

## MAL DÍA PARA LA JUSTICIA MATERIAL: CRÍTICA DE LA S. DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA DE 31 DE OCTUBRE DE 2023 (2 BVR 900/22), SOBRE REVISIÓN DE SENTENCIAS ABSOLUTORIAS FIRMES

A BAD DAY FOR MATERIAL JUSTICE: CRITIC OF THE GERMAN FEDERAL  
CONSTITUTIONAL COURT'S DECISION OF 31 OCTOBER 2023 (2 BVR 900/22)  
ON THE REVIEW OF FINAL ACQUITTALS

Brian Buchhalter Montero\*  
PDI en formación (FPU)  
Universidad Complutense de Madrid

---

\* Núm. Orcid: 0000-0001-7662-4424. Agradezco a Marien Aguilera Morales (Catedrática, UCM), Julio Banacloche Palao (Catedrático, UCM), Fernando Gascón Inchausti (Catedrático, UCM), Javier Jiménez Fortea (Prof. Titular, UV); Abdalla Khalaf Reda (Inv. predoctoral, UCM); José León Alapont (Prof. Titular, UV); José Antonio Tomé (Catedrático, UCM) y a M.<sup>a</sup> Luisa Villamarín López (Catedrática, UCM), por el debate, las sugerencias y correcciones. También agradezco al (amable) revisor anónimo que ha hecho sugerencias muy interesantes. Las abreviaturas utilizadas son, además de las habituales en español, las siguientes: AfD (Alternative für Deutschland); BGB (Bürgerliches Gesetzbuch, Código Civil de Alemania); BVerfG (Bundesverfassungsgericht, Tribunal Constitucional Federal de Alemania); BVerfGG (Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Ley del Tribunal Constitucional Federal de Alemania); CDU/CSU (Christlich Demokratische Union Deutschlands/Christlich-Soziale Union in Bayern); CProcPen (Código Procesal Penal, y, en su caso, el país); ECPI (Estatuto de la Corte Penal Internacional); EGStGB (Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch, Ley para la introducción del Código Penal de Alemania); FDP (Freie Demokratische Partei); GG (Grundgesetz, Constitución de Alemania); LECrim (Ley de Enjuiciamiento Criminal); LG (Landgericht, Audiencia Provincial); OLG (Oberlandesgericht, Tribunal Superior de Justicia); RG (Reichsgericht, Tribunal del Imperio alemán); SPD (Sozialdemokratische Partei Deutschlands); StGB (Strafgesetzbuch, Código Penal de Alemania); StPO (Strafprozessordnung, Ordenanza Procesal Penal de Alemania; o, en su caso, de Suiza [schwz] o de Austria [ö]); VStGB (Völkerstrafgesetzbuch, Código Penal de Delitos Internacionales, Alemania); y ZPO (Zivilprozessordnung, Ordenanza procesal civil de Alemania). Todas las traducciones (más o menos libres y más o menos acertadas) son mías, salvo que indique lo contrario. Algunas (por ejemplo, de los textos en lenguas eslavas y en griego) provienen no de la lengua original, sino del inglés.

**RESUMEN:** La S. del BVerfG de 31 de octubre de 2023 ha declarado inconstitucional el Nr. 5 del § 362 StPO, que fue introducido en diciembre de 2021 para permitir la revisión *contra reum* de sentencias firmes por la aparición de nuevos hechos o medios de prueba. Se sustenta esta declaración en la vulneración, por el legislador, de la prohibición de *bis in idem* (art. 103.3 GG) y de la prohibición de retroactividad de disposiciones sancionadoras (art. 20.3 GG, entre otros). Los argumentos dados no son en su totalidad convincentes y la resolución no puede desmotivar a otros países a seguir un camino distinto. *De lege ferenda* propongo la inclusión en el art. 954 LECrim de una serie de normas que puedan encauzar una (constitucional) revisión *contra reum* de sentencias penales firmes.

**PALABRAS CLAVE:** revisión de procesos penales; justicia material; cosa juzgada, seguridad jurídica; Alemania.

**ABSTRACT:** The resolution of the BVerfG of October 31, 2023 has declared unconstitutional Nr. 5 of § 362 StPO, which was introduced in December 2021 to allow the reopening of final judgments against a defendant due to the emergence of new facts or evidence. This sentence is based on the legislator's violation of the prohibition of *bis in idem* (Art. 103.3 GG) and the prohibition of retroactivity of punitive provisions (Art. 20.3 GG, among others). The arguments given are not entirely convincing and the resolution of the BVerfG cannot discourage other countries to follow a different path. *De lege ferenda* I propose the inclusion in art. 954 LECrim of a series of rules that can channel a (constitutional) reopening of final criminal procedures in detriment of the acquitted.

**KEYWORDS:** revision of criminal proceedings; material justice; *res judicata*; legal certainty; Germany.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.— II. UNA (NECESARIA) HISTORIA RETROSPECTIVA DEL DERECHO DE REVISIÓN DE SENTENCIAS FIRMES: 1. La Ley para la obtención de Justicia material, de 21 de diciembre de 2021: A) *Iter* parlamentario: a) Discusión en el *Bundestag*: aa) Primera lectura; bb) Audiencia en Comisión a los expertos; cc) Segunda y tercera discusión: aprobación en el *Bundestag* y en el *Bundesrat*; B) El rol del *Bundespräsident*; 2. El Derecho nacionalsocialista; 3. La República de Weimar (la reforma de 22 de marzo de 1924) y el Imperio alemán (la versión original de la StPO de 1 de febrero de 1877); 4. Recapitulación.— III. DE VUELTA AL PRESENTE.— IV. TOMA DE POSICIÓN: 1. Proporcional excepción al *non bis in idem*: A) La prohibición de *bis in idem* del art. 103.3 GG vincula (también) al legislador; B) Examen de la proporcionalidad del nuevo motivo: a) Fin legítimo: obligación del Estado de hacer Justicia y mantener la paz social; b) Necesidad de la decisión legislativa; c) No hay riesgo de extensión indebida a otros delitos menos graves; C) El rol de la víctima: a) Víctima como símbolo de la sociedad; b) Indebido paternalismo: decirle a la víctima qué es lo mejor para ella; 2. El problema de la retroactividad: A) Cuestiones generales; B) La excepción del extraordinario interés público; 3. El Nr. 5 en el *sistema* de los Nr. 1 - 4 del § 362; A) El sistema de los Nr. 1 - 4 del § 362; B) Encaje del Nr. 5 del § 362 StPO en el modelo procesal; a) Sistema de los Nr. 1 - 4 del § 362 StPO; b) Sistema (general) de la StPO; 4. *Excursus*: no desentona la norma en el espacio internacional: A) El art. 4.2 del Protocolo Núm. 7 al CEDH; B) Otros países; V. SÍNTESIS.— VI. UNA REFLEXIÓN PARA ESPAÑA; 1. Necesidad de reforma al ejemplo de la absolución dada, por ejemplo, en prevaricación; 2. Poco perceptible riesgo para la cosa juzgada como institución; 3. Pero: necesidad de ponderar la reducción de posibilidades de defensa en el segundo proceso; VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## I. INTRODUCCIÓN

Si algo ha condicionado la política procesal penal y el debate académico alemán de los últimos años ha sido la introducción (por la Ley para la obtención de Justicia material, de 21 de diciembre de 2021)<sup>1</sup> de un Nr. 5. en el § 362 StPO, que admitía *propter nova* la revisión de sentencias absolutorias<sup>2</sup>. Lo hacía en estos términos:

«La reapertura de un proceso penal en perjuicio del acusado terminado por sentencia firme es admisible [...] 5. cuando se aporten nuevos hechos o medios de prueba que, solos o en relación con pruebas practicadas anteriormente, creen enérgicas razones [*dringende Gründe*] para que el acusado absuelto [*der freigesprochene Angeklagte*] por asesinato [§ 211 StGB], genocidio [§ 6.1 VStGB], delitos contra la humanidad [§ 7.1 Nr. 1 - 2 VStGB] o delitos de guerra contra una persona [§ 8.1 Nr. 1 VStGB], sea condenado».

La norma, que se introducía de lleno en la secular pugna entre seguridad jurídica y justicia material, ha sido recientemente expulsada del ordenamiento jurídico por la S. del BVerfG de 31 de octubre de 2023 (2 BvR 900/22). Esta resolución trae causa del recurso de amparo interpuesto por un absuelto en 1983 (Ismet H.) al que, en 2022, se reabrió un proceso por la violación y el asesinato de la joven Frederike von Möhlmann en 1981. No creo que la S. del BVerfG signifique, sin embargo, que el debate esté ya cerrado. Me propongo, por tanto, examinar la discusión y reflexionar al final sobre el régimen español de revisión de sentencias firmes en el proceso penal, especialmente ahora que la letra b), entre otras, del art. 954.1 LECrim parecería permitir la revisión de sentencias absolutorias<sup>3</sup>. En todo caso, nuestro país debe seguir, creo, un camino distinto al que ha tomado Alemania. No continúo con la esperanza que mostré hace unos meses en un breve texto sobre la misma materia<sup>4</sup>. Y no me sumo, tampoco, a la corriente que mantuvo y mantiene (ahora ya con *imperium*) la inconstitucionalidad del § 362 Nr. 5 StPO<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Gesetz zur Änderung der Strafprozessordnung – Erweiterung der Wiederaufnahmemöglichkeiten zuungunsten des Verurteilten gemäß § 362 StPO und zur Änderung der zivilrechtlichen Verjährung (Gesetz zur Herstellung materieller Gerechtigkeit). Vom 21. Dezember 2021.

<sup>2</sup> En España la noción *reapertura* es equívoca, pues no se trata tanto de reabrir, como de iniciar un nuevo procedimiento. Cfr. Garcandía González (2016) pp. 32 y 33 (con referencias jurisprudenciales).

<sup>3</sup> Garcandía González (2016), p. 73.

<sup>4</sup> Disponible *online* en: <https://cutt.ly/gwTvIHlh>

<sup>5</sup> Cfr. Pohlreich (2023), pp. 140 y ss.; Singelstein (2022) pp. 1058 y ss.; Brade (2021), pp. 362 y ss.; Grübl, (2022), 1 y ss.; Aust y Schmidt (2020), pp. 251 y ss.; Schweiger (2022), 397 y ss.; Priebernig (2023), pp. 156 y ss.; Tiemann (2023), ap. 21 y ss.; y AA.VV., *Stellungnahme zur Verfassungsmäßigkeit des § 362 Nr. 5 StPO*, Arbeitskreis deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer, 1.12.2022. En favor de la revisión *contra reum* por aparición de nuevos hechos o medios de prueba, las voces son menos. Además de los dictámenes y posiciones citadas en la nota 21, cfr. Hoven (2021), pp. 1154 y ss.; Von Biebrauer zu Brennstein (2022), pp. 118 y ss.; y Letzgius (2020), pp. 717 y ss.

## II. UNA (NECESARIA) HISTORIA RETROSPECTIVA DEL DERECHO DE REVISIÓN DE SENTENCIAS FIRMES

Examinar esta discusión reclama una primera aproximación histórica. No solo porque esta clase de interpretación no puede obviarse (entre nosotros: art. 3.1 CC), sino porque el debate mismo y finalmente la S. del BVerfG han tomado en cuenta razones históricas. En la discusión son múltiples las referencias a la historia del Derecho procesal penal y a la génesis del art. 103.3 GG (que consagra en Alemania la prohibición de *bis in idem*: «Nadie puede ser condenado [*bestraft*] más de una vez por el mismo hecho en virtud de las Leyes penales generales»). El BVerfG ha dejado ya claro que para la búsqueda del sentido de este art. 103.3 GG debe atenderse al estado del Derecho procesal y su interpretación vigente al momento de entrar en vigor la GG, es decir, el 24 de mayo de 1949<sup>6</sup>. De ahí no se sigue, sin embargo, que el art. 103.3 GG haya elevado, a rango constitucional y con el máximo detalle, el Derecho procesal penal previo a 1949 ni tampoco que este no pueda modificarse levemente, en el marco de *correcciones marginales* («*Grenzkorrekturen*»)<sup>7</sup>, lo que no exime de dudas sobre qué es y qué no es marginal<sup>8</sup>. Todo eso reclama, por tanto, un estudio histórico.

La indagación histórica que siguen estas líneas se funda en el método retrospectivo (de hoy hacia atrás), que permite andar el camino de la historia con la mirada puesta en un problema particular<sup>9</sup>. Esto permite *saber qué se busca* en la historia y evita, además, la poco honesta práctica de *reconstruir* la historia del Derecho sabiendo ya el resultado al que se quiere llegar. No quiero decir con eso que toda historia del Derecho así hecha sea culpable de ese reproche. Solo digo que *esa* metodología puede comportar *ese* riesgo. Esto no exime de reconocer que también el método retrospectivo tiene *sus* (otros) riesgos. En este trabajo, sin embargo, los asumo.

### 1. La Ley para la obtención de Justicia material, de 21 de diciembre de 2021

El 8 de junio de 2021 presentaron la CDU/CSU y el SPD el Proyecto de Ley del que trae causa la introducción del malogrado Nr. 5 en el § 362 StPO. El origen de esta iniciativa está en el caso de la ya mencionada Frederike von Möhlmann. De hecho, la fundamentación del Proyecto de Ley se refiere expresamente a ella y a las 180.000 firmas que su padre consiguió recolec-

<sup>6</sup> S. del BVerfG de 31 de octubre de 2023 (BvR 900/22), ap. 65.

<sup>7</sup> A. de la Sala II del BVerfG de 8 de enero de 1981 (2 BvR 873/80), ap. 25.

<sup>8</sup> Aust y Schmidt (2020), p. 252; Bung (2022), p. 111; o Hoven (2021), p. 1157.

<sup>9</sup> La metodología la he tomado de Masferrer (2022).

tar para incentivar el trámite legislativo<sup>10</sup>. El nombre de la joven y algunos escabrosos detalles sobre el caso aparecen, también, en el debate parlamentario<sup>11</sup> y doctrinal<sup>12</sup>. Sin embargo, la relevancia de este caso (y la emocionalidad de toda la discusión)<sup>13</sup> no puede hacer obviar que hubo, antes que este, otros intentos de reforma en un sentido similar. Intentos que también han fracasado, aunque en momentos anteriores (1993<sup>14</sup>, 2008<sup>15</sup> o 2010<sup>16</sup>, por ejemplo) y no ante el BVerfG. Por otra parte, el acuerdo de coalición entre CDU/CSU y SPD para la XIX Legislatura (2017-2021) expresamente refería, bajo el epígrafe titulado «Un Estado fuerte y capaz de actuar para una sociedad libre», el deseo de ampliar las posibilidades de reapertura del proceso penal *contra reum* en relación con delitos que no prescriben (como es el caso del asesinato: *cfr.* § 78.2 StGB)<sup>17</sup>. La iniciativa no es, por tanto, totalmente nueva ni improvisada.

### A) *Iter parlamentario*

El Proyecto de Ley, presentado por los dos partidos mayoritarios en Alemania el 8 de junio de 2021, se acompañó con unos breves párrafos que condensan bien su finalidad:

«Finalidad del Proyecto es, en ponderación de los principios de la Justicia material y de la necesidad de seguridad jurídica, posibilitar la reapertura, en perjuicio del acusado absuelto, de un proceso penal terminado por sentencia firme respecto de los delitos más graves también cuando aparecen nuevos medios de prueba de cargo, de los que se derive con alta probabilidad [*hohe Wahrscheinlichkeit*] la responsabilidad penal del absuelto anteriormente, de manera que mantener la cosa

<sup>10</sup> El Proyecto de Ley se refiere a ella explícitamente: *Cfr.* Deutscher Bundestag (19. Wahlperiode) – Drucksache 19/30399, 08.06.2021, p. 10. Lo reconoce también la S. del BVerfG de 31 de octubre de 2023 (2 BvR 900/22), ap. 15.

<sup>11</sup> Deutscher Bundestag (19. Wahlperiode) – Stenographischer Bericht – 234. Sitzung, Berlin, Freitag den 11. Juni 2021, p. 30370.

<sup>12</sup> Hoven (2021), p. 1154.

<sup>13</sup> Hoven (2021), p. 1162. Emocionalidad que, han dicho algunos, no se restringe al caso concreto, sino a la utilización misma de la noción *asesino* («*Mörder*»), que fue introducida en el § 211 StGB por los nazis y cuya supresión se sugiere hace tiempo: Bung (2022) p. 112.

<sup>14</sup> Deutscher Bundestag (12. Wahlperiode) – Drucksache 12/6219, 22.11.1993. Esta Proposición de Ley pretendía introducir, también, la revisión *contra reum* cuando aparecieran nuevos hechos o medios de prueba que, por sí solos o en relación con la prueba practicada, pudieran conducir «más allá de toda duda razonable» a una condena por asesinato o genocidio. Este canon (que en alemán se expresa sustantivado, «*Ausschluß jedes begründeten Zweifels*») coincidía, según la Proposición (p. 10), con el que se exige para dictar prisión provisional conforme al § 112.1.I StPO. Ese mismo criterio han propuesto otros autores en momentos posteriores: Letzgas (2020), p. 719.

<sup>15</sup> Deutscher Bundestag (16. Wahlperiode) – Drucksache 16/7957, 30.01.2008. El texto preveía la revisión de sentencias absolutorias «cuando, sobre la base de nuevos métodos técnicos de investigación científicamente reconocidos, de los que no se disponía en el momento de la sentencia [...], se ponen de manifiesto nuevos hechos o pruebas que, por sí solos o en combinación con las pruebas practicadas anteriormente, sean adecuados para condenar a la persona absuelta».

<sup>16</sup> Bundesrat (s/n.) – Drucksache 222/10, 21.04.10.

<sup>17</sup> *Ein neuer Aufbruch für Europa – Eine neue Dynamik für Deutschland – Ein neuer Zusammenhalt für unser Land – Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD 19. Legislaturperiode*, p. 125.

juzgada de la sentencia absolutoria en todo caso produciría —en relación con la Justicia material —resultados intolerables»<sup>18</sup>.

Las dudas de constitucionalidad están ya presentes para los autores del Proyecto, que dedican una relativamente larga argumentación a despejar la incógnita de si este nuevo § 362 Nr. 5 StPO es compatible o no con la prohibición de *bis in idem* que prevé el art. 103.3 GG. Por otra parte, la fundamentación del Proyecto se remite a vieja jurisprudencia constitucional que habrían dejado abierta la puerta a la introducción de un motivo de estas características al § 362 StPO, cuya fuerza interpretativa ha sido descartada, al final, por la S. del BVerfG de 31 de octubre de 2023.

#### a) Discusión en el *Bundestag*

El Proyecto de Ley fue discutido en el *Bundestag* en las clásicas tres lecturas (*Lesungen*):

##### aa) *Primera lectura*

La primera y más importante lectura sucedió en el Pleno del 11 de junio de 2021<sup>19</sup>. Allí tomo la palabra primero el Sr. Dr. Johannes Fechner (SPD) para defender el Proyecto, considerado arma eficaz contra el clamante injusto («*schreiendes Unrecht*») que suponía no solo la absolución de un asesino, sino la imposibilidad de condenarlo si aparecían nuevas pruebas. El parlamentario hizo notar también las principales objeciones que se formularon al Proyecto y que luego abordó (*cf.* IV). A su terminación tomó la palabra el Sr. Dr. Johannes Reusch (AfD), que sumó apoyo al Proyecto, aunque exigiendo que la revisión no solo abarcara el asesinato, sino también otros delitos. Esto causó el temor de buena parte del espectro político, como ahora se verá. También se posicionó favorablemente al Proyecto la CDU/CSU, representada por el Sr. Dr. Jan-Marco Luczak, que dudó seriamente de que sea una «victoria del Estado de Derecho» la libertad en esos términos de un asesino. Y con razón hizo notar que mantener una sentencia injusta no puede nunca velar por la paz jurídica (*Rechtsfrieden*) cuando se trata de un injusto tan excepcional como el asesinato (por ejemplo). Desde el liberalismo del FDP, el Sr. Jürgen Martens se mostró preocupado por que la nueva regulación pudiera suponer, después, una ampliación a otra clase de delitos (como ya proponía la AfD). Sobre esa circunstancia, más que sobre los problemas jurídico-constitucionales, hizo oposición la izquierda (Sr. Friedrich Straetmanns desde Die Linke; y Sra. Canan Bayram de Bündnis 90/Die Grünen).

---

<sup>18</sup> Deutscher Bundestag (19. Wahlperiode) – Drucksache 19/30399, 08.06.2021, p. 1.

<sup>19</sup> Deutscher Bundestag (19. Wahlperiode) – Stenographischer Bericht – 234. Sitzung, Berlin, Freitag den 11. Juni 2021, pp. 30369 y ss.

*bb) Audiencia en Comisión a los expertos*

Más provechosa que este debate plenario fue la audiencia a los expertos, el 22 de junio de 2021 en la Comisión de Derecho y protección de los consumidores del *Bundestag*. Manifestaron su opinión allí expertos tanto de la Universidad como de la *praxis*. Todos sus informes están disponibles *on line*<sup>20</sup>. Tras la audiencia a los expertos la Comisión hizo público su informe, mostrándose finalmente a favor de la reforma con los votos de CDU/CSU, SPD y AfD y en contra de FDP, Die Linke y Bündnis 90/Die Grünen. Todo eso era previsible. Del informe merece la pena destacar tan solo el énfasis del FDP en que una reforma tal de la StPO solo sería posible con una reforma de la GG (lo que abre un nuevo debate); y que el segundo procedimiento penal dado tras la revisión (en su caso), ofrece menores garantías al nuevo acusado pues, por ejemplo, el paso del tiempo ha menguado su posibilidad de valerse de algunos medios de prueba<sup>21</sup>. De esta preocupación ha dado cuenta también la S. del BVerfG de 31 de octubre<sup>22</sup>. Y, efectivamente, esa circunstancia debe ponderarse en una futura regulación de la revisión de sentencias absolutorias.

*cc) Segunda y tercera discusión: aprobación en el Bundestag y en el Bundesrat*

Llegan finalmente la segunda y tercera discusión sobre el Proyecto, dada en el *Bundestag* el 24 de junio de 2021, en que se aprueba el texto sin mayores estridencias<sup>23</sup>. De ahí pasa el texto al *Bundesrat*, donde fue directamente aprobado el 17 de septiembre de 2021<sup>24</sup>.

<sup>20</sup> Disponibles en: <https://cutt.ly/PwRX0xPe>. Los cito por páginas. Otros hablaron sin informe escrito. Por ejemplo, el Sr. Dr. Ulf Buermeyer sostuvo que pocas veces ha sido una vulneración de la GG tan clara como con ese Proyecto de Ley: Deutscher Bundestag (19. Wahlperiode) – Stenographischer Bericht – 236. Sitzung, Berlin, Donnerstag den 24. Juni 2021, p. 30754. Las intervenciones están disponibles *online* en: <https://cutt.ly/ZwTE4U0I>. Por escrito, con distintos argumentos y a favor de la constitucionalidad del § 362 Nr. 5 StPO se mostraron tanto el Prof. Dr. Jörg Eisele (Universidad de Tübingen), el Prof. Dr. Michael Kubiciel (Universidad de Augsburg) y el Prof. Dr. Klaus F. Gärditz (Universidad de Bonn) como el Sr. Dr. Wolfram Schädler (Letrado de Hans von Möhlmann, padre de la adolescente asesinada en 1981). Oralmente se pronunció a favor de la norma la Sra. Elisabeth Auchter-Mainz (Fiscal y Encargada para la protección de las víctimas del Estado federado de Nordrhein-Westfalen). Contra la constitucionalidad de la norma informaron, por escrito, el Prof. Dr. Helmut Aust (Universidad Libre de Berlín) y Stefan Conen (Letrado, miembro de la Comisión de Derecho penal de la Asociación de la Abogacía alemana). Solo oralmente se pronunció en favor el Sr. Dr. Ulf Buermeyer (Juez y Presidente de la Asociación para los Derechos de libertad).

<sup>21</sup> Deutscher Bundestag (19. Wahlperiode) – Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz (6. Ausschuss) zu dem Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD, 23.06.2021, p. 4.

<sup>22</sup> S. del BVerfG de 31 de octubre de 2023 (2 BvR 900/22), ap. 13.

<sup>23</sup> Deutscher Bundestag (19. Wahlperiode) – Stenographischer Bericht – 236. Sitzung, Berlin, Donnerstag den 24. Juni 2021, p. 30755.

<sup>24</sup> Bundesrat (s/n.) – Stenographischer Bericht, 1008. Sitzung, Berlin, Freitag, den 17. September 2021, pp. 381 y ss.

## B) *El rol del Bundespräsident*

Que el texto fuera aprobado sin mayor problema por las Cámaras no significó, sin embargo, su entrada en vigor inmediata. Todavía restaba la promulgación por el Presidente de la República, el *Bundespräsident* Frank-Walter Steinmeier. Este, en ejercicio del polémico control de constitucionalidad que le asiste *ex art.* 82.1 GG, se negó primero a la promulgación de la norma. Tras varias semanas de vacilación se decidió, en diciembre de 2021, a estampar su sello («con dolor de barriga»<sup>25</sup>, han dicho algunos) y a hacer públicas sus dudas sobre la constitucionalidad de la norma<sup>26</sup>. De ese modo, el § 362 Nr. 5 StPO entraba, finalmente, en vigor el jueves 30 de diciembre de 2021.

## 2. El Derecho nacionalsocialista

El régimen procesal penal de hoy no se entiende (como tampoco se entiende el Derecho constitucional en general) si no es en contraposición o reacción al régimen nacionalsocialista<sup>27</sup>. Este brutalizó su Derecho penal y procesal penal y, claro, la revisión de sentencias firmes no fue excepción. Al margen de otras iniciativas que paulatinamente quebraron el entendimiento liberal de la cosa juzgada<sup>28</sup>, el Tercer Decreto para la simplificación de la Administración de la Justicia penal, de 29 de mayo de 1943, dio nueva redacción al § 359 StPO:

«Un procedimiento terminado con sentencia firme será reabierto, cuando se aporten nuevos hechos o medios de prueba que, por sí solos o en conexión con los anteriores, sean idóneos [para fundamentar]: 1. [...] la absolución de un condenado o una pena esencialmente menor o, en vez de la condena, el sobreseimiento del procedimiento. [...] 2. [...] la condena de un absuelto o una pena esencialmente mayor o la condena en vez del sobreseimiento. [...] 3. [...] una decisión esencialmente distinta sobre una medida de seguridad. [...] La reapertura del procedimiento en contra del acusado solo es admisible cuando la nueva persecución sea necesaria para la protección del pueblo [*zum Schutze des Volkes*]»<sup>29</sup>.

La regulación, por tanto, refundía las normas de la revisión en perjuicio y en favor del absuelto y suponía la puesta en entredicho general de la cosa juzgada, bajo el nebuloso concepto de *protección del pueblo* (concepto análogo al *sano sentimiento del pueblo alemán* que, desde 1935, permitía la analogía *contra reum*: § 2 StGB)<sup>30</sup>. Esta modificación fue bien recibida por la doctrina

<sup>25</sup> «Steinmeier unterschreibt mit Bauchschmerzen», *LTO Legal Tribune Online*, 22 de diciembre de 2021. Disponible *online* en: <https://cutt.ly/JwY1yr1a>

<sup>26</sup> Disponible *online* en: <https://cutt.ly/7wTxF7aT>

<sup>27</sup> Brade (2021), p. 362.

<sup>28</sup> *Cfr.* Bayer (2018), pp. 113 y ss.

<sup>29</sup> *Dritte Verordnung zur Vereinfachung der Strafrechtspflege. Vom 29. Mai 1943.*

<sup>30</sup> La expresión más alta de esta tendencia totalitaria en el enjuiciamiento español, el ALECRim 1938 (publicado en la Imprenta de los Hijos de Fco. Nuñez en Salamanca) no asumió, sin embargo,

de la época, cercana a ese entendimiento de la seguridad jurídica. Como hizo notar un notable Catedrático nazi de aquella época, Friedrich Schaffstein, la *seguridad jurídica* en el Estado totalitario suponía que el delito no podía quedar impune y que la seguridad de la comunidad política debía prevalecer, aunque la Ley no autorizara el castigo<sup>31</sup>. Este razonamiento, dirigido a fundar la analogía *contra reum*, es aquí pertinente.

### 3. La República de Weimar (la reforma de 22 de marzo de 1924) y el Imperio alemán (la versión original de la StPO de 1 de febrero de 1877)

La reforma nacionalsocialista obviaba el grado de garantías penales que había alcanzado el proceso en la República de Weimar. Aunque no se produjeron reformas relevantes en esta materia (salvo el cambio de numeración el 22 de marzo de 1924: del § 402 al § 362), la prohibición de *bis in idem* había sido reconocida y garantizada expresamente por la jurisprudencia del RG<sup>32</sup>. No, sin embargo, por la Constitución de Weimar (1919). Se mantenía, por tanto, el texto original de la imperial StPO de 1 de febrero de 1877 que, con otra numeración, seguía plenamente vivo en la StPO republicana.

### 4. Recapitulación

Tenemos entonces claro ya cuál ha sido el rol de la revisión de sentencias firmes en perjuicio del absuelto en la formación histórica del actual § 362 StPO: solo el Derecho nacionalsocialista admitió la revisión *contra reum* por la aparición de nuevos hechos o medios de prueba. Ahora bien, esa circunstancia no puede hacer pensar que desde ese momento y hasta el fin de los días ese motivo de revisión *contra reum* esté contaminado de nacionalsocialismo

---

esta quiebra generalizada de la cosa juzgada. Solo admitía la revisión en beneficio del condenado (arts. 814 y ss.), aunque algunos números podían ser ambiguos (7.º, por ejemplo). La decisión del ALECrím 1938 es sorprendente, pues su redacción se debe, además de a Antonio Luna García, a Federico Castejón y Martínez de Arízala, que sí se mostró a favor de la revisión de sentencias absolutorias: Castejón. (1967), p. 102.

<sup>31</sup> Cfr. Schaffstein (1940), p. 532.

<sup>32</sup> Cfr. S. del RG de 16 de octubre de 1880 (Rep. 2517/80): «*Der hervorgehobene Grundsatz ist zwar in der Strafprozeßordnung nicht ausdrücklich ausgesprochen, liegt aber wesentlichen Bestimmungen derselben zu Grunde*». Cfr. también: S. del RG de 6 de noviembre de 1880 (Rep. 1278/80); S. del RG de 21 de diciembre de 1880 (Rep. 3110/80); S. del RG de 23 de diciembre de 1880 (Rep. 3273/80); S. del RG de 25 de marzo de 1881 (Rep. 340/81); S. del RG de 2 de junio de 1881 (Rep. 1195/81); S. del RG de 30 de septiembre (Rep. 1978/81); S. del RG de 12 de julio de 1882 (Rep. 1615/82); S. del RG de 18 de diciembre de 1882 (Rep. 2676/82); S. del RG de 12 de marzo de 1883 (Rep. 369/83); S. del RG de 23 de junio de 1883 (Rep. 1206/83); S. del RG de 15 de noviembre de 1883 (Rep. 2174/83); S. del RG de 10 de diciembre de 1883 (Rep. 2762/83); S. del RG de 27 de septiembre de 1886 (Rep. 1823/86); S. de 8 de octubre de 1886 (Rep. 2297/86); S. del RG de 15 de noviembre de 1886 (Rep. 2668/86); S. del RG de 28 de enero de 1887 (Rep. 3121/86), S. del RG de 8 de octubre de 1888 (Rep. 1904/88); S. de 30 de septiembre de 1890 (Rep. 2281/90); S. del RG 5 de enero de 1891 (Rep. 3472/90); S. del RG. de 23 de noviembre de 1891 (Rep. 2957/91); o S. del RG de 10 de marzo de 1905 (Rep. 4383/04).

y que, por tanto, sea hoy inadmisibles. Un Derecho penal orientado al libre desarrollo de la personalidad (y no a la ciega tutela del interés del Estado) puede servirse de un Derecho procesal penal que admita la revisión *contra reum* por la aparición de nuevos hechos o medios de prueba y por gravísimos delitos. Creo que así lo acreditan algunos países de nuestro entorno (*cf.* IV.4.B).

### III. DE VUELTA AL PRESENTE

La impugnación (mediata) del § 362 Nr. 5 StPO ante el BVerfG se entiende, entonces, en ese contexto. También el recurso de amparo con el que indirectamente se combate la nueva regulación tiene su breve historia. El 1 de julio de 1982 el recurrente en amparo fue condenado a prisión permanente revisable por el LG Lüneburg, por la violación y asesinato de Frederike von Möhlmann. Su condena fue revocada por el BGH y la causa reenviada al LG Stade, que le absolvió en 1983 de los delitos de violación y asesinato. En 2015 interpuso el padre de la fallecida una demanda contra el recurrente ante el LG Lüneburg, exigiéndole una indemnización por daños y perjuicios psicológicos causados por la muerte de su hija. El 9 de septiembre de 2015, su pretensión fue desestimada por haber transcurrido el plazo de 30 años de prescripción (§ 199.2 BGB)<sup>33</sup>. Esta decisión fue confirmada en apelación por el OLG Celle en S. de 14 de abril de 2016<sup>34</sup>. Esto ha motivado, también, la reforma por la Ley de 21 de diciembre de 2021 del régimen de prescripción de acciones civiles nacidas de delitos no prescriptibles, lo que no ha sido reprochado por el BVerfG. En todo caso, ni en primera instancia ni en segunda instancia el demandado (presunto asesino y recurrente en amparo) discutió haber violado y matado a la hija del demandante<sup>35</sup>.

Entonces, cerca de cuarenta años después de la muerte de la joven, la Fiscalía solicitó la reapertura del procedimiento ante el LG Verden con base en este nuevo § 362 Nr. 5 StPO. Días después fue admitida esta solicitud y el LG Verden ordenó la detención y la entrada en prisión provisional del ahora recurrente en amparo. Este impugnó sin éxito la decisión ante el OLG Celle y, finalmente, ante el BVerfG. Aquí sí logró imponerse y obtener la revocación de la prisión provisional hasta que se decidiera la constitucionalidad de este polémico § 362 Nr. 5 StPO. En la tramitación del amparo constitucional fueron de nuevo escuchados los actores políticos y expertos. La vista ante el BVerfG se celebró el 24 de mayo de 2023.

<sup>33</sup> S. del LG Lüneburg (2. Zivilkammer), de 9 de septiembre de 2015 (2 O 76/15), ap. 16.

<sup>34</sup> S. del OLG Celle (5. Zivilsenat), de 14 de abril de 2016 (5 U 121/15), ap. 21 y ss.

<sup>35</sup> En la S. del LG de Lüneburg se lee: «El Tribunal debe partir, según el § 138.3 ZPO de que el demandado violó y posteriormente mató a la hija del demandante, pues el demandante no ha discutido en este procedimiento haber realizado esos hechos [...]» (ap. 17). Lo mismo sucede en segunda instancia. El OLG Celle da esto por cierto y afirma rotundamente que «el demandado violó y mató a la hija del demandante en el espacio entre las 18:00 horas del 4 de noviembre de 1981 y las 06:00 del día siguiente [...]» (ap. 2).

#### IV. TOMA DE POSICIÓN

En las anteriores líneas he intentado aclarar el contexto histórico de este debate sobre el § 362 Nr. 5 StPO. Me ocupo en lo que sigue de los argumentos que, en el proceso constitucional, se han mantenido contra el precepto. Creo que ninguno debía haber prosperado.

##### 1. Proporcional excepción al *non bis in idem*

El primer reproche que ha sufrido el Nr. 5 del § 362 StPO es su incompatibilidad con la prohibición de *bis in idem* del art. 103.3 GG. Al respecto hay que hacer una serie de consideraciones:

###### A) *La prohibición de bis in idem del art. 103.3 GG vincula (también) al legislador*

Desde antiguo, el BVerfG ha declarado que el art. 103.3 GG no solo impide el castigo (como se derivaría de su tenor: *bestraft werden*), sino directamente la persecución dos o más veces por los mismos hechos. Así lo reconocen con algo más de fortuna que la norma alemana otros preceptos, como el art. 5 del CProcPenArg («Nadie puede ser perseguido penalmente ni condenado más de una vez por el mismo hecho») o algunos textos internacionales (arts. 50 CDFUE o 4.1 del Protocolo Núm. 7 al CEDH)<sup>36</sup>. Esta prohibición de doble persecución deriva, para el BVerfG, no solo de los debates constituyentes sino del contexto histórico de la norma, dada en reacción al nacionalsocialismo (*cf.* II.2). También las Constituciones de los Estados federados que se aprobaron inmediatamente antes de la GG llevan al BVerfG pensar lo mismo<sup>37</sup>. Un razonamiento teleológico conduce igualmente al BVerfG a admitir no solo la prohibición de doble condena, sino de doble persecución: si el proceso penal no puede llegar a su fin (condenar o absolver) no tiene sentido, ni si quiera, que comience (especialmente si se considera lo gravoso que es para quien lo sufre)<sup>38</sup>. Y, finalmente, un poco convincente argumento sistemático lleva al BVerfG a pensar que el *bis in idem* afecta no solo a condenados, sino también a absueltos: en conexión con la prohibición de retroactividad de las disposiciones sancionadoras (art. 103.2 GG), se entiende que la prohibición de doble *persecución* es complementaria. De todos esos argumentos sigue el BVerfG, entonces, que el art. 103.3 GG no solo protege al *condenado*, sino también al

<sup>36</sup> También el art. 22.1 ALECrím 2020 (y, antes, el art. 11.1 del ACProcPen 2013).

<sup>37</sup> S. del BVerfG de 31 de octubre de 2023 (2 BvR 900/22), ap. 66. Se refiere a las Constituciones de Bayern, Württemberg-Baden (entonces y ahora Baden-Württemberg), Bremen, Hessen y Rheinland-Pfalz.

<sup>38</sup> S. del BVerfG de 31 de octubre de 2023 (2 BvR 900/22), ap. 69.

*absuelto*: el art. 103.3 GG persigue la unicidad de la persecución penal (*Einmaligkeit der Strafverfolgung*<sup>39</sup>): que solo exista un proceso penal.

Esta prohibición de doble persecución del art. 103.3 GG no vincula solo a los Tribunales penales o al Ministerio Fiscal, sino también al legislador<sup>40</sup>. De rechazar la vinculación de este último, la eficacia de la prohibición de *bis in idem* estaría vacía, pues podría el legislador configurar las causas de reapertura del proceso penal como tuviera por conveniente, sin límite alguno<sup>41</sup>. Para el BVerfG, por tanto, el art. 103.3 GG hace prevalecer absolutamente la seguridad jurídica sobre la Justicia material. Esta consideración (como hace notar el VP a la S.)<sup>42</sup> no es, en realidad, consecuente: si así fuera, debieran haberse expulsado del ordenamiento también los Nr. 1 - 4 del § 362 StPO, que también admiten la revisión de la sentencia firme *contra reum*. Estos solo han podido ser salvados aduciendo una ya antigua constitucionalización a través del reconocimiento de la jurisprudencia del RG (*cfr.* II). Es decir: ¿por qué es conforme con la GG el Nr. 4 del § 362 StPO que permite la revisión cuando el acusado se jacta públicamente de haber cometido el delito a pesar de haber sido absuelto y no el nuevo Nr. 5 que permite la revisión cuando aparecen casi incontestables pruebas? La argumentación a ese respecto no es, como se verá, convincente (*cfr.* IV.3).

### B) Examen de la proporcionalidad del nuevo motivo

Claro cuál es el ámbito de protección del art. 103.3 GG, es necesario ahora interrogarse por la proporcionalidad de la excepción a la prohibición de *bis in idem* que introdujo la Ley de 21 de diciembre de 2021. Particular atención merecen aquí el fin legítimo que persigue la norma (hacer prevalecer la justicia material sobre la seguridad jurídica) y la *necesidad* de la medida (es decir, si existe otra opción menos lesiva que pueda lograr el mismo fin).

#### a) Fin legítimo: obligación del Estado de hacer Justicia y mantener la paz social

El Estado tiene la obligación de hacer Justicia y de mantener así la paz social. Lo intenta a través del Derecho penal, cuando prevé el legislador el castigo y cuando los Tribunales lo hacen valer. El BVerfG ha reconocido esta circunstancia cuando ha hecho notar que el Estado de Derecho abarca, como una de las principales tendencias de la GG, la persecución de la Justicia ma-

<sup>39</sup> S. del BVerfG de 31 de octubre de 2023 (2 BvR 900/22), ap. 69.

<sup>40</sup> El legislador no es, por tanto, totalmente libre para decidir el «grado en que el interés de la justicia haya de prevalecer sobre la seguridad [...]» (Garciandía González, P. M., *El proceso de revisión...*, *op. cit.*, pp. 59 y 60).

<sup>41</sup> S. del BVerfG de 31 de octubre de 2023 (2 BvR 900/22), ap. 74.

<sup>42</sup> VP del Sr. Müller y de la Sra. Langenfeld a la S. del BVerfG de 31 de octubre de 2023 (2 BvR 900/22), ap 4.

terial<sup>43</sup>. Los arts. 1.2 y 56 GG se refieren de manera expresa a la Justicia (*Gericht*), a la que el Estado no puede ser ajena<sup>44</sup>. El Sr. Alexander Hoffmann (CDU/CSU) reivindicó precisamente esa circunstancia en el *Bundestag*: «Un Estado de Derecho debe también poder reflejar el sentimiento de injusticia del pueblo»<sup>45</sup>. El Estado debe ser sensible a la sensación de justicia o injusticia de la sociedad a la que sirve, aunque el *cómo* de esta operación sea complejo. No poder castigar al acusado-absuelto que con (muy) alta probabilidad podrá serlo, por delitos de los más graves (imprescriptibles, además)<sup>46</sup>, causa una sensación de desasosiego e injusticia que el Estado debe poder calmar. Y lo debe poder calmar porque el Estado (aunque se lo presente con acierto como *máquina racional* que debe expresarse —obligatoriamente— en un Derecho penal racional)<sup>47</sup> es un ente formado *por* personas y *al servicio de* personas. Eso imposibilita al Estado, ontológicamente, la desvinculación de la persona. Entonces: si esta función de pacificación social, de búsqueda de la Justicia no ha quedado satisfecha con el ejercicio de la acción penal (en esencia *único*), está justificado un excepcionalísimo nuevo intento<sup>48</sup>.

#### b) Necesidad de la decisión legislativa

El juicio de necesidad que integra el canon de proporcionalidad exige ponderar si existe alguna otra medida, igual de efectiva, que sea menos lesiva de los bienes en liza que la elegida. Es complejo alcanzar el convencimiento de que otra opción pueda lograr ese fin: no hay medida que pueda permitir la persecución de un absuelto, sin previa quiebra de la cosa juzgada. Y esto solo se consigue con los excepcionalísimos mecanismos de revisión.

#### c) No hay riesgo de extensión indebida a otros delitos menos graves

Una última cuestión que merece aquí examen es el reiterado riesgo que se ha aducido en el Parlamento y en la doctrina respecto de la posible extensión de estos supuestos de reapertura del proceso *contra reum* a otras clases de delitos menos graves, con la consecuencia de que todo proceso penal pueda ser

<sup>43</sup> S. del BVerfG de 19 de marzo de 2023 (2 BvR 2628, 2883/10, 2155/11), ap. 55.

<sup>44</sup> La referencia al art. 56 GG (el juramento del *Bundespräsident*) debe ser, sin embargo, cautelosa: no pretendo exagerar el valor hermenéutico de este juramento, que ha sido poco estimado respecto de otras cuestiones como el control de constitucionalidad que ejerce el *Bundespräsident*.

<sup>45</sup> Deutscher Bundestag (19. Wahlperiode) – Stenographischer Bericht – 234. Sitzung, Berlin, Freitag den 11. Juni 2021, p. 30373.

<sup>46</sup> A ese respecto hay que hacer notar, también, que algunos autores pretenden reducir el valor interpretativo de la imprescriptibilidad (Priebornig, 2023, pp. 104 y 105). Se dice que respecto de delitos graves la seguridad jurídica debe ser más alta que respecto de delitos leves. Esto es, en realidad, tanto como favorecer al asesino frente al carterista reincidente. Para este la seguridad jurídica *valdría menos*, mientras que para aquel el estándar sería más exigente.

<sup>47</sup> Bung (2022), p. 112.

<sup>48</sup> Deutscher Bundestag (19. Wahlperiode) – Drucksache 19/30399, 08.06.2021, p. 9.

puesto en peligro. Ese riesgo es dudoso, en realidad<sup>49</sup>. No hay indicio alguno de que hubiera pretendido el legislador seriamente (al margen de la minoritaria propuesta de la AfD: *cf.* II.1.A) extender esta revisión *contra reum* para delitos menos graves que los previstos. En cualquier caso, si así fuera no sería esto tampoco estridente en el contexto internacional. Por ejemplo, el Derecho sueco admite la revisión para delitos que estén castigados con, por lo menos, penas de prisión de un año (Cap. 58, § 3 del CProcJudSuecia, *Rättegångsbalk*). Y aunque eso no es *per se* ningún argumento, si es indicio de que un Estado de Derecho no tiene por qué renunciar a este motivo de revisión (*cf.* IV.4.B).

### C) *El rol de la víctima*

Ya fuera del debate sobre la proporcionalidad de la medida, debe examinarse el rol de la víctima en la revisión *contra reum* de la sentencia firme.

#### a) Víctima como símbolo de la sociedad

La S. del BVerfG ha concretado que el derecho a una efectiva persecución penal no asegura ningún resultado concreto, sino que solo obliga a los órganos del Estado, en general, a un actuar (efectivo)<sup>50</sup>. Ahora bien, el Estado social no puede en ese *establecer e imponer* la penas, soslayar el rol de la víctima: aunque a estas no acompaña ningún derecho a que se castigue tanto como quieran (ni siquiera a que se castigue)<sup>51</sup>, no puede olvidar el Estado que la víctima es, en cierta medida, símbolo de la sociedad (a la que el Estado sirve). La víctima sufre en sus propias carnes un delito severo que, a la vez, es lesivo del interés social. Este razonamiento deriva, creo, de la consideración de los derechos fundamentales (y de su *realidad*: la vida, por ejemplo) no solo como derecho subjetivo, sino como valores del ordenamiento en general<sup>52</sup>. Un delito tan lesivo de la posición jurídica de la víctima, de su vida, lo es también de la sociedad. La argumentación se refuerza si se considera que el § 362 Nr. 5 StPO se extiende, también, a delitos contra la humanidad, que no son solo perseguidos por el daño a las víctimas, sino por la lesividad o «conmoción» que producen en la comunidad internacional<sup>53</sup>.

#### b) Indebido paternalismo: decirle a la víctima qué es lo mejor para ella

No creo que sea convincente, por otra parte, aquella tesis que sostiene que la posibilidad de revisión *contra reum* sea en sí misma perjudicial para la víctima. La S. del BVerfG de 31 de octubre de 2023 ha mantenido que para la

<sup>49</sup> Hoven (2021), p. 1160.

<sup>50</sup> S. del BVerfG de 31 de octubre de 2023 (2 BvR 900/22), ap. 133.

<sup>51</sup> Por todos: Banacloche Palao y Zarzalejos Nieto (2023), p. 97.

<sup>52</sup> S. del BVerfG de 15 de enero de 1958 (1 BvR 400/51), ap. 21.

<sup>53</sup> *Cf.* Banacloche Palao y Zarzalejos Nieto (2023), p. 52.

víctima y para sus allegados la posibilidad de reabrir el proceso por la aparición de nuevos hechos o medios de prueba podría suponer un «notable peso espiritual»<sup>54</sup>. La comprobación empírica de esta circunstancia es compleja (pasaría por encuestar a una muestra representativa de víctimas y allegados), pero parece dudoso pensar que prefieran estas *dejar las cosas como están* a intentar, de nuevo, la persecución de quien con alta probabilidad (por la aparición de una prueba de ADN, por ejemplo), pudiera ser responsable del delito. Y aunque las víctimas probablemente no conducen su actuación por los cauces de la racionalidad (que sí debe perseguir al Estado), es cuestionable excluir *ab initio* que tengan interés en la reapertura del procedimiento que, de ser excesiva e infundada, deberá ser filtrada por los órganos jurisdiccionales.

## 2. El problema de la retroactividad

La otra gran falta que se reprochó al Nr. 5 del § 362 StPO es su posible vulneración del principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras (que, entre nosotros, reconoce el art. 9.3 CE)<sup>55</sup>. En Alemania, la prohibición de retroactividad deriva de la configuración de aquella como un Estado de Derecho (art. 20.3 GG). No dimana esta prohibición, sin embargo, del art. 103.2 GG (principio de legalidad penal), antes invocado por el BVerfG en el curso de una dudosa interpretación sistemática (en conexión con la prohibición de *bis in idem* del art. 103.3 GG), pues aquel no rige para normas de Derecho procesal<sup>56</sup>. Efectivamente, si el art. 103.2 GG prescribe que una «acción solo puede ser castigada si la punibilidad estaba determinada legalmente con anterioridad a la realización del hecho», parece claro que la retroactividad de una norma procesal (reapertura del procedimiento) no puede ponderarse con ese parámetro<sup>57</sup>. Derive de donde derive, lo cierto es que la prohibición es real. Sobre esto, algunas consideraciones:

### A) Cuestiones generales

El BVerfG ha prohibido en términos generales la retroactividad absoluta o propia, es decir, la que produce efectos perjudiciales respecto de supuestos de hecho ya terminados (*echte Rückwirkung*)<sup>58</sup>. El veto constitucional tiene como fundamento «la confianza en la fiabilidad y previsibilidad del sistema

<sup>54</sup> S. del BVerfG de 31 de octubre de 2023 (2 BvR 900/22), ap. 134.

<sup>55</sup> S. del BVerfG de 31 de octubre de 2023 (2 BvR 900/22), ap. 142.

<sup>56</sup> Aust y Schmidt (2020), p. 254. Cfr. también: Remmert (2023), ap. 1 y ss.

<sup>57</sup> Si se asume, por otra parte, la definición de Derecho procesal de Sauer (1951, p. 37), la consecuencia es lógica: «Derecho procesal es el Derecho que forma el caso concreto; Derecho material es el Derecho a (!) formar en el caso concreto o el Derecho formado» (*Prozeßrecht ist das den Einzelfall gestaltende Recht; materielles Recht ist das im Prozeß zu [!] gestaltende oder das gestaltete Recht*). La reapertura del procedimiento no es ningún Derecho material que deba *formarse* en el proceso, sino una de las posibilidades que permiten ese *formar*. (de nuevo). Lógico, por tanto, que la prohibición del art. 103.2 GG no rija para el Derecho procesal (y sí para el material).

<sup>58</sup> S. del BVerfG de 31 de octubre de 2023 (2 BvR 900/22), ap. 144.

jurídico creado en virtud de la Ley Fundamental y los derechos adquiridos sobre su base»<sup>59</sup>. Distinta de esta retroactividad absoluta o propia es la llamada relativa o impropia (*unechte Rückwirkung*). Esta aparece cuando

«[...] una norma afecta a hechos presentes, aún no finalizados, y a relaciones jurídicas futuras y, por tanto, perjudica al mismo tiempo la posición jurídica de que se trate [...], por ejemplo, si las consecuencias jurídicas perjudiciales de una norma sólo se producen después de su promulgación, pero se desencadenan por una situación de hecho que ya se ha producido»<sup>60</sup>.

En el caso del § 362 Nr. 5 StPO no hay retroactividad impropia alguna, pues la reapertura del proceso penal no se fundamenta en un supuesto de hecho todavía abierto, sino totalmente concluido (como deriva, además, del tenor del § 362 StPO, que se refiere a procedimientos *terminados*). Entonces, que se trate de un supuesto de retroactividad absoluta exige ponderar su posible excepción con arreglo a un canon más severo. El BVerfG ha admitido excepciones, sin embargo, a esta general prohibición de retroactividad absoluta. Entre estas excepciones están: que el afectado no pudiera confiar en el mantenimiento de una situación jurídica, bien porque esta fuera tan poco clara y confusa que fuera de esperar una reforma; o que el régimen jurídico anterior en tal manera fuera contrario al sistema que existieran dudas serias sobre su constitucionalidad<sup>61</sup>. Dudoso me parece pensar que la confianza del culpable-absuelto no sea *legítima*, pues el delito cometido no le priva de confiar en una situación jurídica (la irretroactividad)<sup>62</sup>. Cuestión distinta es que la situación jurídica misma (y no la confianza del culpable-absuelto) deba sostenerse o no. Eso no depende, sin embargo, de si la confianza del culpable-absuelto es o no reprochable moralmente (que lo es), sino de la decisión del Estado de hacer prevalecer la justicia material o la seguridad jurídica. Aquí interesa, en todo caso, otra excepción distinta: la concurrencia de un *extraordinario interés público*.

### B) *La excepción del extraordinario interés público*

La prohibición de retroactividad absoluta queda excepcionada cuando así lo exige un extraordinario interés público (*überragende Belange des Gemeinwohls*)<sup>63</sup>. Cuándo concurre este extraordinario interés público debe ponderarse en el caso concreto, determinando qué bien jurídico debe prevalecer. En este asunto ha tomado el BVerfG la decisión de hacer triunfar la seguridad jurídica sobre la justicia material. No es, para él, ningún *intolerable resultado* que un culpable absuelto de asesinato y violación pueda mantener públicamente su responsabilidad sin nada que temer. Esto es, para el BVerfG,

<sup>59</sup> S. del BVerfG de 31 de octubre de 2023 (2 BvR 900/22), ap. 145.

<sup>60</sup> S. del BVerfG de 31 de octubre de 2023 (2 BvR 900/22), ap. 144.

<sup>61</sup> S. del BVerfG de 31 de octubre de 2023 (2 BvR 900/22), ap. 146.

<sup>62</sup> Algunos autores se refieren a esta presunta *confianza no legítima* (para descartarla), aunque no por esos motivos, sino por considerar que se trata una mera variación de otro argumento también — para ellos— descartable: Aust y Schmidt (2020), p. 254.

<sup>63</sup> S. del BVerfG de 31 de octubre de 2023 (2 BvR 900/22), ap. 146.

una consecuencia de un Derecho penal conforme con el Estado de Derecho, en que el principio de la duda (*Zweifelsgrundsatz*) juega un rol central<sup>64</sup>. En otras resoluciones sí ha admitido el BVerfG la concurrencia de un interés público prevalente que justifica la retroactividad absoluta. Así ha sucedido en el A. del BVerfG de 10 de febrero de 2021 (2 BvL 8/19), que ha examinado el decomiso (*Vermögensabschöpfung*), de bienes provenientes de delitos prescritos. A ese respecto, el BVerfG ha declarado que la retroactividad absoluta que la norma contiene está justificada por razones extraordinarias de interés público:

«El objetivo del legislador con la disposición del § 316h frase 1 EGStGB —además de descargar a los tribunales del difícil examen de la ley más favorable en cada caso y evitar años de coexistencia de la ley antigua y la nueva [...]— es intervenir a favor de la parte agraviada de un delito, incluso respecto de delitos prescritos y no dejar al autor el producto de sus delitos de forma permanente, aunque haya fracasado su persecución» (ap. 149).

Es decir, el BVerfG asume la retroactividad absoluta del decomiso incluso respecto de delitos ya prescritos (lo que no tolera el § 362 Nr. 5 StPO), pero no admite la *persecución*, no necesariamente el castigo, de aquel a quien sobreviene en contra una prueba contundente como un video o un ADN.

### 3. El Nr. 5 en el sistema de los Nr. 1 - 4 del § 362

Un último reproche que se realiza al § 362 Nr. 5 es su *ajenidad* al sistema del § 362 StPO. Esto es, también, dudoso:

#### A) *El sistema de los Nr. 1 - 4 del § 362*

Se dice, en primer lugar, que el frustrado Nr. 5 no encaja con los otros supuestos del § 362<sup>65</sup>. Estos posibilitan la revisión *contra reum* en los siguientes casos:

«1. cuando un documento presentado como auténtico a su favor en el juicio oral era falso o falsificado; [...] 2. cuando el testigo o perito es culpable de una violación dolosa o negligente del juramento o de una declaración falsa dolosa y no jurada en un testimonio o dictamen pericial emitido a favor del acusado; [...] 3. cuando en la sentencia ha participado un juez o un jurado que es culpable de una infracción punible de sus deberes oficiales en relación con el caso; [...] 4. cuando la persona absuelta ha hecho, judicial o extrajudicialmente, una confesión creíble del delito»<sup>66</sup>.

Para el BVerfG, la finalidad que llenan los Nr. 1 - 3 del § 362 StPO es la reapertura del procedimiento no en búsqueda de un resultado materialmente distinto o correcto, sino solo para que se sustancie sin las graves fallas que

<sup>64</sup> S. del BVerfG de 31 de octubre de 2023 (2 BvR 900/22), ap. 158.

<sup>65</sup> Cfr. Eschelbach (2023), ap. 136.

<sup>66</sup> En el examen hay que considerar también el § 79.1 BVerfGG, que no ofrece tampoco ninguna tendencia en un sentido u otro.

ha padecido<sup>67</sup>. La sentencia que nace de un procedimiento así, mantiene el BVerfG, no cumple con los requisitos que exige el Estado de Derecho y no puede ser, por tanto, presupuesto para un pronunciamiento sobre la responsabilidad penal de nadie. Poder reabrir el procedimiento garantiza la autoridad del proceso penal del Estado de Derecho<sup>68</sup>. Esos argumentos son también extrapolables al Nr. 4 del § 362 que tiene por fin evitar un comportamiento dañino para la autoridad del Estado (que un acusado pueda jactarse de haber cometido el delito y haber quedado absuelto)<sup>69</sup>. De tal manera, estos motivos de reapertura (Nr. 1 - 4 del § 362 StPO) estarían dirigidos no a la modificación del contenido material de la sentencia, sino simplemente a expulsar del tráfico a la resolución. Por eso mantiene el BVerfG que no vulneran la prohibición absoluta de *bis in idem* que garantiza el art. 103.3 GG<sup>70</sup>. Para acreditar eso se remite el BVerfG a la antigua jurisprudencia del RG (constitucionalizada en el art. 103.3 GG), conforme a la cual no es posible la reapertura *contra reum* basada en hechos o medios de prueba que se conocen después de que la sentencia produzca efectos de cosa juzgada<sup>71</sup>. La S. del BVerfG de 31 de octubre de 2023 omite una parte (en principio no relevante) de la cita de esa vieja S. del RG de 16 de octubre de 1880, que dice efectivamente eso, pero que lo introduce haciendo referencia a la evolución del Derecho procesal penal en el Reino de Prusia y al *iter* legislativo de la StPO. Es decir, el BVerfG *petrific*a (salvo esas oscuras correcciones marginales) en el art. 103.3 GG una interpretación que el RG mantuvo en 1880, sustentado en el antiguo Derecho prusiano y en los debates de la StPO. La historia del Derecho se hace así Derecho positivo a su más alto rango. La pregunta entonces es: ¿debe seguirse en la interpretación actual del art. 103.3 GG (y, por tanto, del § 362 Nr. 5 StPO) la posición filoprusiana del RG en 1880? Lo más coherente es pensar que sí, dada la influencia del Reino de Prusia en la formación de la StPO de 1 de febrero de 1877 (y, por tanto, del régimen de revisión *contra reum* de sentencias firmes)<sup>72</sup>. Desde luego, es también la posición más agradable si se quiere llegar a la conclusión de que este Nr. 5 del § 362 es un cuerpo extraño en el histórico sistema de revisión *contra reum* por advenimiento de nuevos hechos o medios de prueba. Un examen del Derecho de otros Estados alemanes arrojaría, por su parte, un resultado distinto: el art. 336 Nr. 3 de la StPO de Thüringen, el § 265 Nr. 5 de la StPO de Lübeck, el § 470.1 Nr. 4 de la StPO de Württemberg, o el art. 386.1 Nr. 3 de la StPO de Sachsen admitían la revisión *propter nova* en perjuicio del reo<sup>73</sup>.

<sup>67</sup> S. del BVerfG de 31 de octubre de 2023 (2 BvR 900/22), ap. 119.

<sup>68</sup> S. del BVerfG de 31 de octubre de 2023 (2 BvR 900/22), ap. 121.

<sup>69</sup> S. del BVerfG de 31 de octubre de 2023 (2 BvR 900/22), ap. 122.

<sup>70</sup> S. del BVerfG de 31 de octubre de 2023 (2 BvR 900/22), ap. 117.

<sup>71</sup> S. del BVerfG de 31 de octubre de 2023 (2 BvR 900/22), ap. 125.

<sup>72</sup> Cfr. Dochow (1879), pp. 1 y ss.; y, en la historiografía moderna: Schubert, y Regge (1989), pp. 47 y ss. Como ahí se recoge, el § 337 del Proyecto de StPO de la Confederación alemana del Norte (1870) no permitía la reapertura (allí conocida como *Wiederaufhebung*) por aparición de nuevos hechos o medios de prueba. Solo se admitía así en beneficio del condenado (§ 334). Es clara, entonces, la influencia prusiana en los motivos de revisión de la (definitiva) StPO imperial y, por tanto, en los actuales.

<sup>73</sup> Bayer (2018), p. 85. De la época, cfr. Dalcke (1865), pp. 80 y ss.

Más allá de eso, examino el encaje del Nr. 5 en el sistema del § 362 StPO (o de la StPO en general, mejor).

### B) Encaje del Nr. 5 del § 362 StPO en el modelo procesal

Según el BVerfG el Nr. 5 no es soluble en el sistema del § 362. Lo primero que llama la atención es que el parámetro con el que debe medirse el Nr. 5 no sea la StPO en general, sino solo los Nr. 1 - 4 del § 362, pero de eso me ocupo luego:

#### a) Sistema de los Nr. 1 - 4 del § 362 StPO

Examino ahora si verdaderamente este Nr. 5 es tan ajeno a los Nr. 1 - 4 del § 362 StPO que de verdad debe ser excluido. Se le reprocha ser más que una mera corrección marginal al art. 103.3 GG de aquellas que admite el BVerfG<sup>74</sup>. Es, se dice, una «operación a corazón abierto del *ne bis in idem*»<sup>75</sup>. Como se ha visto antes, la jurisprudencia constitucional mantiene que los Nr. 1 - 3 del § 362 StPO persiguen expulsar del tráfico jurídico una sentencia formada (muy) defectuosamente y no, en primera línea, conseguir una decisión materialmente distinta. Frente a ellos, el Nr. 4 del § 362 StPO persigue garantizar la autoridad del Estado frente al que alardea de su delito y de haber sido absuelto. Es dudoso pensar que no persiga el Nr. 5 del § 362 StPO esos mismos fines: pretende expulsar del tráfico jurídico una sentencia absolutoria que ha sido formada sobre una base fáctica errónea y pretende, a la vez, garantizar la autoridad del Estado permitiendo la persecución del culpable, sustentada en enérgicas razones. La hermandad, por tanto, entre el Nr. 4 y el Nr. 5 del § 362 StPO es clara y así lo ha hecho notar por otras razones el VP. a la S. del BVerfG de 31 de octubre de 2023:

«De modo similar, el legislador justifica la reapertura en virtud del § 362 Nr. 5 StPO con una perturbación duradera de la paz jurídica, si la persona sobre la que recae la sospecha urgente de uno de los delitos más graves allí contemplados permanece finalmente impune como consecuencia de la aparición de nuevas pruebas cualificadas [...]. [La] apreciación [del legislador] de que en los casos del § 362 Nr. 5 StPO la renuncia a la ejecución de la pretensión penal del Estado puede conducir a un menoscabo de la autoridad del Estado constitucional probablemente no deba juzgarse de forma diferente, según el Derecho constitucional, que en los casos de confesiones posteriores conforme al § 362 Nr. 4 StPO»<sup>76</sup>.

También en vieja doctrina es perceptible esta hermandad. Por ejemplo, Ernst von Beling abordaba, como un *novum*, esta suerte de confesión cualificada que conoce el Nr. 4 del § 362 StPO<sup>77</sup>. En la literatura moderna se reproduce,

<sup>74</sup> Brade (2021), p. 363.

<sup>75</sup> Aust y Schmidt (2020), p. 253.

<sup>76</sup> VP del Sr. Müller y de la Sra. Langenfeld a la S. del BVerfG de 31 de octubre de 2023 (2 BvR 900/22), ap 14.

<sup>77</sup> Beling (1928), p. 432.

también, esa similitud<sup>78</sup>. Otro buen indicio de esa hermandad fáctica es, creo, el hecho de que la LOPJ danesa (*Lov om rettens pleje*) regule ambas causas de reapertura juntas (§ 976.1). Entonces: ese alarde de culpabilidad que el Nr. 4 del § 362 StPO permite *reprochar* al culpable-absuelto no es, en realidad, más que un nuevo y especial medio de prueba que sobreviene a la sentencia firme.

#### b) Sistema (general) de la StPO

A lo anterior agrego reservas sobre el parámetro con que ponderar el § 362 Nr. 5 StPO. Ya es dudoso que *no sea compatible* con los Nr. 1 - 4. Pero más dudoso es que no sea compatible con una norma de idéntico tenor en la StPO. Me refiero al § 359 Nr. 5 StPO que admite la revisión de sentencia firme en favor del reo cuando aparecieran nuevos hechos o medios de prueba que, por sí solos o en conexión con pruebas practicadas anteriormente, sean idóneos para fundamentar la absolución del condenado o una menor pena. Y aunque en esencia la reapertura *contra reum* y en su favor sean distintos, es complejo pensar que una norma que con el mismo tenor asume el § 359 StPO sea radicalmente *ajena* al sistema en el § 362 StPO. Aun así, ¿de qué sirve una solución integrable sin estridencias en el modelo procesal penal, si no sirve a esos altos fines de justicia?<sup>79</sup>.

### 4. *Excursus*: no desentona la norma en el espacio internacional

Una última cuestión ya como *excursus*. En el debate sobre el Nr. 5 del § 362 StPO se ha hecho referencia habitual al Derecho comparado y por eso lo examino ahora<sup>80</sup>. Las referencias a otros ordenamientos que siguen en este trabajo no lo son (como sí creo que sucede en algunos textos) con ninguna pretensión de *autoridad*. Estas normas, en la medida en que no son invocables, solo sirven como comprobación empírica y «no como fundamentación o incluso como justificación de decisiones u opiniones doctrinales»<sup>81</sup>. Entonces: aunque el valor hermenéutico de esta panorámica de Derecho comparado es escaso, ayuda a contextualizar el § 362 Nr. 5 StPO que, adelanto ya, no desentona.

#### A) *El art. 4.2 del Protocolo Núm. 7 al CEDH*

En los textos internacionales sobre derechos humanos hay también normas que admiten la revisión *contra reum* de la sentencia penal firme<sup>82</sup>. Así

<sup>78</sup> Letzgu (2020), p. 719; o Von Biebrauer zu Brenstein (2022), p. 120.

<sup>79</sup> *Cfr.* la reflexión de Francisco Muñoz Conde sobre la postura de Claus Roxin acerca de los nexos entre dogmática penal (sistema de abstracciones) y política criminal (palpable): 2003, pp. 114 y ss.

<sup>80</sup> Un examen de estos modelos hay en: Villamarín López (2003), pp. 478 y ss.

<sup>81</sup> Sauer, 1951, p. XI.

<sup>82</sup> Otros reconocen solo la prohibición de *bis in idem*: art. 20 del ECPI; art. 54 CASchengen; art. 14.7 PIDCP; o art. 50 CDFUE (que solo rige cuando se aplica el Derecho de la UE lo que es difícilmente admisible en la persecución de delitos contra la vida, como es el caso que nos ocupa: art. 51.1 CDFUE).

sucede con el art. 4.2 del Protocolo Núm. 7 al CEDH, que permite la reapertura «conforme la ley y al procedimiento penal del Estado interesado, si hechos nuevos o nuevas revelaciones o un vicio esencial en el proceso anterior pudieran afectar a la sentencia dictada». Se trata de una norma esencial del sistema del CEDH, pues no puede derogarse ni siquiera en tiempos de guerra u otras emergencias públicas, como permite para otros derechos el art. 15 CEDH (art. 4.3 al Protocolo Núm. 7 al CEDH)<sup>83</sup>. La reapertura, que es admisible en términos generales como se ve, debe transcurrir de manera que no queden vulnerados los derechos a defenderse del sujeto pasivo<sup>84</sup> (ni de nadie, en realidad). En cualquier caso, este Protocolo Núm. 7 al CEDH no ha sido ratificado por Alemania. Por eso es sorprendente que los servicios del *Bundestag* examinaran la compatibilidad de una posible reforma de la StPO con este parámetro<sup>85</sup>. Su valor hermenéutico es, en cualquier caso, reducido.

### B) Otros países

En el entorno europeo son varios los países que admiten la revisión de sentencias firmes *contra reum* por la aparición de nuevos hechos o pruebas, cada uno con distintos requisitos y detalles (en cuanto a plazos y clases de delitos, por ejemplo). Lo admiten, entre otros, Austria<sup>86</sup>, Bulgaria<sup>87</sup>, Croacia<sup>88</sup>, Dinamarca<sup>89</sup>, Grecia<sup>90</sup>, Países Bajos<sup>91</sup>, Polonia<sup>92</sup>, Reino Unido<sup>93</sup>, Rusia<sup>94</sup>

<sup>83</sup> *Guide on Article 4 of Protocol No. 7 to the European Convention on Human Rights – Right not to be punished twice*, Updated on 31 August 2023, p. 6.

<sup>84</sup> S. del TEDH de 15 de diciembre de 2004 (Nikitin c. Russia, Núm. 50178/99), § 57.

<sup>85</sup> Cfr. Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages – WD 7 - 3000 - 121/16, p. 15.

<sup>86</sup> § 355 en relación con el § 352.1 Nr. 2 öStPO. El primero establece la legitimación del Fiscal y del acusador privado para solicitar la reapertura del procedimiento en perjuicio del acusado absuelto por sentencia firme y solo en virtud de los motivos previstos en el § 352.1 öStPO. Este último permite la reapertura siempre que el delito no haya prescrito y, entre otros motivos, advengan nuevos hechos o medios de prueba que parezcan idóneos para condenar al acusado».

<sup>87</sup> Art. 422.1.3.º CProcPenBulg. La norma permite la reapertura *contra reum*, incluso para aumentar la pena (art. 421.1 CProcPenBulg), cuando aparezcan *circunstancias o pruebas* reveladas por la investigación que no hayan sido conocidas por el Tribunal sentenciador y que fueran de *importancia sustancial* para el caso.

<sup>88</sup> Art. 423.1 CProcPenCroac. A su amparo puede reabrirse un procedimiento en perjuicio del absuelto por variopintas razones, pero no por la aparición de nuevos hechos o medios de prueba.

<sup>89</sup> § 976.1) LOPJ (*Lov om rettens pleje*): «La reapertura de una causa que haya sido sentenciada por el Tribunal Supremo o por el Tribunal Superior, y en la que el acusado haya sido absuelto, podrá tener lugar a petición del Procurador General: [...] 1) cuando, según una confesión posterior hecha por el imputado, u otras pruebas que posteriormente salieron a la luz, debe presumirse que cometió el delito [...]».

<sup>90</sup> Art. 527.1 CProcPenGr. Este permite la revisión en perjuicio del absuelto, pero no por la aparición de nuevos hechos o medios de prueba y bajo estrictas condiciones. Por el contrario, esta causa sí es admisible para la revisión en beneficio del reo (art. 525.1.2.º).

<sup>91</sup> Art. 482a.1.a) CProcPenPaísesBajos. El precepto admite la revisión si esto es en «beneficio de una correcta administración de justicia» y, entre otros motivos, aparece un hecho que no fue conocido por el Tribunal al momento de la investigación o del juicio oral, que crea la *fundada sospecha* de que, de haber sido conocido, el caso hubiera terminado en la condena del acusado por un delito resultante en la muerte de otra persona. Los arts. que siguen regulan con prolijidad los requisitos de esta reapertura. Especialmente relevante es el ap. 3 del art. 482a, que explicita qué debe entenderse por *información nueva* a efectos de la revisión.

Nota 92, 93 y 94 en página siguiente

Suecia<sup>95</sup> o Suiza<sup>96</sup>. Frente a esta postura hay también otros Estados de nuestro entorno en los que la seguridad jurídica y la cosa juzgada que *gana* el absuelto es sagrada y, por tanto, no se admite la revisión. Así pasa (además de en España)<sup>97</sup>, en Francia<sup>98</sup>, en Italia<sup>99</sup> o en Luxemburgo<sup>100</sup>. Otras reglas de ese mismo Código admiten la revisión *contra reum* por motivos como la comisión de un delito por el Juez (§ 366.I.2.º CProcPenEst). En Hispanoamérica, por su parte, la situación se replica. Por ejemplo, el nuevo CProcPenArg es claro al regular la materia: el art. 366 prevé que la revisión «procede en todo tiempo y únicamente en favor del condenado». Lo mismo sucede en Chile<sup>101</sup>, Uruguay<sup>102</sup> o Venezuela<sup>103</sup>. El Derecho colombiano sí admite, por su parte, la revisión *contra reum* (art. 192 *in fine* CProcPen). Todo esto es, en fin, una fragmentaria muestra de que la revisión *contra reum* de sentencias penales

<sup>92</sup> Art. 540 CProcPenPol. La norma es ambigua (§ 1) y parece permitir la reapertura *contra reum*, aunque no por la aparición de nuevos hechos o medios de prueba, que sí se admite en beneficio del reo: art. 540 § 2 letras a) - c) CProcPenPol. Sin embargo, el texto del 548 que se refiere a la revisión en beneficio del condenado hace pensar que la revisión puede ser, también, en su perjuicio. Lugar a ello solo da lugar este art. 540 § 1 CProcPenPol y, desde luego, no por nuevos hechos o medios de prueba.

<sup>93</sup> Part 10, Sec. 75 y ss. *Criminal Justice Act*. Particularmente, la Secc. 78 (1) exige que la prueba que advenga sea *new* y *compelling*.

<sup>94</sup> Art. 384.IV CProcPenRus: «Los motivos para reabrir una causa penal son los siguientes: [...] otras circunstancias, desconocidas por el tribunal en el momento en que se examinó el caso, que, solas o combinadas con otros hechos previamente establecidos, [...] demuestren la culpabilidad de una persona que fue absuelta o cuyo enjuiciamiento se dio por concluido [...]».

<sup>95</sup> Cap 58, § 3 CProcJudSuecia (*Rättegångsbalk*): «Una vez que la sentencia en una causa penal haya adquirido firmeza, se podrá reabrir el procedimiento en perjuicio del acusado si [...] el solicitante se basa en una circunstancia o prueba que no se ha presentado antes y que probablemente habría llevado al acusado a ser condenado por el delito o se ha aplicado una disposición de pena significativamente más severa».

<sup>96</sup> Art. 410.1.a) schwzStPO: «El que ha sido afectado por una sentencia firme [...] solicitar la revisión cuando: [...] a) aparezcan hechos o nuevos medios de prueba idóneos para conducir [...] a la condena de una persona absuelta».

<sup>97</sup> Arts. 954 y ss. LECrim y 40.1 LOTC.

<sup>98</sup> Art. 622 CProcPenFr: «Toda persona condenada por un delito grave o leve puede solicitar la revisión de una sentencia penal firme cuando, después de la condena, haya aparecido un hecho nuevo o un factor desconocido para el tribunal en el momento del juicio que pueda demostrar la inocencia del condenado o arrojar dudas sobre su culpabilidad».

<sup>99</sup> Art. 649.1 CProcPenIt: «El acusado que haya sido absuelto o condenado por sentencia irrevocable o decreto penal no podrá ser perseguido de nuevo por el mismo hecho, aunque se considere lo contrario por su título, grado o circunstancias, salvo lo dispuesto en los artículos 69,2 y 345». El art. 69 se refiere a la muerte del imputado, que supone la inmediata declaración por sentencia de la inexistencia de responsabilidad criminal (art. 129.1 CProcPenIt); por su parte, el art. 345 CProcPenIt regula la *riproponibilità dell'azione penale* en algunos supuestos que no interesan aquí. Aun así, el Derecho italiano conoce normas especiales a ese respecto (*cf.* art. 16 Decreto legge Núm. 8/1991, de 5 de enero).

<sup>100</sup> Art. 443 CProcPenLux: «La revisión puede ser solicitada, sea cual sea la jurisdicción que se haya pronunciado, en beneficio de toda persona reconocida autor de un delito grave o leve por una decisión definitiva firme de primera o última instancia».

<sup>101</sup> Art. 473 CProcPenChile: «La Corte Suprema podrá rever extraordinariamente las sentencias firmes en que se hubiere condenado a alguien por un crimen o simple delito, para anularlas, en los siguientes casos [...]».

<sup>102</sup> Art. 370 CProcPenUruguay: «El recurso de revisión procede en todo tiempo y solamente a favor del condenado, contra las sentencias condenatorias definitivas pasadas en autoridad de cosa juzgada, dictadas por cualquier tribunal [...]».

<sup>103</sup> Art. 462 CProcPenVenezuela: «La revisión procederá contra la sentencia firme, en todo tiempo y únicamente a favor del imputado o imputada, en los casos siguientes: [...]».

firmes por el advenimiento de nuevos hechos o medios de prueba no es esencialmente rara en el mundo. El ya expulsado Nr. 5 del § 362 StPO no era, por tanto, discordante en el contexto internacional.

## V. SÍNTESIS

La S. del BVerfG de 31 de octubre de 2023 se decide, con argumentos no excesivamente contundentes, por la seguridad jurídica sobre la justicia material. No llega a entenderse con claridad por qué los seculares Nr. 1 - 4 del § 362 StPO son *distintos en esencia* a este nuevo (y ya decaído) Nr. 5 que, en realidad, es el espejo de otra norma perfectamente constitucional (el § 359 Nr. 5 StPO). Tampoco es convincente el argumento que pretende rechazar la norma por ser inconstitucionalmente retroactiva y que no admite la excepción del interés público.

## VI. UNA REFLEXIÓN PARA ESPAÑA

Bien. No quiero concluir el texto sin una breve reflexión para España, que no ha sido ajena a estos casos de *clamante injusticia*. De atroces delitos que han quedado sin castigo, con la zozobra emocional que eso causa en la sociedad. Zozobra y desasosiego que no creo *incomparable* (como presuponen, entre nosotros, Moreno Catena y Cortés Domínguez)<sup>104</sup> a la que sufre la sociedad cuando se condena a un inocente<sup>105</sup>. No creo que sea cierta, entonces, la famosa afirmación de Blackstone: «*Better that ten guilty persons escape, than that one innocent suffer*» (cuya veracidad es, por otra parte, difícilmente comprobable).

### 1. Necesidad de reforma al ejemplo de la absolución dada, por ejemplo, en prevaricación

Esas circunstancias me hacen pensar que una reforma del art. 954 LE-Crim (y consecuentemente del 40.1 LOTC), en el sentido de admitir la revisión de sentencias firmes en perjuicio del absuelto, sería deseable. Acertaron, creo, Prieto-Castro y Gutiérrez de Cabiedes (entre otros)<sup>106</sup> cuando criticaron la generosidad del sistema español de revisión:

«Es una solución sin duda metajurídica, y sin duda también perjudicial a la defensa de la Sociedad, que tal vez no se sienta tranquila si contempla que la

<sup>104</sup> Moreno Catena, y Cortés Domínguez (2021), p. 694.

<sup>105</sup> Deutscher Bundestag (12. Wahlperiode), Drucksache 12/6219, 22.11.1993, p. 7: «Porque en estos casos [asesinato y genocidio] la paz jurídica y el sentido de justicia de la población se ven afectados por una absolución injusta al menos tanto como por la condena de un acusado inocente [...]». Igualmente: Letzgas (2020), p. 718.

<sup>106</sup> Cfr. algunos autores en: Villamarín López (2003), pp. 494 y ss.

aparición de graves materiales de culpabilidad contra el absuelto en firme es irrelevante para la Ley [...] Nuestro sistema hipertrofia el principio «pro reo»<sup>107</sup>.

Efectivamente: la extinción de la responsabilidad criminal por medios que se declaran luego contrarios a Derecho no puede persistir. Por ejemplo, el art. 954.1.b) LECrim permite la revisión de la condena dictada en prevaricación, pero no de la absolución. Es decir, si un Juez decide sacrificar su carrera profesional para salvar de una severísima condena a un mártir (político, por ejemplo), nada permitiría después reclamar cuentas al verdadero responsable del delito. Aunque el tenor ambiguo de este art. 954.1.b) LECrim no es concluyente en cuanto a la revisión de sentencias absolutorias, lo cierto es que una interpretación sistemática e histórica conduce a negar esa opción<sup>108</sup>. Ninguno de los otros motivos que prevé el art. 954 LECrim (e incluso el art. 40.1 LOTC) induce a pensar claramente en la revisión de sentencias absolutorias<sup>109</sup>. De haber querido el legislador una modificación así, parece razonable pensar que lo hubiera previsto expresamente. Por otro lado, admitir la revisión de sentencias absolutorias con base en ese poco concluyente art. 954.1.b) LECrim comportaría contradicciones con otras normas, como los arts. 955 o 959 LECrim, que se refieren al *penado*<sup>110</sup>. A pensar lo mismo induce una interpretación sistemática de este art. 954.1.b) LECrim en relación con el art. 328.1.4.º LOPMilitar que, en un motivo similar, expresamente se refiere a la persona *penada* por un miembro del Tribunal condenado por prevaricación<sup>111</sup>. No es evidente, a ese respecto, que el legislador quisiera privilegiar en 2015 a quienes se han enfrentado a un proceso penal militar frente a los que lo sufren en la jurisdicción ordinaria. Se trataría, además, de una quiebra del art. 14 CE, que exigiría severa justificación de una discriminación como esa<sup>112</sup>. Tampoco el examen de los trabajos parlamentarios da lugar a considerar algo distinto: desde el Proyecto de Ley presentado por el Gobierno<sup>113</sup> hasta la aprobación definitiva de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, este

<sup>107</sup> Prieto-Castro y Ferrándiz, Gutiérrez de Cabiedes (1978), p. 410. Antes, *cf.*: la propuesta normativa de Castejón (1967), p. 102, que admitía, como contenido posible de la sentencia de revisión anulatoria, la «absolución o la condena solicita [...] *Cf.* también Tomé García (2004), p. 607; y, antes, Tomé García (1990), p. 339; o, ya comenzados los 2000, Villamarín López (2003), p. 498: «[...] si con posterioridad a su firmeza [la de la sentencia], lo que se pone de manifiesto es la obtención injusta de la sentencia, no parece que el *non bis in idem* debiera operar como obstáculo para su revisión [...]». Todos ellos han reflexionado sobre la posibilidad de reabrir el proceso terminado con absolución, aunque en distintos supuestos y con distintas condiciones.

<sup>108</sup> Algunos autores admiten la revisión de la sentencia absolutoria tras la reforma operada por la Ley 41/2015, de 5 de octubre. *Cf.* Gascón Inchausti (2022), p. 297.

<sup>109</sup> Cierta duda hay, respecto del art. 954.1.e) LECrim, en: Martínez Arrieta y Encinar del Pozo (2022), p. 624.

<sup>110</sup> Este mismo valor hermenéutico (en sentido de rechazar la revisión de la sentencia firme absolutoria, a pesar de la ambigüedad del tenor de la norma) hace notar Tomé García (2019), p. 607.

<sup>111</sup> Algunos autores examinan ambas normas conjuntamente, sin distinguir de modo expreso a si procede o no la revisión de sentencias absolutorias o solo condenatorias: Vernengo Pellejero (2017), pp. 104 y ss. Otros identifican la nueva redacción del art. 954.1.b) LECrim con el viejo 328.1.4.º LOPMilitar: Sánchez Montenegro (2017), p. 185; o Martínez Arrieta y Encinar del Pozo (2022), p. 630.

<sup>112</sup> Por todas: STC 153/2021, de 13 de septiembre, FJ 3 a) y las que ahí se citan.

<sup>113</sup> BOCG – Congreso de los Diputados, Serie A, Núm. 138 - 1, 20 de marzo de 2015, p. 1

número 954.1.b) LECrim permanece estable, lo que hace pensar que el legislador no quiso aquí admitir la revisión de sentencias absolutorias<sup>114</sup>. No son concluyentes, tampoco, los Informes del CGPJ<sup>115</sup> o del Consejo de Estado<sup>116</sup> sobre si la revisión puede ser o no *contra reum*. Mucho más claro ha sido el Consejo Fiscal, que ha reclamado aclarar «que la norma diga claramente que es presupuesto de la revisión que la prevaricación haya sido determinante de la condena o de la agravación de las consecuencias penales impuestas al reo»<sup>117</sup>. A la misma conclusión conduce una aproximación histórica<sup>118</sup>. Aproximación histórica que no tiene, desde luego, carácter vinculante, pero cuya estabilidad hace pensar en que, de haber querido el legislador separarse de una tradición así, lo hubiera hecho de manera expresa. Por su parte, la jurisprudencia del TS al respecto no parece, tampoco, concluyente<sup>119</sup>. El TC ha adoptado, por otro lado, con claridad el criterio *pro reo*: solo es posible la revisión para absolver o para rebajar la pena (STC 69/2022, de 2 de junio, FJ 4).

De tal manera: el absuelto en prevaricación podrá jactarse de haber cometido un gravísimo delito y haber quedado libre<sup>120</sup>. Y lo mismo podría decirse si la sentencia se obtiene con violencia: si se mantiene estrictamente la postura del TS<sup>121</sup> o de algunos autores<sup>122</sup> que impide la revisión de sentencias absolutorias (pase lo que pase), habrá que asumir en el tráfico jurídico esa sentencia *injusta*. Esta compleja situación no puede salvarse, creo, aduciendo

<sup>114</sup> Garcíandía González (2016), p. 98. Algunos autores, al abordar este motivo, dan por supuesto que solo procede contra sentencias condenatorias: Gimeno Sendra y Díaz Martínez, 2015, p. 943.

<sup>115</sup> Informe del CGPJ, de 12 de enero de 2015, al Anteproyecto de LO tampoco es concluyente. En las pp. 115 y 116 se lee lo que sigue: «Esta modificación no suscita problemas. La nueva regulación viene a llenar el vacío legal que existía en relación con las sentencias dictadas por un juez o magistrado, que después es condenado por una sentencia firme por delito de prevaricación, ya que no estaba contemplado legalmente cómo actuar en relación con la eficacia de la resolución prevaricadora y los efectos que se podían derivar de la misma. La ampliación del recurso de revisión a estas situaciones es una respuesta lógica y coherente que, por ende, se muestra especialmente tuitiva de los derechos de los partes intervinientes en los procedimientos afectados por hechos de esa naturaleza».

<sup>116</sup> Cfr. Dictamen del Consejo de Estado de 5 de marzo de 2015, ap. V.6.

<sup>117</sup> Informe del Consejo Fiscal, de 23 de enero de 2015, p. 157.

<sup>118</sup> Cfr., Aguilera de Paz (1925), p. 501: «[...] no es posible admitir el expresado recurso en perjuicio de reo [...] porque con ello, a más de desnaturalizar el carácter de dicho recurso [...], vendrían a quedar en lo incierto las resoluciones judiciales por todo el tiempo que se concediese para su ejercicio»; De Pina (1934), p. 285; Gómez Orbaneja, y Herce Quemada (1948), p. 386; o Fenech Navarro (1974), p. 362.

<sup>119</sup> Cfr. ATS (Sala II) 20014/2023, de 16 de enero, FJ Único.

<sup>120</sup> Como se hace notar en Gómez Orbaneja y Herce Quemada (1948), p. 386, la eficacia de este motivo es, en realidad, dudosa: «el resultado de autorizar la revisión por tal motivo será eliminar en la mayor parte de los casos la jactancia, y, consiguientemente, eliminar la revisión».

<sup>121</sup> Por ejemplo, STS (Sala II) s/n., de 26 de octubre de 1985, FJ 1: «(e)l llamado recurso de revisión penal, establecido en el [art. 954 LECrim] puede ser definido como un proceso excepcional o un medio de impugnación en el que se denuncia ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, la existencia de una Sentencia penal firme y por tanto con valor de cosa juzgada, que en virtud de determinados presupuestos puede ser considerada como injusta, a fin de obtener en favor del reo, la anulación o sustitución de la misma por otra absolutoria y justa [...]». Y antes: STS (Sala II) s/n. de 30 de octubre de 1945, cons. 1, para la que este medio excepcional es «última garantía debida a la inculpabilidad [*sic*] de quien ha sido considerado culpable de un delito y en tal concepto condenado con patente y notoria injusticia [...]».

<sup>122</sup> Banacloche Palao y Zarzalejos Nieto (2023), p. 395; o Montero Aroca *et al.* (2019), p. 565.

la aplicación supletoria (*ex art. 4 LEC*) del art. 510.4.º LEC, dada la ontológica diferencia que separa la revisión penal de la civil<sup>123</sup>. Algunos autores mantienen, sin embargo, la posibilidad de revisar sentencias penales absolutorias dadas por violencia o fraude<sup>124</sup>. Esto es lógico, pero la falta de previsión legal lo impide. Así lo ha reconocido, de hecho, la jurisprudencia: «[...] no cabe recurso de revisión ante esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo con fundamento en las normas de la [LEC]. Es la [LECrim] la que, en sus arts. 954 y ss., regula este recurso que puede interponerse contra las sentencias firmes de orden penal»<sup>125</sup>. Y aunque la resolución es nula de pleno derecho (art. 238.2.º LOPJ), parece dificultoso admitir una revisión *contra reum* vista la postura del TC y del TS. A ello no se opondría, desde luego, el art. 4.2 del Protocolo Núm. 7 al CEDH que, en estos supuestos de «vicio esencial en el procedimiento», sí admite la revisión de la sentencia absolutoria (o incluso de la condenatoria demasiado leve)<sup>126</sup>. Ya se ha hecho saber en antigua doctrina que la pena no puede evitarse con la comisión de un nuevo delito y que es indiferente si el delito lo comete el acusado o un tercero (el Juez, por ejemplo)<sup>127</sup>. Una situación como esa quiebra la autoridad del Estado y del Poder Judicial y, en definitiva, lo dicho para este motivo del art. 954.1.b) LECrim vale para otros supuestos en que también se pudiera dudar, tras la reforma de 2015, si la LECrim admite o no la revisión *in malam partem*, como sucede con los supuestos de las letras c) y e) del art. 954.1<sup>128</sup>.

## 2. Poco perceptible riesgo para la cosa juzgada como institución

No parece posible, por otra parte, que la introducción de la reapertura *propter nova* en perjuicio del absuelto pudiera suponer una catarata de revisiones, ni tampoco que ello pudiera sumir a la Administración de Justicia en un «enorme descrédito»<sup>129</sup> o, simplemente, la «desaparición de la cosa juzgada en el proceso penal»<sup>130</sup>. Basta una regulación que se restrinja a delitos muy graves, de los que no hay tantos en España como para causar tal caos pero que, por su lesividad (no cuantitativa, sino cualitativa), causan amplio malestar. Tampoco convencen, por otro lado, las voces que alarman sobre

<sup>123</sup> Garcíandía González (2016), p. 36.

<sup>124</sup> Moreno Catena y Cortés Domínguez (2021), p. 695.

<sup>125</sup> ATS [Sala II] s/n., de 1 de mayo de 2001, FJ 1. En la doctrina: Garcíandía González (2016), p. 88.

<sup>126</sup> *Guide on Article 4 of Protocol No. 7...*, *op. cit.*, pp. 22 y 23: «*The concept of "fundamental defect" within the meaning of Article 4 § 2 of Protocol No. 7 suggest that only a serious violation of a procedural rule severely undermining the integrity of the previous proceedings can serve as the basis for reopening the latter to the detriment of the accused, where he or she has been acquitted of an offence or punished for an offence less serious than that provided for by the applicable law.*».

<sup>127</sup> Keller (1878), p. 444.

<sup>128</sup> En este sentido: Tomé García (2019), p. 607. Reconoce el autor, sin embargo, que parece difícil que tal situación vaya a producirse en la *praxis*, «porque la revisión siempre se ha contemplado como un remedio ante sentencias condenatorias injustas».

<sup>129</sup> Moreno Catena y Cortés Domínguez (2021), p. 694.

<sup>130</sup> Tomé García (1990), p. 339.

la vuelta de la *absolutio in instantia* que con severidad prohíbe, entre nosotros, el art. 144 LECrim («La absolución se entenderá libre en todos los casos»). Algunos autores mantienen que la revisión en perjuicio del absuelto *propter nova* supone la degradación de la decisión a una mera absolución con reserva<sup>131</sup>. La velada referencia al modelo inquisitivo logra, sí, su efecto sensibilizador, pero no consigue acreditar por qué necesariamente esto será así, especialmente si se considera que son escasos los supuestos en que tal revisión se dará.

### 3. Pero: necesidad de ponderar la reducción de posibilidades de defensa en el segundo proceso

Con todo lo anterior no quiero decir que en el segundo proceso penal (o en el mismo, pero reabierto) no deba tenerse en cuenta el sufrimiento padecido por el acusado en el primero. Aunque *de iure* queda el primero anulado, *de facto* el sufrimiento es real y ninguna resolución puede hacerlo desaparecer. La pena que finalmente pueda imponerse en este segundo momento ha perdido, en cierta manera, su legitimidad para ser tan severa como lo podría haber sido. Eso es, sin embargo, otra discusión, que no puede oscurecer la necesidad de pensar el sistema de revisión *contra reum*. Y, por último, debe ponderarse con cautela la necesidad de que, en la reapertura, no decida sobre la responsabilidad del culpable-absuelto el mismo Juez que estima dados esos *indicios racionales* de responsabilidad<sup>132</sup>. Su imparcialidad está puesta en entredicho, como derivaría de la causa 11.<sup>a</sup> del art. 219 LOPJ. Basta, sin embargo, con que en el reparto de asuntos se pondere suficientemente esta circunstancia para, así, evitar el defecto. Y, del mismo modo, deben considerarse las deficiencias probatorias que el paso del tiempo puede ir echando sobre el culpable-absuelto que, confiando en la cosa juzgada, no se preocupa más por su defensa<sup>133</sup>.

## VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

La bibliografía empleada es la siguiente. Los comentarios a normas alemanas han sido citados sin nombre de pila y separados con «/», como es habitual en Alemania:

- AA.VV. (2022). *Stellungnahme zur Verfassungsmäßigkeit des § 362 Nr. 5 StPO*, Arbeitskreis deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer.
- Aust, H. P. y Schmidt, R. (2020). *Ne bis in idem und Wiederaufnahme – Verfassungsrechtliche Grenzen aktueller Reformvorschläge der Erweiterung von § 362 StPO*, ZRP, Vol. 8.

<sup>131</sup> Aust y Schmidt (2020), p. 253; o Tiemann (2023), ap. 25.

<sup>132</sup> Eschelbach (2023), ap. 140; o Priebernig (2023), p. 161.

<sup>133</sup> Cfr. Villamarín López (2003), p. 484.

- Banacloche Palao, J. y Zarzalejos Nieto, J. (2023). *Aspectos fundamentales de Derecho procesal penal*, 6.ª ed., La Ley, Madrid.
- Bayer, S. (2018). *Die strafrechtliche Wiederaufnahme im deutschen, französischen und englischen Recht*, Nomos, Baden-Baden.
- Beling, E. (1928). *Deutsches Reichsstrafprozessrecht*, Walter de Gruyter & Co, Berlin und Leipzig.
- Brade, A. (2021). Erweiterung von § 362 StPO im Lichte des Verfassungsrechts, *ZIS*, Núm. 6.
- Buchhalter Montero, B. (2023). «Parece que quedan tribunales en Karlsruhe: dudas de constitucionalidad sobre la ampliación de la revisión de sentencias absolutorias en Alemania», *Blog del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, 27 de abril de 2023. Disponible online en: <https://cutt.ly/gwTvIHLh>.
- Castejón, F. (1967). La revisión penal, *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, Tomo 20, Fasc. 1, Mes 2.
- Dalcke, A. (1865). *Der Entwurf einer Strafproceßordnung für Preußen*, Friedrich Fleischer, Leipzig.
- De Pina, R. (1934). *Manual de Derecho procesal penal*, Reus, Madrid.
- Dochow, A (1879). Die Deutsche Strafprozeß-Ordnung, en Von Holtzendorff, F. (ed.), *Handbuch des deutschen Strafproceßrechts*, I, Verlag von Carl Habel, Berlin.
- Eschelbach, R. (2023). § 211 Mord, en Heintschel-Heinegg, *BeckOK – StGB*, C.H. Beck, München.
- Fenech Navarro, M. (1974). *El proceso penal*, 2.ª ed., s/e., Madrid.
- Garciandía González, P. M. (2016). *El proceso de revisión de las sentencias penales*, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).
- Gascón Inchausti, F. (2022). *Derecho procesal penal*, edit. por el autor, s/l., 2022. Disponible online en: <https://cutt.ly/LwIpLhvG>.
- Gimeno Sendra, V. y Díaz Martínez, M. (2015). Lección 42. Los medios de rescisión de sentencias firmes, en Gimeno Sendra, V., *Derecho procesal penal*, 2.ª ed., Thomson Reuters – Civitas, Cizur Menor (Navarra).
- Gómez Orbaneja, E. y Herce Quemada, V. (1948). *Derecho procesal penal*, 2.ª ed., s/e., Madrid.
- Grübl, M. (2022). Die strafprozessuale Wiederaufnahme in malam partem und das Verfassungsrecht, *ZIS*, Núm. 1.
- Guide on Article 4 of Protocol No. 7 to the European Convention on Human Rights – Right not to be punished twice*, Updated on 31 August 2023.
- Hoven, E. (2021). Die Erweiterung der Wiederaufnahme zuungunsten des Freigesprochenen – Eine Kritik der Kritik, *JZ*, Núm. 23.
- Keller, A., *Die Strafprozess-Ordnung für das Deutsche Reich*, Druck und Verlag von Moritz Schauenburg, Lahr, 1878.
- Letzgu, K. (2020). Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten bei neuen Tatsachen und Beweismitteln, *NStZ*, Núm. 12, 2020.
- Martínez Arrieta, A. y Encinar del Pozo, M. A. (2022). *El recurso de casación y de revisión penal*, 4.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.
- Masferrer, A. (2022). *Dignidad y Derechos humanos – Un análisis retrospectivo de su formación en la tradición occidental*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- Montero Aroca, J. et al. (2019). *Derecho jurisdiccional III – Proceso Penal*, 27.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.
- Moreno Catena, V. y Cortés Domínguez, V. (2021). *Derecho procesal penal*, 10.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.
- Muñoz Conde, F. (2003). *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo – Estudios sobre el Derecho penal en el Nacionalsocialismo*, 4.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

- Pohlreich, E. (2023). Mit dem Zweiten sieht man schlechter – Plädoyer für die Verfassungswidrigkeit von § 362 Nr. 5 StPO, *HRRS*, Núm. 24.
- Priebering, T. (2023). § 362 Nr. 5 StPO – Stellt der Gesetzgeber so wirklich materielle Gerechtigkeit her?, *HRRS*, Núm. 24.
- Prieto-Castro y Ferrándiz, L. y Gutiérrez de Cabiedes, E. (1978). *Derecho procesal penal*, 2.ª ed., Tecnos, Madrid.
- Remmert, B. (2023). «Art. 103 Abs. 2», en Dürig/Herzog/Scholz, *Grundgesetz-Kommentar*, C.H. Beck, München, 2023.
- Sánchez Montenegro, J. C. (2017). *El recurso de revisión penal*, 2.ª ed., Edisofer, Madrid.
- Sauer, W. (1951). *Allgemeine Prozeßrechtslehre – Zugleich eine systematische Schulung der zivilistischen und der kriminalistischen Praxis*, Carl Heymanns Verlag, Berlin – Detmold – Köln – München.
- Schaffstein, F. (1940). Methodenwandel, Analogieverbot und Rechtsgutslehre in der neuen italienischen Strafrechtswissenschaft, *ZStW*, Núm. 59.
- Schubert, W. y Regge, J. (eds.) (1989). *Entstehung und Quellen der Strafprozeßordnung von 1877*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main.
- Schweiger, T. (2022). Aktuelle Entwicklungen im Wiederaufnahmerecht des deutschen Strafprozessrechts: § 362 Nr. 5 StPO und der Paradigmenwechsel bei der Wiederaufnahme zuungunsten des Verurteilten, *ZISW*, Núm. 5.
- Singelstein, T. (2022). Die Erweiterung der Wiederaufnahme zuungunsten des Freigesprochenen, *NJW*, Núm. 75, Vol. 15, 2022.
- Tiemann, F. (2023). § 362 StPO, en *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, C.H. Beck, München
- Tomé García, J. A. (2019). *Curso de Derecho Procesal Penal*, 2.ª ed., Dykinson, Madrid.
- Tomé García, J. A. (1990). Sugerencias en torno a una futura reforma legislativa de la revisión penal, *Actualidad penal*, Núm. 31.
- Tomé García, J. A. (2004). § 24 El llamado recurso de revisión», en AA.VV., *Derecho procesal penal*, 7.ª ed., Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid.
- Vernengo Pellejero, N. C. (2017). *Revisión de la sentencia firme en el proceso penal*, Juruá, Lisboa.
- Von Biebrauer zu Brennstein, S. C. (2022). Der Neue § 362 Nr. 5 StPO im System der Wiederaufnahmegründe, *HRRS*, Núm. 23.

