

Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.

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

Recurso N°: 1979/2009

A LA SALA

D. JAVIER FERNÁNDEZ ESTRADA, Procurador 561 de los Tribunales, actuando en nombre y representación de **D. Raed Mohamed Ibrahim Mattar, D. Mohamed Ibrahim Mohamed Mattar, D. Rami Mohamed Ibrahim Mattar, D. Khalil Khader Mohamed Al Seadi, D. Mahmoud Sobhi Mohamed El Houweit, D. Mahassel Ali Hassan Al Sahwwa**, según tengo acreditado en autos, comparezco y, como mejor proceda en Derecho, **DIGO**:

Que por medio del presente escrito vengo a solicitar la **NULIDAD** del Auto dictado el día 4 de Marzo de 2.010, notificado a esta parte el día 7 de Abril de 2.010, en cuya virtud se ha acordado no haber lugar a la admisión del recurso de casación formalizado contra auto dictado por la Audiencia Nacional el día 9 de Julio de 2.009, en autos n° de Rollo de Sala 118/2009; todo ello al amparo de lo previsto en el artículo 241.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Baso mi pretensión en las siguientes

ALEGACIONES

PRIMERA.- VULNERACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA: INADMISIÓN A TRÁMITE DEL RECURSO DE CASACIÓN

En relación a la aplicación del artículo 885.1 LECr, entendemos que la Sala no ha motivado mínimamente la inadmisión a trámite del recurso de casación presentado en su día, **habida cuenta que la cuestión planteada es compleja y que, incluso, el Tribunal Constitucional ha dictado varias resoluciones acerca del principio del carácter absoluto de la jurisdicción universal.**

Por ello, no tiene encaje constitucional que se haya inadmitido el recurso formulado en su día, porque *carezca manifiestamente de fundamento*, sin explicar, mínimamente, el motivo de que esta Excm. Sala se haya apartado de la doctrina que al respecto tiene sentada el Tribunal Constitucional (STC 37/05, Caso Guatemala; STC 87/2000, de 27 de marzo, entre otras).

Así mismo, el Tribunal Supremo no ha dado cumplida respuesta acerca del motivo de apartarse de su propia jurisprudencia en cuanto a nuestro Primer Motivo de Casación, pues cuando un Juez rechaza la declinatoria de jurisdicción, como la planteada por el Ministerio Fiscal en el caso de autos, **no cabe recurso alguno, sólo cuando la acepta. Parece ser que se olvida esta alto Tribunal que aquello no previsto en las normas referidas al Procedimiento Abreviado habrá de ser suplido con lo preceptuado con carácter general para el Sumario Ordinario y ello afecta directamente a la cuestión planteada por esta parte.**

En este sentido, se mencionaron varias sentencias del mismo Tribunal Supremo, que apoyaban nuestra pretensión, y sin embargo, se nos ha inadmitido a trámite este motivo, por carecer manifiestamente de fundamento, aunque nuestra pretensión se apoyó en la propia jurisprudencia de este Alto Tribunal.

En definitiva, no se entiende, ni se argumenta por esta Excma. Sala, las razones que han llevado para dictar un auto de inadmisión a trámite del recurso de casación presentado por esta parte, y su incardinación en el apartado 1º del artículo 885 LECr.

Dicha falta de motivación, incluso, se evidencia más si cabe, por el hecho de que el Juzgado Central de Instrucción nº 4 dictara auto de fecha 4 de Mayo de 2.009, desestimatorio de la petición del Ministerio Fiscal de archivar la causa por falta de jurisdicción y porque la resolución de fecha 9 de Julio de 2.009 dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional contenía **cuatro votos discrepantes, que se fundieron en un “voto particular”**, que fue extensamente tratado en nuestro recurso de casación haciéndolo propio lo que conlleva a entender como si esta Sala hubiese considerado manifiestamente infundado lo razonado por los Magistrados discrepantes.

Es decir, al parecer, y sin motivación alguna, nuestro recurso de casación “carece manifiestamente de fundamento”, y sin embargo, éste se basó tanto en la resolución del Juzgado Central de Instrucción nº 4 como en el voto particular de cuatro magistrados discrepantes del criterio de la Sala de lo Penal que estimó la pretensión del Ministerio Fiscal.

Habríamos esperado de esta Excma. Sala mayor consideración para con el criterio de otros magistrados (discrepantes con la mayoría), de tal forma que debiera haberse motivado la decisión de inadmitir a trámite nuestro recurso, toda vez que:

1º- Se aparta de la doctrina del Tribunal Constitucional, en relación al carácter absoluto de la jurisdicción universal, según este Alto Tribunal, máximo intérprete de nuestra Carta Magna.

2º- Se aparta de la propia jurisprudencia creada por el Tribunal Supremo, respecto a la imposibilidad de recurrir la desestimación de la declinatoria de jurisdicción.

3º- Se aparta del criterio de cinco magistrados: el magistrado titular del Juzgado Central de Instrucción nº 4 y los cuatro magistrados discrepantes que formularon voto particular en relación a la resolución tomada por mayoría por el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

En resumen, no creemos en absoluto que nuestros motivos de casación sean “manifiestamente infundados”, pues, al menos, vienen apoyados por el respetabilísimo parecer de otros cinco magistrados, que motivaron, ellos sí, sus resoluciones.

SEGUNDA.- VULNERACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A UN PROCESO CON LAS DEBIDAS GARANTÍAS.

Se invocó la vulneración de este derecho fundamental en el Motivo Primero de nuestro recurso de casación, y, como puede observarse, el auto

cuya nulidad se pretende, nuevamente, dicho sea de paso con los debidos respetos, incurre en dicha vulneración, toda vez que se limita a recoger lo ya establecido en el auto dictado por la Audiencia Nacional, que fue objeto de recurso.

Es decir, por el Ministerio Fiscal se planteó un incidente de declinatoria de jurisdicción, con independencia de la forma mediante la cual se formulara, que por asimilación a lo dispuesto en el artículo 676 LECr, no debió haber sido admitido a trámite el recurso en contra de la resolución del juez que la desestima. Hemos de insistir en que al no venir expresamente regulado en cuanto al Procedimiento Abreviado son de aplicación supletoria las normas propias del Sumario Ordinario, cosa que esta Excm. Sala conoce perfectamente.

Y esta asimilación a lo dispuesto en dicho precepto no es producto de una imaginación creativa de esta parte, sino de lo dispuesto por **reiterada y consolidada jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.**

Entendemos, por tanto, vulnerado el derecho fundamental a un proceso con las debidas garantías, habida cuenta que la resolución cuya nulidad se pretende, avala plenamente lo dispuesto por el auto dictado por la Audiencia Nacional, en el sentido de entender, erróneamente, ajustado a Derecho que el Ministerio Fiscal recurra una resolución que por ley no es recurrible; estamos convencidos que si el planteamiento hubiese sido en otro tipo de asuntos se habría entendido que no cabía recurso, como sostenemos, y sentar el precedente de la existencia y viabilidad de recursos como el formulado por la Fiscalía alienta a entender que a partir de ahora está permitido recurrir en supuestos de declinatoria de Jurisdicción en contra de lo previsto en el tan citado artículo 676 de la LECrim.

Ello ha creado indefensión a esta parte, por cuanto se pretende que los Tribunales españoles investiguen y enjuicien los horribles crímenes denunciados en nuestra querrela y, a la fecha actual, no vemos cumplida respuesta porque se ha estimado un recurso por falta de jurisdicción, presentado por el Ministerio Fiscal, recurso que no cabía (ni cabe) en nuestro Ordenamiento Jurídico.

TERCERA.- VULNERACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN RELACIÓN A LA NO APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 23.4 DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL.

El auto dictado por esta Excm. Sala incurre en vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, por aplicación de forma excesivamente rigorista y restrictiva lo dispuesto en el artículo 23.4 LOPJ – contra legem- de tal forma que se ha entendido que la Jurisdicción Universal se ejercerá con aplicación del principio de subsidiariedad, y con “ausencia de carácter absoluto”.

Así mismo, se apoya dicha afirmación en “Jurisprudencia (entendemos doctrina) del Tribunal Constitucional”, lo que, dicho sea con los debidos respetos, es absolutamente erróneo, pues el Tribunal Constitucional, precisamente, tiene establecido el carácter absoluto del principio de jurisdicción universal: sentencia del Tribunal Constitucional 237/05, Caso Guatemala, entre otras.

Por otra parte, conviene precisar que la querrela presentada en su día por esta parte **no denuncia “la acción militar llevada a cabo en la noche del 22 de Julio de 2.002 contra la casa de Salah Shehadeh, dirigente de la organización terrorista Hamás”**, como erróneamente se afirma en el auto impugnado, sino que se denunció la muerte de quince personas –**la mayoría de ellos niños y bebés**–, las lesiones padecidas por 150 personas – algunas de ellas con lesiones graves y secuelas permanentes, y la destrucción total de ocho casas de los alrededores y la destrucción parcial de nueve casas y otras veintiuna con daños moderados.

Esto se produjo con ocasión del lanzamiento de una bomba de gran potencia (una tonelada), sobre la casa de Salah Shehadeh, que se encontraba situada en uno de los lugares residenciales de mayor densidad de población en el mundo, a saber, el barrio de Al Daraj, de la ciudad de Gaza.

Así mismo, conviene recordar que la “acción militar” se llevó a cabo en plena noche, cuando las personas que habitaban dicho barrio se hallaban durmiendo.

También hay que decir que el lanzamiento de la bomba sobre la casa de Salah Shehadeh es producto de la llamada política de “asesinatos selectivos” llevada a cabo por el estado de Israel, no avalada por ningún país democrático, que perseguía aniquilar a una persona, sospechosa de pertenecer o liderar Hamás, **sin previo juicio**.

Sorprende en gran medida que este Excmo. Tribunal, desdeñando no sólo la doctrina del Tribunal constitucional sino la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, constate la existencia de una investigación

militar y que la misma sea considerada como investigación judicial independiente; así tenemos que nuestro Tribunal Supremo equipara la decisión de la Fiscalía israelí de “no investigar” estos terribles hechos a una auténtica y válida investigación.

Más sorprende, si cabe, que avale dicha “investigación” o decisión de no investigar basada en el criterio de “selección” y de “proporcionalidad”, parámetros éstos no amparados en nuestra Carta Magna cuando se trata de crímenes de guerra o delitos de lesa humanidad.

A mayor abundamiento, resulta insólito que se equipare, como lo ha hecho esta Excma. Sala y la mayoría del pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, un procedimiento civil de reclamación de compensaciones económicas, con un procedimiento penal de investigación de los hechos, averiguación de sus responsables y posible enjuiciamiento.

Lamentable resulta, qué duda cabe, no sólo dar por sentado que se han producido investigaciones judiciales en el Estado de Israel, sino el mismo hecho de denigrar el principio de Jurisdicción Universal al considerar su aplicación sólo en el supuesto en que se haya iniciado otra investigación en otro Estado.

Es decir, el carácter residual o de subsidiariedad otorgado por esta Excma. Sala al principio de Jurisdicción Universal no tiene cabida en nuestro Ordenamiento Jurídico, en la medida en que nuestro Estado ha firmado Tratados Internacionales que lo obligan a su cumplimiento, al haberse incorporado a nuestro Ordenamiento Jurídico: Estatuto de Roma en el año 1998; aprobación en 1977 del Protocolo Adicional I de las Convenciones de Ginebra.

En cuanto a la obligación de perseguir por todos los Estados de la Comunidad Internacional estos gravísimos crímenes, nuevamente acudimos al voto particular – pieza jurídica de obligada lectura para cualquier amente del Derecho - expresado impecablemente por los cuatro magistrados discrepantes de la mayoría:

*“En virtud del principio de jurisdicción universal cualquier Estado puede ejercer la jurisdicción ante ofensas graves a los intereses de la Comunidad Internacional al margen del lugar de ejecución del crimen y de la nacionalidad del autor o de la víctima (así lo dice la exposición de motivos de la LO 13/2007, que introdujo la inmigración clandestina en el catálogo del art. 23.4 LOPJ, y el art. 5.1 del Estatuto de la Corte Penal Internacional). **La razón de ser de una jurisdicción universal es la de evitar la (inmensa) impunidad de esos crímenes, impunidad que en buena medida se debe a la posición que el autor ocupa en la estructura de poder del Estado;** porque los crímenes de guerra, los de genocidio y de lesa humanidad, la tortura y las desapariciones forzadas comparten una nota: son crímenes de Estado, en su peor acepción. De ahí la dificultad, que muchas veces deviene en imposibilidad, de la persecución de los graves crímenes internacionales, ya porque sus autores ejercen el poder, se trata de mandatarios, ya porque tienen la capacidad de neutralizar la acción judicial. Este caso es ejemplar: los querellados eran en el momento del ataque aéreo que provocó la muerte de civiles inocentes los máximos responsables en el gobierno y en la escala jerárquica de mando militar del Estado de Israel.*

La jurisdicción universal intenta dispensar una mínima protección a los derechos humanos básicos, en primer lugar la vida, mediante la garantía procesal. Es preciso reiterar la idea: algunos crímenes son tan atroces que no deben quedar impunes. La decisión de la Sala se desentiende de esa dimensión del problema, la impunidad, y de la necesidad de ponerle coto.

Este mismo sentido ya quedó plasmado en la famosa sentencia del Tribunal Constitucional 237/05, Caso Guatemala:

“La persecución internacional y transfronteriza que pretende imponer el principio de justicia universal se basa exclusivamente en las particulares características de los delitos sometidos a ella, cuya lesividad (paradigmáticamente en el caso del genocidio) trasciende la de las concretas víctimas y alcanza a la Comunidad Internacional en su conjunto.

Consecuentemente su persecución y sanción constituyen, no sólo un compromiso, sino también un interés compartido de todos los Estados (según tuvimos ocasión de afirmar en la STC 87/2000, de 27 de marzo, FJ 4), cuya legitimidad, en consecuencia, no depende de ulteriores intereses particulares de cada uno de ellos. Del mismo modo la concepción de la jurisdicción universal en el Derecho internacional actualmente vigente no se configura en torno a vínculos de conexión fundados en particulares intereses estatales, tal como muestran el propio art. 23.4 LOPJ, la citada Ley alemana de 2002 o, por abundar en ejemplos, la Resolución adoptada por el Instituto de Derecho Internacional en Cracovia el 26 de agosto de 2005, en la que, después de poner de manifiesto el ya mencionado compromiso de todos los Estados, se define la jurisdicción universal

en materia penal como "la competencia de un Estado para perseguir y, en caso de ser declarados culpables, castigar presuntos delincuentes, independientemente del lugar de comisión del delito y sin consideración a vínculo alguno de nacionalidad activa o pasiva u otros criterios de jurisdicción reconocidos por la Ley internacional".

Por lo tanto, y aunque se discrepe del contenido de algunas disposiciones (cuyo acatamiento es obligado), es un deber de todos los poderes del Estado procurar que se acaten las normas vigentes sobre la Jurisdicción Universal y su carácter absoluto, a fin de que las conductas más atroces (genocidio, delitos de lesa humanidad, desapariciones forzadas, asesinatos de inocentes civiles, asesinatos "selectivos", secuestros de bebés, torturas...) no queden impunes y las víctimas encuentren, al menos, una reparación por el hecho de que procedan a la investigación de estos crímenes y se enjuicie a sus responsables.

En su virtud,

SOLICITO A LA SALA: que teniendo por presentado escrito por el que vengo a solicitar la **NULIDAD** del Auto dictado el día 4 de Marzo de 2.010, notificado a esta parte el día 7 de Abril de 2.010, en cuya virtud se ha acordado no haber lugar a la admisión del recurso de casación formalizado contra auto dictado por la Audiencia Nacional el día 9 de Julio de 2.009, en autos nº de Rollo de Sala 118/2009; todo ello al amparo de lo previsto en el artículo 241.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se sirva admitirlo y acuerde la nulidad de la mencionada resolución (con la

consiguiente nulidad de los actos posteriores), dictando en su lugar otra ajustada a Derecho.

Por ser Justicia que pido en Madrid a 22 de Abril de 2.010.

Javier Fernández Estrada

Procurador