

## SECCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**3976** *Sala Segunda. Sentencia 15/2019, de 11 de febrero de 2019. Recurso de amparo 2769-2016. Promovido por don Seyez Morteza Komarizadehasl y don Mohammad Reza Mohade en relación con las resoluciones de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y de un juzgado central de instrucción que acordaron el sobreseimiento y archivo, por falta de jurisdicción de los tribunales españoles, de la querrela presentada en relación con los posibles delitos contra la comunidad internacional que se habrían cometido en el campo de refugiados de Ashraf (Irak). Alegada vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (acceso a la jurisdicción): inadmisión del recurso de amparo promovido sin plantear incidente de nulidad de actuaciones.*

ECLI:ES:TC:2019:15

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por doña Encarnación Roca Trías, Presidenta; don Fernando Valdés Dal-Ré, don Juan Antonio Xiol Ríos, don Pedro José González-Trevijano Sánchez, don Antonio Narváez Rodríguez y don Ricardo Enríquez Sancho, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 2769-2016, promovido por don Seyez Morteza Komarizadehasl y don Mohammad Reza Mohade, representados por el Procurador de los Tribunales don Aníbal Bordallo Huidobro y defendidos por el Abogado don Juan Garcés y Ramón, contra el Auto de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 7 de abril de 2016, dictado en el procedimiento ordinario rollo de Sala núm. 7-2014, que confirma el auto de 15 de junio de 2015 del Juzgado Central de Instrucción núm. 4 y acuerda el sobreseimiento, por falta de jurisdicción de los tribunales españoles, del sumario núm. 5-2014. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré, quien expresa el parecer del Tribunal.

**I. Antecedentes**

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el día 19 de mayo de 2016, el Procurador de los Tribunales don Aníbal Bordallo Huidobro, en nombre y representación de don Seyez Morteza Komarizadehasl y don Mohammad Reza Mohade, que interpusieron querrela contra Abdol Hossein Al Shemmari en el sumario núm. 5-2014 del Juzgado Central de Instrucción núm. 4 de la Audiencia Nacional, formula recurso de amparo contra las resoluciones citadas en el encabezamiento.

2. Los hechos en los que se funda el presente proceso de amparo son, sucintamente expuestos, los siguientes:

a) El día 7 de septiembre de 2009 los ahora recurrentes presentaron querrela dirigida contra don Abdol Hossein Al Shemmari por hechos acontecidos en julio de 2009 en el Campo Ashraf, en Irak, que fueron calificados como delito contra la comunidad internacional [arts. 607 *bis*, 608 a 614 *bis* y 615 *bis* del Código penal (CP)], en concurso

con once delitos de asesinato (arts. 139.1 y 3 CP), cuatrocientos ochenta delitos de lesiones graves (art. 147 y ss. CP), treinta y seis delitos de detención ilegal (art. 163 y ss. CP) y torturas (art. 174 y ss. CP), así como un delito de daños (art. 263 CP), y todo ello en relación y por violación del IV Convenio de Ginebra, de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, y su Protocolo I, de 8 de junio de 1977, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales. Se admitió posteriormente a los querellantes la ampliación de la querrela en relación con don Faleh al-Fayad por hechos acontecidos en el mismo campo de refugiados de Ashraf el 8 de abril de 2011 y 1 de septiembre de 2013.

b) En el escrito de querrela se refería que los días 28 y 29 de julio de 2009 unos dos mil soldados pertenecientes a la novena brigada de Badr, a las fuerzas especiales de la brigada Scorpion de Bagdad y a los batallones segundo y tercero de la policía y policías antidisturbios, en una acción deliberada y planificada bajo el mando del querrellado teniente general Abdol Hossein Al Shemmari, equipados con blindados, palas mecánicas, armas de fuego, hachas, bastones metálicos y de madera, cadenas, gases pimienta y lacrimógenos, granadas sónicas, tanques lanza-agua y otros vehículos, lanzaron un asalto contra los civiles desarmados residentes en el campo de Ashraf, disparando indiscriminadamente sobre personas protegidas por el IV Convenio de Ginebra, muriendo once personas y deteniéndose a otras treinta y seis.

c) El Juzgado Central de Instrucción núm. 4 de la Audiencia Nacional dictó Auto de fecha 2 de septiembre de 2014 acordando la incoación de procedimiento sumario con base en la naturaleza y penalidad de las infracciones denunciadas. Razonaba que las personas protegidas residentes en el campo de Ashraf se encontraban bajo el amparo del IV Convenio de Ginebra; que frente a ellas se habrían podido cometer algunas de las infracciones graves tipificadas en dicho Convenio, y que la reforma operada en la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) por la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, no afectaba a la competencia de la jurisdicción española para el conocimiento de los hechos objeto de la causa.

Subrayaba, no obstante, que el artículo 23.5 b) LOPJ dispone que los delitos a los que se refiere el apartado 4 de ese precepto (jurisdicción universal) no serán en principio perseguibles en España cuando se haya iniciado un procedimiento para su investigación y enjuiciamiento en el Estado del lugar en que se hubieran cometido los hechos; que esa norma, sin embargo, no es de aplicación cuando el Estado que ejerza su jurisdicción no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o no pueda realmente hacerlo y así se valore por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, y que, en consecuencia, lo procedente era elevar a dicha Sala del alto tribunal la exposición motivada que la Ley prescribe para que ese órgano judicial competente pudiera pronunciarse sobre el particular. Por lo demás, rechazaba la petición del Ministerio Fiscal en orden a la inmediata elevación del procedimiento a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, al no estar aún concluso el sumario y existir diligencias por practicar, como la referida a la elevación a la Sala Segunda del Tribunal Supremo de la exposición motivada antes mencionada, que prescribe el artículo 23.5 LOPJ.

Con esas bases acordaba la incoación del sumario y la elevación de exposición razonada a la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de conformidad con el artículo 23.5 LOPJ, a fin de que valorase si en Irak existe o ha existido una investigación efectiva sobre los hechos objeto de la causa.

d) El Ministerio Fiscal impugnó la citada resolución considerando que, frente a lo acordado, procedía decretar la conclusión del sumario y su elevación a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional para que resolviera lo que procediese sobre el trámite previsto en la disposición transitoria única de la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, según la cual las causas que en el momento de su entrada en vigor se encuentren en tramitación por los delitos a los que se hace referencia en la misma quedarán sobreseídas hasta que no se acredite el cumplimiento de los requisitos en ella previstos.

Por auto de 15 de junio de 2015 del Juzgado Central de Instrucción núm. 4, se estimó el recurso de reforma y se dejó sin efecto el auto de 2 de septiembre de 2014, también en lo

correspondiente al artículo 23.5 LOPJ. En la resolución estimatoria de la reforma se reproducía parcialmente la Sentencia de 6 de mayo de 2015 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, sosteniendo en esta la necesidad del cambio de criterio, entre otras razones porque ese pronunciamiento dispuso que «el apartado p) del artículo 23.4 de la LOPJ, no es aplicable a los supuestos que ya aparecen específicamente regulados en los apartados anteriores del precepto y concretamente a los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado» o que «el apartado p) del artículo 23.4 de la LOPJ, no es aplicable a las infracciones graves de la Convención de Ginebra, cualquiera que sea su denominación como crímenes de guerra, delitos contra las personas protegidas en caso de conflicto armado o delitos de Derecho internacional humanitario». Solo es aplicable, decía el alto tribunal, «el apartado a)».

En razón de ello, concluía el Juzgado Central de Instrucción, procedía estimar el recurso toda vez que el reconocimiento de la jurisdicción española en el auto de 2 de septiembre de 2014 tuvo su fundamento en la aplicación del apartado p) del artículo 23.4 LOPJ, no en el a), y, atendiendo a este, resultaba que los responsables de los hechos no se encontraban en ninguna de las situaciones que dicho apartado a) comprende (genocidio, lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, siempre que el procedimiento se dirija contra un español o contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España, o contra un extranjero que se encontrara en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas).

Bajo esas circunstancias, el auto acordó la conclusión del sumario y su elevación a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional a fin de que dispusiera lo procedente con base en lo prescrito en la disposición transitoria única de la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, dejando sin efecto el auto de 2 de septiembre de 2014.

e) Los recurrentes en amparo impugnaron en apelación el auto de 15 de junio de 2015. Estimaban que era contrario a los artículos 24 y 25 CE y solicitaban en el suplico la reapertura de las actuaciones en los términos que dispone el artículo 146 del IV Convenio de Ginebra, dando traslado del recurso a las partes y emplazándolas ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

La Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional desestimó el recurso de apelación en auto de 1 de diciembre de 2015. Razona que la pretensión de la parte es prematura porque lo acordado por el Juzgado «es exclusivamente la conclusión del sumario» y porque «lo adecuado es que la resolución del juzgado cobre firmeza a efectos de que por el tribunal competente se adopte la correspondiente resolución sobre la procedencia o no del sobreseimiento y que en ese específico trámite [sea] cuando la parte haga valer sus razones en contra del sobreseimiento, que no es algo sobre lo que, lógicamente, al no ser objeto de pronunciamiento en este momento, pueda entrar este tribunal en este momento y trámite procesal que ahora se ventila».

f) Por escrito registrado en la Audiencia Nacional el día 12 de febrero de 2016, el Ministerio Fiscal instó el sobreseimiento contemplado en la disposición transitoria única de la Ley Orgánica 1/2014, por falta de jurisdicción de los tribunales españoles para la investigación y enjuiciamiento de la causa.

Los recurrentes en amparo, por escrito registrado el día 2 de marzo de 2016, manifestaron en cambio su rechazo a lo acordado por el auto de 15 de junio de 2015, invocando nuevamente los artículos 24 y 25 CE. Señalaban en esencia, en oposición a dicha resolución y como justificación de la lesión de los derechos fundamentales a los que aludían: (i) que la Sentencia de 6 de mayo de 2015 del Tribunal Supremo en la que se apoya el auto de 15 de junio de 2015 no interpreta correctamente el IV Convenio de Ginebra ni la doctrina constitucional sobre los tratados internacionales ratificados por España, razonando extensamente en diversos momentos de su escrito contra lo declarado en aquel pronunciamiento del alto Tribunal y (ii) que la jurisdicción de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional es universal y obligatoria, imperativa en la causa de referencia a la vista de lo dispuesto en aquel IV Convenio de Ginebra, señaladamente en sus artículos 146 y 147.

g) El mencionado auto de 15 de junio de 2015 del Juzgado Central de Instrucción núm. 4 y su decisión de conclusión del sumario núm. 5-2014 fueron confirmados por la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, por auto de 7 de abril de 2016, que acuerda el sobreseimiento y señala en su fundamentación jurídica lo siguiente:

«Primero.

Procede la confirmación del auto de conclusión dictado en 15 de junio de 2015 al no ser de momento necesario practicar diligencias en cumplimiento de la disposición transitoria única de la Ley Orgánica 1/2014 que dio nueva redacción al artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que estableció ampliaciones del principio de justicia universal pero al tiempo estableció condiciones de perseguibilidad para materializar la competencia de la Audiencia Nacional por hechos delictivos acontecidos en el extranjero cometidos por extranjeros.

Segundo.

En el supuesto debe producirse el sobreseimiento del procedimiento que informa el artículo 23.4 a) de la LOPJ puesto que los encartados son extranjeros sin residencia en España y no se encuentran en territorio español a expensas de un procedimiento de extradición, terminado sin entrega por estos ilícitos en su redacción introducida por Ley Orgánica 1/2014, para mantener la competencia activa de la jurisdicción Española, por los delitos mencionados.

Lo anterior es consecuencia de la aplicación de la disposición transitoria única de la Ley: "Las causas que en el momento de la entrada en vigor de esta Ley se encuentren en tramitación por los delitos a los que se hace referencia en la misma quedarán sobreseídas hasta que no se acredite el cumplimiento de los requisitos establecidos en ella".

Así, se ha conducido la Sala de lo Penal, en Pleno, al dictar el auto de 15 de diciembre de 2014 en el expediente gubernativo 10-14 en relación al sumario 56-09 del Juzgado Central de Instrucción núm. 2 concerniente a los crímenes de ciudadanos españoles cuando estaban reclusos en campos de concentración en Europa.

De igual modo se condujo este tribunal en el sumario 3-08 del Juzgado Central de Instrucción núm. 4 que fue objeto del rollo de esta sección 2-08 en auto de 25 de enero de 2015, confirmado esencialmente en trámite de casación, salvo el particular de revocar el pronunciamiento que calificaba el sobreseimiento como definitivo, dispensando esta calificación y aplicando sin otras denominaciones la disposición transitoria única, ya mencionada.

Tercero.

No asiste razón a la parte querellante interesando la aplicación del apartado 4 p) del artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sobre la base de que España tendrá jurisdicción por cualquier delito que, según los tratados internacionales deba ser perseguido en España, y, en consecuencia, sean directamente aplicables los artículos 146 y 147 del IV Convenio de Ginebra, para ventilar los crímenes de guerra denunciados, en atención a la especialidad del apartado a) del mismo precepto que contempla determinadas previsiones ya apuntadas supra, lo que ha sido apostillado por el Tribunal Supremo en Sentencia núm. 551/2015.

A mayor abundamiento, países del entorno también sujetan el inicio de la instrucción de crímenes internacionales a determinadas exigencias, así es ver en el informe del Secretario General de las Naciones Unidas de 20 de junio de 2011 (referencia A/66/93) sobre alcance y aplicación del principio de jurisdicción universal, contando con la presencia del presunto autor en el territorio, adjuntado como anexo al escrito de oposición, sin que se haya producido una denuncia contra dichos países.»

Por esa razón la Sala acuerda confirmar el auto de conclusión del sumario y, junto a ello, dispone el sobreseimiento en aplicación de lo previsto en la disposición transitoria única de la Ley Orgánica 1/2014, de 13 marzo, que estableció una nueva regulación del principio de justicia universal, toda vez que no se cumplirían en el procedimiento los presupuestos que establece el nuevo artículo 23.4 LOPJ para la atribución de jurisdicción a los tribunales españoles, alzando asimismo las órdenes de detención que pudieran estar en vigor.

En la instrucción de recursos indicaba que cabía el de casación a tenor de lo dispuesto en el artículo 848 de la Ley de enjuiciamiento criminal; recurso que los demandantes en amparo no interpusieron.

3. Los recurrentes formulan diversos motivos en su demanda de amparo, a saber: (i) que las disposiciones introducidas en la Ley Orgánica 1/2014 y en la subsiguiente versión del artículo 23.4 a) LOPJ vulneran los artículos 24.1 y 14 CE, sustentándolo en un auto del Tribunal Supremo, de 18 de abril de 2016, y añadiendo la existencia de un recurso de inconstitucionalidad –ya resuelto en las fechas actuales– contra la Ley Orgánica 1/2014; (ii) que el auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 7 de abril de 2016, incurre en una omisión total de motivación (art. 24.1 CE) frente a las invocadas vulneraciones de derechos fundamentales cometidas por el auto previo, el del Juzgado Central de Instrucción núm. 4, de 15 de junio de 2015, y, subsidiariamente, (iii) que se ha producido una interpretación y aplicación arbitraria, irrazonable e infundada, errónea de la Ley Orgánica 1/2014 en relación con los artículos 146 y 147 del IV Convenio de Ginebra, determinante de la decisión acordada de sobreseer provisionalmente y archivar el procedimiento, vulnerando por ello el derecho del artículo 24.1 CE.

Sintetizando la esencia de sus argumentaciones, aduce la demanda de amparo en la sucesión de los motivos del recurso que la regulación de referencia incurre en inconstitucionalidad; que se ha omitido por el auto de 7 de abril de 2016 cualquier consideración a las precisas y detalladas vulneraciones de derechos fundamentales invocadas; que en la causa de la que trae fuente este recurso la jurisdicción universal era obligatoria por mandato explícito del IV Convenio de Ginebra (arts. 146 y 147); que, por consiguiente, la jurisdicción universal absoluta que confiere el artículo 146 del Convenio para perseguir los delitos incriminados en su artículo 147 está hoy plenamente vigente en España; que ni la disposición transitoria única de la Ley Orgánica 1/2014, ni la letra a) del artículo 23.4 LOPJ son de aplicación a los delitos que comprenden los artículos 146 y 147 del IV Convenio de Ginebra, resultando por tanto que la respuesta judicial recibida es arbitraria, irrazonable, manifiestamente infundada y errónea en la interpretación y aplicación, en las circunstancias del presente caso, de la Ley Orgánica 1/2014; que de la regulación reseñada se desprende que en esa tipología de casos procede buscar a las personas acusadas a fin de hacerlas comparecer ante los tribunales o, en su caso, entregarlas para enjuiciamiento a otra parte contratante interesada en el proceso; y que, finalmente, de conformidad con los artículos 9.3, 53.1, 10.2, 24 y 96.1 CE, la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2014 no deroga, ni deja sin efecto útil ni contradice la aplicación efectiva por la jurisdicción española de las obligaciones que España ha contraído al ratificar sin reserva alguna los artículos 146 y 147 del IV Convenio de Ginebra.

4. Por providencia de la Sección Cuarta de este Tribunal, de 19 de diciembre de 2016, se acordó admitir a trámite el recurso «apreciando que concurre en el mismo una especial trascendencia constitucional (art. 50.1 LOTC) como consecuencia de que la posible vulneración del derecho fundamental que se denuncia pudiera provenir de la ley o de otra disposición de carácter general [STC 155/2009, FJ 2 c)]». En consecuencia, se dispuso que se dirigiera atenta comunicación a la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional «a fin de que, en plazo que no exceda de diez días, remita certificación o fotocopia adwerada de las actuaciones correspondientes al recurso de sala 7-14, sumario 5-14 del Juzgado Central de Instrucción núm. 4», debiendo

previamente emplazarse, para que en el plazo de diez días pudieran comparecer si lo desearan en el recurso de amparo, a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, excepto a la parte recurrente.

5. Abierto el plazo de alegaciones por diligencia de ordenación de 9 de febrero de 2017 de la secretaría de justicia de la Sala Segunda de este Tribunal, en fecha 9 de marzo de 2017 fueron registradas las de los demandantes en amparo, ratificándose éstos en su integridad en lo argumentado en la demanda.

6. En fecha 24 de marzo de 2017, tuvieron entrada en este Tribunal las alegaciones del Ministerio Fiscal, interesando la inadmisión de la demanda de amparo o, en su defecto, la desestimación íntegra del recurso.

Con carácter previo al examen de la cuestión de fondo suscitada, el Ministerio Fiscal pone de relieve que el recurso puede estar incurso en la causa de inadmisión del artículo 50.1 a) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), al haberse incurrido en el defecto procesal de no agotar los medios de impugnación legalmente previstos que exige el artículo 44.1 a) de dicha Ley Orgánica. Subraya en ese orden de cosas: (i) que el auto que cerró el proceso instruyó a los recurrentes de la posibilidad de interponer recurso de casación, recurso que era procedente porque el Tribunal Supremo, a partir de la STS 327/2003, de 25 febrero, ha venido admitiéndolo contra las resoluciones judiciales que acuerdan el archivo de actuaciones por falta de jurisdicción de los tribunales españoles; (ii) que los recurrentes tampoco interpusieron un incidente de nulidad de actuaciones del artículo 241 LOPJ contra el auto de 7 de abril de 2016, que es el que acuerda el sobreseimiento del sumario –no el auto previo del Juzgado Central de Instrucción núm. 4– en aplicación de lo dispuesto en la disposición transitoria única de la Ley Orgánica 1/2014, y del que por lo tanto resultaría la pretendida lesión del derecho fundamental que se invoca.

Subsidiariamente, y en el análisis de la cuestión sustantiva, descarta la Fiscal que puedan apreciarse las vulneraciones denunciadas. Así lo sostiene: (i) porque resulta contradictorio sostener que la lesión del derecho fundamental trae causa de la inconstitucionalidad de las disposiciones legales que han sido aplicadas por la resolución judicial impugnada [art. 23.4 a) LOPJ y disposición transitoria única de la Ley Orgánica 1/2014] y defender, al mismo tiempo, que estas disposiciones legales admitían una interpretación conforme a la Constitución, no realizada por los órganos judiciales; (ii) porque la existencia de un recurso de inconstitucionalidad en curso en la fecha de presentación de la demanda, interpuesto por el Grupo Parlamentario Socialista, no puede ser fundamento para apreciar en el marco de un recurso de amparo constitucional la lesión del derecho fundamental invocado, que ha de estar referida necesariamente al objeto del proceso del que trae causa y limitada a las disposiciones aplicadas en el mismo; (iii) porque los demandantes no han desarrollado ningún argumento sobre la inconstitucionalidad de las disposiciones concretas de la Ley Orgánica 1/2014 aplicadas por la resolución judicial que acordó el sobreseimiento del sumario 5-2014, limitándose a indicar que estas vulneran los artículos 24.1 y 14 CE; (iv) porque no tiene viabilidad el fundamento que se busca en un auto del Tribunal Supremo, de fecha 18 de abril de 2016, como justificación de la inconstitucionalidad de las disposiciones de la Ley Orgánica 1/2014, dado que en aquél se acordó dejar sin efecto un auto de la Sala Penal de la Audiencia Nacional por razones singulares aquí no concurrentes; (v) porque el auto de 7 de abril de 2016, en contra de lo manifestado por los recurrentes en amparo, sí dio respuesta al núcleo de las alegaciones efectuadas por los querellantes (fundamentos de derecho 1 a 3); (vi) porque tampoco puede imputársele irrazonabilidad, arbitrariedad o error a dicho auto de cierre del proceso, ni considerarlo contrario al principio *pro actione* que integra la vertiente del artículo 24.1 CE relativa al acceso a la jurisdicción, habida cuenta que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 23.4 a) LOPJ en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2014, la Audiencia Nacional estimó motivadamente que carecía de jurisdicción para continuar conociendo de los delitos que eran objeto del sumario 5-2014 (porque los responsables de estos delitos no son españoles sino súbditos iraquíes y los

mismos no se encontraban en territorio español) y (vii) porque la tesis de los recurrentes constituye, únicamente, una distinta interpretación del principio de justicia universal en el Derecho de los tratados y en su regulación en el ordenamiento español vigente, resultando que el IV Convenio de Ginebra no impide a los Estados parte, pero tampoco les impone, un modelo de justicia universal que abarque las investigaciones de personas que no se encuentren en el territorio de los Estados, no siendo asumible por ello, vista la regulación legal, que los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado que recoge el artículo 23.4 a) LOPJ (que se corresponden con los que el Código penal tipifica en el capítulo III del título XXIV; en particular, artículo 608.3) no se refieran a las infracciones graves del artículo 147 del IV Convenio de Ginebra y deban entenderse comprendidas en el apartado p) de ese precepto, que actúa como cláusula de cierre para los supuestos no comprendidos en la exhaustiva relación de delitos que realiza el artículo 23.4.

7. Por providencia de 7 de febrero de 2019 se señaló para la deliberación y votación de la presente Sentencia el día 11 del mismo mes y año.

## II. Fundamentos jurídicos

1. Se impugna en el presente recurso de amparo el auto de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 7 de abril de 2016, dictado en el procedimiento ordinario rollo de Sala núm. 7-2014, que confirma el auto de 15 de junio de 2015 del Juzgado Central de Instrucción núm. 4 de conclusión del sumario núm. 5-2014 y acuerda el sobreseimiento del procedimiento, por falta de jurisdicción de los tribunales españoles.

Los recurrentes estiman que las resoluciones impugnadas vulneran su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su dimensión del derecho de acceso al proceso, y el principio de igualdad del artículo 14 CE, al haber acordado el sobreseimiento del procedimiento por aplicación de la disposición transitoria única de la Ley Orgánica 1/2014 de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal, aplicando normas inconstitucionales que restringen ilegítimamente la operatividad de la jurisdicción universal en contradicción con lo exigido en el Derecho internacional convencional y consuetudinario, sin una respuesta fundada en Derecho frente a lo alegado por los demandantes de amparo en el proceso, e incurriendo, subsidiariamente, en irrazonabilidad, arbitrariedad y error en la interpretación de las normas de jurisdicción de los tribunales españoles.

El Ministerio Fiscal interesa, por su parte, la inadmisión del recurso de amparo, por falta de agotamiento de la vía judicial [art. 50.1 a) en relación con el artículo 44.1 a) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC)] o, en su defecto, la desestimación del mismo, con base en las razones recogidas detalladamente en los antecedentes de esta resolución.

Conviene destacar que los nuevos criterios de aplicación de la jurisdicción universal, establecidos por la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, han sido enjuiciados recientemente por la STC 140/2018, de 20 de diciembre.

2. Del relato fáctico, los contenidos de las resoluciones judiciales y las pretensiones deducidas en amparo, expuestos en los antecedentes de este pronunciamiento, se deduce: (i) que fue el auto de 7 de abril de 2016, dictado por la Sección Tercera de la Sala Penal de la Audiencia Nacional, el que acordó el sobreseimiento y archivo del sumario 5-2014, en aplicación de la disposición transitoria única de la Ley Orgánica 1/2014, al no darse a su criterio los requisitos que establece el nuevo artículo 23.4 a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) para la atribución de la jurisdicción universal; (ii) que el auto previo dictado por el Juzgado Central de Instrucción núm. 4, de 15 de junio de 2015, se limitó a disponer la conclusión del sumario y su elevación a la Sala Penal de la Audiencia Nacional para que se pronunciase, de

conformidad con lo previsto en la disposición transitoria única mencionada, sobre un eventual sobreseimiento del procedimiento, como acordaría finalmente aquel auto de 7 de abril de 2016; (iii) que aunque en el recurso de amparo se impugnen formalmente ambas resoluciones, la lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en la vertiente de acceso a la jurisdicción (art. 24.1 CE), que constituye el núcleo de la cuestión suscitada en este proceso constitucional, solo puede entenderse dirigida contra el primero de ellos, pues, como se ha dicho y con buen criterio sostiene el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones, solo y únicamente el auto de 7 de abril de 2016 representa la resolución judicial que dispuso el sobreseimiento en aplicación de lo prevenido por la disposición transitoria única de la Ley Orgánica 1/2014, circunstancia que determinó la no asunción de la jurisdicción que se discute en la demanda; (iv) que lo anterior se advierte asimismo en la argumentación del recurso, ya que el primer motivo de la demanda se dirige contra la Ley Orgánica 1/2014 aplicada, por inconstitucionalidad, mientras que los motivos que específicamente impugnan lo declarado judicialmente, de su lado, más allá de las resoluciones que formalmente se citan, se oponen siempre a los razonamientos que desembocaron en la aplicación de la disposición transitoria única con el resultado del sobreseimiento descrito, cosa que concierne, como se ha dicho, al auto de 7 de abril de 2016, ya que fue este y no el auto previo del Juzgado Central de Instrucción el que acordó el sobreseimiento del procedimiento entendiendo aplicable el artículo 23.4 a) LOPJ y no lo dispuesto en la letra p) del mismo precepto y (v) que los recurrentes no utilizaron ni el cauce casacional sobre el que instruía la resolución judicial impugnada en amparo [con alusión al artículo 848 de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECrim)] ni tampoco el remedio procesal del artículo 241 LOPJ, ya que tampoco instaron contra el auto de 7 de abril de 2016 un incidente de nulidad de actuaciones para oponerse al sobreseimiento acordado por aplicación de la disposición transitoria única de la Ley Orgánica 1/2014.

Bajo estas circunstancias, en efecto, el Ministerio Fiscal aduce el óbice procesal de la falta de agotamiento de la vía judicial [art. 44.1 a) en relación con el artículo 50.1 a) LOTC], por no haberse interpuesto el recurso de casación conforme a lo instruido en el pie de recursos de la resolución impugnada, y, o en su defecto, por la no articulación de un incidente de nulidad de actuaciones del artículo 241 LOPJ.

A su parecer, el Tribunal Supremo, a partir de la STS 327/2003, de 25 febrero, ha venido admitiendo la existencia de ese recurso de casación contra las resoluciones judiciales que acuerdan el archivo de actuaciones por falta de jurisdicción de los tribunales españoles, ya que, en el fundamento jurídico 1 de esa Sentencia de referencia, en un caso en el que la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, al no cumplirse los requisitos que entendió exigibles, negó la jurisdicción de los tribunales españoles sobre hechos sucedidos en Guatemala (calificados por los denunciantes como constitutivos de delitos de genocidio, terrorismo y torturas), dispuso que «la excepcionalidad y especial importancia de la cuestión en cuanto que afecta a la extensión espacial de la jurisdicción de los Tribunales del Estado español harían razonable que la decisión final correspondiera al Tribunal Supremo, como órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales». Circunstancia esta en la que basa la necesidad de formalización de la casación que los recurrentes omitieron.

Por otra parte, añade después, los demandantes de amparo tampoco interpusieron un incidente de nulidad de actuaciones (art. 241 LOPJ) contra el auto de 7 de abril de 2016, del que resulta la pretendida lesión del derecho fundamental que se invoca en el recurso. No sería por ello aceptable, concluye en sus alegaciones, la justificación ofrecida en su demanda para fundamentar que no procedía interponer recurso de casación, ni entender en todo caso agotada la vía judicial, dado que, o bien por la falta del recurso de casación o bien por la no interposición del incidente de nulidad de actuaciones del artículo 241 LOPJ, concurriría el óbice procesal al que alude en su escrito.

Los recurrentes en amparo discrepan de la tesis del Ministerio Fiscal en cuanto a la procedencia del recurso de casación. Razonan que no debían seguir ese cauce impugnatorio ya que, según doctrina del Tribunal Supremo, solo son recurribles en casación los autos de sobreseimiento libre, resultando en cambio que el sobreseimiento de la disposición transitoria única de la Ley Orgánica 1/2014 no tiene esa naturaleza, sino, antes bien, efectos similares al sobreseimiento provisional (SSTS de la Sala de lo Penal núm. 2046/2015, de 6 de mayo, y 551/2015, de 24 septiembre, según se cita), de suerte que constituye éste una modalidad especial de sobreseimiento que no tiene que corresponderse necesariamente con los requisitos prevenidos en la Ley de enjuiciamiento criminal para las modalidades de sobreseimiento en ella establecidas. En definitiva, no teniendo el sobreseimiento acordado por el auto de la Audiencia Nacional de 7 de abril de 2016 carácter de libre, no resultaba recurrible en casación dicha resolución. Así se desprendería asimismo —aducen— de pronunciamientos del alto Tribunal en procesos seguidos en materia de jurisdicción universal, resaltando señaladamente el ATS de 18 de abril de 2016, caso *Mauthausen*, que confirmaría en fechas también posteriores a la Ley Orgánica 1/2014 el criterio establecido en las Sentencias citadas en este mismo párrafo, núms. 2046/2015 y 551/2015, o incluso otros anteriores a la reforma operada por esa Ley Orgánica, como el ATS de 31 de noviembre de 2012 que también cita la demanda de amparo.

Sobre esas bases concluyen que, conforme a la doctrina del Tribunal Supremo, frente al auto de 7 de abril de 2016 de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional «no cabe recurso ordinario ni extraordinario ante la jurisdicción ordinaria». Nada dicen, de su lado, sobre el incidente de nulidad de actuaciones del artículo 241 LOPJ.

3. Sentado lo anterior, en el examen de la objeción de procedibilidad formulada por el Ministerio Fiscal hemos de fijar la premisa de que la decisión acerca de la calificación de la naturaleza del sobreseimiento adoptado en un caso concreto no trasciende del ámbito propio de la interpretación de la legalidad ordinaria, por lo que no es algo que a este Tribunal le competa ponderar desde la posición externa que ocupa.

Esta afirmación viene refrendada por la doctrina enunciada en la STC 72/2006, de 13 de marzo, FJ 2, en los siguientes términos: «debe destacarse que este Tribunal ha reiterado que son cuestiones de legalidad ordinaria que, conforme a lo establecido en el artículo 117.3 CE, corresponde exclusivamente a los juzgados y tribunales y, por tanto, sobre las que este Tribunal no pueda intervenir salvo que la interpretación o aplicación de la norma que se adopte sea arbitraria, irrazonable o manifiestamente infundada o bien producto de un error patente, tanto la verificación de la concurrencia de los requisitos materiales y procesales exigidos para la obtención de un pronunciamiento en vía judicial, entre los que cabe incluir las cuestiones referidas a la legitimación y la correcta conformación de la relación jurídico-procesal (por todas, STC 164/2002, de 17 de septiembre, FJ 3), como las decisiones sobre si ha de dictarse o no un auto de sobreseimiento y, si así fuera, con base en qué supuesto de los previstos en la ley (por todas, STC 63/2002, de 11 de marzo, FJ 3)». En el mismo sentido, el ATC 298/2014, FJ 4, de 15 de diciembre, señaló que «no corresponde a este Tribunal fijar, en términos generales, el contorno de una y otra modalidad de sobreseimiento ni tampoco decidir, en el presente caso, cuál de las dos opciones resulta ser más plausible».

A salvo de lo anterior, desde el prisma del requisito de procedibilidad sobre el agotamiento de la vía judicial [art. 44.1 a) en relación con el artículo 50.1 a) LOTC] bastará constatar, como se motivará seguidamente, que la regulación legal sobre la posibilidad de recurrir en casación en esta tipología de supuestos no es inequívoca, por lo que era factible que los recurrentes entendieran la norma y sus posibilidades impugnatorias como lo hicieron, no interponiendo el recurso de casación para evitar que el posterior recurso de amparo pudiera devenir extemporáneo, más aún a la vista de lo declarado por el Tribunal Supremo en las Sentencias que citan en su demanda. Dicho en otras palabras, a tenor de la regulación legal y la doctrina jurisprudencial existentes no podía imponérseles la carga de superar complejos problemas de interpretación alterando

las evidencias doctrinales y normativas, pese a la instrucción de recursos realizada en el auto que aquí se impugna, pues, como hemos dicho, la diligencia procesal que debe tener quien acude ante los órganos judiciales en defensa de sus derechos no debe llegar al extremo de exigirle *a priori* la interposición de recursos de dudosa viabilidad (por todas, STC 214/2002, de 11 de noviembre, FJ 4).

En efecto, aunque el auto impugnado efectuase una instrucción de recursos sobre la viabilidad del de casación al amparo del artículo 848 LECrim, tal indicación podía entenderse errónea por la modalidad de sobreseimiento aplicada al caso (la especialmente prevista en la disposición transitoria única de la Ley Orgánica 1/2014) y la interpretación que de ella ha hecho el propio Tribunal Supremo en las Sentencias citadas por los demandantes de amparo, anteriormente mencionadas. Pronunciamientos que bien pudieron llevarles a deducir que el sobreseimiento acordado no era libre –que es lo que reclama el artículo 848 LECrim para que un auto definitivo pueda acceder a la casación–, sino una modalidad diferente que deja abierta la posibilidad de reabrir el procedimiento en caso de concurrencia futura de los nuevos requisitos y condiciones implantados en la última reforma del artículo 23.4 LOPJ para afirmar la competencia extraterritorial de los tribunales españoles.

Así por ejemplo, en ese sentido, la STS 296/2015, de 6 de mayo, señala que el sobreseimiento prevenido en la disposición transitoria única de la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, constituye una modalidad especial de sobreseimiento que no tiene que corresponderse necesariamente con los requisitos prevenidos en la Ley de enjuiciamiento criminal para las modalidades de sobreseimiento establecidas en ella. No en vano el Pleno de este Tribunal, en la STC 140/2018, de 20 de diciembre, FJ 9, afirma que «la disposición transitoria, al margen de identificarse como una regla de derecho transitorio de los procedimientos en curso, introduce una nueva delimitación del ámbito objetivo de la jurisdicción penal. A partir de este dato, la norma impugnada produce unos efectos similares a los del sobreseimiento provisional. Y ello en atención a que, una vez archivado el procedimiento, en el supuesto de que con posterioridad se constatare que en el mismo concurren los requisitos determinantes de la activación de la jurisdicción española en el delito en curso de enjuiciamiento, habría de suspenderse el sobreseimiento y reiniciarse el procedimiento. Tal sucedería, por ilustrar la idea con un sencillo ejemplo, de encontrarse el o los acusados en territorio español».

Esa tesis jurisprudencial, recogida como se ve en nuestro propio pronunciamiento sobre la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la jurisdicción universal, no podría decaer –a los efectos del agotamiento de la vía judicial previa que reclama el artículo 44.1 a) LOTC– por lo establecido en la STS 327/2003, de 25 de febrero, que cita el fiscal en oposición a la tesis de los demandantes de amparo. En primer lugar porque ésta no se refería a la disposición transitoria única de la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, como su propia fecha confiesa, y en segundo término porque enjuiciaba un supuesto diverso al ahora analizado. Se partía, en efecto, de que la resolución allí recurrida en casación, no constituía un auto de sobreseimiento, ni libre ni provisional, sino que tenía por objeto una cuestión planteada al amparo del artículo 9.6 LOPJ, precepto que, luego de afirmar el carácter improrrogable de la jurisdicción, ordena a los órganos judiciales el examen de oficio de la falta de jurisdicción, resolviendo sobre la misma con audiencia previa del Ministerio Fiscal y de las partes. Era en ese marco de referencia, cuando menos significativamente diferenciado del que ahora nos ocupa sobre el sobreseimiento fundado en la disposición transitoria única de la Ley Orgánica 1/2014, en el que se declaró lo que invoca el Ministerio Fiscal; en concreto: que visto que ni la Ley Orgánica del Poder Judicial ni la Ley de Enjuiciamiento Criminal «establecen específicamente los recursos que caben contra la decisión adoptada en el ámbito del artículo 9.6 de la primera, ni concretamente si cabe recurso de casación» y atendiendo a «la excepcionalidad y especial importancia de la cuestión en cuanto que afecta a la extensión espacial de la jurisdicción de los Tribunales del Estado español» sería «razonable que la decisión final correspondiera al Tribunal Supremo, como órgano

jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales (art. 123.1 de la Constitución)».

Por tanto, no puede deducirse de la sentencia invocada por el fiscal una doctrina que determinase inequívocamente, a tenor de la regulación legal del artículo 848 LECrim sobre los autos susceptibles de recurso, de la doctrina de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo e incluso de este mismo Tribunal sobre la naturaleza del sobreseimiento de la disposición transitoria única de la Ley Orgánica 1/2014, que los recurrentes tuvieran que interponer el recurso de casación contra el auto de 7 de abril de 2016 de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, arriesgándose a preparar un recurso de muy discutible procedencia.

Conviene recordar, de cualquier modo, que es doctrina de este Tribunal que «la instrucción sobre recursos no forma parte del *decisum* de la resolución, ni está dotada, por ello, de la fuerza propia de este». Antes bien, constituye «una simple información al interesado, el cual no está obligado a seguirla si la considera errónea» (por todas, STC 63/2016, de 11 de abril, FJ 3), siendo entonces imputables al recurrente en amparo únicamente las consecuencias que pudieran derivarse de la indebida falta de agotamiento de la vía judicial si resulta que se equivocó al estimar errónea la indicación judicial (STC 241/2006, de 20 de julio, FJ 3), lo que, como ha quedado razonado, no puede declararse en el presente caso.

4. Es doctrina reiterada y constante de este Tribunal la viabilidad del análisis de los requisitos para la admisión a trámite de la demanda de amparo en el momento de dictar Sentencia, sin que el carácter tasado de los pronunciamientos previstos en el artículo 53 LOTC se erijan en obstáculos que vedan, en tiempo distinto del previsto para la admisión, un pronunciamiento denegatorio por la falta de presupuestos procesales en la acción de amparo (ya desde la STC 14/1982, de 21 de abril, FJ 1).

El recurso, con ese soporte, deberá ser inadmitido, si bien en atención a la otra objeción que apunta el Ministerio Fiscal en sus alegaciones: la falta de interposición de un incidente de nulidad de actuaciones del artículo 241 LOPJ.

Los recurrentes afirman que, conforme a la doctrina del Tribunal Supremo, frente al auto de 7 de abril de 2016 de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional «no cabe recurso ordinario ni extraordinario ante la jurisdicción ordinaria». Sin embargo, ya que por los solventes motivos que aducen sobre su improcedencia, antes examinados, decidieron no emplear el cauce de la casación que les fue ofrecido en la instrucción de recursos, les correspondía entonces seguir el curso impugnatorio del artículo 241 LOPJ, toda vez que el contenido del recurso de amparo contiene motivos contra el auto de 7 de abril de 2016 que no fueron planteados ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional tras su dictado, y que el incidente de nulidad de actuaciones era una vía apta para hacerlos valer en el proceso judicial.

Así ocurre, señaladamente y de manera principal, con el defecto de motivación (que parece más bien enunciar una queja por incongruencia de la resolución judicial –art. 24.1 CE–) contenido en el segundo motivo del recurso de amparo; un reproche que obviamente no podía aducirse antes del pronunciamiento judicial y que objeta que esa resolución que cerró el proceso omitiera «en términos absolutos cualquier consideración –ni siquiera sucinta o implícita– a las precisas y detalladas vulneraciones de derechos fundamentales invocadas», esto es, justamente las que definen y se materializan en el conjunto de los motivos que plasma la demanda de amparo. O sucede, asimismo, con la censura que ahora se nos traslada al calor de una pretendida inconstitucionalidad de las disposiciones de la Ley Orgánica 1/2014 y del artículo 23.4 LOPJ, por vulneración de los derechos fundamentales de tutela judicial efectiva e igualdad, respecto de la que podría haberse siquiera suscitado el debate a los efectos de una posible cuestión de inconstitucionalidad, cuando lo cierto es que en el proceso más que la inconstitucionalidad de la normativa de referencia se defendió una interpretación distinta a la que ahora se recoge en los escritos de la parte recurrente en este proceso constitucional.

Procede, en consecuencia, inadmitir el recurso de amparo.

## FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Inadmitir el recurso de amparo promovido por don Seyez Morteza Komarizadehasl y don Mohammad Reza Mohade.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a once de febrero de dos mil diecinueve.—Encarnación Roca Trías.—Fernando Valdés Dal-Ré.—Juan Antonio Xiol Ríos.—Pedro José González-Trevijano Sánchez.—Antonio Narváez Rodríguez.—Ricardo Enríquez Sancho.—Firmado y rubricado.