

Sección Segunda
Sala de lo Penal
Audiencia Nacional

Rollo de Sala: 387/2015

Órgano de Procedencia: Juzgado Central de Instrucción

Número 5 – Audiencia Nacional

Procedimiento de origen: DPA 197/2010-J

A LA SALA

D. JAVIER FERNÁNDEZ ESTRADA, Procurador 561 de los Tribunales y de **DOÑA LAURA ARAU CRUSELLAS, DON DAVID SEGARRA SOLER y DON MANUEL ESPINAR TAPIAL**, ante esta Sala comparezco y como mejor proceda en Derecho, **DIGO:**

Que al amparo de lo previsto en el artículo 44.1 de la L.O.T.C. y siguientes, por medio del presente escrito venimos a impugnar de nulidad el auto de esta Ilma. Sala de fecha 22.12.2015 y notificado en igual fecha, impugnación que sustentamos en base a las siguientes

ALEGACIONES

PRIMERA.- VULNERACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A UN PROCESO CON LAS DEBIDAS GARANTÍAS: SE HA

PRESCINDIDO ABSOLUTAMENTE DE LAS NORMAS DE PROCEDIMIENTO.

En primer lugar, antes de abordar las graves nulidades cometidas en relación al fondo de la cuestión, queremos denunciar en esta instancia que el incidente provocado por el Ministerio Fiscal mediante la presentación de un recurso de reforma (extemporáneo) o de un simple escrito fue **inadmitido mediante auto de fecha 17 de Noviembre de 2.015 porque contenía una pretensión de reformar o revocar un auto firme, al que en dos ocasiones, al menos, se había mostrado totalmente conforme y había defendido en su integridad.**

Bien pues contra el auto que dicta la “inadmisión de un escrito”, según la literalidad del auto de fecha 17 de Noviembre de 2.015, **NO EXISTE NINGÚN CAUCE LEGAL QUE PERMITA RECURSO CONTRA DICHO AUTO, MENOS TODAVÍA ESTÁ PREVISTO EL RECURSO DE APELACIÓN, PRESENTADO POR EL MINISTERIO FISCAL Y ESTIMADO POR ESTA SALA.**

Es decir, si bien es cierto que por providencia de fecha 15 de Diciembre de 2.015 el Juzgado Central de Instrucción nº 5 acordó tramitar el recurso de apelación contra el auto de inadmisión del recurso de reforma presentado por el Ministerio Fiscal, también lo es que no cabía recurso alguno hecho que esta Ilma. Sala ha omitido a la hora de resolver.

Esta tramitación se ha basado en un grave error de procedimiento que, además, de admitirse, crearía un errado precedente, dado que permitiría abrir la vía de la tangibilidad de las resoluciones firmes mediante la mera presentación de escritos solicitando la revocación de

las mismas, aunque esto se produjera una vez extinguidos los plazos legales para la presentación de los recursos establecidos por la ley.

Se nos dirá, de contrario, que nunca antes invocamos esta gravísima falta de nulidad, pero la verdad sea dicha, dado que nos vemos ante una Sala con tantísimos reflejos para enmendar de oficio los errores cometidos por las partes, qué más da un error más, sumado a los cometidos por el Ministerio Fiscal, pues esta Sala está, indudablemente, capacitadísima para observar de oficio las nulidades observadas en este procedimiento.

Lo decimos porque, si bien es cierto que el Fiscal, primero recurrió extemporáneamente en reforma y luego en apelación, esta Sala, muy avezada, se dio cuenta que lo que tenía que haber hecho era abrir un incidente de nulidad, **nulidad que, dicho sea de paso, ha sido apreciada de oficio (menos mal) por esta Ilustrísima Sala.** Y ello con independencia de que desde que se dictó el auto por el Juzgado Central de Instrucción nº 5, **EL MINISTERIO FISCAL NO APROVECHÓ LOS RECURSOS ESTABLECIDOS POR LA LEY PARA INVOCAR NULIDAD ALGUNA, SINO QUE, POR EL CONTRARIO, DEFENDIÓ ÍNTEGRAMENTE DICHO AUTO.**

Pero, dado que esta Sala ha apreciado, de esta peculiar forma la pretensión del Ministerio Fiscal, incluso anulando de oficio lo que no se solicitó (fue una resolución ésta que sobrepasó con creces el petitum), **esta parte solicita igual trato, que se acuerde de oficio la nulidad de todo lo actuado desde que el Juzgado Central de Instrucción dictara la providencia de fecha 15 de Diciembre de 2.015, en cuya virtud se dio trámite al recurso de apelación presentado por el Ministerio Fiscal.**

Para ello, transcribiremos, a modo de recordatorio, lo que esta misma Sala expresó en el auto cuya nulidad invocamos, en lo que aquí atañe, recogido en el Razonamiento Jurídico Primero:

“El anterior planteamiento nos evita entrar en el debate de si el Ministerio Fiscal ha formulado o dejado de formular un recurso contra la parte dispositiva del auto de 10 de Junio de 2.015 que ahora cuestiona, o qué remedio procesal ha utilizado para cuestionarla, pues donde ha de ponerse la atención es en que, habiendo observado la presencia de un vicio de procedimiento insubsanable, lo ha denunciado en el momento que ha considerado que debía hacerlo, y como esa denuncia no ha tenido el éxito que pretendía ante el Juzgado, al ser recurrida, llega por vez primera a este Tribunal, quien, en atención a lo dispuesto en el art. 240.2 LOPJ, podrá decretar, incluso, de oficio, la nulidad de lo allí acordado que, es lo que, en definitiva, viene a solicitar el Ministerio Fiscal”

Esta tan comprensiva y, todo hay que decirlo, tan garantista actitud de esta Sala para entender al Ministerio Fiscal, traducir lo que quiso hacer y decir (sin ni hacerlo ni decirlo), para, invocando, la LOPJ, decretar de oficio la nulidad del auto dictado por el Juzgado Central de Instrucción nº 5, **es lo mismo que pedimos para esta parte, pues cuando quisimos impugnar el recurso del Ministerio Fiscal, omitimos invocar la nulidad del procedimiento al tramitarse como apelación lo que nunca debió haberse admitido a trámite.**

Por tanto, el auto dictado por esta Sala, estimando en parte el recurso del Ministerio Fiscal sería nulo de pleno derecho así como todo lo

actuado desde el dictado de la providencia de fecha 15 de Diciembre de 2.015.

SEGUNDA.- VULNERACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA JUDICIAL POR FALTA DE MOTIVACIÓN: ERROR EN ARGUMENTO JURISPRUDENCIAL, LA STC 107/1992 NO ES APLICABLE AL CASO.

La Sala, pese a admitir que el auto de fecha 10 de Junio de 2.015, dictado por el Juzgado Central de Instrucción nº 5, es **una resolución firme, sin embargo, procede a modificarlo porque entiende que en fase de ejecución se admiten excepciones al principio de intangibilidad y porque hay una sentencia del Tribunal Constitucional, ÚNICA DE ESTE TENOR, dictada el 1 de Julio de 1.992 (23 años de antigüedad), que así lo permitiría, veremos que no es así.**

Esta extravagante argumentación no tiene ningún encaje en nuestro Ordenamiento Jurídico y es lo más parecido a crear Derecho que a aplicarlo conforme a nuestra Constitución, dicho siempre en estrictos términos de acusación.

A) Sobre la excepción al principio de intangibilidad en la fase de ejecución, habremos de corregir, pues, para empezar, la Sala parece confundir ***la ejecución o cumplimiento de una resolución judicial*** con ***la fase de ejecución de un procedimiento.***

Evidentemente, la STC 107/1992 de 1 de Julio **se refiere a la ejecución de una sentencia del orden social**; sin embargo, este supuesto no puede ser comparable con el asunto sobre el que versa nuestra pretensión, pues la

investigación frustrada sobre los delitos de lesa humanidad y de guerra presuntamente cometidos por los investigados del presente procedimiento **todavía no ingresó en la deseable fase de ejecución, si por ésta entendemos la fase en que la autoridad judicial ha de empeñarse, por mandato constitucional, en *ejecutar lo dispuesto en sentencia judicial firme* (art. 117.3 CE).**

Ahora bien, que Magistrados acostumbrados a *juzgar y ejecutar lo juzgado* confundan la fase de ejecución con la ejecución de una resolución judicial firme no es de recibo, lo que, de entrada, ya aproxima mucho al abandono del Derecho que padece la resolución impugnada de nulidad en el presente escrito, dicho siempre en estrictos términos de acusación.

No se ha dado en la historia de la jurisprudencia española constitucional ni una sola sentencia amparando la modificación de una resolución judicial firme por ningún otro órgano judicial. El hecho que denunciamos aquí es verdaderamente insólito, extravagante y contrario a Derecho, por cierto.

B) Excepcionalmente, en el orden social, civil o mercantil sí se ha dado lugar a la inejecutabilidad de una sentencia firme, en fase de ejecución, por aplicación del artículo 21.2 LOPJ, QUE VERSA SOBRE LA INMUNIDAD DE EJECUCIÓN SOBRE INEMBARGABILIDAD BIENES DE UN PAÍS EXTRANJERO, A FIN DE RESPETAR LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y LA SOBERANÍA DE LOS PAÍSES.

La STC 107/1992 de 1 de Julio resuelve una demanda de amparo en el ámbito social: la demandante española había sido despedida

improcedentemente por la Embajada de la República de Sudáfrica y durante la ejecución de la sentencia por la que se da la razón a aquélla, la juez decide embargar los bienes de dicha Embajada.

Sin embargo, el Estado ejecutado se opone a dicha ejecución esgrimiendo los tratados internacionales atinentes al caso y el artículo 21.2 LOPJ. El órgano superior decide dejar sin efecto la ejecución porque entiende que los bienes de un Estado extranjero son inembargables. Frente a esta resolución, la demandante presenta recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Efectivamente, sobre lo que se discute en dicha sentencia es sobre una previsión legal, la contenida en el artículo 21.2 LOPJ que autoriza directamente a los órganos judiciales a no ejecutar sobre bienes de un consulado o embajada o de otros, que perteneciendo al país correspondiente, se hallen en nuestro territorio. Todo ello, además, teniendo en cuenta los Tratados de Viena de 18 de Abril de 1.961 (relaciones diplomáticas) y de 24 de abril de 1.963 (relaciones consulares).

Sin embargo, pese a su previsión legal, ya en 1.992 nuestro Tribunal Constitucional establecía que esta excepción debía ser tratada con suma cautela, **A FIN DE NO VULNERAR EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, que es parte de lo vulnerado con la resolución que aquí se impugna de nulidad.**

De tal forma que, **precisamente, la sentencia citada por esta Sala en supuesto apoyo legal, NI SIQUIERA SUPONE UNA EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO DE INTANGIBILIDAD,** pues a fin de no frustrar los intereses de la demandante y su derecho a la tutela judicial efectiva, se accede a concederle el amparo parcialmente, **lo que significa que los**

bienes embargables de la Embajada de la República de Sudáfrica para hacer frente al pago de los salarios de tramitación pendientes, debían ser aquellos que tuvieran la calidad de “bienes de gestión” y no los “bienes de soberanía”.

Es decir, el TC ordenó que se siguiera con la ejecución de la sentencia, aunque el embargo de los bienes habría de dirigirse hacia unos bienes concretos (De gestión) y no hacia todos en general. Por cierto, es justamente lo que hizo el órgano a quo y que tanto la reprochan el Fiscal y esta Ilma. Sala, es decir actuó conforme a Derecho.

¿De verdad es lícito ampararse en esta sentencia para modificar una resolución firme? Creemos que no y no solo combatimos dicho razonamiento en esta impugnación sino que lo haremos, igualmente, en las sedes oportunas.

¿Qué tiene que ver esta sentencia con lo que aquí se nos trae? Lo ignoramos, pero pese a tener apariencia de argumentación, no se consigue tal propósito, toda vez que se torna ilógica, extravagante, arbitraria y sin relación alguna con ningún precepto normativo ni con lo aceptado y asumido por la jurisprudencia. **La STC 107/1992 NO ES APLICABLE AL CASO Y UNA SOMERA LECTURA DE LA MISMA NOS LLEVA A LA CONCLUSIÓN DE QUE SU PARECIDO CON EL PRESENTE CASO ES ILUSORIO Y, POR CIERTO, MUY IMAGINATIVO, PERO CARENTE DE SOLVENCIA ARGUMENTATIVA así como ajena a nuestro Derecho.**

La sentencia mencionada del Tribunal Constitucional no ampara, ni por asomo, lo resuelto aquí por la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional porque:

1º- No son equiparables: la STC 107/1992 se refiere al principio de inmunidad de la ejecución del artículo 21.2 LOPJ en fase de ejecución en el orden civil, mercantil y social, sobre la inembargabilidad de bienes soberanos de un país extranjero; el presente caso sobre los crímenes de lesa humanidad sobre la Flotilla Libertad versa sobre la resolución de sobreseimiento establecido en la disposición transitoria única de la LO 1/2014, que limita la jurisdicción universal, que no se halla aún en la fase de ejecución, sino en fase de instrucción.

2º- La STC 107/1992 desarrolla el contenido del artículo 21.2 LOPJ de forma restringida, por lo tanto, ni siquiera ampara una supuesta “tangibilidad” de la resolución firme de la instancia, pues estima el recurso de amparo de la demandante; en el presente caso, la Sala ha modificado una disposición de un auto firme, sin previsión legal ni jurisprudencial para ello.

3º- La inmunidad diplomática de bienes de un país extranjero, prevista en los Convenios de Viena de 18 de Abril de 1.961 y de 24 de Abril de 1.963 **NO AMPARAN NINGUNA EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO DE INTANGIBILIDAD DE LAS RESOLUCIONES FIRMES EN EL ÁMBITO PENAL, PUES ENTRARÍAN EN COLISIÓN CON OTROS CONVENIOS INTERNACIONALES DE EVIDENTE SUPREMACÍA QUE OBLIGAN A LOS PAÍSES MIEMBROS A PERSEGUIR LOS DELITOS CONTRA LOS DERECHOS HUMANOS (LESA HUMANIDAD Y CRÍMENES DE GUERRA) COMO EL**

CONVENIO INTERNACIONAL CONTRA LA TORTURA O LAS CONVENCIONES DE GINEBRA.

Tratar de equiparar un tema de inmunidad de ejecución de bienes con un asunto de jurisdicción universal contra los delitos contra la Humanidad y crímenes de guerra, los más graves y repugnantes contra el género humano, es vulnerar gravemente el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, pues es insólito que se procure la impunidad de los criminales querellados bajo el paraguas de una sentencia de hace 23 años sólo aplicable al orden social, civil o mercantil.

Debemos recordar que esta misma Sala comparte nuestro criterio, y el del Juez Instructor, de que estamos en presencia de seis presuntos criminales de guerra porque no modifica la parte sustantiva del auto firme en que se establece, indiciariamente, que Netanyahu y sus cómplices serían criminales de guerra; es decir teniendo presente que estamos ante posibles criminales de guerra se adecúa y crea un nuevo cauce procesal para generarle un ámbito de impunidad contrario a nuestro Derecho.

Lo que aquí se evidencia es que, prescindiendo absolutamente del procedimiento (tramitación de un recurso de apelación no previsto en la ley), también del Derecho vigente, y una vez precluido el plazo para instar una nulidad o acordarla, la Sala ha acordado modificar una resolución judicial firme, vulnerando con ello el principio de seguridad jurídica, el principio de intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes, quebrantando, de paso, la confianza de la ciudadanía en los Tribunales de Justicia.

TERCERA.- VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y AL PROCESO CON LAS DEBIDAS GARANTÍAS, EN SU VERTIENTE DE INTANGIBILIDAD DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES FIRMES, EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 9.3 CE: VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA.

La Sala ha dictado un auto nulo de pleno Derecho, al haber modificado un auto firme, con fecha de 10 de Junio de 2.015, en el sentido que extemporáneamente ha reclamado el Ministerio Fiscal, quien, a su vez, parece haber atendido las reclamaciones de las autoridades israelíes.

En primer lugar ha de tenerse presente que el auto de fecha 10 de junio de 2015 acordó:

- "1. Sobreseer provisionalmente y archivar la presente causa hasta que las personas contra las que se dirige el procedimiento se encuentren en España.*
- 2. Poner en conocimiento de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado que, a los efectos oportunos, deberán comunicar a este Juzgado Central de Instrucción la posible presencia en territorio español de las personas contra las que se dirige esta querrela: Don Benjamín NETANYAHU, Don Ehud BARAK, Don Avigdor LIEBERMAN, Don Moshe YA'ALON, Don Eli YISHAI, Don Benny BEGIN y Don Eliezer "Chiney" MAROM.*
- 3. Comunicar a las personas físicas y entidades querellantes la posibilidad de denunciar los hechos ante el Fiscal de la CPI.*

4. Remitir testimonio de las actuaciones al Ministerio de Justicia, a fin de que, si lo estima conveniente, pueda evaluar la conveniencia de iniciar el mecanismo contemplado por el art. 7 .1 de la Ley de Cooperación con la CPI.

Notifíquese a las partes personadas y al Ministerio Fiscal"

En este punto debemos recordar que **atender a lo planteado por el Fiscal ha implicado prescindir total y absolutamente de las normas esenciales del procedimiento y generar efectiva indefensión así como una auténtica vulneración del derecho al proceso con las debidas garantías y el derecho a la tutela judicial efectiva.**

En primer lugar, se ha incurrido en una vulneración del derecho al proceso con las debidas garantías y a la tutela judicial efectiva (arts. 24.1 CE) **en su vertiente de intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes en conexión con la observancia de los principios de seguridad jurídica e irretroactividad** (art, 9.3 CE).

Al respecto, ha de recordarse que la intangibilidad de lo decidido en resolución judicial firme, fuera de los casos legalmente establecidos es, pues, un efecto íntimamente conectado con la efectividad de la tutela judicial tal como se consagra en el art. 24.1 CE, de tal suerte que ésta es también desconocida cuando aquélla lo es, siempre y cuando el órgano jurisdiccional conociese la existencia de la resolución firme que tan profundamente afecta a lo que haya de ser resuelto (SSTC 58/2000, de 25 de febrero, FJ 5 EDJ 2000/1889 ; 219/2000, de 18 de septiembre, FJ 5 EDJ 2000/26246 ; 151/2001, de 2 de julio, FJ 3 EDJ 2001/15491 ; 163/2003, de 29 de septiembre, FJ 4 EDJ 2003/89788 ; 15/2006, de 16 de

enero, FJ 4 EDJ 2006/3384 ; 231/2006, de 17 de julio, FJ 2 EDJ 2006/112592 ; 62/2010, de 18 de octubre, FJ 4 EDJ 2010/240721).

En definitiva, y siguiendo los criterios de nuestro Tribunal Constitucional, debemos recordar que *"el derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes consagrado en el art. 24.1 CE como una de las vertientes del derecho a la tutela judicial efectiva **no se circunscribe a los supuestos en que sea posible apreciar las identidades propias de la cosa juzgada formal, ni puede identificarse con este concepto jurídico procesal, sino que su alcance es mucho más amplio y se proyecta sobre todas aquellas cuestiones respecto de las que pueda afirmarse que una resolución judicial firme ha resuelto, conformando la realidad jurídica en un cierto sentido, realidad que no puede ser ignorada o contradicha ni por el propio órgano judicial, ni por otros órganos judiciales en procesos conexos.**"*(TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLENO, S 24-5-2012, nº 114/2012)

Por otra parte, para perfilar desde la óptica del art. 24.1 CE el ámbito o contenido de lo verdaderamente resuelto por una resolución judicial *"resulta imprescindible un análisis de las premisas fácticas y jurídicas que permitieron obtener una determinada conclusión"*, pues lo juzgado viene configurado por el fallo y su fundamento determinante (STC 207/2000, de 24 de julio, FJ 2 EDJ 2000/20486). Por ello, y como se desprende de la jurisprudencia citada, *la intangibilidad de lo decidido en una resolución judicial firme no afecta sólo al contenido del fallo, sino que también se proyecta sobre aquellos pronunciamientos que constituyen ratio decidendi de la resolución, aunque no se trasladen al fallo* (SSTC 15/2006, de 16 de enero, FJ 6 EDJ 2006/3384) o sobre los que, aun no constituyendo el objeto

mismo del proceso, resultan determinantes para la decisión adoptada (STC 62/2010, de 18 de octubre, FJ 5 [EDJ 2010/240721](#)).

Esta doctrina del Tribunal Constitucional es constante, basta otra remisión a la STC de 8 de mayo de 2006 en la que se razona que:

*"El examen de la cuestión de fondo planteada requiere traer a colación, siquiera sea brevemente, la reiterada doctrina de este Tribunal, conforme a la cual el principio de invariabilidad, **intangibilidad o inmodificabilidad de las resoluciones judiciales firmes es una consecuencia, tanto del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE EDL 1978/3879) como, sobre todo, del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE EDL 1978/3879)**, habida cuenta de que la protección judicial carecería de eficacia si se permitiese reabrir un proceso ya finalizado por resolución firme. De esta manera **el derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en el art. 24.1 CE, actúa como límite que impide a los Jueces y Tribunales variar o revisar las resoluciones judiciales definitivas y firmes al margen de los supuestos y casos taxativamente previstos por la ley, incluso en la hipótesis de que con posterioridad entendiesen que la decisión judicial no se ajusta a la legalidad** (por todas, SSTC 187/2002, de 14 de octubre, FJ 6 [EDJ 2002/41047](#); 141/2003, de 14 de julio, FJ 4 [EDJ 2003/51134](#); y 23/2005, de 14 de febrero, FJ 4 [EDJ 2005/13072](#)).*

*Ciertamente ese principio de invariabilidad no presenta carácter absoluto, admitiéndose la legitimidad de la **existencia de excepciones en la doctrina de este Tribunal, en la medida que este derecho fundamental no comprende el derecho a beneficiarse de simples errores materiales o de evidentes omisiones en la redacción***

o transcripción del fallo que puedan deducirse, con toda certeza, del propio texto de la Sentencia (SSTC 180/1997, 27 de octubre, FJ 2 EDJ 1997/7036; 48/1999, 22 de marzo, FJ 2 EDJ 1999/5120; y 218/1999, 29 de noviembre, FJ 2 EDJ 1999/36642, entre otras).

Por lo que se refiere a las excepciones contenidas en el art. 267 LOPJ nuestra doctrina ha efectuado algunas precisiones de distinta consideración. Por una parte, con carácter general, ha señalado que constituyendo la vía aclaratoria una excepción al principio de intangibilidad, este mecanismo ha de entenderse limitado a la función específica reparadora para la que se ha establecido, así como que la figura de la aclaración debe ser objeto de una rigurosa interpretación restrictiva por su carácter de excepción frente al principio de inmodificabilidad de las resoluciones judiciales (SSTC 180/1997, 27 de octubre, FJ 2 EDJ 1997/7036; 48/1999, 22 de marzo, FJ 2 EDJ 1999/5120; 56/2002, 11 de marzo, FJ 4 EDJ 2002/6728; 141/2003, de 14 de julio, FJ 5 EDJ 2003/51134; y 190/2004, 2 de noviembre, FJ 3 EDJ 2004/156811, entre otras).

Igualmente analizaremos la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de Marzo de 2013 que también se ha pronunciado al respecto, especialmente cuando dice:

Con carácter previo es preciso, traer a colación la reiterada doctrina de esta Sala (SSTS. 753/96 de 26.10, 1700/2000 de 3.11, 742/2001 de 20.4, 14.2.2003), y del TC. (SS. 69/2000 de 13.3, 159/2000 de 12.6, 111/2000 de 5.5, 262/2000 de 30.10, 286/2000 de 17.11, 59/2001 de 26.2, 140/2001 de 18.6; 216/2001 de 29.10, 187/2002 de 14.10), que constituye ya un cuerpo jurisprudencial

consolidado, sobre el derecho a la intangibilidad, invariabilidad o inmodificabilidad de las resoluciones judiciales como vertiente del derecho a la tutela judicial efectiva:

a) aunque la protección de la integridad de las resoluciones judiciales firmes se conecta dogmáticamente con el principio de seguridad jurídica que nuestra Constitución protege en el art. 9.3, (que) no se ha erigido por el Texto Constitucional en derecho fundamental de los ciudadanos, ni se ha otorgado respecto a él la vía del amparo constitucional, existe una innegable conexión entre la inmodificabilidad de las resoluciones judiciales y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, pues, si éste comprende la ejecución de los fallos judiciales, su presupuesto lógico ha de ser el principio de la inmodificabilidad de las resoluciones firmes, que así entra a formar parte de las garantías que el art. 24.1 CE. consagra (SSTC. 119/88 de 4.6, 23/96 de 13.2). El derecho a la tutela judicial efectiva asegura, por tanto, a los que son o han sido parte en el proceso que las resoluciones judiciales dictadas en el mismo no pueden ser alteradas o modificadas fuera de los cauces legales previstos para ello, de modo que si el órgano judicial las modificara fuera del correspondiente recurso establecido al efecto por el Legislador quedaría asimismo vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, puesto que la protección judicial carecería de eficacia, si se permitiese reabrir un proceso ya resuelto por la sentencia firme. De esta manera el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE. actúa como límite que impide a los Jueces y Tribunales variar o revisar las resoluciones judiciales definitivas y firmes al margen de los supuestos y casos taxativamente previstos por la Ley, "incluso en la hipótesis de que con posterioridad

entendiesen que la decisión judicial no se ajusta a la legalidad"

(SSTC. 231/91 de 10.12, 19/95 de 24.1, 48/99 de 22.3, 218/99 de 24.11, 69/2000 de 13.3, 111/2000 de 5.5, 286/2000 de 27.11, 140/2001 de 18.6, 216/2001 de 29.10).

b) *el principio de invariabilidad o inmodificabilidad de las resoluciones judiciales opera, como es evidente, más intensa y terminantemente en los supuestos de resoluciones firmes que en aquellos otros en los que el ordenamiento procesal ha previsto específicos medios o cauces impugnatorios que permiten su variación o revisión. En este sentido el legislador ha arbitrado, con carácter general, en el art. 267 LOPJ. un mecanismo excepcional que posibilita que los órganos judiciales aclaren algún concepto oscuro, suplan cualquier omisión o corrijan algún error material deslizado en sus resoluciones definitivas, el cual ha de entenderse limitado a la función específica reparadora para la que se ha establecido. Esta vía aclaratoria, como el Tribunal Constitucional tiene declarado en reiteradas ocasiones es plenamente compatible con el principio de invariabilidad o inmodificabilidad de las resoluciones judiciales , puesto que en la medida en que éste tiene su base y es una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva, y a su vez, un instrumento para garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva, no integra este derecho el beneficiarse de oscuridades, omisiones o errores materiales que con toda certeza pueden deducirse del propio texto de la resolución judicial (SSTC, 380/93 de 20.12, 23/96 de 13.2), aún cuando tal remedio procesal no permite, sin embargo, alterar los elementos esenciales de ésta, debiendo atenerse siempre el recurso de aclaración, dado su carácter excepcional, a los supuestos taxativamente previstos en la LOPJ. y limitarse a la función específica reparadora para la que se*

ha establecido (SSTC. 119/88 de 20.6, 19/95 de 24.1, 82/95 de 5.7, 180/97 de 27.10, 48/99 de 22.3, 112/99 de 14.6). En tal sentido conviene recordar que en la regulación del art. 267 LOPJ. Coexisten dos regímenes distintos: de un lado, la aclaración propiamente dicha referida a aclarar algún concepto oscuro o suplir cualquier omisión que contengan las Sentencias y Autos definitivos (apartado 1); y, de otro; la rectificación de errores materiales manifiestos y los aritméticos (apartado 2).

c) En relación con las concretas actividades de "aclarar algún concepto oscuro" o de "suplir cualquier omisión" (que son los supuestos contemplados en el art. 267.1 LOPJ), son las que menos dificultades prácticas plantean, pues por definición no deben suponer cambio de sentido y espíritu del fallo, y a que el órgano judicial, al explicar el sentido de sus palabras, en su caso, o al adicionar al fallo lo que en el mismo falta, en otro, está obligado a no salirse del contexto interpretativo de lo anteriormente manifestado o razonado (SSTC. 23/94 de 27.1), 82/95 de 5.6, 23/96 de 13.2, 140/2001 de 18.6; 216/2001 de 29.10.

Por lo que se refiere a la rectificación de errores materiales manifiestos se ha considerado como tales aquellos errores cuya corrección no implica un juicio valorativo, ni exige operaciones de calificación jurídicas nuevas y distintas apreciaciones de la prueba, ni supone resolver cuestiones discutibles u opinables por evidenciarse el error directamente al deducirse, con toda certeza, del propio texto de la resolución judicial , sin necesidad de hipótesis, deducciones o interpretaciones (SSTC. 231/91 de 10.12, 142/92 de 13.10). Asimismo ha declarado que la corrección del error material entraña siempre algún tipo de modificación, en cuanto que la única manera de rectificar o subsanar alguna incorrección es la de

cambiar los términos expresivos del error, de modo que en tales supuestos no cabe excluir cierta posibilidad de variación de la resolución judicial aclarada, si bien la vía de la aclaración no puede utilizarse como remedio de la falta de fundamentación jurídica, ni tampoco para corregir errores judiciales de calificación jurídica o subvertir las conclusiones probatorias previamente mantenidas, resultando igualmente inadecuada para anular y sustituir una resolución judicial por otra de signo contrario, salvo que excepcionalmente el error material consista en un mero desajuste o contradicción patente e independiente de cualquier juicio valorativo o apreciación jurídica entre la doctrina establecida en sus fundamentos jurídicos y el fallo de la resolución judicial (SSTC 23/94 de 27.1, 19/95 de 24.1, 82/95 de 5.6, 48/99 de 22.3, 218/99 de 29.11).

No puede descartarse, pues, en tales supuestos la operatividad de este remedio procesal, aunque comporte una revisión del sentido del fallo, si se hace evidente, por deducirse con toda certeza del propio texto de la sentencia, sin necesidad de hipótesis, deducciones o interpretaciones, que el órgano judicial simplemente se equivocó al trasladar el resultado de un juicio al fallo (STC. 19/95). En esta línea el Tribunal Constitucional ha señalado más recientemente que, cuando el error material que conduce a dictar una resolución equivocada es un error grosero, manifiesto, apreciable desde el texto de la misma sin necesidad de realizar interpretaciones o deducciones valorativas, deducible a simple vista, en definitiva, si su detección no requiere pericia o razonamiento jurídico alguno, el órgano judicial puede legítima y excepcionalmente proceder a la rectificación ex art. 267 LOPJ, aún variando el fallo

Como puede verse nuestros más altos tribunales - tanto en el orden de la justicia ordinaria como de la constitucional - se han pronunciado al respecto y es evidente que lo resuelto por la Sala va en contra de cualquier criterio interpretativo previamente fijado por el Tribunal Supremo y por el Tribunal Constitucional.

Pero todo esto no se entendería si no lo ponemos en relación con lo sucedido hace apenas un mes. Nos referimos a las declaraciones efectuadas por un diplomático israelí al respecto, cuando las autoridades israelíes toman conocimiento del contenido del auto de 10 de Junio de 2.015, en concreto, sobre la obligación de que las FCSE informen sobre la llegada a territorio español de los querellados por crímenes de lesa humanidad.

El Gobierno de Israel¹ manifestó, a través del portavoz del Ministerio de Asuntos Exteriores D. Emmanuel Nachshon, que:

*"We consider it to be a provocation [se refiere a la resolución del Juez de la Mata]. We are working with the Spanish authorities to get it canceled. We hope it will be over soon," (**La consideramos una provocación. Estamos trabajando con las autoridades españolas para cancelarla. Esperamos que esto quede resuelto pronto**" - la traducción es nuestra)*

Es decir, pareciera que el Fiscal no actúa conforme a Derecho sino para satisfacer los intereses de una potencia extranjera y ello porque es sorprendente que el Portavoz del Ministerio de Asuntos Exteriores de Israel supiese lo que iba a proponer el Ministerio Fiscal hasta que se toparon con

¹ <http://www.jpost.com/Arab-Israeli-Conflict/Report-Netanyahu-faces-possible-arrest-in-Spain-over-Marmara-affair-433075> - última consulta el 2.12.2015

el acertado criterio del Juez De la Mata² que entiende, como lo hace cualquier jurista, que una resolución judicial firme es inmodificable.

Estas manifestaciones son del día 2 de Diciembre de 2.015 y en apenas 20 días, insólitamente, se ha resuelto un recurso de apelación, cuando la media supera con creces este corto periodo de resolución. Evidentemente, lo manifestado por las autoridades israelíes no ha podido pasar desapercibido en las autoridades judiciales españoles, pues la resolución que impugnamos de nulidad no tiene sustento alguno.

CUARTA.- INTERPRETACIÓN ERRÓNEA DEL SOBRESIMIENTO INTRODUCIDO POR LA LO 1/2014: VULNERACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, EN SU VERTIENTE DE PRINCIPIO *PRO ACTIONE*.

Sobre una paupérrima e insolvente interpretación acerca de la última reforma habida sobre la jurisdicción universal, se pretende que el Juzgado Central de Instrucción nº 5 **no tenía jurisdicción y, como no la tenía (razona), lo dispuesto es nulo de pleno derecho.**

El legislador no ha estado acertado al restringir la Jurisdicción Universal pero lo cierto es que sí ha creado una nueva modalidad de sobreseimiento, distinta a las ya establecidas en el ordenamiento jurídico, le guste o no al recurrente.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 634 de la Ley ritual, tenemos que:

² http://www.eldiario.es/politica/Fiscalia-cambio-criterio-caso-Netanyahu_0_453905517.html - ultima consulta el 2.12.2015

El sobreseimiento puede ser libre o provisional, total o parcial.

Si fuere el sobreseimiento parcial, se mandará abrir el juicio oral respecto de los procesados a quienes no favorezca.

Si fuere total, se mandará que se archiven la causa y piezas de convicción que no tengan dueño conocido, después de haberse practicado las diligencias necesarias para la ejecución de lo mandado

Es decir tenemos sobreseimiento libre, con sus consecuencias, y el provisional que, además, puede ser total o parcial en función de lo ut supra descrito.

A ello ha de añadirse el sobreseimiento introducido por la L.O. 1/2014 que tiene unas características concretas: es una suerte de sobreseimiento provisional toda vez que se trata de unos hechos delictivos, del cual hay unos concretos responsables pero a los que no se les podrá exigir responsabilidad penal hasta aquel momento en que se encuentre en territorio español.

Sin embargo, entiende erróneamente la Sala que no había jurisdicción y por ende, sería un acto judicial nulo de pleno derecho.

Solo desde una perspectiva de impunidad absoluta se puede plantear una interpretación tan alejada de la realidad y de la literalidad del precepto.

El sobreseimiento introducido por la L.O. 1/2014 se fundamenta en que el responsable no se encuentra en suelo español, si no se encuentra en suelo español es obvio que no existe ninguna medida cautelar.

Es más, cualquier lógica jurídica o razonamiento a través del cual se pretenda interpretar la norma en cuestión se llegará a la misma conclusión: los presupuestos para entender que no se puede continuar la investigación y que se debe acudir a esta nueva modalidad de sobreseimiento son:

1. Acreditación de encontrarnos ante unos hechos presuntamente delictivos - está hecho,
2. Acreditación de la existencia de unos presuntos responsables - está hecho,
3. Acreditación de que los presuntos responsables no se encuentran en suelo español - está hecho, y
4. Orden a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado para que, en el supuesto de detectarse la presencia de los presuntos responsables en territorio español se notifique la misma al Juzgado - está hecho.

La razón de ser de este último presupuesto no es otro que la obligación de perseguir delitos que tienen los jueces y tribunales: no basta con decir que la persona responsable de tan grave crimen no se encuentra en España, primero habrá de determinar y, luego, habrá de ordenarse que se ser habidos en España se informe al Juzgado para la continuación del procedimiento.

Lo que en realidad se ha resuelto **no es otra cosa que reconducir una resolución que no se quiso recurrir hacia una de sobreseimiento libre**, lo que conllevaría no ya una modificación de la resolución sino generar un espacio mayor, si cabe, a la impunidad.

Evidentemente, cuando el Juzgado Central de Instrucción nº 5 ordena a las FCSE que informen acerca de la llegada a España de los presuntamente criminales responsables de los hechos investigados, **está ejerciendo su jurisdicción como cualquier Tribunal español, limitado a que se encuentre en territorio español.**

Ahora bien, lo que el Juez Instructor no ha hecho ha sido desplegar unos superpoderes no permitidos, más allá de la jurisdicción española, pues en nuestro país no existe una Ley Patriota que lo permita, como sí se permite en los Estados Unidos, por ejemplo.

El Juez se ha limitado a ejercer plenamente la jurisdicción encaminada a los Tribunales españoles, en virtud de la última reforma de la Jurisdicción Universal, por más que la resolución impugnada de nulidad pretenda, incluso, ir más allá de lo dispuesto legalmente y suprimirla de facto.

En conclusión, la resolución dictada por la Sala sería nula de pleno derecho, pues lo dispuesto contraviene profundamente lo dispuesto acerca de la intangibilidad de las resoluciones firmes, creando, de veras, una auténtica situación de inseguridad jurídica, impropia de un Estado de Derecho.

En su virtud,

SOLICITO A LA SALA: que teniendo por presentado escrito por el que venimos a instar al amparo de lo previsto en el artículo 44.1 de la L.O.T.C. y siguientes, la nulidad el auto de esta Ilma. Sala de fecha 22.12.2015 y notificado en igual fecha.

OTROSI DIGO: Que a los efectos legales oportunos interesa a esta parte que se nos entregue copia testimoniada del auto de esta Ilma. Sala de fecha 22.12.2015.

Por ser Justicia que pido en Madrid, a 29 de Diciembre de 2.015

Ldo. Gonzalo Boye Tuset

Proc: Javier Fernández Estrada