



Roj: **ATS 10099/2006 - ECLI:ES:TS:2006:10099A**

Id Cendoj: **28079150012006200011**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/06/2006**

Nº de Recurso: **5/2006**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de revisión**

Ponente: **CARLOS GARCIA LOZANO**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUTO

En la Villa de Madrid, a veinte de Junio de dos mil seis.

HECHOS

PRIMERO.- Por medio de escrito que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el día 27 de enero de 2006, D^a Marí Juana solicitó la revisión "del expediente sumarísimo nº 1528141 que se encuentra en el Juzgado de lo Militar nº 13 de Valencia" en el que se condenó a la pena de muerte a su padre D. Luis y a sus tíos D. Serafín y D. Jose Augusto , solicitando la designación de abogado y procurador de oficio para dicha revisión.

SEGUNDO.- Realizados los trámites pertinentes para tales designaciones y solicitadas del Juzgado Togado Militar Territorial número 13 de Valencia las actuaciones correspondientes al procedimiento sumarísimo nº 6981.V.39, por providencia de 27 de febrero de 2006 se otorgó a la representación de la interesada el plazo de 15 días a fin de que formulara la solicitud de autorización para la interposición del recurso de revisión promovido.

TERCERO.- Con fecha 14 de marzo de 2006, la Procuradora de los Tribunales D^a Begoña Antonio González presenta en el Registro General de este Tribunal la indicada solicitud de autorización para interponer el recurso de revisión en relación con la sentencia dictada con fecha 26 de mayo de 1942 por el Consejo de Guerra nº 2 especial de Valencia dándose traslado de la misma al Excmo. Sr. Fiscal Togado para que, con arreglo a lo previsto en el artículo 957 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal informara sobre la repetida solicitud.

CUARTO.- El Ministerio Fiscal, por medio de escrito que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el día 6 de abril de 2006 solicitó la denegación de la autorización para interponer el recurso de revisión contra la citada sentencia.

QUINTO.- El Presidente de la Sala, en uso de las facultades que le confiere el artículo 197 de la Ley Orgánica del Poder Judicial acordó convocar al Pleno de la Sala para la resolución de este asunto y, por providencia de 9 de mayo de 2006 se señaló para deliberación, votación y fallo del mismo el día 13 de junio de 2006 a las 10,30 horas lo que se llevó a efecto con el resultado decisorio que a continuación se expresa.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. CARLOS GARCÍA LOZANO

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Ha de comenzarse señalando que en el escrito formulado por la representación de D^a Marí Juana se solicita autorización para la interposición de revisión de la sentencia que condenó a su padre D. Luis y a su tío D. Serafín .

Pues bien, con respecto al primero de ellos, la solicitante está plenamente legitimada de acuerdo con lo establecido en el artículo 955 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , pero no así en lo que se refiere a su tío D. Serafín , puesto que el citado precepto señala que "están legitimados para promover e interponer, en su caso,



el recurso de revisión, el penado y, cuando éste haya fallecido, su cónyuge, o quién haya mantenido convivencia como tal, ascendientes y descendientes...", y por su parte, el artículo 329 de la Ley Procesal Militar amplía tal relación de parentesco a los hermanos, pero ninguno de tales vínculos familiares se producen, en este caso, entre la peticionaria y D. Serafin .

Ello implica la inadmisión de la solicitud formulada con respecto a este último, por falta de legitimación de la solicitante.

SEGUNDO.- Las alegaciones que se formulan en el escrito presentado se concretan en:

a) Que el proceso que culminó con la sentencia del Consejo de Guerra nº 2 Especial de Valencia de fecha 26 de mayo de 1942 "careció de cualquier garantía constitucional de nuestra vigente Carta Magna, como es el derecho a la presunción de inocencia".

b) Que también se vulneraron las garantías procesales del momento "sobre todo en la forma en que se desarrolló el proceso sumarísimo y que de las pruebas obrantes en el mismo no existe indicio alguno como prueba incriminatoria fiel para imputar a los mismos la pena capital, indicando la existencia de pruebas testificales practicadas en el sumario pero que no están recogidas en la vista oral".

c) Que "los medios utilizados (sic) fue un Código Militar derogado 30 años antes y que, cuando se dicen haber sido cometidos los hechos estaba totalmente derogado usando para ello la figura de Ordenes Ministeriales".

Junto a tales alegaciones la solicitante declara expresamente que "esta parte, entiende y conoce que efectivamente que el Recurso de Revisión como extraordinario, lo es para aquellas circunstancias donde aparecen nuevas pruebas que determinen la no imputación del condenado, pero entendemos que a partir de la entrada en vigor de la Constitución Española debe ser aplicado en aquellos procedimientos donde la forma del proceso y la ejecución del mismo, se realizaron sin ninguna garantía de los derechos fundamentales como personas, a un juicio justo y con al menos aquellos requisitos necesarios para garantizar la legitimidad dentro del procedimiento de las leyes internacionales".

Sobre similares planteamientos efectuados en recursos anteriores ya se han producido pronunciamientos, como pone de relieve el Ministerio Fiscal, tanto de esta Sala como del Tribunal Constitucional. y en tal sentido podemos indicar:

1.- En el reciente Auto de esta Sala de 3 de mayo de 2006 , se señala, partiendo de lo dispuesto en los artículos 9.3 de la Constitución Española , 954 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 328 y siguientes de la Ley Procesal Militar , así como la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional (Sentencias 124/1984, 150/1997 y 92/1989 entre otras), que la exigencia de la previa autorización para la interposición del recurso de revisión "obliga a la Sala a evaluar la elemental razonabilidad de la pretensión y su aparente encaje con el motivo o motivos aducidos para promover el recurso. La cautela del trámite de autorización tiende a mantener el equilibrio necesario entre las exigencias de la justicia y de la seguridad jurídica preservando este último valor que deriva de la intangibilidad de las sentencias firmes".

2.- Reiteradamente se ha sostenido también que el proceso de revisión no consiste en un nuevo enjuiciamiento de la causa. No se produce una revaloración de la prueba entonces practicada, ni un nuevo exámen de la corrección del derecho aplicado. No se trata de otra instancia en la que se vaya a depurar el acierto de aquel enjuiciamiento, sino de verificar si, a la vista de los datos aportados ahora por el actor, cabe obtener la conclusión de la injusticia de la sentencia cuya revisión se pretende y siempre que concurra alguna de las causas o supuestos tasados que expresamente se recogen en la Ley de Enjuiciamiento Criminal o, en este caso, en la Ley Procesal Militar.

3.- La Sala 2ª del Tribunal Supremo (Sentencia de 18 de junio de 1998), esta propia Sala (Sentencia de 27 de enero de 2000 , entre otras), y el Tribunal Constitucional (Sentencias 245/199 y 150/1997) han declarado que el recurso de revisión está concebido para remediar errores sobre los presupuestos fácticos de la infracción y desde luego no puede promoverse como consecuencia de un "error iuris".

4.- El Tribunal Constitucional en el auto número 187/2004 de 25 de mayo , afrontando un supuesto similar al aquí planteado y recogiendo su doctrina anterior, hizo las siguientes consideraciones:

- "La Constitución no tiene efectos retroactivos, por lo que no cabe intentar enjuiciar, mediante su aplicación, los actos de poder producidos antes de su entrada en vigor".

- "En la jurisprudencia previa de este Tribunal se había admitido que la Constitución pudiera afectar a situaciones nacidas con anterioridad a su entrada en vigor, pero cuyos efectos todavía no se hubieran agotado"

Con respecto a situaciones jurídicas nacidas y agotadas antes de la entrada en vigor de la Constitución, sin embargo ha declarado este Tribunal... que no se puede pretender otorgar al texto constitucional una



retroactividad "en grado máximo", de tal forma que no puede admitirse el intento de formular el recurso de amparo para remediar toda aquella situación anterior a la Constitución, cualquiera que sea su fecha que pudiera resultar vulneradora de los derechos fundamentales que en la misma se instauran, incluidas las que hubiesen sido objeto de pronunciamientos judiciales y mantenidas en sentencias firmes de acuerdo con la legalidad vigente en su momento (STC 85/1987 , FJ 3)".

- "Cae fuera de la competencia de este Tribunal contrastar con las normas, valores y principios garantizados por la Constitución Española de 1978, actos de 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".

- "Los derechos fundamentales invocados por la actora se refieren todos a las garantías del proceso del que resultó la sentencia recurrida, siendo evidente que ni a ese concreto proceso ni a ninguno de los desarrollados durante el régimen preconstitucional pueden serles de aplicación las garantías que sólo se han reconocido tras la entrada en vigor de la Constitución de 1978".

SEGUNDO.- A la vista de tales consideraciones y examinando los motivos expuestos en el escrito solicitando la revisión y que, esencialmente ya se ha reflejado en el Fundamento de Derecho anterior, ha de concluirse:

a) Que la parte promovente no fundamenta su pretensión revisora en ninguna de las causas o supuestos tasados previstos en los artículo 328 de la Ley Procesal Militar o 954 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal haciendo únicamente una genérica referencia a los citados artículos "y siguientes" de dichas leyes.

b) Que no se aportan ningún tipo de posibles nuevos hechos o propuesta de pruebas que puedan llevar a la consideración de la razonabilidad de la pretensión y su aparente encaje en alguno de los motivos o causas señalado en las leyes que regulan el recurso de revisión, limitándose a exponer consideraciones sobre la valoración de las pruebas hechas por el Tribunal sentenciador, consideraciones que, como ha quedado expuesto, exceden de los límites de un recurso de esta naturaleza.

c) Que la legislación que se aplicó en el momento de dictarse la sentencia cuya revisión se pretende era –independientemente de la valoración que de la misma pueda tenerse– la vigente en el momento de su aplicación, sin que pueda alegarse "error iuris" en este recurso.

d) En cuanto a la exigencia de aplicación de las garantías y los derechos fundamentales que establece la Constitución de 1978 al momento en que se sustanció el proceso y se dictó la sentencia impugnada, hemos de remitirnos a lo expuesto por el Tribunal Constitucional en su auto de 25 de mayo de 2004 , (transcrito esencialmente en el Fundamento de Derecho anterior) y que finaliza manifestando que "no podemos infravalorar el dato que la presente demanda (la examinada en aquel caso) se ha interpuesto veintidós años después de la instauración de este Tribunal y tiene por objeto una sentencia dictada hace ya cerca de treinta años", siendo así que en el presente caso se han excedido con mucho dichos plazos".

TERCERO.- Las costas deben declararse de oficio, al administrarse gratuitamente la Justicia Militar, conforme al artículo 10 de la Ley Orgánica 4/1987 de 15 de julio .

En consecuencia,

LA SALA ACUERDA:

1º.- Por unanimidad, inadmitir, por falta de legitimación de la actora, la autorización para interponer recurso de revisión de la sentencia dictada el 26 de mayo de 1942 por el Consejo de Guerra nº 2 Especial de Valencia , en lo que se refiere a D. Serafin .

2º.- Desestimar, por mayoría, la solicitud de autorización para interponer recurso de revisión formulada por la representación procesal de D^a Marí Juana contra la sentencia dictada el 26 de mayo de 1942 por el Consejo de Guerra nº 2 de Valencia en el procedimiento sumarísimo nº 6981.V.39 , en lo que se refiere al condenado D. Luis . Y declaramos de oficio las costas de este procedimiento.

Así por este nuestro Auto, que se notificará a la parte promovente y al Excmo. Sr. Fiscal Togado y que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

VOTO PARTICULAR

FECHA:06/07/2006

Voto particular que formula el magistrado José Luis Calvo Cabello en relación con el auto de 20 de junio de 2006 dictado en el recurso de revisión penal número 5/2006 .



Formulo el presente voto particular porque entiendo que la Sala debió conceder a doña Marí Juana autorización para interponer recurso de revisión contra la sentencia de 26 de mayo de 19942 del Consejo de Guerra núm. 2 de Valencia , dictada en el procedimiento sumarísimo núm. 6981.V.39, por la que su padre, don Luis , fue condenado a la pena de muerte.

Según resulta del auto que no comparto, la decisión de la Sala se basa en cuatro razones. La primera es que la parte promovente "no fundamenta su pretensión revisora en ninguna de las causas o supuestos tasados previstos en los artículos 328 de la Ley Procesal Militar o 954 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal haciendo únicamente una genérica referencia a los citados artículos y siguientes de dichas leyes". En segundo lugar aduce que "la legislación que se aplicó en el momento de dictarse la sentencia cuya revisión se pretende era -independientemente de la valoración que de la misma pueda tenerse- la vigente en el momento de su aplicación, sin que puede alegarse <<error iuris>> en este recurso". Como tercera razón la Sala se remite al auto de 25 de mayo de 2004 del Tribunal Constitucional , en cuanto en él se dice que "la Constitución no tiene efectos retroactivos por lo que no cabe intentar enjuiciar, mediante su aplicación, los actos de poder producidos antes de su entrada en vigor". Por último, la Sala alude al mucho tiempo transcurrido desde la sentencia del Consejo de Guerra cuya revisión se pretende, transcribiendo y haciendo suyo el razonamiento que obra en el citado auto del Tribunal Constitucional: "no podemos infravalorar el dato que la presente demanda se ha interpuesto veintidós años después de la instauración de este Tribunal y tiene por objeto una sentencia dictada ya cerca de treinta años".

Pues bien, discrepo de esas razones y entiendo que debieron ser sustituidas por las que expongo seguidamente, suficientes, en mi opinión, para autorizar la interposición del recurso de revisión y después para estimarlo.

1.- La existencia del recurso de revisión se presenta esencialmente, en palabras de la sentencia del Tribunal Constitucional 124/1984 , "como un imperativo de la justicia, configurada por el artículo 1.1 de la Constitución , junto a la libertad, la igualdad y el pluralismo político, como uno de los "valores superiores" que propugna el Estado social y democrático de Derecho en el que España, en su virtud, se constituye". Y recordado esto, quiero subrayar que en la misma sentencia el Tribunal Constitucional añade que el recurso de revisión "Es una exigencia de la justicia, tal y como lo entiende el legislador constituyente, estrechamente vinculada a la dignidad humana y a la presunción de inocencia, por cuanto el factor por el que resultó neutralizada ésta en la sentencia cuya revisión se pide, resulta a su vez anulado por datos posteriores que la restablecen en su incolumidad".

2.- Precisamente porque el recurso de revisión es una exigencia de la justicia, alguno de los motivos en que puede fundarse han sido interpretados extensivamente por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, sin que la resolución de la que discrepo haya prestado atención a ello.

Por lo que respecta al Tribunal Constitucional, su sentencia nº 150/97 y su auto nº 260/2000 son expresivos ejemplos de esa interpretación extensiva, pues ambas resoluciones amplían el concepto de "hecho nuevo" a que se refiere el art. 954.4º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ("Habrà lugar al recurso de revisión [...] 4º 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") y, de acuerdo con la doctrina de esta Sala, también el artículo 328.6 de la Ley Procesal Militar . (Aunque este artículo se refiere sólo a "pruebas indubitadas suficientes a evidenciar el error del fallo", la Sala ha entendido con reiteración - sentencias de 14 de julio de 1998, 30 de enero de 2000, 6 de noviembre de 2000 y 13 de mayo de 2003 ; autos de 4 de junio de 1994 y 14 de julio de 1998 - que indirectamente lo hace también a los hechos que mediante ellas resultan acreditados, ya que sólo los hechos son objeto de prueba).

Pues bien, el recurso de amparo estudiado por la sentencia del T.C. nº 150/97 -amparo que fue concedido por entender que había existido vulneración del derecho fundamental a una tutela judicial efectiva, en relación con el principio de legalidad penal- tenía por objeto la decisión de la Sala 2ª del Tribunal Supremo (auto de 12 de julio de 1994) de no admitir a trámite el recurso de revisión interpuesto contra las sentencias por las que la recurrente había sido condenada como autora de un delito del art. 321.1 del Código penal . La solicitud de la revisión se basaba -conviene subrayarlo- en la doctrina del Tribunal Constitucional plasmada en su sentencia nº 111/93 , entre otras, que había otorgado el amparo en supuesto similar por entender que la condena se había basado en una extensión in malam partem del tipo penal del art. 321.1 de Código penal .

La cuestión a resolver consistía, según dice la sentencia del Tribunal Constitucional que se analiza (la núm. 150/97), en determinar "si existiendo ya el recurso previsto en el art. 954 LECr . resulta constitucionalmente aceptable desde la perspectiva del art. 24.1 CE no considerar como <<hecho nuevo que evidencia la inocencia del condenado>> la existencia de una sentencia de este Tribunal que proclama que no pueda considerarse acción delictiva ex art. 321.1 CP el ejercicio no colegiado de profesiones que no requieren título académico



oficial". Con rotundidad el Tribunal Constitucional afirma que la respuesta a tal cuestión ha de ser negativa. Al comienzo de su estudio, tras reiterar que el recurso de revisión es una exigencia de la justicia, recuerda que este recurso fue concebido originariamente para remediar errores sobre los presupuestos fácticos de la infracción. No obstante, para evitar la muy estricta consecuencia que se derivaría de tal concepción y en atención al principio de legalidad penal, declara que "una sentencia es también un <<hecho>>, es decir, algo que acontece en el tiempo y en el espacio". Y tras argumentar que "la declaración contenida en la ratio decidendi de la STC 111/93, en el sentido de que el ejercicio de actos propios de una profesión que no requiere título académico no podía considerarse incluida en el art. 321.1 del Código penal, evidencia la <<equivocación del fallo>> que condenó a la aquí recurrente", cierra la justificación de su decisión de conceder el amparo en términos tan significativos como estos: "Para evitar este resultado contrario a la Constitución [que prevalezca el efecto preclusivo de la sentencia condenatoria] 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 en exceso rigurosas o formalistas de este motivo de revisión".

Antes me he referido también a otra resolución del Tribunal Constitucional, el auto nº 260/000. Lo traigo a colación porque, si bien inadmite el amparo, mantiene el criterio extensivo de la sentencia analizada; en concreto la amplia interpretación del concepto "hecho nuevo" del art. 954.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

El amparo había sido solicitado frente a la inadmisión acordada por la Audiencia Provincial de Valencia del incidente de nulidad de actuaciones promovido contra la sentencia de la misma Audiencia que condenó al recurrente como autor de un delito de incendio. La nulidad que pretendía - y que fue inadmitida - se basaba en haber obtenido del Comité de Derechos Humanos de la ONU un Dictamen en que se declaraba que el Reino de España había vulnerado derechos civiles garantizados en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966. El Tribunal Constitucional inadmitió el recurso de amparo, como se ha dicho, pero lo que interesa aquí son los términos de la justificación de su decisión: lo inadmitió porque, antes de acudir a él, pudo el solicitante "promover la revisión penal prevista en la LECrim. (artículos 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 artículo 954.4 LECrim., en relación con lo declarado, <<mutatis mutandi>>, en la STC150/1997". Por su parte, la Sala 2ª del Tribunal Supremo también viene interpretando extensivamente el artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (los motivos enunciados en sus apartados 1º y 4º) con la finalidad de remediar la injusticia de situaciones causadas bien porque la extensión de la pena impuesta fue aumentada por la apreciación de una circunstancia agravante que después resulta indubitadamente que no concurría, bien porque una persona es condenada dos veces por los mismos hechos.

Para evitar el mantenimiento de una pena indebidamente agravada, la Sala 2ª ha interpretado con amplitud el motivo de revisión del ya transcrito apartado 4º. Así, su sentencia nº 296/04, referida a la agravación de la pena por haber sido apreciada la circunstancia de reincidencia, comienza haciendo ver que existen dos opciones, cuyas consecuencias son muy distintas. La primera aparece expresada así: "Desde una interpretación del precepto (art. 954.4) apegada al texto de la norma y congruente con la naturaleza del Recurso extraordinario de la Revisión planteada, pudiera sostenerse que tal alegación, referida a que la pena de la primera condena era muy inferior a la necesaria para constituir la base de la aplicación posterior de la reincidencia, pudo y debió ser objeto del juicio en el que resultó condenado y respecto de cuya Sentencia se pretende la revisión". Y frente a esta opción la sentencia formula una segunda: también puede entenderse -dice- "que desde la perspectiva del recurrente la verdad declarada en la Sentencia aparece desvirtuada por un hecho nuevo, que no es otro que el de la acreditación de la sanción realmente impuesta en la Resolución constitutiva del antecedente". Pues bien, la Sala 2ª concluye que "esta segunda posibilidad es la que acogemos para integrar el presupuesto de hecho nuevo o de nuevos elementos de prueba que evidencien la inocencia del condenado en el particular referido a la indebida aplicación de la circunstancia de agravación de reincidencia". (En igual sentido se expresa en su sentencia 407/02, dando valor de hecho nuevo a la acreditación de que la persona objeto de la condena configuradora de la reincidencia era distinta de la condenada después, afectada indebidamente por esta circunstancia agravante).

Y para evitar el mantenimiento de la segunda situación injusta (una persona es condenada dos veces por los mismos hechos) la Sala 2ª ha actuado con el mismo criterio interpretativo, aplicando los apartados 1º ó 4º del artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Así, considera aplicable el motivo de revisión previsto en el apartado 1º ("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") porque -es el argumento de su sentencia 624/01 - "en la expresión <<sentencias



contradictorias>> ha de incluirse tanto aquellas que expresan una opinión literal de términos como aquellas que se repelen por enjuiciar los mismos hechos violando el principio <<non bis in idem>>. Y el motivo de revisión previsto en el apartado 4º lo aplica en otras sentencias, como la nº 504/2000, argumentando que podía "considerarse comprendido, por analogía, el presente caso en el art. 954.4º LEcrim, toda vez que, condenado el acusado en la primera de las mencionadas Sentencias, debía ya ser reputado inocente del hecho perseguido cuando fue dictada la segunda Sentencia, puesto que ya había sido declarada su responsabilidad criminal y ésta no podía ser declarada por segunda vez".

Por último, cito la de 30 de noviembre de 1998, por la claridad con que contrapone la interpretación literal y la interpretación finalista de la norma. Directamente dice que "el artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal regla con "numeros clausus" las posibilidades de entablar este recurso extraordinario de revisión, entre las que, indiscutiblemente, no se hallan los supuestos en los que un mismo agente comisario sea condenado dos veces en distintas sentencias por un mismo delito como es el caso de autos". Después, resuelve el caso -invocando el artículo 954, sin especificar ninguno de sus apartados- a fin de remediar la injusticia: estima el recurso de revisión y anula la sentencia segunda, creadora del "bis in idem", porque "una interpretación amplia y extensiva del referido precepto procesal (art. 954 LEcrim .) [...] es posible cuando se trata de favorecer al reo y evitar así situaciones que pugnan con el más elemental sentido de justicia".

3.- Establecido, pues, que para remediar situaciones injustas es posible constitucionalmente la interpretación extensiva del artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, entiendo que no es rechazable la argumentación que subyace en el planteamiento de la promovente del recurso de revisión: la Constitución es el hecho nuevo que evidenciaría la vulneración del valor justicia.

Suele objetarse -la Sala lo ha hecho en algunas ocasiones y lo hace ahora implícitamente- que la Constitución es una norma jurídica, no un hecho que debidamente acreditado pueda alterar los que como probados se recogieron en la sentencia objeto de revisión. Discrepo primero formalmente de esta objeción porque también una sentencia y un dictamen no son hechos en el sentido que dice la Sala y sin embargo han sido considerados hechos nuevos por el Tribunal Constitucional a los efectos del recurso de revisión. Pero sobre todo discrepo porque cuando en el recurso de revisión se invoca la Constitución como el hecho nuevo, es exigible no detenerse en la consideración de que la Constitución es una norma. Lo es, si bien cualitativamente distinta de las demás porque incorpora el sistema de valores esenciales que ha de constituir el orden de convivencia política y de informar todo el ordenamiento jurídico. Pero el hecho nuevo no es tanto la Constitución, cuanto lo constituido por ella. La Constitución impone un ordenamiento jurídico no cerrado ni autosuficiente, sino abierto y fundado en valores, pendiente, por lo tanto, de una constante revisión. El ordenamiento aparece al servicio y en dependencia de los valores superiores -libertad, justicia, igualdad y pluralismo político-, entre los que la justicia es el prototípico. 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 resultar intolerable la presencia de condenas pronunciadas abiertamente en contra de la Justicia.

4.- Con la expresión "juicio justo" se denomina un conjunto de principios de carácter suprapositivo y supranacional, 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.

El artículo 24 de la Constitución Española, junto con el 117, responde a ese modelo históricamente legitimado e incorporado a la cultura jurídico-penal europea. El contenido de ambos - contenido que supone reconocer derechos inalienables de la persona que son anteriores al Estado mismo- coincide en lo fundamental con el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que establece como contenido de un proceso justo los derechos siguientes:

- derecho a un tribunal independiente,
- derecho a ser oído,
- derecho a la presunción de inocencia,
- derecho a ser informado de la acusación,
- derecho a disponer de tiempo y facilidades para la defensa,



- derecho a defenderse por sí o por un defensor de su elección,
- derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo,
- derecho de igualdad de armas y
- derecho de acceso a los recursos.

5.- Así las cosas, la cuestión a resolver seguidamente consiste en determinar si don Luis fue condenado en un proceso justo.

Por las razones siguientes, sólo cabe una respuesta negativa.

5.1 Don Luis fue juzgado por un órgano ilegítimo, dependiente y parcial.

El Consejo de Guerra que lo juzgó y condenó a la pena de muerte era ilegítimo, porque era continuidad de los Consejos de Guerra creados el 1 de noviembre de 1936 por el Decreto número 55 dictado por el general Franco, que se hallaba al frente de la sublevación contra el gobierno legítimo de la República. (La ilegitimidad vino a ser reconocida incluso por la Ley de la Jefatura del Estado de 12 de junio de 1940, cuyo breve preámbulo decía así: "Desaparecidas en gran parte las circunstancias que determinaron los Decretos cincuenta y cinco y ciento noventa y uno de primero de noviembre de mil novecientos treinta y seis y veintiséis de enero de mil novecientos treinta y siete, restablecido el Consejo Supremo de Justicia Militar, como asimismo la vigencia del antiguo Código Castrense, y libre el Mando de las preocupaciones más perentorias que imponía la guerra, es llegado el momento de volver a la fórmula tradicional en nuestro Ejército de que el ejercicio de la jurisdicción esté unido al mando militar como lo estaba con anterioridad al advenimiento de la República del catorce de abril de mil novecientos treinta y uno que, llevada de su hostilidad a todo sentimiento auténticamente nacional y de jerarquía, impuso la desintegración de los principios tradicionales de la justicia castrense").

No era independiente, porque para serlo la independencia ha de poder afirmarse frente a todos. Y los miembros del Consejo de Guerra, militares todos, no eran independientes de quien tenía el poder absoluto: el 1 de octubre de 1936, el general Franco asumió no sólo el mando militar, sino también la Jefatura del Estado, siendo ratificada esa concentración de todos los poderes por la Ley de la Jefatura del Estado de 8 de agosto de 1939. (El legislativo ni siquiera fue alterado por la Ley de las Cortes de 17 de julio de 1942). Ni existía, pues, una independencia jurídica, ni podía negarse la posibilidad de que ese poder absoluto les beneficiara o perjudicara profesionalmente según fueran sus decisiones.

Y no era imparcial porque al participar sus miembros en la idea de construir un nuevo Estado desarrollaban su función sin el necesario distanciamiento, como resulta de la propia sentencia, en cuanto, refiriéndose a don Luis y don Serafin, razona así: "[...] hechos que en sí, aunque fueron distintos en el lugar, fecha y personas, es indudable que los ejecutores de todos ellos pertenecían a la misma Unidad, y fueron todos ellos cometidos con ocasión de la revolución desarrollada en varias provincias de España a partir del 18 de julio de 1936, y que termina el primero de abril de mil novecientos treinta y nueve; según doctrina sustentada por el Consejo Supremo de Justicia Militar; y es indudable que los dos procesados son dirigentes de la Columna de Hierro, el primero de los mencionados [Luis] como Delegado de Guerra de la misma y después Jefe Supremo de ella, y el segundo [Serafin] siendo el Delegado Único de Organización, Reclutamiento y Aprovechamiento de aquella; elementos estos tres esencialísimos para que aquella pudiera funcionar [...]; por todo lo cual, el uno y otro revelan una compenetración espiritual e ideológica con los fines y postulados que presiden y son el objeto primordial de la revolución marxista en España [...]"

5.2 A lo dicho -suficiente por sí mismo para fundar la nulidad radical del juicio, que podría ser declarada en el recurso de revisión como última posibilidad prevista por el Ordenamiento jurídico- deben añadirse las características de la clase de proceso seguido. Don Luis fue juzgado en un proceso sumarísimo, que era la negación de toda garantía, como resulta de lo que sigue:

- El acusado no podía elegir libremente un abogado, sino que debía nombrar como defensor a un militar y, caso de no hacerlo, le era nombrado de oficio;
- El nombramiento de ese defensor era posterior a la elevación de la causa a plenario, de suerte que no podía intervenir durante las diligencias sumariales, circunstancia singularmente importante dada la fuerza probatoria -determinante- que éstas tenían;
- El plazo para preparar la defensa era breve: nunca superior a tres horas; y
- La sentencia era irrecorrible, adquiriendo firmeza con la aprobación de la autoridad judicial del Ejército (en el caso el Capitán General de la Tercera Región Militar), de acuerdo con su auditor.



5.3 La última razón se refiere a la clase de pruebas que el Consejo de Guerra cita como base de su convicción sobre una parte de los hechos (sobre el resto no cita prueba alguna).

Al final de la narración de hechos probados se remite, por un lado, a los folios 85 y 86, que contienen una declaración de don Pedro Miguel prestada en el proceso sumarísimo núm. 4.193-V, que se seguía contra él, y por el otro, a los folios 36 y 65, que contienen un testimonio de referencia del teniente coronel don Diego (este testigo dijo que el cabo don Ignacio, preso, le escribió por si quería saber quiénes habían asesinado a su hermano el comandante Romeo, y después le contó, cuando fue a verlo, que los culpables habían sido los hermanos Diego).

La validez probatoria de estas declaraciones es nula, no sólo porque el defensor de don Luis no pudo interrogar en ningún momento ni a don Pedro Miguel, ni a don Ignacio (no fueron convocados a juicio y, como se ha dicho antes, la intervención en las diligencias sumariales no era posible), sino también, en lo que respecta a la declaración de don Pedro Miguel, porque ni siquiera fue prestada en el proceso que se seguía a don Luis (se trata de una extensa declaración autoincriminatoria, uno de cuyos párrafos atribuye a Luis y al menos a otros siete más haber cometido determinados asesinatos, que don Pedro Miguel prestó sin abogado defensor en el proceso sumarísimo que se seguía contra él), y en lo que se refiere al testimonio de referencia del teniente coronel don Diego, porque ni consta la razón por la que don Ignacio no fue convocado a juicio (parece ser que había sido ejecutado), ni obra por escrito lo que éste dijo en prisión, ni siquiera obra incorporada la carta que aquel dice que recibió.

6.- Mediante lo expuesto considero rebatidas las dos primeras razones que han llevado a la Sala a no conceder la autorización solicitada.

Las otras dos razones -irretroactividad de la Constitución y tiempo transcurrido desde la fecha de la sentencia del Consejo de Guerra- entiendo que no podrían ser aducidas con la fundamentación que he expuesto.

No obstante, por lo que respecta a la irretroactividad de la Constitución, que la Sala invoca a través del auto del Tribunal Constitucional de 25 de mayo de 2004, sucede que ésta resolución dice algo más. Ciertamente afirma la irretroactividad de la Constitución. Pero también dice que, de acuerdo con la Disposición Transitoria Segunda, apartado 1, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional es posible una "débil eficacia retroactiva" de la Constitución cuando no se hubieren agotado los efectos de las situaciones nacidas con anterioridad a su entrada en vigor. Luego, el auto del Tribunal Constitucional señala que "no se invoca en la demanda de amparo ningún derecho fundamental como el honor personal o de la familia, que de alguna manera pudieran seguir viéndose afectados tras la entrada en vigor de la Constitución, sino exclusivamente los derechos fundamentales a los que ya se ha hecho referencia". E, insistiendo en esta idea de permanencia de algunos efectos, dice, refiriéndose a la sentencia del Consejo Supremo de Justicia Militar, que "su efecto más inmediato, la muerte del condenado, se consumó trágicamente [pero] ese efecto no fue, sin embargo el único derivado de aquella Sentencia, pues al de la muerte le ha seguido, de manera ineluctable, el efecto de la ausencia, padecido desde entonces y hasta la fecha por quienes, como la demandante de amparo, no tienen consigo a quien de no mediar aquella condena podría seguir viviendo". Y en el caso de don Luis no pueden resultar desconocidas ni la invocación del derecho a su honor, ni su ausencia. La invocación del derecho a su honor está presente en la propia petición de autorización para interponer el recurso de revisión, pues, en el caso de fallecimiento del penado, el legislador concede legitimación para promover e interponer recurso de revisión a "su cónyuge, o quien haya mantenido convivencia como tal, ascendientes y descendientes, con objeto de rehabilitar la memoria del difunto" (artículo 955 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Y su ausencia resulta de la ejecución de la sentencia del Consejo de Guerra.

Por lo que atañe a la última razón de la resolución que no comparto (excesivo tiempo transcurrido desde la sentencia del Consejo de Guerra), considero suficiente indicar que la argumentación del auto de 25 de mayo de 2004 del Tribunal Constitucional que la Sala transcribe, haciéndola suya, se refiere al recurso de amparo, cuya interposición está sujeta a plazos, no al recurso de revisión.

7.- Por todo lo expuesto entiendo que la Sala debió conceder a doña Marí Juana autorización para interponer recurso de revisión -recurso que habría de ser estimado después- contra la sentencia de 26 de mayo de 1942 del Consejo de Guerra núm. 2 de Valencia, dictada en el procedimiento sumarísimo núm. 6981.V.39, por la que su padre, don Luis, fue condenado a la pena de muerte.