



Roj: **STS 1411/2007** - ECLI: **ES:TS:2007:1411**

Id Cendoj: **28079150012007100029**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Militar**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/02/2007**

Nº de Recurso: **106/2004**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CASACIÓN PENAL**

Ponente: **ANGEL CALDERON CEREZO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecinueve de Febrero de dos mil siete.

Visto el presente Recurso de Revisión 102/106/2004 que ante esta Sala pende, interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Alvaro García Gómez designado por el turno de oficio para la representación procesal de D. Inocencio , frente a la Sentencia de fecha 06.08.1937 dictada por el Consejo de Guerra Permanente nº 1 de Málaga en la Causa 38/1937, mediante la que se condenó a D. Rafael , ya fallecido y padre del recurrente, como autor responsable de un delito de Rebelión Militar previsto en los arts. 237 y 238 del Código Penal Militar entonces vigente, a la pena de muerte conmutada por la de prisión. Ha sido parte recurrida el Excmo. Sr. Fiscal Togado y han concurrido a dictar Sentencia los Excmos. Sres. Presidente y Magistrados antes mencionados, constituidos en Pleno de la Sala, , bajo la ponencia del Sr.D. ANGEL CALDERÓN CEREZO, Presidente, quién, previas deliberación y votación, expresa el parecer del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Consejo de Guerra Permanente nº 3 de Málaga, reunido con fecha 14.04.1937 para ver y fallar la causa nº 30/1937 seguida por Rebelión militar contra otros acusados y contra D. Rafael , dictó en la fecha expresada Sentencia por la que se le absolvió de dicho delito. Consta en dicha Sentencia, en uno de sus Resultandos, y respecto de dicho procesado. "No existen indicios que puedan ser objeto de una calificación penal"; sin que figure relación de hechos probados, en cualquier sentido, respecto del Sr. Rafael ; si bien que en la causa obra el Resumen del Instructor en que se afirma respecto de la persona procesada y luego absuelta, que "Pertenebió a Acción Republicana y después a Izquierda Republicana. Fue Director de Radio Málaga, de cuyo cargo fue destituido en veintiocho de noviembre último (de 1936). No se ha comprobado que él, personalmente, hiciera propaganda roja y de la prueba documental aportada resulta que, aún afiliado a un partido de izquierda, repugnaba los procedimientos y desmanes de los marxistas y aún en ocasiones se expresaba contra ellos."

SEGUNDO.- Con fecha 06.08.1937 el Consejo de Guerra Permanente nº 1 de la misma ciudad de Málaga, se reunió para ver y fallar el procedimiento sumarísimo de urgencia nº 38/1937, del Juzgado Militar nº 10, al que se unieron por conexión los procedimientos nº 39 y 163 del mismo año, este último del Juzgado Militar nº 12; procedimiento aquel en que figuraba como procesado D. Rafael , respecto del cual se declara probado: "Se le siguió con anterioridad un procedimiento por haber ofrecido la estación de radio y el automóvil de su propiedad al Sindicato de Telégrafos, de lo que fue absuelto, aparece en el día de hoy denunciado por ideales extremistas, como perteneciente a los partidos de Acción y de Izquierda y Republicana, por la propaganda antes y durante el Movimiento, hecha en la estación de radio EAJ-9 de su propiedad, por las interferencias hechas en la mañana del día 18 de Julio para que no pudieran oírse en esta Ciudad las emisoras del Norte de África adictas en aquellas horas al Movimiento Nacional, por suscripción (sic) dada a favor de la defensa de Madrid, todo lo cual le aparece probado según los distintos elementos de prueba unidos a esta causa."

A dicho procesado se le condenó en esta ocasión como autor responsable de un delito de Rebelión militar de los arts. 237 y 238 del Código de Justicia Militar vigente, de 1890 , agravado por la peligrosidad social



del inculpado y por la grave trascendencia que tuvieron los hechos por él ejecutados, con imposición de la pena de muerte luego conmutada por la de prisión de la que cumplió seis años y un día, según consta en la correspondiente Ejecutoria, siendo puesto en libertad con fecha 11.03.1943.

TERCERO.- Con fecha 07.03.2005 la representación causídica de D. Inocencio , promovió la preceptiva solicitud en orden a la autorización para interponer Recurso de Revisión frente a la última Sentencia condenatoria. Como fundamento de su solicitud invocó lo dispuesto tanto en el art. 328.5º de la Ley Procesal Militar, esto es, haber recaído dos Sentencias contradictorias sobre los mismos hechos; como en el art. 328.6º del mismo texto legal, esto es, por la existencia de nuevas pruebas acreditativas del error del fallo por ignorancia de las mismas.

CUARTO.- De dicha solicitud se dio traslado al Excmo. Sr. Fiscal Togado, con el que se han seguido las actuaciones, quien en su último escrito de fecha 20.09.2006 se adhirió a la petición de autorización para que en el trámite de sustanciación del Recurso pudiera valorarse la realidad de la concurrencia de los presupuestos del "non bis in idem" y de la excepción procesal de cosa juzgada.

QUINTO.- Mediante Auto de fecha 24.10.2006 la Sala concedió la autorización pedida por el promovente, concretada a la utilización del motivo previsto en el art. 328.5º LPM en que precisó su pretensión la parte actora.

SEXTO.- Mediante escrito registrado el 22.11.2006 la representación procesal de D. Inocencio , bajo la dirección letrada de D. Alejandro Lastres Lens, interpuso el Recurso de Revisión previamente autorizado en base al siguiente motivo:

Único.- Con fundamento en lo previsto en el art. 328.5º de la Ley Procesal Militar, por haber recaído dos Sentencias firmes y dispares sobre los propios hechos, concurriendo las identidades subjetiva y objetiva que están en la base de la cosa juzgada material.

SEPTIMO.- Dado traslado de dicho escrito al Excmo. Sr. Fiscal Togado, con fecha 19.12.2006 mostró su adhesión en el fondo a la estimación del Recurso de Revisión deducido.

OCTAVO.- Mediante proveído de fecha 25.01.2007 se señaló el día 13.02.2007 para la deliberación, votación y fallo del Recurso, acto que se llevó a cabo con el resultado que se recoge en la parte dispositiva de esta Sentencia emanada del Pleno de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La presente pretensión revisoria debe conectarse a nuestro Auto de 24.10.2006 que le sirve de inmediato antecedente, en cuanto que en esta Resolución se autoriza la interposición del Recurso que ahora debemos resolver. El denominado Recurso extraordinario de Revisión contra Sentencias penales firmes condenatorias e injustas, se descompone en tres fases procesales que se desarrollan ante este Tribunal Supremo. En primer lugar la de admisión, en la que deben acreditarse los presupuestos indispensables, objetivos y subjetivos, materiales y procesales, necesarios para promover la acción rescisoria. En segundo lugar, la fase de autorización que tiene por objeto verificar la apariencia de verosimilitud y razonabilidad del propio fundamento revisorio, en relación con el motivo o causa que se alegue, sin prejuzgar el resultado final del proceso de revisión (nuestros Autos 27.06.1994; 03.03.1999; 26.01.2006 y 20.06.2006).

Hemos dicho a propósito de esta fase que la promoción del Recurso significa una concreta manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva, en lo que constituye su núcleo esencial radicado en el acceso al sistema judicial, por lo que el canon aplicable a efectos de satisfacer el mencionado derecho fundamental que promete el art. 24.1 CE ., es el más amplio que rige para el acceso a la jurisdicción antes que el módulo propio de los Recursos, (Auto de esta Sala 24.10.2006 y STC. 123/2004, de 13 de julio y 133/2005, de 23 de mayo), incluidas las garantías inherentes al derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes y necesarios, es decir, siempre que éstos guarden relación con la cuestión objeto del debate y que su realización resulte relevante para decidir sobre aquella; medios probatorios que la LE. Crim denomina "diligencias" cuya práctica el Tribunal estime pertinentes (art. 957), con lo que la Sala asume la dirección del procedimiento al poder acordar la realización, incluso de oficio, de cuantas diligencias interesen para su propia información teniendo en cuenta la función que cumple esta fase de autorización, relevante porque la sustanciación ulterior del Recurso se limita a la formulación de alegaciones por la parte promovente y a la contestación del Ministerio Fiscal, y enderezada a preservar los efectos de la cosa juzgada que se derivan de la intangibilidad de la previa Sentencia firme, hasta que existan razones que permitan desplazar el principio de seguridad jurídica a que la cosa juzgada da lugar, por el prevalente valor de la Justicia que proclama el art. 1.1 CE . (Autos de esta Sala 03.05.2006 y 20.06.2006 y STC. 124/1984, de 18 de diciembre y 150/1997, de 29 de septiembre).



De lo dicho se deduce que si no concurren los requisitos de admisibilidad, o no se demuestra la verosimilitud "prima facie" del fundamento revisorio en función de la causa o motivo legal alegado (de los arts. 328 LPM ó 954 LE. Crim.), en tal caso la tutela judicial también se satisface con la resolución judicial denegatoria dictada en aplicación razonada y razonable de las normas que convengan al caso, porque, como decimos en nuestro reciente Auto 18.12.2006 , "no existe un derecho del promovente a conseguir, en el supuesto de no haber llegado la Sala al convencimiento del fundamento de su pretensión, a que se autorice y se de lugar a la interposición del Recurso."

Hemos declarado también que el proceso para la Revisión de Sentencias firmes no consiste en un nuevo enjuiciamiento de la misma causa, ni tiene por objeto la revaloración de la prueba entonces practicada, ni se dirige a un nuevo examen del derecho aplicado (nuestras Sentencias 06.11.2000 y 27.01.2000). No se trata, como decimos en AA. 20.06.2006 y 18.12.2006 , de otra instancia en la que se pueda debatir el acierto de aquel enjuiciamiento, sino de verificar si a la vista de los nuevos datos aportados ahora por el actor o de los mandados traer de oficio por la propia Sala del Tribunal Supremo, cabe obtener la conclusión de la injusticia de la Sentencia cuya Revisión se pretende, siempre que concorra alguna de las causas o supuestos tasados que expresamente se recogen en la legislación procesal. Se dice en la STC. 240/2005, de 10 de octubre , que no se trata del replanteamiento del debate, fáctico o jurídico, sino de un nuevo proceso sobre novedades extrínsecas al proceso antecedente; y, según la STS. Sala 2ª, 04.04.2003 , están fuera de lugar las quejas que se refieran a los aspectos probatorios producidos en el seno del Juicio Oral; porque, como se dice en la STS. que se acaba de citar y en las de 28.10.2002 y 10.03.2004 , de la misma Sala, no cabe por el cauce de la Revisión penal someter a permanente cuestionamiento las Sentencias firmes, con las miras puestas en obtener una tercera instancia en que se valore de nuevo la prueba practicada en el Juicio, o de contrastarla con otra prueba que aporte con posterioridad el interesado, a no ser que ésta sea de tal naturaleza que evidencie la inocencia del condenado.

Según jurisprudencia de este Tribunal (nuestras Sentencias 30.01.1990; 27.01.2000; 06.11.2000 y 13.05.2003 y Autos 11.01.2006 y 20.06.2006), y doctrina del Tribunal Constitucional (STC. 245/1991, de 16 diciembre y 150/1997, de 29 de septiembre , entre otras); el Recurso de que se trata está concebido para remediar errores sobre los presupuestos fácticos de la condena, sin que pueda intentarse para combatir errores en la aplicación del derecho.

SEGUNDO.- La tercera fase del proceso revisorio que ahora corresponde decidir, se ha abierto con la interposición del Recurso extraordinario según autorizamos en el Auto de 24.10.2006 , tras haber acreditado el actor la verosimilitud de los presupuestos para la apreciación del único motivo finalmente anunciado en aquella fase de promoción, referido a lo dispuesto en el art. 328.5º LPM. Sostiene la parte recurrente la realidad de dos Sentencias firmes y dispares recaídas sobre los propios hechos, con cita de las dictadas con fecha 14.04.1937 por el Consejo de Guerra Permanente nº 3 de Málaga (Procedimiento o causa 30/1937), y con fecha 06.08.1937 por el Consejo nº 1 de la misma clase y ciudad (Procedimiento o causa 38/1937), en las que coinciden la persona del procesado D. Rafael , absuelto en la primera y condenado en la segunda, y los hechos objeto de enjuiciamiento que en ambos casos fueron calificados como delito de Rebelión militar de los arts. 237 y 238 del Código de Justicia Militar entonces vigente, a efectos de acusación en la primera causa y además de condena en la segunda.

El recurrente invoca la concurrencia de la cosa juzgada, con los efectos derivados de la intangibilidad de la primera Sentencia firme respecto del ulterior enjuiciamiento, con resultado condenatorio que se produjo con infracción de aquellos efectos vinculantes; y para demostrar la concurrencia de las dos identidades que están en la base de dicha cosa juzgada, en particular de la objetiva representada por los hechos, porque respecto a la subjetiva no hay cuestión, ha realizado un meritorio esfuerzo para desgranar y valorar cada una de las conductas objeto de imputación en el segundo proceso, ofreciendo como conclusión que unos hechos no serían punibles en modo alguno, por no ser susceptibles de tipificación a través de las modalidades de Rebelión militar previstas en los arts. 237 y 238 del Código de Justicia Militar vigente, de 27 de septiembre de 1890 , ni siquiera con las adiciones que en dichas tipologías introdujo el Bando de Guerra de la "Junta Nacional de Defensa" de fecha 28.07.1936, que entró en vigor el 30.07.1936. Mientras que otros hechos habrían ocurrido con anterioridad a la vigencia de dicho Bando, y los únicos que revestirían carácter de delito de Rebelión militar, esto es, los actos de propaganda realizados a través de su emisora de radio EAJ - 9, "radio Málaga", ya fueron enjuiciados en el procedimiento 30/1937, en que se dictó la Sentencia absolutoria de 14.04.1937 , y ello según resulta del Resumen realizado por el Instructor de esta causa, equivalente al procesamiento, existiendo entre unos y otros indudable coincidencia.

La Fiscalía Togada, que se adhiere en cuanto al fondo a la pretensión revisoria, discrepa, no obstante, de los argumentos utilizados por el recurrente y de la conclusión a que llega en cuanto a la identidad objetiva o factual; porque el Consejo que dictó la Sentencia condenatoria ya tuvo en cuenta el enjuiciamiento precedente y su resultado absolutorio, respecto de los hechos de que entonces se acusó, es decir y según este segundo



órgano sentenciador: a) Haber cedido la emisora "Radio Málaga" al Sindicato Nacional de Telégrafos, que la había utilizado con su colaboración en contra del "Movimiento"; y b) Haber cedido su automóvil a dicho Sindicato, habiendo sido utilizado dicho vehículo para huir parte de sus integrantes con todos los fondos del mencionados Centro y de su personal. Mientras que los hechos que dieron lugar a la condena, realmente y en su decir, por delito de "Adhesión a la Rebelión" del art. 238.2º CJM. 1890, son los descritos en el relato probatorio de esta segunda Sentencia que no coinciden ciertamente con los de la dictada con anterioridad. No obstante, según la Fiscalía Togada, debe considerarse que el delito de Rebelión militar no se agota en su ejecución inicial en que el alzamiento se verifica, sino que constituye a todos los participantes en un estado antijurídico que no puede estimarse cesado mientras no haya desaparecido en absoluto y por completo todo el peligro que representa para el interés jurídico (con cita del contenido de la Memoria de la Fiscalía General del Estado correspondiente al año 1935), conclusión que resultaría predicable igualmente para los casos de Adhesión a la Rebelión, en que una vez que el sujeto activo se asocia a la Rebelión se coloca en una situación antijurídica que se dilata en el tiempo hasta que es detenido o desiste de este posicionamiento, con lo que los hechos mediante los que el sujeto exterioriza haberse adherido a la Rebelión protagonizada por otros constituirían un único delito, de igual modo que ocurre con los actuales delitos de "integración o pertenencia a banda armada" y de "colaboración con banda armada".

CUARTO.- Al abordar lo que constituye el meollo de la cuestión a decidir en el presente Recurso, es decir, si concurre identidad entre los hechos sucesivamente enjuiciados, debemos partir de que el primer procedimiento se siguió por dicho delito de Rebelión militar, en que los hechos constitutivos del objeto procesal consistieron, a falta de la preceptiva narración fáctica probatoria, en los que figuran en el Resumen del instructor según el cual la imputación se refirió tanto a la militancia en determinados partidos políticos considerados de ideología extremista, como en la utilización partidista de la emisora de radio que dirigió el procesado hasta el 28.11.1936, excluyéndose expresamente que a través de la misma "hiciera propaganda roja" o bien que compartiera "los procedimientos y desmanes de los marxistas", constando en cambio que "aún en ocasiones se expresaba contra ellos". Sobre esta base factual se ejerció la pretensión punitiva que hizo posible el enjuiciamiento y que concluyó con Sentencia absolutoria, de cuya ejecución forma parte la inmediata puesta en libertad y la restitución al Sr. Rafael de su emisora de radio. En el curso de esta causa 30/1937, el órgano encargado de la instrucción no encontró otros datos o elementos incriminatorios que fueran suficientes para que la acusación se plasmara en la condena, y por ello el procesado fue absuelto de la calificación jurídica de Rebelión militar que en todo momento se conectó a estos hechos procesales.

La iniciación del segundo procedimiento, nº 38/1937, se encuentra en la nueva denuncia que ante el Gobierno Civil de Málaga a principios del mes de julio 1937 formuló quien, a la sazón era Delegado Provincial de Prensa y Propanga de F.E.T., aduciendo la extrañeza que en la ciudad causó la absolución y puesta en libertad del encausado. Dicha denuncia incluyó una serie de hechos atribuidos al Sr. Rafael que, tras ser brevemente investigados sin intervención de la Defensa, pasaron a formar parte del sustrato fáctico del nuevo enjuiciamiento y de la pretensión punitiva otra vez ejercida por la comisión del mismo delito, si bien que ahora con resultado condenatorio.

Las imperfecciones de que adoleció el primer proceso, sobre todo en lo que concierne a lo que fue objeto de enjuiciamiento, no pueden operar en ningún caso en contra del procesado, por lo que debemos fijarnos en que la pretensión de condena se basó en la genérica comisión por éste de un delito de Rebelión militar, ciertamente multiforme según la tipología entonces vigente, y asimismo en que el órgano del enjuiciamiento no le encontró culpable de dicho delito, descartando las consecuencias punibles de su militancia política; de la posesión y utilización de la emisora en contra de los intereses del "Movimiento", así como de la identificación con los fines perseguidos por quienes se conocía como "marxistas" y el puntual apoyo de los mismos.

Tras la dicha absolución resultaba inviable una nueva denuncia para el enjuiciamiento otra vez por el mismo delito, como no fuera sobre la base de hechos por completo distintos de los ya juzgados. Y este no es el caso, porque existe entre uno y otro proceso coincidencia esencial sobre la afiliación a cierto partido político, sobre la utilización de la emisora de radio, y acerca de la identificación con los fines de Partidos y Asociaciones considerados ilícitos por la legalidad emergente. El Sr. Rafael fue hallado inocente de Rebelión militar por hechos de las características dichas realizados antes de abril de 1937, y, sin embargo, quien legal y consecuentemente no era rebelde fue tenido por tal solo cuatro meses más tarde, sin que conste que para llegar a esta conclusión el órgano que así lo declaró hubiera tomado en consideración hechos nuevos, por haber sido cometidos tras la absolución, o bien que lo fueran antes y se hubieran conocido luego y presentaran en todo caso características distintas de las anteriormente investigadas y juzgadas.

La Sentencia firme absolutoria produce un efecto vincular que se proyecta sobre cualquier otro proceso posterior de la misma clase y con igual objeto, que en términos negativos o excluyentes propios de la cosa



juzgada material, se traduce en la imposibilidad jurídica de que otro Tribunal o el mismo vuelva a conocer de hechos que fueron enjuiciados con anterioridad, porque de lo contrario se incurriría en el vedado "bis in idem".

Por razones de seguridad jurídica, y de justicia material, no cabe la reiteración de enjuiciamientos hasta conseguir la condena del encausado. La Sentencia cierra definitivamente la cuestión sobre la que versó la causa e impide que ésta se reproduzca en los mismo términos. Nuestro sistema de enjuiciamiento penal (desde la LE. Crim. 1882) ni siquiera consiente la llamada "absolución en la instancia", esto es, el posponer la posible condena del reo ya enjuiciado hasta que se reúnan nuevas pruebas en su contra, cuando menos el juzgar de nuevo en base a los mismos hechos a quien no se pudo encontrar culpable en una primera ocasión.

La Sala ha llegado al convencimiento de que existe sustancial identidad objetiva propia de la cosa juzgada, a partir de los contenidos fácticos de ambas Sentencias y de los datos que figuran en los respectivos antecedentes sumariales; sin necesidad de valorar cada una de las genéricas imputaciones que en ambos casos confluyen en la misma calificación y pretensión punitiva de condena por Rebelión militar. Y una vez afirmada la dicha identidad esencial del componente objetivo de los dos procesos, la incardinación del resultado condenatorio consecutivo al segundo enjuiciamiento en el motivo previsto en el art. 328.5º LPM se produce naturalmente y sin esfuerzo, ya que efectivamente y como decimos las Sentencias firmes y dispares recayeron sobre los mismos hechos, con lo que las dichas Resoluciones en su radical contradicción se repelen entre sí (vid. STS. Sala 2ª, 14.11.1996 y 26.11.1999 y 15.04.2000); por lo cual procede declarar la nulidad de la Sentencia de fecha 06.08.1937 , que debe tenerse por injusta en los términos previstos en el art. 335, último pfo. de la Ley Procesal Militar con todas sus consecuencias.

Se estima el motivo y el Recurso.

QUINTO.- Las costas deben declararse de oficio, al administrarse gratuitamente la Justicia Militar, conforme al artículo 10 de la L.O. 4/1.987 de 15 de julio .

En consecuencia,

FALLAMOS

Debemos estimar y estimamos el presente Recurso de Revisión penal, deducido por la representación procesal de D. Inocencio frente a la Sentencia de fecha 06.08.1937, dictada por el Consejo de Guerra Permanente nº 1 de Málaga en la causa nº 38/1937, mediante la que se condenó a D. Rafael , ya fallecido, padre de dicho recurrente, como autor responsable de un delito de Rebelión militar, a la pena de muerte sucesivamente conmutada por privación de libertad finalmente establecida en seis años y un día de prisión mayor; Sentencia que debemos anular y anulamos como contradictoria con la dictada en firme con fecha 14.04.1937 por el Consejo de Guerra Permanente nº 3 de Málaga, en causa 30/1937 en la que resultó absuelto D. Rafael del mismo delito de Rebelión militar, declarando la virtualidad de esta última; con los efectos que de esta declaración se derivan. Sin costas.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Angel Calderón Cerezo , estando la misma celebrando audiencia pública en el día de la fecha, de lo que como Secretario, certifico.