En un primer momento, el TS consideraba que existía un concurso ideal de los dos delitos: contrabando y contra la salud pública²⁴. Tras el cambio jurisprudencial²⁵ se consideró que sólo había un concurso de normas (absorción del art. 8. 3.ª CP)²⁶, entendiéndose que la antijuridicidad del hecho bien quedaba cubierta con las graves penas impuestas para las infracciones contra la salud pública.

La argumentación favorable al RR comienza (FJ1) ponderando el valor de la jurisprudencia como factor de interpretación de la ley. Ello obedece, explica la sentencia, al principio de justicia, ante la cual cede la santidad de la cosa juzgada. La ley, sigue explicando, deja extremos libres, entre los que cabe elegir «creando una situación que una vez consolidada permite dar un nuevo giro al contenido y aplicación de determinadas figuras penales». A continua-

24. Art. 77 CP:

«1. Lo dispuesto en los dos artículos anteriores [límites al cumplimiento efectivo de las penas], no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más infracciones, o cuando una de ellas sea medio necesario para cometer la otra.

»2. En estos casos se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones.

»3. Cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán las infracciones por separado.»

25. El cambio se decidió en reunión plenaria de la Sala de lo Penal de 24 de noviembre de 1997.

26. «El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél.»

ción cita el precedente de la STC 150/1997, que glosa centrándose en la idea de que también una sentencia es un hecho, algo que acaece en el tiempo y en el espacio. Concluye su razonamiento considerando que un cambio jurisprudencial que abandona la punición que hasta entonces se venía realizando constituye una nueva circunstancia «que debe proyectar sus efectos sobre la sentencia primitiva, subsanando el criterio seguido con anterioridad».

§ 9. Argumentaciones contenidas en algunos votos particulares

Hay varias sentencias en que los magistrados del TS Ángel Juanes Peces y José Luis Calvo Cabello, de la Sala de lo Militar, se han pronunciado a través de sendos o comunes votos particulares en contra del parecer mayoritario de la Sala cuando ésta ha desestimado ciertos recursos de revisión. Tratan de conectar con la doctrina precedente que acabamos de exponer, desarrollando paralelamente una serie de argumentos de que ahora damos cuenta.

a) El ATS de 21 de septiembre de 2006 (RJA 8411) deniega autorización para interponer RR contra la sentencia dictada por el Consejo de Guerra Permanente n.º 2 de Valencia de 21 de julio de 1942, por la que se condenó a D. Eusebio, padre de los proponentes, por un delito de adhesión a la rebelión de los previstos en el art. 237 en relación con el 238.2 del Código de Justicia Militar de 1890²⁷. Juanes Peces, en su voto particular, viene a sostener que no estamos ante un error de derecho no revisable, sino ante un *error facti*, ya que los hechos por los que se condenó a D. Eusebio no eran delito, vulnerándose el principio de legalidad.

Considera Juanes Peces que el Código de Justicia Militar vigente a la sazón tipificaba como delito la rebelión contra las autoridades legítimas de la República. Pero a D. Eusebio se le condenó por rebelarse contra las autoridades del Movimiento Nacional en virtud del Código de Justicia Militar de 1890. La Sala salva este atentado contra el principio de legalidad en virtud del Bando de la Junta de Defensa Nacional de 28 de julio de 1936, que consideraba rebeldes a los que combatieran el «Glorioso Movimiento Nacional» (GMN). Pero Juanes Peces reputa este Bando ilegal, considerando como legítimo el Gobierno de la República²⁸.

27. *Vid. supra* § 1.

28. Se plantea una interesante cuestión. Dice Kelsen que es legítimo todo orden jurídico que es resultado de una revolución victoriosa. Pero la victoria completa no se produce

A continuación recoge la doctrina del TC de que el RR obedece a un imperativo de justicia y se acoge a la doctrina estudiada arriba, que pretende extender el concepto de hechos nuevos, argumentando así:

«Una sentencia como la que dio lugar a la condena y ejecución, sin base fáctica alguna y en razón a criterios no jurídicos sino ideológicos, vulneradora de la legalidad vigente en el momento de los hechos, al infringir principios básicos —ahora y antes— del Derecho Penal (como son el de la legalidad de delitos y penas y el de la irretroactividad), justifica sobradamente sacrificar un teórico principio de seguridad jurídica que está en la base del recurso de revisión, por el de justicia [...]».

La referencia a la quiebra del principio de irretroactividad por parte de la sentencia que se quiere revisar tiene que ver con el hecho de que el delito de rebelión no es reformado legalmente hasta 1943, a través de la Ley de 2 de marzo de 1943²⁹, que modifica los artículos 237 al 242 del Código de Justicia Militar³⁰. *Sensu contrario*, esto implica que, a partir de la entrada en vigor de esta ley, los condenados por el delito de rebelión militar lo son legalmente y no por una conducta que no era delito cuando se cometió. De este argumento se desprende que habría un lapso de 7 años, que va desde el 18 de julio de 1936 hasta el 5 de abril de 1943³¹, en que cabría alegar la vulneración del principio de legalidad y, por tanto, la posibilidad de interponer un RR, aunque habría que salvar la dificultad de que estamos ante una *quaestio iuris*.

El Código de Justicia Militar de 1945, en su art. 181, consideraba delitos tanto las acciones y omisiones tipificadas en él, como «los comprendidos en los Bandos que dicten las autoridades militares competentes». Asimismo, el art. 286-5.º también consideraba reos del delito de rebelión militar «los que así se declaren en leyes especiales o en los bandos de las autoridades militares».

hasta 1939. La victoria ¿tiene efectos retroactivos hasta los primeros bandos de guerra que instauran el nuevo régimen?

29. Vid. *supra* § 1.

30. El artículo 237, en concreto, queda redactado de esta forma: «Son reos del delito de rebelión militar los que se hacen en armas contra el Jefe del Estado, su Gobierno o Instituciones fundamentales de la Nación [...]», y establece una serie de circunstancias.

31. Desde 1889, el período de *vacatio legis* siempre fue de 20 días si no se dispone otra cosa (art. 1 del Cc., en su redacción anterior a 1974). La ley comentada fue publicada el 16 de marzo.

Para esto era requisito indispensable la declaración del Estado de Guerra en virtud de la Ley de Orden Público de 1933.

Sin embargo, esta última ley no preveía expresamente la posibilidad de extender a través de un bando las conductas consideradas rebeldes o sediciosas. Esto no fue obstáculo para esta irregular práctica³², sancionada por la doctrina del TS³³. Otero Goyanes justifica esta doctrina de este modo: «Cuando se publica la Ley marcial, existe un caso de fuerza mayor que suspende el ejercicio del derecho común y concentra en la autoridad militar todos los poderes; este es el estado de derecho que existe en toda guerra civil o extranjera. Las facultades omnimodas que la ley otorga al General en Jefe le convierten en legislador. Los bandos pueden definir nuevos delitos, si bien la penalidad [...] no puede ser distinta a la establecida en las leyes penales de la Nación, conforme a los principios que informan el Derecho penal»³⁴. No podemos demorarnos más en este punto, aunque es un tema que, por su interés, merece ser retomado en otro trabajo.

b) En otro voto particular, el consignado en el ATS de 5 de julio de 2007 (RJA 4995), por el que se deniega autorización para interponer RR contra la sentencia del Consejo Supremo de Justicia Militar de 11 de febrero de 1974, que condena a D. César a la pena de muerte por un delito de terrorismo, Juanes Peces reclama una mayor apertura en cuanto a la admisibilidad del RR. La mayoría de la Sala estima en este caso que los recurrentes no aportan nuevos datos de hecho relevantes. Juanes Peces opina que en la fase de autorización del RR hay que limitarse a constatar, en las pruebas aportadas o practicadas en esta fase, indicios de un error de hecho, no debiéndose entrar a valorar si las pruebas son indubitadas, porque esto implica entrar en el fondo del asunto. Considera además que es discutible que no proceda la práctica de otras pruebas una vez concedida la autorización. Aún más, considera que se ha valorado incorrectamente la prueba, pues había indicios racionales para considerar que el condenado era inocente.

32. Un ejemplo es el Bando del General Batet de 1934, declarando el estado de guerra en Cataluña y configurando diversas conductas como constitutivas del delito de rebelión. Existen más casos. Cfr. García Rivas, Nicolás, *La rebelión militar en Derecho Penal*, Ediciones Universidad Castilla-La Mancha, Villarrobledo (Albacete), 1990, pp. 101-102.

33. Cfr. ATS 2 febrero 1935 (RJA 83); ATS 21 mayo 1935 (RJA 85); STS 23 mayo 1935 (RJA 1101). Cfr. *ibid.*, p. 102.

34. Otero Goyanes, Joaquín, «Los bandos de guerra», *Revista Española de Derecho Militar* 3 (1957), p. 25, que cita en su apoyo las opiniones de Jiménez de Asúa y Conejos de Ocón.

c) Calvo Cabello argumenta en la misma dirección. En el ATS de 20 de junio de 2006 (RJA 5363), por el cual se deniega autorización para el recurso de revisión contra la Sentencia del Consejo de Guerra n.º 2 Especial de Valencia, de 26 de mayo de 1942, por la cual se condena a muerte al padre de la recurrente y a dos tíos³⁵. La Sala argumenta que no se aportan nuevos hechos a la causa; ni siquiera es un caso de *error iuris*, ya que se aplica la legislación vigente en aquel momento. Para Calvo Cabello, sin embargo, el proceso fue injusto por falta de garantías elementales. Y entiende que el RR es un *imperativo de la justicia*, situándose en la línea de la STC 150/1997 y del ATC 260/2000³⁶, que amplían el concepto de hecho. Armoniza con la Sala en que la CE es una norma y que ésta no puede ser considerada un hecho nuevo a los efectos que estamos considerando, pero entiende que el hecho nuevo no es la CE en sí misma, sino el orden instaurado por ella, un orden que encarna los valores de libertad, justicia, igualdad y pluralismo político, entre los que la justicia es el prototípico. Se copian sus siguientes consideraciones:

«La justicia no es contemplada en la Constitución como una bella declaración, sino como exigencia, de suerte que ha de realizarse a impulsos del Estado a través del derecho. La justicia aparece como el primer propósito que el legislador constituyente da a conocer, informa el ordenamiento jurídico y tiene una dimensión jurisdiccional que consiste en el derecho de impetrarla de los jueces. El Estado social y democrático no es el mero Estado de legalidad, sino el proyecto de un Estado justo. Y en un Estado justo, siempre inacabado, no tienen cabida las condenas pronunciadas sin un juicio justo. A tal Estado de Derecho ha de resultarle intolerable la presencia de condenas pronunciadas abiertamente en contra de la Justicia.»³⁷

d) En el ATS de 21 de septiembre de 2006 (RJA 8411), véase *supra* a), Calvo Cabello en su voto particular, coincide con Juanes Peces en lo relativo a la idea de que los hechos por los que fue condenado no eran delito entonces y se remite de nuevo a la doctrina del TC ampliatoria del concepto de hechos

35. Hay unanimidad a la hora de rechazar la legitimación de los sobrinos para interponer el RR, en virtud del 329 de la LPM. Tampoco la LECrim lo permite: art. 955. Cfr. § 18.

36. *Vid. supra* §§ 5 y 6.

37. Por «juicio justo» entiende Calvo Cabello «un conjunto de principios de carácter suprapositivo y supranacional».

nuevos³⁸, que considera sí debe comprender la CE, repitiendo los argumentos que acabamos de ver.

e) Igualmente procede en el ATS de 5 de julio de 2007 (RJA 4995), *v. supra b)*, subrayando la incorrección en que incurre la Sala al analizar en profundidad las pruebas, lo que impide otras actuaciones permitidas por el art. 959 LECrim. Considera en todo caso que de la prueba practicada habría que haber concluido la autorización.

f) En el ATS de 18 de diciembre de 2006 (RJA 2007/142078), que niega autorización para interponer RR contra la Sentencia de 13 de agosto de 1963, del Juzgado Militar Especial Nacional de Actividades Extremistas, por el que se condenó a D. Lucas y a D. Rubén como autores de un delito de terrorismo a la pena de muerte, ambos magistrados comparten voto particular. En opinión de la Sala, las nuevas pruebas practicadas distan de ser indubitadas y se cuestiona su verosimilitud, señalándose contradicciones en los testimonios³⁹. Sin embargo, los magistrados discrepantes consideran que se debió autorizar la interposición del RR, puesto que en el momento de la autorización de lo que se trata simplemente es de ver si hay una base suficiente *prima facie* de pruebas, habiéndose de interpretarla de la forma más favorable para la efectiva iniciación del proceso en virtud del derecho a la tutela judicial efectiva. Si hubo contradicciones, lo que ponen en duda, debió haberse citado otra vez a los testigos. Consideran, además, que el proceso fue injusto por falta de garantías. A su parecer, el Estado democrático tiene el deber de buscar soluciones para que prevalezcan los *valores superiores* del orden jurídico. Citan el ejemplo de la Ley de 29 de octubre de 1992, de rehabilitación e indemnización a las víctimas de la RDA.

g) Por último, comparten voto particular en el ATS de 9 de julio de 2007 (RJA 275867), por el que se deniega autorización para RR en relación con el Acta-Sentencia dictada por el Juzgado eventual de la Plaza de Melilla, Circunscripción Oriental, de 23 de julio de 1936, que condena a D. Eduardo a ser pasado por las armas ese mismo día. Opina la Sala que dicha Acta-Sentencia no es siquiera un acto jurídico, sino una vía de hecho, por lo que no cabe el RR, puesto que éste se dirige a resoluciones jurisdiccionales⁴⁰. En su voto particu-

38. También cita doctrina de la Sala 2.ª del TS: S. 296/04 (RJA 1763); S. 407/02 (RJA3970); S. 30 de noviembre de 1998 (RJA 9221).

39. Se trataba de dos testigos que afirmaban haber sido ellos los autores del delito.

40. Este es un tema interesante para la Filosofía del Derecho. Según Kelsen, si un acto tiene apariencia de jurídico, aunque sea contradictorio con una norma superior, sigue

lar, los citados magistrados opinan que materialmente hubo un proceso y una sentencia. Consideran también que el RR ha de servir para dejar sin efecto sentencias firmes clamorosamente injustas y que en pocos casos como el presente es tan claro que ha de prevalecer la *justicia* sobre la seguridad.

3. Dificultades de esta posición doctrinal a tenor de la doctrina jurisprudencial consolidada

§ 10. Un apunte sobre el proceso

Ha habido numerosos pronunciamientos del TS y alguno del TC acerca de la posibilidad de interponer RR contra condenas por hechos políticos o sin las garantías básicas recaídas en procesos militares sumarios. Cuando examinamos la doctrina del TS, observamos resoluciones de dos tipos: autos o sentencias. Esto es debido a que, como se señaló⁴¹, primero se ha de pasar el trámite de autorización y, una vez autorizado mediante el correspondiente auto, se puede interponer RR, debiéndose emitir, previos el resto de trámites, la correspondiente sentencia. En relación con el supuesto de hechos nuevos, la Sala, en virtud del art. 958 LECrim, si se evidencia la inocencia del condenado, deberá anular la sentencia (juicio rescindente) y mandará, en su caso, a quien corresponda el conocimiento del delito instruir de nuevo la causa (juicio rescisorio).

§. 11. Ponderación de las nuevas pruebas

Son muchos los recursos de revisión no autorizados por la Sala de lo Militar del TS, porque, una vez analizados los nuevos hechos o los nuevos elementos de prueba, considera que éstos no disipan claramente las dudas acerca de la

siendo derecho mientras no sea anulado por el órgano competente del sistema. Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, 2.ª ed., trad. de R. J. Vernengo, Unam, México, 1986, p. 121. Esta tesis se estudia en detalle en Vergara, Oscar, «El sistema jurídico en I *Teoría pura del derecho*», en Vergara (ed.), *Teorías del sistema jurídico*, Comares, Granada, 2009, pp. 101-109.

41. Cfr. § 4.

inocencia del condenado. Recordemos que el art. 328. 6.º LPM exige «pruebas indubitadas» y pruebas indubitadas son, a tenor del ATS de 3 de marzo de 1999 (RJA 4776), aquellas «que no permitan, tras haber sido conocidas, incertidumbre o variación alguna entre dos o más juicios sobre el hecho en cuestión» (FJ3)⁴²; dicho de otro modo, aquellas que «sean suficientes a evidenciar el error del fallo, esto es, que lo hagan patente y manifiesto, mostrándose, no sólo que el error existe, sino que se representa al intelecto con toda claridad»⁴³.

En el caso analizado por este auto se trata de la revisión de sendas condenas a pena de muerte impuestas a los anarquistas Joaquín Delgado y Francisco Granados por un delito de terrorismo en virtud de Sentencia de 13 de agosto de 1968, del Consejo de Guerra que vio y falló la causa 1118/1968. En opinión del TS, la mencionada sentencia fue dictada por un órgano jurisdiccional colegiado, constituido con arreglo a la legalidad vigente y con una serie de garantías que enumera. Frente a estos hechos, considera, no cabe oponer un RR basado sólo en unos medios de prueba que considera escasos y débiles y que distan de constituir pruebas indubitadas (FJ4).

El tema de la prueba es esencial. Por ello pueden darse situaciones de indefensión (art. 24 CE), si el TS rechaza la práctica de algunas pruebas cuyo resultado pudiera ser determinante. Así lo estableció la STC 123/2004, de 13 de julio, en relación con el ATS de 3 de marzo de 1999 (RJA 4776), que estamos examinando en este parágrafo. El TC, a la luz del art. 24 CE, interpreta de un modo menos riguroso el acceso al RR, considerando que en el trámite de autorización, no se trata de «apreciar ya, en este momento procesal, si existen "pruebas indubitadas suficientes a evidenciar el error del fallo", sino de valorar si hay una base *prima facie* bastante para dar curso a la revisión» (FJ4). Si el trámite de autorización responde a la seguridad jurídica, no deja de ser necesario equilibrar este valor con el de justicia (FJ3). Considera, pues, que debe otorgar el amparo a dos de los tres recurrentes (viuda y hermano, rechazando el de la sobrina por falta de legitimación⁴⁴), anulando el mencionado ATS⁴⁵.

42. Se remite al ATS de 6 de junio de 1994 (RJA 4557).

43. Se remite al ATS 12 de junio de 1996 (RJA 5375).

44. Cfr. § 18.

45. A esta sentencia se añaden dos votos particulares de D. Roberto García-Calvo y Montiel y D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, que entienden que la resolución del

No obstante, el recurso no prosperó. El TS, en efecto, acordó, en cumplimiento de la citada STC, la práctica de ciertas pruebas que en su momento no acordó. Pero sólo sirvió para que el TS se ratificara en que el caso seguía sin estar claro, considerando que el resultado que arrojaba su práctica seguía presentando anomalías incompatibles con la necesidad del carácter indubitado de las pruebas [ATS de 18 de diciembre de 2006 (RJA 2007/142078)]⁴⁶.

Pero no siempre, el TS se ha mostrado tan riguroso en la fase de autorización. En el ATS de 21 de noviembre de 2002 (RJA 2003/215162), la Sala Quinta se inclinó hacia a una interpretación no tan rigorista del RR, autorizándolo en un supuesto en que, sin estar clara la fundamentación de éste, se consideró que el posterior trámite de audiencia podría servir a la parte interesada para exponer mejor su parecer, quedando cubierta la exigencia de que sea oída. Todo ello, en aras del art. 24 CE (FJ1).

En virtud del mismo precepto constitucional, el ATS 5 de julio de 2007 (RJA 4995), si bien considera que la práctica de las pruebas sólo es posible en la fase de autorización, se considera obligado en este caso a realizar todas las pruebas propuestas. Se reitera, no obstante, en la idea de que sólo cabe autorizar la interposición del RR ante pruebas que evidencien la inocencia del condenado y, concretamente, su no participación en los hechos (FJ1). Como esto no se da en el presente caso, al entender que no se aportan nuevos datos relevantes (FFJJ 2-6)⁴⁷, no autoriza el RR.

TS era correcta, ya que las pruebas practicadas eran adecuadas y suficientes, sin que tuvieran la virtualidad para poner en tela de juicio, siquiera indiciariamente, la corrección material de una resolución judicial dotada de la fuerza de la cosa juzgada.

46. En el voto particular a esta sentencia (*supra* § 9 f) se insiste en la idea de que en la autorización ha de analizarse si existen pruebas *prima facie*, sin entrar en un estudio en profundidad.

47. Como vimos arriba (§ 9 b), existen dos votos particulares. Juanes Peces invoca un principio *pro actione*, y duda de que no se puedan admitir más pruebas en la fase de sustanciación del recurso. Discrepa también Calvo Cabello, entendiendo que la Sala hace algo que no debería; entrar en un análisis en profundidad de la prueba. A su juicio, de la practicada en la fase de autorización habría que haber concluido la autorización del RR.

§ 12. ¿Nueva ponderación de las pruebas?

La jurisprudencia constitucional ha confirmado la doctrina del TS por la que no cabe invocar el *error iuris* como fundamento del RR⁴⁸. Es fuerza, pues, que éste se base en algo nuevo, externo al proceso que lo desvirtúe. Así se expresa la STS 30 de marzo de 1990 (RJA 1647), en el caso Grimau:

«Por esencia de la revisión, el que pide que se revise una sentencia firme reconoce "que se ha fallado en derecho con arreglo a los autos", sin quebrantamiento de las formas del juicio; lo que tiene que probar el recurrente es algo que, a diferencia de todos los demás recursos, no resulta de los mismos autos: se pide que se declare que la parte perjudicada, en lo hecho u omitido en el proceso, ha estado impedida por la fuerza o el engaño. Con lo que está en los autos, no podría rescindir-se la sentencia: el cohecho, la violación, la maquinación o el error evidencial han de deducirse de hechos ajenos al pleito y ocurridos fuera del mismo, no de los alegados y probados en él [...]»⁴⁹.

El RR no es, pues, un nuevo enjuiciamiento, ni una nueva instancia. Como dice el TS: «No se produce una revaloración de la prueba entonces practicada, ni un nuevo examen de la corrección del derecho aplicado» [ATS 20 de junio de 2006 (RJA 5363)]⁵⁰. Y el TC, en su S 150/1997, de 29 de septiembre, opina que, a pesar de que la ley se refiere a él como «recurso», el RR propiamente es más una «vía de impugnación autónoma», que (desde el punto de vista constitucional) se acerca más al derecho al acceso a la jurisdicción, que al de acceso a los recursos (FJ3). Por último, el TS considera que, si se examinan bien los cuatro supuestos del art. 954 LECrim, se puede advertir que el RR está concebido para remediar los errores sobre los presupuestos fácticos de la infracción. No se trata de la infracción de un precepto penal erróneamente aplicado a los autores [ATS 18 de junio de 1998 (RJA 5496), FJ2].

48. Cfr. SSTC 124/1984; 245/1991; 150/1997.

49. Cita las SSTs 31-3-1932 (RJA 1983); 2-1-1934 (RJA 83); 12-7-1940 (RJA 706).

50. En su apoyo cita doctrina de la Sala 2.ª (ATS 18 de junio de 1998; RJA 5496); de la propia Sala 5.ª (STS 27 de enero de 2000; RJA 4429), y del Tribunal Constitucional (STC 124/1984).

§ 13. ¿Y ponderar el derecho?

a) De lo ya visto, se desprende que no. Es más, la vía del RR implica que uno acepta el derecho vigente cuando se produjeron los hechos: se niegan los hechos, la comisión del delito, no el tipo penal, que constituye (constitula en nuestro caso) derecho vigente.

Esto es así en virtud de la CE, que en su Disposición Derogatoria declara *derogadas* (no anuladas) las disposiciones anteriores que se opongan a ella. Como recuerda J. Errandonea, la derogación se distingue de la anulación en cuanto a sus efectos hacia el pasado. Mientras que la derogación no afecta a situaciones jurídicas pasadas, sino que se proyecta al futuro, no ocurre lo mismo con la anulación, que se retrotrae hacia el pasado. Esto interfiere, obviamente, con el principio de seguridad jurídica. Por ello, en derecho comparado no es habitual una opción tan radical⁵¹. Ya vimos, en relación con las sentencias ilegítimas, que la LMH tampoco opta por ella.

En el ATS 26 de enero de 2006 (RJA 126411) se deniega autorización para interponer RR contra Sentencia del Consejo de Guerra de 20 de octubre de 1962 por un delito de rebelión militar por la que se condenó a D. Ángel a una pena de 28 años de condena. Para solicitar la autorización se presentan dos declaraciones autoinculatorias de dos personas que afirman haber sido ellos los autores de la colocación de un artefacto explosivo en el Valle de los Caídos el día 12 de agosto de 1962. El alto Tribunal considera, sin embargo, que las pruebas son irrelevantes porque a D. Ángel no se le condenó por poner la bomba (ya que no quedó acreditada su participación), sino por pertenecer a la organización clandestina Juventudes Libertarias y una serie de acciones vinculadas a ella:

«[...] la condena se produjo por otros hechos o conductas punibles, en la normativa entonces aplicable, consistentes en la integración del Sr. Ángel en la organización clandestina de las Juventudes Libertarias y

51. Cfr. Errandonea, Jorge, «Estudio comparado de la anulación de sentencias injustas en España», International Center for Transitional Justice (2008), p. 12. (<http://www.ictj.org/images/content/1/0/1059.pdf>).

Este autor ofrece algunos ejemplos de anulación: la anulación de las leyes de amnistía argentinas o la anulación de la legislación fascista incompatible con el Estado de Derecho llevada a cabo tras la II Guerra Mundial por Francia (Ordonnance du 24 novembre 1943; Ordonnance du 9 août 1944) e Italia (DLL 159 de 1944).

por las actividades que se describen en el "Factum" vinculadas a la misma [...].»

Como se puede apreciar, en ningún momento se cuestiona si es compatible con el Estado democrático y de derecho la tipificación como delito de la pertenencia a una organización política clandestina: ése era entonces el derecho vigente. No se puede, pues, decir que sea inconstitucional, sino, en todo caso, *preconstitucional*.

Hay que precisar que la LOTC concede a la CE una débil eficacia retroactiva, ya que permite la aplicación de ésta, a través del recurso de amparo, a situaciones jurídicas cuyos efectos, en el momento de la instauración del TC, no se hubieran agotado, en virtud de la DT 2.ª de aquella ley orgánica:

«1. Los plazos previstos en esta Ley para interponer el recurso de inconstitucionalidad o de amparo o promover un conflicto constitucional comenzarán a contarse desde el día en que quede constituido el Tribunal de acuerdo con la disposición transitoria anterior, cuando las Leyes, disposiciones, resoluciones o actos que originen el recurso o conflicto fueran anteriores a aquella fecha y no hubieran agotado sus efectos.»

Esto tiene dos problemas. Primero, la brevedad de dichos plazos. En cuanto al recurso de amparo, 30 días en virtud del art. 44.2 LOTC⁵². Y, segundo, el tiempo transcurrido. Es difícil que las condenas a que se refiere este trabajo no hubieran producido ya con anterioridad todos sus efectos⁵³.

52. Desde el 26 de octubre de 1979, fecha de la entrada en vigor de la LOTC, hasta la reforma de 25 de mayo de 2007, el plazo había sido de 20 días.

53. Cfr. SSTC 9/1981, de 31 de marzo; 43/1982, de 6 de julio; 35/1987, de 18 de marzo. Según esta última: «Frente a dicha expansiva doctrina es de considerar, en la línea de las Sentencias núms. 9/1981, de 31 de marzo (RTC 1981\9), y 43/1982, de 6 de julio (RTC 1982\43), que a pesar de no existir en la cláusula final de la Constitución, ni en ningún otro pasaje del Texto constitucional precepto alguno que establezca su retroactividad en términos generales o en relación con los derechos fundamentales, la Constitución tiene la significación primordial de establecer un orden de convivencia, singularmente en relación con derechos fundamentales y libertades públicas, debiendo por ello reconocerse que puede afectar a actos posteriores a su vigencia que deriven de situaciones creadas con anterioridad, ya que, además, la Disposición transitoria segunda, 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional admite el recurso de amparo contra actos o resoluciones anteriores que no hubieran agotado sus efectos.»

Así, pues, no cabe la aplicación retroactiva de la CE. Esto es recordado habitualmente por las sentencias estudiadas. Así, la STS 13 de mayo de 2003 (RJA 6234), FJ6:

«Ello [el problema del plazo] impidió que los interesados en el presente recurso de revisión pudieran ejercitar el recurso de amparo en protección del derecho fundamental que invocan, toda vez que la sentencia dictada el 19 de febrero de 1941 por el Consejo de Guerra Permanente núm. 2 de Valencia en el procedimiento sumarísimo núm. 15.032-V, produjo la totalidad de sus efectos en cuanto a don Armando M. V. y doña Águeda C. B. el 5 de abril de 1941, fecha en la que, en cumplimiento de la pena impuesta, fueron ejecutados.»

No cabe hacer excepciones en este punto, por muy doloroso que sea. Según el ATC 187/2004, de 25 de mayo (FJ3):

«Ninguna consideración de justicia puede imponerse al criterio de lo justo que albergan todas las formalidades procesales, que en casos como el presente se cifra en la convicción de que la dura realidad de la Historia no puede soslayarse en lo jurídico con procesos de revisión indefinida.»

El texto transcrito pertenece a un recurso de amparo contra Sentencia de 20 de septiembre de 1975, de la Sala de Justicia del Consejo Supremo de Justicia Militar, por la que se condenó a muerte al hijo de la recurrente por la muerte de un Policía Armado en julio de 1975. En la demanda de amparo se alegó la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, reconocido en el art. 24.2 CE. Sin embargo, el TC consideró que la CE no podía aplicarse a hechos y actos anteriores a su entrada en vigor que hubieran agotado todos sus efectos⁵⁴. Para el TC, no cabe formular recurso de amparo para remediar toda aquella situación anterior a la CE, cualquiera que sea su fecha, que vulnere los derechos fundamentales recogidos en ella. No considera competencia suya «contrastar con las normas, valores y principios garantizados por la Constitución Española de 1978 actos del poder público, como la dramática ejecución de una condena a muerte, que pertenecen a la Historia de España anterior al momento de su entrada en vigor» (FJ2)⁵⁵.

54. Se remite a la doctrina anterior: SSTC 9/1981, de 31 de marzo; 43/1982, de 6 de julio; 35/1987, de 18 de marzo; ATC 262/1990, de 18 de junio.

55. El ATS 20 de junio de 2006 (RJA 5363) se acoge en su integridad a esta doctrina en relación con una condena a muerte a cuatro personas en 1942 en virtud de Sentencia dictada el 26 de mayo de 1942 por el Consejo de Guerra núm. 2 Especial de Valencia.

La validez del derecho preconstitucional se trasluce también con carácter general en los argumentos de los magistrados disidentes. Por ejemplo, en el voto particular de D. José Jiménez Villarejo a la STS de 30 de enero de 1990 (RJA 1647), caso Grimau, se sostiene que la sentencia de 13 de abril de 1963 del Consejo de Guerra Ordinario designado para ver y fallar la causa n.º 1601/62 de la Primera Región Militar, por la que condenó a D. Julián Grimau por el trámite del juicio sumarísimo por un delito de rebelión militar, es una sentencia nula. Pero no porque el derecho del Régimen del Grai. Franco fuera nulo, sino precisamente *por violar éste*. En efecto, uno de los miembros que debían componer el Consejo de Guerra era un Capitán Auditor que, tres años después de dictada la sentencia, fue condenado por un delito de usurpación de funciones. Había accedido a tal empleo a partir de un presupuesto falso: no era licenciado en Derecho, siendo ésta una condición imprescindible para ello. Así, pues, Jiménez Villarejo entiende que la sentencia era nula. Esto entraña la obligación de retrotraer las actuaciones al momento en que se produjo el vicio determinante de la nulidad. Comoquiera que el Sr. Grimau está muerto, fuerza es sobreseer la causa, resultando inocente en virtud del principio de presunción de inocencia⁵⁶.

b) No obstante, hay dos aspectos en que, vía voto particular, se ha cuestionado el derecho preconstitucional. En primer lugar, se ha cuestionado la validez de los bandos de guerra por entenderse que no provienen de la autoridad legítima, sino de las fuerzas rebeldes. Como vimos, el CJM no es reformado legalmente hasta 1943, configurando como legítimas las nuevas autoridades del Régimen⁵⁷.

Y, en segundo lugar, se ha cuestionado el derecho procesal en materia de juicios sumarísimos, pues se entiende que las garantías que dispensa son

56. No concuerda con esta opinión el otro voto particular a la sentencia, obra de los magistrados D. Arturo Gilmeno Amiguet y D. Javier Sánchez del Río, que estiman que la nulidad no puede afectar a la cosa juzgada. A su juicio, no cabe deducir la inocencia a partir de la nulidad aun en el caso en que ésta fuera posible (que entienden que tampoco lo es). La causa pasaría al órgano competente, que tendría que sobreseer por fallecimiento del procesado. La presunción de inocencia quedaría viva, pero ello no implica la rehabilitación ni es susceptible de ser objeto de resolución judicial: simplemente existe. En todo caso, la resolución devino firme con la aprobación de la Autoridad Judicial Militar. Posteriormente, tras la entrada en vigor de la CE y el TC pudo haberse planteado un recurso de amparo, pero éste ya no es posible pasados nueve años desde la Transición.

57. Cfr. *supra* § 1.

escasísimas⁵⁸. A ello hay que añadir las violaciones judiciales de las garantías otorgadas legalmente.

Por su sustantividad propia, dedicamos el siguiente apartado a este tema de la falta de garantías procesales.

§ 14. La cuestión de las garantías procesales

a) En el caso Grinau acabamos de ver que uno de los miembros del Consejo de Guerra fue condenado por un delito de usurpación de funciones tres años después de dictado éste, por no ser licenciado en Derecho, requisito imprescindible para ser Capitán Auditor, en calidad del cual formó parte del mencionado Consejo⁵⁹. Pues bien, el TS desestima el RR formulado por el Fiscal General del Estado y por su viuda. Considera que por una cuestión de seguridad jurídica es preciso reconocer la validez de los actos del funcionario mientras ejerza sus funciones como tal. Añade, por otro lado, que el Consejo es el órgano que tramita y propone la sentencia, pero que ésta es aprobada por el Capitán General Militar de la Región (FJ2)⁶⁰. En todo caso, entiende el alto Tribunal, la nulidad se tiene que hacer valer a través de los recursos establecidos por la ley (arts. 238 y 240 LOPJ), que son los de apelación o casación, no el de revisión. Cabría también el recurso de amparo ante el TC, opina el TS, pero en el plazo establecido (en aquel momento 20 días desde la constitución del TC⁶¹). Refuerza esta interpretación el voto particular de los magistrados Gimeno Amiguet y Sánchez del Río. Consideran que el RR no es idóneo, pues se refiere al resultado (injusto), no al proceso seguido, y se basa en motivaciones extrañas al proceso. Para las causas de nulidad están los recursos ordinarios.

b) En el caso Delgado / Granados⁶², el TS entiende que hubo toda una serie de garantías, que enumera en el FJ4, frente a las cuales no cabe interponer un RR fundado en pruebas escasas y débiles [ATS 3 de marzo de 1999 (RJA

58. Cfr. *supra* § 1.

59. Cfr. *supra* § 13 a) *in fine*.

60. Añade que todos los vocales y el presidente del Consejo estuvieron de acuerdo con la propuesta.

61. Cfr. *supra* § 13 a).

62. Cfr. *supra* § 11.

4776]). Tras la práctica de nuevas pruebas ordenada por la STC 123/2004, en el ATS de 18 de diciembre de 2006 (RJA 142078), se reafirma en su opinión, aduciendo que el proceso no estuvo huérfano de pruebas (FJ7). Discrepan Calvo Cabello y Juanes Peces, que, en su voto particular, estiman que el proceso fue injusto por falta de garantías y que, además, el Consejo de Guerra no se refería a ninguna prueba⁶³.

c) Veamos otros casos más cercanos a la Guerra Civil; por ejemplo el examinado en el ATS de 20 junio de 2006 (RJA 5363), que deniega autorización para interponer RR contra la Sentencia dictada por el Consejo de Guerra núm. 2 Especial de Valencia, de 26 de mayo de 1942, que condenó a tres personas (padre y tíos de la demandante⁶⁴) a la pena de muerte. La Sala no detalla esto, pero Calvo Cabello, en su voto particular⁶⁵, favorable al RR, hace un examen pormenorizado de las garantías procesales, o más bien de su falta, lo que le hace concluir que «D. Luis [el padre] fue juzgado por un órgano ilegítimo, dependiente y parcial»:

Ilegítimo, porque el Consejo de Guerra que lo juzgó y condenó era continuidad de los creados el 1 de noviembre de 1936 por el Decreto 55, cuya ilegitimidad fue reconocida incluso por la Ley de la Jefatura del Estado de 12 de julio de 1940, que considera desaparecidas las circunstancias que propiciaron su creación una vez restablecido el Consejo Supremo de Justicia Militar⁶⁶. *Dependiente*, porque los miembros del Consejo de Guerra eran todos militares. *Parcial*, porque sus miembros todos participaban de la idea de construir un nuevo Estado, faltándoles la distancia necesaria, que se refleja en la misma sentencia, al vincularlos a la revolución marxista en España. Esto, en su opinión, bastaría para la nulidad del juicio. Pero, además, fue juzgado en un proceso sumarísimo, «que era la negación de toda garantía»⁶⁷.

Pues bien, en relación a las garantías procesales, el ATS que estamos analizando considera que la CE no es aplicable al momento en que se sustanció

63. Cfr. *supra* § 9 f).

64. Por unanimidad, el TS entiende que la solicitante carece de legitimación respecto a sus tíos. Entra a ver el caso de su padre, D. Luis.

65. Cfr. *supra* § 9 c).

66. Adviértase que Calvo Cabello aplica el derecho entonces vigente, en consonancia con lo que vimos en el apartado anterior.

67. Cfr. *supra* § 1 sobre el procedimiento sumarísimo.

el proceso y se dictó la sentencia impugnada, remitiéndose al ATC187/2004, de 25 de mayo⁶⁸, subrayando los años transcurridos desde la Sentencia impugnada y también desde la constitución del TC (a los efectos del recurso de amparo).

d) El ATS 21 de septiembre de 2006 (RJA 8411)⁶⁹, que deniega autorización para interponer RR contra la Sentencia dictada por el Consejo de Guerra Permanente n.º 2 de Valencia, de 21 de julio de 1942, en su FJ3, *in fine*, reconoce evidentes limitaciones en las garantías procesales en el caso y en general en aquellas circunstancias bélicas. Tiene interés copiar el texto:

«Todo ello no significa que se excluya, desde luego, la existencia de alguna imprecisión sustantiva en la normativa aplicada y de evidentes limitaciones en las garantías procesales en los enjuiciamientos, en el presente caso y en general, en las normas aplicadas durante el Estado de guerra y otras de derecho excepcional, dictadas en ambas zonas, que enmarcaron el enfrentamiento y sus consecuencias durante la dramática coyuntura de la guerra civil y con posterioridad a la misma, con el resultado de ocasionar situaciones de evidente dolor y el sufrimiento de numerosas víctimas y sus allegados.»

Considera, sin embargo, que el RR no es la vía adecuada, ya que éste exige hechos nuevos. No es cuestión de valoración jurídica:

«Sin embargo [continúa el texto], el cauce que posibilite el reconocimiento de tales situaciones y sus efectos no puede ser, desde el punto de vista técnico-jurídico, el del ámbito del recurso de revisión, tal como está planteado en la normativa vigente invocada por la parte salvo cuando nuevos hechos o nuevas pruebas, en la forma que exige la Ley, puedan traer como consecuencia su aplicabilidad, por lo que, al no desprenderse de las alegaciones objeto de análisis ningún nuevo hecho o prueba y si únicamente valoraciones jurídicas, se desestima el presente motivo.»

e) En el ATS 5 de julio de 2007 (RJA 4995)⁷⁰ se deniega autorización para interponer RR contra Sentencia del Consejo de Guerra de 8 de enero de 1974 y la del Consejo Supremo de Justicia Militar de 11 de febrero de 1974, que

68. Cfr. *supra* § 13 a).

69. Sobre los votos particulares a este Auto, cfr. *supra* § 9 a) y d).

70. Sobre los votos particulares a este Auto, cfr. *supra* § 9 b) y e).

confirmó la anterior, condenando a D. César a la pena de muerte por un delito de terrorismo que causó la muerte de un Subinspector de Policía. Alegan los promoventes que aquella persona no fue sometida a un proceso justo, al ser enjuiciado en un Consejo de Guerra sumarísimo, lo que entraña una limitación de las garantías. Se defiende, asimismo, que se negaron pruebas cruciales y que hubo malos tratos.

Sin embargo, el Auto considera que las garantías dadas a D. César fueron las que otorgaban la legislación y la jurisprudencia de la época, inferiores evidentemente a las que otorga la Constitución de 1978, especialmente en los artículos 24 y 25. Pero, recuerda, la jurisprudencia del TC entiende que la CE no tiene carácter retroactivo en esta materia. Menciona también el Acuerdo del Pleno del TC de 14 de julio de 1980, que especificó la fecha de 15 de julio de 1980 como aquella en la que comenzaron a correr los plazos para promover los recursos contra actos anteriores a dicha fecha que no hubieran agotado sus efectos (FJ7). En todo caso, las garantías procesales del caso fueron en algún caso significativas y enumera algunas de ellas. Añade que no se desprende que no se siguieran las exigencias previstas en el Código de Justicia Militar de 1945 (FJ7)⁷¹.

f) Por su falta de garantías destaca el Acta-Sentencia dictada por el Juzgado Eventual de la Plaza de Melilla, Circunscripción Oriental, el 23 de julio de 1936, que condena a D. Eduardo a ser pasado por las armas ese mismo día. Entienden los promoventes del RR, de cuya autorización trata el ATS 9 de julio de 2007 (RJA 275867)⁷², que en dicha resolución no consta ninguna de las garantías mínimas de un juicio justo, y alegan la CE y el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Pero, nuevamente, aparece el límite de la irretroactividad, tal y como lo recoge el Auto en su FJ2, remitiéndose a la doctrina del TC.

g) Terminamos con el ATC 187/2004 de 25 de mayo, que deja claramente establecido que «a ninguno de los [procesos] desarrollados durante el régimen preconstitucional puede serles de aplicación las garantías que sólo se han reconocido tras la entrada en vigor de la Constitución de 1978» (FJ3). Este Auto hace mención también del tiempo transcurrido desde la Sentencia recurrida (treinta años) y la instauración del TC (veintidós). Entiende que «ninguna consideración de justicia puede imponerse al criterio de lo justo que albergan

71. De la regulación del procedimiento sumarísimo en este código, *vid.* § 1.

72. En cuanto al voto particular a este Auto, *vid.* § 9 g).

todas las formalidades procesales, que en casos como el presente se cifra en la convicción de que la dura realidad de la Historia no puede soslayarse en lo jurídico con procesos de revisión indefinida» (FJ3)⁷³.

§ 15. Sí al «non bis in idem»

a) Conectado con lo anterior está el tema del *bis in idem* o doble enjuiciamiento de los mismos hechos. En los casos contados donde esto ha llegado a plantearse, la Sala Quinta del TS no sólo ha autorizado, sino que ha estimado el RR. No deja de ser un caso en parte problemático: en el procedimiento común no hay un motivo específico donde claramente pueda encuadrarse este supuesto⁷⁴.

El motivo 1.º no hace referencia a la doble condena, sino a la condena doble; esto es, al caso en que se condena a dos personas por unos hechos que sólo uno podría haber cometido. Por tanto no tiene que ver con el problema que analizamos. Por esta razón, la Sala de lo Penal del TS ha tenido que ir más allá de la letra de la ley para poder estimar un RR por doble condena por los mismos hechos. En su STS de 30 de noviembre de 1996 (RJA 9221)⁷⁵, la Sala mencionada se ha visto en esta tesitura: o bien interpretar extensivamente el n.º 1 buscando «favorecer al reo y evitar así situaciones que pugnan con el más elemental sentido de justicia»; o bien aplicar el principio «non bis in idem», de carácter general e «implícitamente de rango constitucional», apreciable de oficio; o bien ambas cosas. La Sala no tomó partido específicamente, pero acabó estimando el RR.

b) Este problema no se plantea en la jurisdicción militar, si atendemos al siguiente motivo de los tasados por el art. 328 LPM, que sí prevé expresamente el caso de la doble condena por los mismos hechos:

«5.º Cuando sobre los propios hechos hayan recaído dos sentencias firmes y dispares dictadas por la misma o por distintas jurisdicciones.»

Por ello, el TS acabará anulando la Sentencia de 6 de agosto de 1937, del Consejo de Guerra Permanente núm. 1 de Málaga, mediante la que se condenó a la pena de muerte, luego conmutada por la de prisión, por un delito

73. Acerca de la irretroactividad de la CE, cfr. § 13.

74. Cfr. § 4 a).

75. Cfr. § 7.

de rebelión militar, a D. Jon, como autor responsable de un delito de rebelión militar. El caso es que existía otra sentencia anterior absolutoria, de fecha de 14 de abril de 1937, del Consejo de Guerra Permanente núm. 3 de Málaga. Es por ello que la STS 19 de febrero de 2007 (RJA 1774)⁷⁶ estima el RR y anula el citado Consejo de Guerra, no como hecho nuevo ex núm. 6.º, sino específicamente en virtud del núm. 5.º

§ 16. El Derecho como hecho

A tenor de lo que llevamos visto, el RR se configura como una vía de impugnación de resoluciones judiciales firmes que se basa en la aparición de nuevos hechos o de nuevas pruebas que evidencian que alguien fue condenado injustamente. Hace referencia, pues, al sustrato fáctico de la resolución, que, al ser erróneo, determina una resolución injusta. Sin embargo, cierto sector doctrinal, basándose en algunas resoluciones del TC y del TS⁷⁷, considera que es posible ampliar el concepto de *nova facta* y hacer entrar en él elementos propiamente jurídicos. Se entiende que de alguna manera una sentencia o un dictamen son también hechos, ya que se dan en el tiempo y en el espacio⁷⁸. Veamos qué alcance pueda tener esta opinión a los efectos que a nosotros nos interesa en sendos ámbitos de la Sala de lo Penal y de la Sala de lo Militar del TS.

a) La STS, Sala de lo Penal, 6 de marzo de 2001 (RJA 1294), examina un caso de *cambio jurisprudencial* y se plantea la posibilidad de considerar éste como un hecho a los efectos del RR, tal y como procedió la Sala en su STS 13 de febrero de 1999 (RJA 503)⁷⁹ en relación con el mismo problema. El cambio jurisprudencial giraba en ambos casos en torno al concurso de los delitos de contrabando de drogas y contra la salud pública. En un primer momento se entendió que había un concurso ideal de delitos, pero luego se consideró que el de contrabando quedaba absorbido en el delito contra la

76. La interposición del RR fue autorizada por el ATS 24 de octubre de 2006 (RJA 2007/59602).

77. Cfr. *supra* §§ 5-8.

78. Entrando en el terreno de la Filosofía, hay una obra arquetípica de esta manera de entender el concepto de derecho, que viene a sostener que todo el derecho es sólo y exclusivamente un hecho, esto es, un fenómeno psico-social: cfr. Olivecrona, Karl, *El derecho como hecho*, trad. de L. López Guerra, Labor, Barcelona, 1980.

79. *Vid. supra* § 8.

salud pública. ¿Qué hacer con las múltiples resoluciones anteriores al cambio de jurisprudencia?

La STS 6 de marzo de 2001, a diferencia del precedente mencionado, considera que reputarlo un hecho a los efectos del RR es muy forzado. En su opinión, el cambio jurisprudencial no altera los hechos: «se trataba de una modificación de alcance exclusivamente jurídico y no fáctico, pues los hechos seguían siendo los mismos» (FJ2). Ya, anteriormente, el TS, en reunión plenaria de 30 de abril de 1999, había desautorizado esa interpretación extensiva del art. 954, 4.º LECrim. La STS 6 de marzo de 2001 sigue esta línea y considera que, por un imperativo de seguridad jurídica, las sentencias firmes sólo pueden modificarse cuando una norma de rango legal lo autoriza. Es el caso, por ejemplo, del CP de 1995, que lo permite expresamente cuando la norma posterior es más favorable al reo (art. 2.2)⁸⁰. No se puede equiparar esta posibilidad legal con el cambio jurisprudencial, aunque éste sea beneficioso para el reo (FJ3). Es más, dice la STS comentada: «La tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE encierra, como uno de sus contenidos, la necesidad de que las sentencias firmes se ejecuten en los propios términos en que alcanzaron firmeza» (FJ3).

Hay bastante jurisprudencia sobre este particular. En opinión de Sánchez Montenegro⁸¹, hay que concluir que el intento de ampliar el concepto de hechos nuevos por este camino ha fracasado:

«La configuración del cambio de criterio jurisprudencial como *hecho nuevo* al amparo del n. 4.º del art. 954 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

80. Art. 2.2 CP: «No obstante, tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena. En caso de duda sobre la determinación de la ley más favorable, será oído el reo. Los hechos cometidos bajo la vigencia de una ley temporal serán juzgados, sin embargo, conforme a ella, salvo que se disponga expresamente lo contrario.»

81. En relación con la materia de tráfico de drogas y contrabando, cita este autor: ATS 17 de mayo de 1999 (RJA 3376); ATS 7 de mayo de 1999 (RJA 4966); ATS 16 de julio de 1999 (RJA 6505); ATS 28 de junio de 1999 (RJA 6416); ATS 1 de julio de 1999 (RJA 8071); ATS 25 de octubre de 1999 (RJA 10187); ATS 18 de noviembre de 1999 (RJA10188); ATS 30 de diciembre de 1999 (RJA 10192); STS 26 de enero de 2000 (RJA 101); ATS 8 de febrero de 2000 (RJA 2068); ATS 14 de enero de 2000 (RJA 2130); ATS 28 de febrero de 2000 (RJA 7232); ATS 22 de noviembre de 2000 (RJA 1539/2001); ATS 10 de octubre de 2001 (RJA 7334); ATS 4 de octubre de 2001 (RJA 9567).

no ha pasado de ser un fracasado intento ampliatorio de este cauce del recurso de revisión, pese a las numerosas ocasiones en que se ha pretendido invadir con tal argumento la zona acotada por el precepto, cuyo planteamiento —con la excepción que luego se verá [la acabamos de citar en el párrafo precedente]— ha sido rotundamente desechado por la Jurisprudencia, por tratarse de cuestión estrictamente jurídica, no fáctica, que no constituye el requisito de *“nova facta”* exigido inexorablemente por el citado motivo cuarto de revisión y que hace referencia al conocimiento sobrevenido de nuevos hechos o elementos de prueba íntimamente relacionados con el Factum de la sentencia objeto de revisión.»⁸²

El exhaustivo ATS, Sala Quinta, de 21 de septiembre de 2006 (RJA 8411)⁸³, recogiendo la doctrina de la Sala de lo Penal, recuerda el limitado efecto revisor del cambio de jurisprudencia, «que sólo entraría en juego en aquellos supuestos en que el cambio jurisprudencial dé lugar a la despenalización total o destipificación de algunas conductas determinadas» (FJ3), que es el caso analizado en la STC 150/1997, en relación con el delito de intrusismo. Recordemos que dicha STC consideraba que la expresión «hechos nuevos» podía extenderse hasta comprender en ella declaraciones como la efectuada por la STC 111/1993 en el sentido de que el delito de intrusismo no podía abarcar el ejercicio de profesiones cuyo ejercicio no requiere título académico oficial, lo que permitía revisar las condenas de quienes fueron sancionados por ello. Ello, en virtud del principio de legalidad⁸⁴.

b) La Sala de lo Militar tampoco admite el planteamiento de *quaestiones iuris* en su jurisdicción. El ATS 14 de julio de 1998 (RJA 8134) deniega autorización a don Jesús G. D. para interponer RR contra la Sentencia de 28 de febrero de 1973, del Consejo de Guerra Ordinario, que le condenó como autor de un delito de injurias al Instituto Armado, en virtud del art. 317 del Código de Justicia Militar de 1945, a la pena de un año y seis meses de prisión. (Posteriormente se le indultó de la mitad de la pena, no así de las accesorias.) El RR se promovió en virtud de unos supuestos nuevos hechos: *la CE, con su repertorio de derechos fundamentales, los Pactos de la Moncloa y la aprobación de la Ley Orgánica 9/1980, reformadora del Código de Justicia Militar.*

82. Sánchez Montenegro, *op. cit.*, p. 158.

83. Cfr. el extenso repertorio de sentencias de ambas Salas que recoge este Auto.

84. Cfr. § 5.

Sin embargo, el TS señala que la postulación se apoya únicamente en una cuestión jurídica, ya que los hechos (la publicación de un poema que se consideró injurioso hacia la Guardia Civil) no se discuten. Lo que se hace es, más bien, aplicar a los mismos hechos unas «normas jurídicas no vigentes en el momento en que aquéllos tuvieron lugar». Su FJ2 termina así: «[...] esa valoración que en definitiva se insta, supone el mantenimiento de los hechos y, consecuentemente, la cuestión que ante la Sala se trae, queda fuera del estricto marco del llamado recurso extraordinario de revisión».

En la STS 13 de mayo de 2003 (RJA 6234) se desestima RR contra Sentencia de 19 de febrero de 1941 del Consejo de Guerra Permanente n.º 2 de Valencia, en el procedimiento sumarísimo núm. 15.032-V, por la que fueron condenados a la pena capital don Armando M. V. y doña Águeda C. B., padres de los interesados en el procedimiento y que fueron ejecutados el 5 de abril de 1941. Pues bien, la parte actora entiende que *la promulgación de la CE y la publicación de las sentencias en las que, con el alcance que le confiere aquélla, se establece el derecho a la presunción de inocencia* son hechos nuevos del art. 328.6.º LPM. El TS rechaza de plano esta pretensión, recordando que están excluidas del ámbito del RR las cuestiones de naturaleza estrictamente jurídica⁸⁵. Especifica que la CE, como cualquier acto jurídico, nace al derecho en un momento determinado; es la «Lex Maxima», la norma fundamental del ordenamiento jurídico español, pero de ningún modo un hecho que pueda alterar «los que como probados se recogieron en la infinidad de sentencias que fueron dictadas, con anterioridad a su vigencia, por diversos órganos jurisdiccionales en aplicación del derecho que estaba en vigor cuando se produjeron y con sujeción al procedimiento que en aquel momento el ordenamiento jurídico tenía establecido» (FJ5), como es el caso de autos.

La CE afecta a situaciones anteriores a su entrada en vigor que no hubieran agotado todos sus efectos. Así, cabría haber recurrido en amparo ante el TC en el plazo de 20 días establecido entonces en la LOTC a partir de la instauración del TC⁸⁶. No obstante, en este caso, la totalidad de los efectos se produjo el día 5 de abril de 1941, fecha en que fue ejecutada la pena capital (FJ6). Asimismo, en relación con la alegación de la parte actora de la STC

85. En su apoyo cita las SSTS 30 de enero de 1990 (RJA 1647) y 6 de noviembre de 2000 (RJA 4939) y los AATS 4 de junio de 1994 y 14 de julio de 1998 (RJA 8134).

86. Cfr. § 13.

150/1997, de 29 de septiembre⁸⁷, que afirma que una sentencia es también un hecho, el TS recuerda que el cambio jurisprudencial no puede ser tenido en cuenta en la aplicación del art. 954 LECrim, a no ser que implique un criterio de interpretación que afecte, vía tipicidad, al principio de legalidad y, consecuentemente, a la punibilidad de un determinado hecho (FJ4), doctrina que recuerda el ATS 5 de julio de 2007 (RJA 4995), FJ1⁸⁸.

En definitiva, la CE no sirve como hecho nuevo. Pero ha habido más intentos. El 14 de septiembre de 1999, la Comisión de Asuntos Exteriores del Congreso de los Diputados aprobaba una Proposición no de Ley sobre la conmemoración del 60.º aniversario del exilio español con ocasión de la finalización de la Guerra Civil española, que contenía una condena del levantamiento militar de 1936, deplorando la Guerra Civil:

«El Congreso de los Diputados del Reino de España, condena y deplora el levantamiento militar contra la legalidad constituida, encarnada en las instituciones políticas que representaron la II República Española. Lamenta profundamente la sinrazón del enfrentamiento incivil provocado por aquel levantamiento militar, cuyas consecuencias han de servir para enseñar a los españoles que la vía para resolver los conflictos que se dan en toda sociedad nunca puede estar en el camino de la violencia, sino en el del diálogo, el entendimiento y la paz.»

Posteriormente, el día 20 de noviembre de 2002, la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados aprobó, con modificaciones, varias Proposiciones no de Ley condenando el Régimen y del Gral. Franco:

«El Congreso de los Diputados, en este vigésimo quinto aniversario de las primeras elecciones libres de nuestra actual democracia, reitera que nadie puede sentirse legitimado, como ocurrió en el pasado, para utilizar la violencia con la finalidad de imponer sus convicciones políticas y establecer regímenes totalitarios contrarios a la libertad y a la dignidad de todos los ciudadanos, lo que merece la condena y repulsa de nuestra sociedad democrática.»

87. Cfr. § 5.

88. Sobre otros aspectos de este Auto, *vid.* § 14 e).

En dicha Proposición se instaba también a todas las instituciones a apoyar todas las acciones que emprendieran las familias afectadas, sobre todo en el ámbito local.

Pues bien, ¿pueden estas condenas ser consideradas nuevos hechos a los efectos del RR?

El ATS 16 de junio de 2004 (RJA 54394), caso Gurnés, deniega autorización para la interposición de un RR contra Sentencia del Consejo de Guerra Permanente num. 3 de Cataluña de 4 de mayo de 1939, que se promovía sobre la base de las anteriores proposiciones no de ley, considerándolas pruebas indubitadas de la ilegalidad del Alzamiento. De ellas se desprendía que quienes sostuvieron las instituciones de la II República no podían ser considerados rebeldes. Tampoco serían válidos los Bandos de 19 y 28 de julio, ni valdrían sus tipos penales.

Sin embargo, el TS consideró que las proposiciones no de ley no son medios de prueba admitidos procesalmente, pues nada dicen sobre la inocencia o culpabilidad del abuelo y padre de los promoventes. Copiamos los argumentos que, *mutatis mutandis*, se repetirán en una buena cantidad de autos:

«En las proposiciones consideradas ninguna alusión directa o indirecta se hace a la actuación del abuelo y padre de los promoventes ni se apunta hecho alguno que modificara o hiciera desaparecer sus acciones, aludiendo tan sólo, en términos abstractos y partiendo de consideraciones políticas que descalifican el enfrentamiento civil entre españoles, a la pertinencia de que, mediante la creación de una Comisión Intergubernamental, se mejoren las condiciones en que se desarrolla la vida de quienes se vieron forzados al exilio y de sus herederos, y se reitera las que pueden considerarse las bases de la convivencia democrática, subrayando el deber del reconocimiento moral de quienes fueron víctimas de la contienda y de sus consecuencias postbélicas, instando el desarrollo de una política integral de reconocimiento moral y protección económica y social a favor de los exiliados a causa de la Guerra Civil y de los "niños de la guerra", con recuperación de la nacionalidad española por todos ellos y su extensión a sus descendientes directos.»

Estas mismas proposiciones constituirán un argumento recurrente en los siguientes autos, todos ellos rechazados de plano conforme a la doctrina recién expuesta. Son éstos: ATS 16 de junio de 2004 (RJA 2005/5659); ATS 17 de junio de 2004 (RJA 2005/14076); ATS 17 de junio de 2004 (RJA 2005/54393); ATS 17 de junio de 2004 (RJA 2005/73722); ATS 21 de junio

de 2004 (RJA 2005/73718); ATS 28 de junio de 2004 (RJA 2005/73709); ATS 29 de junio de 2004 (RJA 2006/147073); ATS 29 de junio de 2004 (RJA 2006/147072); ATS 29 de junio de 2004 (RJA 2005/14073); ATS 29 de junio de 2004 (RJA 2006/147073); ATS 30 de junio de 2004 (RJA 2006/147069); ATS 30 de junio de 2004 (RJA 2006/147069); ATS 30 de junio de 2004 (RJA 2006/147071); ATS 7 de julio de 2004 (RJA 2004/242987); ATS 27 de julio de 2004 (RJA 2005/1045); ATS 27 de julio de 2004 (RJA 2004/242978); ATS 9 de diciembre de 2004 (RJA 2005/5668)⁸⁹.

Toda esta doctrina se ha visto refrendada, desde el punto de vista constitucional, por el ATC 204/2006, de 29 de junio, que considera, en relación con el ATS 16 de junio de 2004 (RJA 54394), caso Gurnés, que acabamos de examinar, que tal modo de razonar supera el canon de razonabilidad e interdicción de la arbitrariedad y el error patente y no constituye un cierre desproporcionado del proceso, al encontrar soporte «en consideraciones de fondo que, en suma, suponen la desestimación de la pretensión ejercitada y, consecuentemente, la satisfacción del derecho a una resolución judicial de fondo» (FJ3).

§ 17. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El caso Gurnés, cuyo iter procesal acabamos de seguir es interesante porque ha sido admitido a trámite un recurso por el mismo caso contra España ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Otros recursos han sido declarados inadmisibles por este órgano, como el interpuesto por D. Vicente Muñoz Campos⁹⁰ por el fusilamiento de sus padres en virtud de Sentencia del Consejo de Guerra Permanente de Valencia de 19 de febrero de 1941. La fundamentación parece consistir en que los hechos de la demanda no afectan a D. Vicente, sino a sus padres:

«El Tribunal ha considerado que el procedimiento contencioso no se refería a un litigio sobre los derechos obligaciones de carácter civil del demandante, ni al fundamento de una acusación en materia penal dirigida contra él en virtud del artículo 6 del Convenio. En consecuencia,

89. Entre otros varios argumentos examinados arriba baraja el que nos ocupa otro auto posterior: ATS 21 de septiembre de 2006 (RJA 8411), FJ4.

90. Cfr. §§ 13 y 16 b) en relación con las STS 13 mayo 2003 (RJA 8234).

la demanda es incompatible *ratione materiae* con las disposiciones del Convenio, en virtud del artículo 35 §3.»

Según el artículo 35 §3, el Tribunal «considerará inadmisibles cualquier demanda individual presentada en aplicación del artículo 34, cuando la estime incompatible con las disposiciones del Convenio o de sus Protocolos, manifiestamente mal fundada o abusiva». Y, según el art. 34 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) el Tribunal «podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación, por una de las Altas Partes Contratantes, de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos». Nada se dice, pues, de la legitimación de otras personas.

Pero ¿qué sucedería si una demanda de este tipo llegase eventualmente a admitirse (caso Gurnés, por ejemplo) y recayera una sentencia favorable? ¿Podría esta sentencia ejecutarse en España?

La STS (Sala de lo Penal) 4 de abril de 1990 (RJA 3157), dictada como consecuencia de una Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) que declaró que había una vulneración del CEDH, entendió que las sentencias del TEDH sólo tenían naturaleza declarativa, por lo que no eran directamente ejecutables a través del sistema judicial español, lo cual sólo era posible a través de una modificación legislativa o la firma de un nuevo protocolo al convenio (FJ3). Por lo que:

«Ante la ausencia de estos dos datos, se ha de resolver la cuestión debatida, se vuelve a repetir, declarando la imposibilidad de ejecución de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6-XII-88, en el sentido de anular una sentencia firme dictada por el Tribunal Supremo que es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales, que lo sería entonces, el Tribunal Constitucional; pues ello supondría introducir una instancia judicial internacional superior para suspender la ejecución de sentencias firmes y con ello "inventar" un nuevo motivo de revisión.»

Contra esta sentencia se interpuso recurso de amparo, que falló la STC 245/1991, de 16 de diciembre, que confirmó la falta de ejecutoriedad ante los tribunales españoles de las SSTEDH:

«[...] y ello no sólo porque el tema de la ejecución interna de la Sentencia del TEDH es ajeno a la competencia de este tribunal, sino porque, además, en este punto ha de darse la razón al Tribunal Supremo cuando afir-

ma que la Sentencia pronunciada por el TEDH es una resolución meramente declarativa, sin efecto directo anulatorio interno, ni ejecutoriedad a cargo de los Tribunales españoles».

Ahora bien, el TC, en la misma Sentencia, entendía que no era posible ignorar la decisión del TEDH. Es verdad que el CEDH no obliga a reconocer la fuerza ejecutoria de las sentencias del TEDH, pero también que dicho Convenio forma parte del orden jurídico interno conforme al art. 96.1 CE. Además, las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas contenidas en la CE han de interpretarse de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales (art. 10.2 CE), siendo el TEDH el órgano cualificado que tiene por misión interpretar dicho Convenio. Así, pues, cuando el TEDH declare la violación de un derecho reconocido por el Convenio, «que constituya asimismo la violación actual de un derecho fundamental consagrado en nuestra Constitución», corresponde enjuiciarla al TC como juez supremo de la CE (FJ3). Como éste era el caso (violación del art. 6.1 del CEDH y violación de los arts. 24.2 y 17.1 CE), se amparó a los recurrentes en su derecho a un proceso público con todas las garantías.

Posteriormente, la STS (Sala de lo Militar) 27 de enero de 2000 (RJA2001/4429) conoció un caso donde fue invocada una sentencia del TEDH. Consideró la Sala que el RR no es la vía para hacer efectivas las obligaciones derivadas del cumplimiento de la Sentencia de 28 de octubre de 1998 del TEDH. Una sentencia del TEDH, entiende, no es un hecho nuevo. Y se remite a la STC 245/1991, de 16 de diciembre, en cuya virtud, nuestra legislación no ha adoptado ninguna disposición que permita la revisión de sentencias penales firmes a consecuencia de una sentencia del TEDH. Lo que corresponde es reponer los autos al momento en que se cometieron las faltas. El art. 954.4 LECrim y el art. 328.6 LPM se refieren a una situación en que se conocen unos hechos tras una condena firme que, una vez valorados por el tribunal, llevarían consigo la alteración o modificación del fallo en sentido más favorable.

Escasos días antes, el 19 de enero de 2000, el Comité de Ministros del Consejo de Europa había adoptado una Recomendación encareciendo a los Estados miembros a revisar sus sistemas legales internos con la finalidad de que sea posible reexaminar los casos en las causas en las que el TEDH hubiera encontrado una violación del Convenio, en particular cuando la parte afectada continuara sufriendo las consecuencias de la decisión

interna. No obstante, que sepamos, el legislador no ha actuado en este sentido⁹¹.

El ATS (Sala de lo Penal) 29 de abril de 2004 (RJA 3763) acoge la doctrina de que no es posible ignorar una STEDH por las razones expuestas arriba. Considera, asimismo, que la salvaguarda de los derechos fundamentales no sólo corresponde al TC, sino también a los tribunales ordinarios. En cuanto a la procedencia del RR, entiende que hay una línea jurisprudencial que ha ampliado los motivos fijados en el art. 954 LECrim. Por ello, cabe interpretar como hecho nuevo del n.º 4 la expulsión del proceso de pruebas de cargo obtenidas con violación de los derechos fundamentales, a la luz del CEDH (según la interpretación del TEDH) en conexión con la CE. En el presente caso se trataba de unas escuchas telefónicas, que según el TEDH habían violado su derecho al secreto de las comunicaciones (art. 8 CEDH). Esto impedía tenerlas en cuenta. Sin embargo, del resto de pruebas se deducía igualmente la comisión del delito, por lo que el TS no autorizó el RR.

En definitiva, la situación del derecho español es que no hay una ley que permita la ejecución de sentencias del TEDH y, sin perjuicio de su virtualidad interpretativa de los derechos fundamentales reconocidos en la CE, falta también una práctica judicial proclive al RR⁹².

§ 18. Problemas de legitimación

La jurisprudencia española también se muestra estricta en materia de legitimación. Establece el art. 329 LPM que están legitimados para interponer RR: el penado y su cónyuge, ascendientes o descendientes y hermanos. Y el art. 955 LECrim: el penado y (cuando éste haya fallecido) su cónyuge, o quien haya mantenido convivencia como tal, ascendientes y descendientes; esto es, excluye a los hermanos. A modo de muestra, los sobrinos son rechazados como promoventes por esta causa en las siguientes resoluciones de la Sala de lo Militar: ATS 16 de junio de 2004 (RJA 2005/215765);

91. En todo caso, existe el problema de la cosa juzgada, exigencia de la seguridad jurídica, ya que la reapertura de procesos judiciales ya concluidos puede conllevar una lesión de derechos fundamentales. Cfr. Salinas Alcega, Sergio, *El sistema europeo de protección de los derechos humanos en el siglo XXI. El proceso de reforma para asegurar su eficacia a largo plazo*, Iustel, Madrid, 2009, p. 281.

92. Cfr. Ripol Carulla, Santiago, *El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el derecho español*, Atelier, Barcelona, 2007, p. 138.

ATS 29 de junio de 2004 (RJA 2006/147072); ATS 30 de junio de 2004 (RJA 2006/147070); ATS 6 de julio de 2004 (RJA 2005/14072); ATS 27 de julio de 2004 (RJA 2005/73706); ATS 27 de julio de 2004 (RJA2005/54391), y los sobrino-nietos en éstas: ATS 17 de junio de 2004 (RJA 2005/54393); ATS 9 de diciembre de 2004 (RJA 5658).

4. Una interpretación histórica

§ 19. La Ley de Memoria Histórica como argumento

Se desprende claramente que la jurisprudencia es renuente a autorizar el RR más allá de los estrictos términos que permiten las leyes procesales. Al comienzo señalamos que la LMH no ha querido anular las sentencias que estamos analizando. Dicha ley declara ilegítimas las condenas y los órganos que las dictaron. Ahora bien, ¿podría servir la LMH, en tanto en cuanto hace esta novedosa declaración, para fundamentar un RR?

No parece correcto. La anulación de estas condenas ha sido una vieja reivindicación, de sobra conocida por el legislador, y ha estado bien expresa a la hora de redactar la ley. Si pudiendo anularlas, el legislador no lo ha hecho, es exactamente porque no ha querido hacerlo. Utilizar la ley para fundamentar un RR buscando algo contrario a su propósito no parece coherente. Si, de nuevo, tenemos en cuenta que, según la doctrina jurisprudencial, el RR sólo puede estar basado en datos de hecho, es muy difícil que prospere este intento.

§ 20. La ilegitimidad del «Alzamiento Nacional» y del Régimen de Franco

Como decimos, la anulación de las condenas dictadas por motivos ideológicos o sin las debidas garantías durante la Guerra Civil y la Dictadura es una vieja reivindicación. A partir de 1998, a raíz probablemente de la Ley alemana de 25 de agosto de 1998 para la Anulación de las Sentencias Nacional-Socialistas Injustas en la Administración de Justicia Penal, aunque de manera especial a partir de 2004, son numerosas las iniciativas políticas planteadas en España.

En general, sobre la ilegitimidad de la Guerra Civil y del Régimen subsiguiente, ya en 1999 podemos mencionar, en sede de la Comisión de Asuntos Exte-

riores del Congreso, la Proposición no de Ley relativa al 60.º aniversario del exilio español tras la Guerra Civil Española, aprobada el día 14 de septiembre de 1999, que, como vimos, condenaba el levantamiento militar de 1936⁹³. A continuación cabe destacar, en sede de la Comisión Constitucional del mismo órgano, la Proposición no de Ley sobre el reconocimiento moral de todos los hombres y mujeres que padecieron la represión del Régimen franquista por defender la libertad y por profesar convicciones democráticas, aprobada en la elocuente fecha de 20 de noviembre de 2002, que condenaba el mismo Régimen franquista⁹⁴.

§ 21. ¿Existió alguna vez alguna voluntad política de anular las condenas injustas?

En particular, sobre la anulación de condenas, son muchas las iniciativas que surgen en torno al año 2004, aunque normalmente acaban caducando.

a) El 28 de julio de 2003, el Grupo Parlamentario Socialista presentó una Proposición no de Ley relativa a la anulación de los juicios sumarios de la dictadura franquista, donde una de las cosas que se solicitaba era la creación de un proyecto de ley «para la anulación de los fallos injustos emitidos en los juicios sumarios realizados al amparo de la Instrucción de Causa General, de responsabilidades políticas, por la ilegalidad de estas normas e ilegitimidad de los tribunales y aparatos judiciales que iniciaron esos procesos y dictaron las sentencias». Esta Proposición fue debatida y rechazada el día 8 de septiembre de 2003. De las intervenciones de los distintos grupos parlamentarios se desprende que la finalidad de la medida era la reparación *moral* de las víctimas. El Grupo Parlamentario Popular rechazó la propuesta argumentando en torno a la idea de reconciliación nacional, como inspiración de la Transición: Ley de Amnistía de 1977, Constitución de 1978. A este respecto, el Grupo Popular consideraba suficiente la mencionada Declaración de la Comisión Constitucional del Congreso de 20 de noviembre de 2002.

b) El Grupo más activo en esto ha sido el de Izquierda Verde-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds. El 1 de junio de 2004 presentó una iniciativa, que caducó, donde se pedía al Gobierno reformas legislativas en materia de

93. Cfr. § 16 b).

94. Cfr. *Ibidem*.

revisión de sentencias⁹⁵, con la finalidad de restaurar el buen nombre de los condenados durante la Guerra Civil y el franquismo. Entendía este Grupo que no se podía sufrir que los familiares de aquéllos tuvieran que oír que fueron *legalmente* fusilados. Y consideraban que esto menguaba la legitimidad del orden constitucional.

c) Mientras, el ánimo inicial del Grupo Socialista se fue templando. El 1 de octubre de 2004, este Grupo presentó una Proposición no de Ley en términos mucho más cautos que la primera. Se pretendió instar a la Comisión Interministerial para el Estudio de las Víctimas de la Guerra Civil y el Franquismo⁹⁶ a que realizara un estudio jurídico acerca de la posibilidad de anular las condenas⁹⁷. La iniciativa caducó.

d) No desmayó en su empeño, sin embargo, el Grupo de Izquierda Verde etc. que el 25 de octubre de 2004 presentó otra iniciativa igual y con el mismo nombre que la que este mismo Grupo había presentado en mayo, que también caducó.

e) Y el 5 de mayo de 2005, volvió a insistir con otra iniciativa similar⁹⁸, que corrió la misma suerte. Cabe destacar, por lo que a nosotros interesa, que el Grupo Izquierda Verde etc. era muy consciente del quebranto jurídico que entrañaba la anulación. Por ello no pedía «rebatir la pureza formal de esas decisiones judiciales, sino que más allá de razonamientos jurídico-procesales, se haga justicia».

§ 22. «Anulaciones» especiales

Un cierto éxito, de carácter simbólico, sí que han tenido algunas iniciativas autonómicas para desagrar y anular las condenas sufridas por ciertos políticos suyos de nota. Pero el éxito ha sido pequeño, ya que nunca han llegado a ver sus proponentes dicha anulación.

95. Proposición no de Ley relativa a la revisión de sentencias y restitución moral de los españoles fusilados durante el franquismo por motivos políticos y de conciencia.

96. Sobre su creación, *vid.* Introducción a este trabajo.

97. Proposición no de Ley relativa a la realización de un estudio jurídico sobre la anulación de los juicios sumarios al amparo de la legislación franquista.

98. Proposición no de Ley sobre revisión de sentencias y anulación de Consejos de Guerra y juicios sumarios ejecutados por motivos políticos durante la Dictadura franquista.

a) El día 18 de mayo de 2004, el Grupo de Esquerra Republicana de Catalunya presentó una Proposición no de Ley relativa a la anulación del Consejo de Guerra sumarísimo a que fue sometido el Presidente de Cataluña Lluís Companys. El texto presentado por este Grupo para su aprobación pretendía que el Congreso instara al Gobierno a ejecutar tres cosas: 1.º) Empezar las acciones necesarias para anular el Consejo de Guerra. 2.º) Rehabilitar su honor con un acto de desagravio en Montjuïc. 3.º) Demandar públicamente perdón por parte del Estado español. Finalmente, en el texto aprobado por el Congreso el día 28 de septiembre de 2004 se suprimió el n.º 3, instándose, pues, al Gobierno sólo a las dos primeras cosas. Dicho n.º 3 fue rechazado, como se desprende de las intervenciones de los portavoces del Grupo Socialista y del Grupo de Izquierda Verde porque entendían que no había una continuidad con el Régimen de Franco y que la Democracia no era culpable de aquello⁹⁹.

b) CiU también instó a la rehabilitación moral de otro político, en este caso Manuel Carrasco i Formiguera, concejal en el Ayuntamiento de Barcelona y diputado en las Cortes Españolas, a través de la correspondiente Proposición no de Ley presentada el día 3 de agosto de 2005¹⁰⁰. El texto fue aprobado con modificaciones el día 27 de septiembre de 2005. Originalmente se pretendía instar al Gobierno a iniciar los trámites necesarios para anular el Consejo de Guerra, así como a adoptar las medidas necesarias para restituir su memoria; esto segundo a través de la Comisión Interministerial. En el texto que se aprobó tras el debate, la primera petición se situó en el marco de los trabajos de dicha comisión, instándose al Gobierno a «iniciar las acciones necesarias que permitan, a la luz del contenido de los trabajos de la Comisión Interministerial creada para el estudio de la situación de las víctimas de la Guerra Civil y del franquismo, la anulación del Consejo de Guerra sumarísimo a que fue sometido el dirigente de Unió Democràtica de Catalunya Manuel Carrasco i Formiguera». Cabe destacar que en el debate parlamentario, el Grupo Parlamentario Vasco, a través de su portavoz, propuso una modificación del recurso de

99. Esto puede ser discutible desde el punto de vista del Derecho Internacional. Desde esta perspectiva sí hay tal continuidad. Cfr. Chinchón, Javier, «El viaje a ninguna parte: memoria, leyes, historia y olvido sobre la guerra civil y el pasado autoritario en España. Un examen desde el derecho internacional», *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, 45 (enero-junio 2007), p. 120.

100. Proposición no de Ley por la que se insta al Gobierno para que adopte medidas para la anulación del Consejo de Guerra sumarísimo a que fue sometido Manuel Carrasco i Formiguera.

revisión, por entender que éste era inviable al exigir hechos nuevos. El Grupo Parlamentario Popular, a su vez, alegó la seguridad jurídica como un motivo para no pedir la revisión de la condena del político catalán.

c) El BNG no podía ser menos y, a través del Grupo Parlamentario Mixto, personificó simbólicamente en Alexandre Bóveda Iglesias la represión del Régimen, por medio de una Proposición no de Ley, presentada el 2 de enero de 2008¹⁰¹. Ésta quedó finalmente aprobada el día 28 de febrero de 2006 en términos parecidos a las anteriores. El Bloque pretendía que se instara al Gobierno a tres cosas: 1.º) Adopción de las medidas necesarias para anular el Consejo de Guerra. 2.º) Rehabilitar públicamente la memoria de Bóveda en colaboración con la Xunta, «como símbolo de la Galicia martirizada». 3.º) Impulsar y apoyar iniciativas de recuperación de la memoria histórica. Las tres prosperaron en el debate, pero, al igual que en los casos anteriores, lo relativo a la anulación del Consejo de Guerra, volvió a situarse en el horizonte de los trabajos de la Comisión Interministerial.

§ 23. El Informe de la Comisión Interministerial

El 28 de julio de 2006 la citada Comisión Interministerial para el Estudio de la Situación de las Víctimas de la Guerra Civil y el Franquismo emitió un informe, que, en lo que a nosotros respecta, dice lo siguiente.

El Informe es consciente de la demanda de ciertos colectivos de declarar oficialmente la injusticia de las condenas. Por ello se considera necesario realizar un «gesto de estricta amistad cívica». Pero se piensa que no se puede ir más allá y anular aquéllas, porque la protección de la cosa juzgada es una exigencia de la *seguridad jurídica*¹⁰². Por lo que se refiere a la anulación de sentencias, a juicio de la Comisión, esto entraña una enorme complejidad habida cuenta del tiempo transcurrido. El Informe se acoge a la doctrina del TC en materia de irretroactividad de la CE: no se puede aplicar la norma fundamental a situaciones anteriores a su entrada en vigor que hubieran agotado todos sus efectos jurídicos antes de ese momento. Ello, por una necesidad de armonizar la justicia con la seguridad jurídica. Se trata de una solución, continúa el Informe, que coincide en lo esencial con otras fórmulas de justi-

101. Proposición no de Ley relativa a Alexandre Bóveda Iglesias, víctima del régimen franquista en Galicia.

102. *Informe General*, cit., p. 31.

cia transicional adoptadas en otros ordenamientos comparados que se han enfrentado a circunstancias similares. Se señala, asimismo, que cuenta con el aval del TEDH¹⁰³.

La única alternativa posible, considera el Informe, sería dictar una ley que estableciera un procedimiento judicial excepcional y extraordinario a través del cual se pudieran revisar las condenas dictadas durante la Guerra Civil y el franquismo. Pero no se cree conveniente. Por un lado, porque rescindir retroactivamente la cosa juzgada es peligroso para el *Estado de Derecho*. Y, por otro lado, porque entraña muchas *dificultades* técnicas y prácticas: cómo aplicar a un tiempo pasado los estándares y garantías constitucionales; cómo conseguir las personas interesadas documentos y demás elementos probatorios¹⁰⁴. Por ello, el informe aconseja dos cosas: 1.º) Declarar a través de una ley, de manera solemne y general, la injusticia de las condenas. 2.º) Establecer en la misma ley un cauce específico para reparar a los condenados de manera individualizada.

Como hemos visto, la LMH ha seguido fielmente estas recomendaciones.

5. Conclusiones

§ 24. El recurso de revisión, cuestión de hecho

Al principio se vio cómo un sector doctrinal abogaba por el RR como vía para anular sistemáticamente todas aquellas resoluciones penales condenatorias dictadas en consejos de guerra a través del procedimiento sumarísimo por hechos políticos o sin las debidas garantías durante la Guerra Civil y la Dictadura. En este momento sería la única vía posible, toda vez que la LMH ha optado, en aras de la seguridad jurídica, por respetar la cosa juzgada.

Del presente estudio se desprende que la anulación es posible, pero sólo en los contados casos y en los estrictos términos previstos por la LPM y la LECrim. En el caso que nos ocupa dos han sido los motivos legales invocados en los recursos promovidos ante la Sala de lo Militar del TS: *non bis*

103. *Ibid.*, p. 34

104. *Ibid.*, p. 35.

in idem (art. 328. 5.º LPM) en algún caso aislado y, sobre todo, *nova facta* (art. 328. 6.º LPM y art. 954. 4.º LECrim). Los primeros han prosperado; los segundos, no. No porque se denieguen sistemáticamente (es una vía procesal perfectamente transitable), sino porque este motivo está sometido a una condición muy estricta: es preciso presentar «pruebas indubitadas suficientes a evidenciar el error del fallo». Se quiere decir con esto, que hay que demostrar sin lugar a dudas que el condenado no cometió el delito por el que fue condenado.

Por lo tanto, no se discute el derecho vigente cuando se cometieron los hechos, tampoco las garantías que se dispensaron al penado, sino los mismos hechos. Es preciso demostrar que el condenado no cometió el delito y que, por ello, fue penado injustamente. La CE derogó las disposiciones del régimen franquista contrarias a ella, pero no las anuló. Carece de eficacia retroactiva respecto de todas aquellas situaciones jurídicas nacidas con anterioridad que hubieran agotado sus efectos. Respecto de éstas, no cabe invocar sus derechos y garantías. El RR, a tenor de la doctrina jurisprudencial estudiada, no tiene como finalidad una nueva valoración de los (mismos) hechos, sino que encuentra su sentido en una primera valoración de unos hechos nuevos o no probados. Tiene que ver con hechos ajenos al proceso, que en su día no se conocieron o no se pudieron probar. No sirve para poner en cuestión ni el proceso ni el derecho aplicado. No se puede plantear por una *quaestio iuris*.

§ 25. El derecho ante el recurso de revisión

En relación con aquellas sentencias que consideran como hechos determinados actos jurídicos (con el argumento de que se dan en el espacio y en el tiempo), hay que decir lo siguiente.

La STC 150/1997, de 29 de septiembre, que consideró como hecho nuevo una sentencia del TC, tiene un alcance limitado y abarca sólo aquellos supuestos en los que el cambio jurisprudencial consiste en una reinterpretación despenalizadora o destipificadora de la ley que afecte al principio de legalidad del art. 25 CE.

La STS de 13 de febrero de 1999 (RJA 503), basada en la STC 150/1997, que considera el cambio jurisprudencial como un hecho de los del art. 954. 4.º, ha sido considerada errónea por la jurisprudencia posterior, que ha negado sistemáticamente que un cambio de jurisprudencia tenga la virtualidad de alterar la cosa juzgada.

En cuanto a las SSTEDH, éstas no son directamente ejecutables en España. En el caso Gurnés, si el TEDH llega a declarar que el TS y el TC han violado el derecho a la tutela judicial efectiva de la familia, a lo sumo podría determinar la admisión del RR, pero esta vía seguirá chocando con la doctrina de la Sala Quinta, que entiende que las declaraciones de condena del franquismo no son hechos nuevos a los efectos del recurso de revisión.

§ 26. ¿El eterno retorno del derecho natural?

A tenor de lo estudiado, hay una clara opción por la seguridad jurídica, que se puede resumir en el viejo aforismo «dura lex est dura, sed lex». Un último intento de ir más allá de la ley podría ser a través de la invocación de la fórmula de Radbruch: «la injusticia extrema no es derecho». R. Escudero defiende esta idea, pero de un modo un tanto inconsistente¹⁰⁵. Aplicando esta fórmula, este autor considera que el derecho franquista no era derecho, al ser contrario a «derechos fundamentales elementales». Esto lo resume diciendo que era un derecho contrario a la legalidad republicana.

Esto habría que aclararlo, porque uno concluye que tales «derechos fundamentales elementales» son tales en virtud de la legalidad republicana. Pero si por algo se caracteriza la fórmula de Radbruch es porque responde a un concepto metapositivo del derecho. El déficit de juridicidad del derecho franquista, a estos efectos, no puede provenir de ser contrario a la legalidad republicana, sino a los derechos humanos. El derecho franquista, desde un punto de vista positivo, constituye otra legalidad distinta, que primero surge paralelamente y que en 1939 triunfa como legalidad exclusiva. El propio Escudero inutiliza su intento, al reconocer que «no parece correcto afirmar que el Derecho franquista no fuera Derecho»; es más incluso reconoce que era aceptado por sus destinatarios. Por eso tiene que acabar apelando al art. 1.1 CE, donde se menciona la justicia, para aplicar la fórmula de Radbruch. Esto es, tiene que acabar insistiendo en la idea de aplicar retroactivamente la CE al pasado, cuando otra legalidad estaba vigente.

Igual de confuso se muestra Calvo Cabello en su voto particular al ATS 20 de junio de 2006 (RJA 5363), cuando reflexiona acerca del concepto de juicio justo. Primero parece inclinarse del lado lusnaturalista:

105. Cfr. Escudero, *op. cit.*, pp. 227 ss.

«Con la expresión “juicio justo” se denomina un conjunto de principios de carácter suprapositivo y supranacional, [...]»

Pero, acto seguido, se habla de la legitimación *histórica* del derecho a un juicio justo. Continúa el mismo texto:

«[...] cuya legitimación es esencialmente histórica, pues proviene —en ello coincide la doctrina— de la abolición del procedimiento inquisitorial, de la tortura como medio de prueba, del sistema de prueba tasada y de la formación de la convicción del juez sobre la base de actos escritos en un procedimiento fuera del control público».

Y esa misma legitimidad es la que atribuye Calvo Cabello a los arts. 24 y 117 CE. Pero hay que insistir en que si es la historia la que legitima el concepto de juicio justo, también cabrá invocarla para legitimar el «GMN». Es conceptualmente incoherente someter el pasado a los valores del presente si éstos carecen de un fundamento radical, inmune en cierto modo a la historia. La historia es un hecho. De ella se puede predicar la verdad o la falsedad, pero no la validez o la invalidez.

Desde el punto de vista de la mera legalidad positiva, lo único que cabe cuestionar es la vigencia del derecho del bando sublevado mientras no se impuso en todo el territorio nacional o mientras no fue reconocido por las potencias extranjeras. Es una cuestión de derecho transitorio que ni siquiera se plantea la doctrina jurisprudencial.

Por todo ello, hay que concluir negando la posibilidad jurídica de revisar judicialmente resoluciones penales condenatorias dictadas en consejos de guerra a través del procedimiento militar sumarísimo por hechos políticos o sin las debidas garantías durante la Guerra Civil y la Dictadura.