

JAVIER FERNÁNDEZ ESTRADA
PROCURADOR DE LOS TRIBUNALES
C/ Gral. Díaz Porlier, 45 - 3º D
28001 MADRID
Tel. 91 815 21 04 - Fax: 91 815 23 36
Móvil 608 82 75 26

Recurso N.º: 1979/2009

Ponente Excmo. Sr. D.: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal


AUTO

Excmos. Sres.:

D. Juan Saavedra Ruiz

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

 ILUSTRE COLEGIO PROCURADORES DE MADRID	
RECEPCIÓN	NOTIFICACIÓN
- 6 ABR 2010	- 7 ABR 2010
Artículo 151.2	L.E.C. 1/2000

En la Villa de Madrid, a cuatro de Marzo de dos mil diez.

I. HECHOS

PRIMERO.- Por la Sala de lo Penal de La Audiencia Nacional (Sección 2ª), en autos nº Rollo de Sala 118/2009, dimanante de Procedimiento Abreviado 157/2008 del Juzgado Central de Instrucción nº 4, se dictó auto de fecha 9 de julio de 2009, en cuya parte dispositiva se acordó lo siguiente:

"Estimamos el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el auto dictado el 4 de mayo de 2009 por el Juzgado Central de

Instrucción nº 4 en las Diligencias Previas nº 157/08, desestimatorio de la petición del Ministerio Fiscal, formulada el 2 de abril de 2009, sobre incompetencia de la jurisdicción española para conocer de los hechos contenidos en la querrela interpuesta el 24 de junio de 2008 por la común representación de los perjudicados Raed Mohamed Ibrahim Mattar, Mohamed Ibrahim Mohamed Mattar, Rami Ibrahim Mohamed Mattar, Khalil Khader Mohamed Al Seadi, Mahmoud Sobhi Mohamed El Houweit y Mahassel Ali Hassan Al Sahwwa, contra Dan Halutz, Bejamín Ben Eliezar, Doron Almog, Giora Eilan, Michael Herzog, Moshe Ya'alon y Abraham Dichter.

Por lo que revocamos la referida resolución y, en su lugar, acordamos el archivo definitivo de las actuaciones con declaración de oficio de las costas procesales de esta alzada."

SEGUNDO.- Contra dicho Auto, se interpuso recurso de casación por el Comité de Solidaridad con la Causa Árabe, Raed Mohamed Ibrahim Mattar y otros, mediante la presentación del correspondiente escrito por el Procurador de los Tribunales D. Javier Fernández Estrada.

El recurrente, Comité de Solidaridad con la Causa Árabe menciona como motivos susceptibles de casación los siguientes: 1) al amparo del art. 5.4 de la LOPJ por vulneración del derecho a un proceso con garantías y 2) al amparo del art. 5.4 de la LOPJ por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

Los recurrentes, Raed Moahmed Ibrahim Mattar, mencionan como motivos susceptibles de casación los siguientes: 1) al amparo del art. 5.4 de la LOPJ por vulneración del derecho a un proceso con garantías y 2) al amparo del art. 5.4 de la LOPJ por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

En el presente procedimiento actúa como parte recurrida Izquierda

Unida, representada por el Procurador de los Tribunales D. Javier Fernández Estrada, , oponiéndose al recurso presentado.

TERCERO.- En el trámite correspondiente a la substanciación del recurso el Ministerio Fiscal se opuso al mismo.

CUARTO.- Conforme a las normas de reparto aprobadas por Sala de Gobierno, de este Tribunal Supremo, es Ponente de la presente resolución el Magistrado Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.

II. RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se formaliza por la representación procesal de ambos recurrentes un primer motivo de recurso al amparo del art. 5.4 de la LOPJ por vulneración del derecho a un proceso con garantías, cuya similitud o práctica identidad permite dar una respuesta conjunta a la denuncia de ambas partes recurrentes.

A) Se alega, en esencia, que el uso por el Ministerio Fiscal del recurso de apelación frente al Auto dictado por el Juzgado Central de Instrucción, recurso de apelación que ha sido estimado por el Auto de la Audiencia Nacional que es objeto del presente recurso de casación, ha supuesto un fraude procesal puesto que contra las decisiones en materia de jurisdicción en los términos en que vino planteada la inicial solicitud y el correspondiente auto no cabe recurso alguno. Se invocan el art. 676 de la LECrim y la jurisprudencia relacionada entendiendo que en virtud del art. 11.2 de la LOPJ el recurso del Ministerio Fiscal debió inadmitirse.

B) El derecho a un proceso público con todas las garantías -cuya infracción aquí se denuncia- tiene una serie de manifestaciones concretas: el

derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley e imparcial, el derecho a la defensa y asistencia de Letrado, el derecho a ser informado convenientemente de la acusación, a un proceso público, contradictorio y sin dilaciones indebidas, a la igualdad de partes, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa y a la presunción de inocencia (que implica, entre otras exigencias legales, que el Juzgador ha de formar su convicción sobre la base de una actividad probatoria practicada con pleno respeto de las correspondientes exigencias legales y constitucionales). Todos estos derechos constituyen el conjunto de garantías que deben rodear la actuación de los órganos judiciales en un Estado de Derecho (STS 29-2-00).

C) La cuestión que plantea este motivo ha sido tratada en la resolución recurrida exponiendo la Sala de instancia que, formalmente, no existe fraude procesal en la impugnación del Fiscal y por tanto no puede –por virtud del art. 11.2 de la LOPJ- declararse nula la actuación procesal subsiguiente, al tratarse de una legítima posibilidad de impulso procesal permitida al amparo del art. 766.1 de la LECrim; no es aplicable a la resolución recurrida por el Ministerio Público el art. 676 ni el art. 678 de la LECrim porque no estamos en el trámite de sumario ni más concretamente en el de los artículos de previo pronunciamiento de declinatoria de jurisdicción del 666.1, de posible utilización en un momento procesal muy ulterior al actual. En efecto, se trata de recurrir en apelación un auto dictado en diligencias previas incoadas con ocasión de querrela formulada contra siete mando políticos y militares de Israel, en el que el Juzgado Central de Instrucción desestimaba una pretensión del Fiscal, la de que se declarara la incompetencia de la jurisdicción española para conocer de la querrela y el archivo provisional del procedimiento. La sustanciación del recurso por vía que, finalmente, permite incluso la presente revisión casacional en modo alguno merma las garantías procedimentales ni produce indefensión.

Por todo ello procede la inadmisión del motivo de acuerdo con lo

dispuesto en el art. 885.1 de la LECrim.

SEGUNDO.- Se formula el segundo motivo al amparo del art. 5.4 de la LOPJ por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho a obtener una resolución fundada en derecho y de derecho de acceso a la jurisdicción.

A) Dicen los recurrentes que ello se produce por cuanto la Audiencia Nacional ha interpretado de forma excesivamente rigorista y restrictiva lo dispuesto en el art. 23.4 de la LOPJ, articulando su argumentación sobre dos aspectos, que se entra en una suerte de indefinición acerca de la jurisdicción universal y que se ha errado al afirmar que existe un procedimiento penal abierto por los hechos objeto de la querrela y contra los responsables que aparecen como querrellados. Afirma el motivo que se ha impedido el acceso a los Tribunales sin motivación suficiente, con arbitrariedad, irrazonabilidad manifiesta y error patente, apartándose de la exigencia de proporcionalidad derivada del principio pro actione.

B) El derecho fundamental invocado tiene un contenido complejo que incluye el derecho de acceder a jueces y tribunales, el derecho a obtener de ellos una resolución fundada en derecho y a su ejecución, y el derecho a que la pretensión deducida sea resuelta en el procedimiento previsto en la ley, sin que pueda incluirse en su comprensión un derecho a la obtención de una resolución acorde a la pretensión (STS 23-12-04).

Según la STC 82/2001 “solo podrá considerarse que la resolución judicial impugnada vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva cuando el razonamiento que la funda incurra en tal grado de arbitrariedad, irrazonabilidad o error que, por su evidencia y contenido, sean tan manifiesto y graves que para cualquier observador resulte patente que la resolución de hecho carece de todo

motivación o razonamiento” (STS 5-9-03).

C) No es éste el caso; ha de decirse que no se aprecia una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, pues el recurrente ha encontrado una respuesta fundada en cuanto al fondo del asunto planteado, sin perjuicio de su legítima discrepancia con la resolución. Así basta la lectura del Auto recurrido para constatar su minuciosa y fundada argumentación, partiendo del supuesto de hecho denunciado –acción militar llevada a cabo en la noche del 22-7-02 contra la casa de Salah Shehadeh, dirigente de la organización terrorista Hamas- la Audiencia expone la legalidad que rige la materia, tanto estatal como internacional, la jurisprudencia de la propia Audiencia Nacional, del Tribunal Constitucional y de este Tribunal Supremo sobre la ausencia de carácter absoluto del principio de jurisdicción universal, sobre que es generalmente prioritario el criterio de subsidiariedad sobre el de concurrencia y la necesidad de que se module todo ello en cada caso concreto. Y tras ello se dice que existe una amplia y exhaustiva documentación sobre procedimientos penales y civiles acerca del supuesto de autos, aludiendo la resolución impugnada al Caso Selección de Objetivos Terroristas (TSJ 769/02), sentencia del Tribunal Supremo constituido en TSJ, de 14-12-06, mencionado por sus consecuencias en el caso, como revisión judicial de la legalidad de la política del gobierno israelí sobre selección de objetivos terroristas.

Y sobre estas premisas se constata la existencia de investigación militar de campo, con resultados remitidos al Fiscal General Militar y querellas recibidas por el Fiscal General del Estado, investigación interna que finalizó en archivo por la Fiscalía de Israel. Se señala que en la actualidad pende proceso penal, Caso Shehadeh (TSJ 8794/03) cuyos hitos procedimentales relevantes se describen, interrumpido hasta el dictado de la sentencia anterior; las partes consintieron la creación de una Comisión independiente de investigación de los hechos, que lleva a cabo su cometido bajo revisión judicial de sus decisiones.

Finalmente, añade en su análisis la Audiencia Nacional que han existido y existen procedimientos civiles para reclamación de compensaciones económicas instados algunos por querellantes de este proceso. Concluyendo el Auto recurrido que ha habido real y verdadera actuación para comprobar una posible comisión delictiva, y existe litis pendencia. En este sentido se añade que poner en duda la imparcialidad y separación orgánica y funcional de las Fiscalías y la Comisión de Investigación respecto de Poder Ejecutivo supone ignorar la evidencia de la existencia de un Estado Social y Democrático de Derecho por lo que no puede albergarse –como sugiere el recurso- incertidumbre acerca del ejercicio de las acciones penales procedentes si se descubren conductas criminalmente relevantes. Se invoca asimismo la teoría de la ubicuidad en relación con la competencia de las autoridades judiciales israelíes para investigar y enjuiciar en su caso los hechos como lo corrobora el hecho antes aludido de que los propios querellantes inicialmente plantearon sus reclamaciones penales y civiles ante órganos del poder judicial israelí.

Es palmario que el Auto por el que la Audiencia acordó el archivo de las actuaciones ofrece una respuesta fundada, razonada y en modo alguno vulneradora del derecho fundamental que invocan los recurrentes.

Procede la inadmisión del motivo de acuerdo con lo dispuesto en el art. 885.1 de la LECrim.

En su consecuencia procede adoptar la siguiente parte dispositiva:

III. PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: NO HABER LUGAR A LA ADMISIÓN del recurso de casación formalizado por los recurrentes, contra auto dictado por la Audiencia Nacional, en la causa referenciada en el encabezamiento de esta resolución.

Las costas del recurso se imponen a la parte recurrente.

Así lo acordaron y firman los Excmos. Sres. que han constituido Sala para ver y decidir esta resolución.