

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ064154

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencia 80/2019, de 17 de junio de 2019

Sala Segunda

Rec. de amparo núm. 6438/2016

(BOE de 25 de julio de 2019)

SUMARIO:

Tutela judicial efectiva. Acceso al proceso. Delitos de guerra fuera del territorio nacional cometidos por extranjeros. Jurisdicción universal. Sobreseimiento. Motivación. Caso José Couso. El art. 24.1 CE no alberga dentro de sí por efecto indirecto del artículo 10.2 CE un principio de jurisdicción universal absoluta o una prohibición de restricción del ámbito legislativo de la misma; la eventual contradicción entre la regulación interna (art. 23.4 LOPJ) y los convenios y tratados internacionales relativos a la jurisdicción universal tampoco determina, por sí misma, violación alguna del artículo 24.1 CE, pues estamos ante un juicio de aplicabilidad (control de convencionalidad), que pertenece al ámbito de la legalidad ordinaria y que tiene, por tanto, con carácter general, una dimensión infra-constitucional. No puede afirmarse que el artículo 24.1 CE, en su vertiente de acceso a la jurisdicción, interpretado a la luz de los tratados de derechos humanos ratificados por España en la lectura que de esos tratados hacen sus órganos de control, enuncie un principio de jurisdicción universal absoluto como el que definía el artículo 23.4 LOPJ, en su versión originaria, que no pueda ser alterado por el legislador. A la luz de esta doctrina, no es posible reprochar a las resoluciones judiciales impugnadas en el presente recurso de amparo haber incurrido en vulneración del art. 24.1 CE por aplicar al proceso una legislación orgánica –el art. 23.4 a) LOPJ y la disposición transitoria única de la Ley Orgánica 1/2014– que ha precipitado su sobreseimiento por encontrarse fuera del ámbito de la soberanía española las personas extranjeras procesadas por la comisión de crímenes de guerra fuera del territorio nacional. Aunque esta legislación merma considerablemente las posibilidades de proyección extraterritorial de la jurisdicción de los tribunales españoles para perseguir crímenes de guerra en comparación con la legislación previgente, no por ello supone menoscabo objetivo del contenido constitucionalmente protegido en el art. 24.1 CE, del que no forma parte la institución de una jurisdicción universal absoluta e incondicionada que, en relación con los crímenes de guerra, no aparece prefigurada en los convenios de Ginebra de 1949. El *ius ut procedatur* que ostenta el ofendido por el delito no contiene ni un derecho absoluto a la incoación de toda instrucción penal, ni un derecho incondicionado a la apertura del juicio oral y en modo alguno puede confundirse el derecho a la jurisdicción penal para instar la aplicación del *ius puniendi*, que forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, con el derecho material a penar, de exclusiva naturaleza pública y cuya titularidad corresponde al Estado. No se observa, pues, que estos órganos judiciales se hayan apartado del sentido y finalidad de las normas que aplican, toda vez que el procedimiento se dirige contra unos procesados de los que, según se desprende del propio sumario, solo consta su nombre y apellido, rango y unidad militar en la que estaban encuadrados en el ejército estadounidense, y el hecho concluyente de que no se encuentran en España. La selección, interpretación y aplicación de un precepto legal que no afecta a los contenidos típicos del art. 24.1 CE o de otros derechos fundamentales, solo genera lesión susceptible de amparo constitucional cuando el razonamiento judicial incurra en tal grado de arbitrariedad, irrazonabilidad o error que para cualquier observador resulte patente que la resolución carece de toda motivación o razonamiento; o dicho de otro modo, que por su contenido la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia. Procede por ello desestimar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho a obtener una resolución fundada en derecho, al no apreciarse irrazonabilidad o arbitrariedad en la aplicación judicial de la norma transitoria, ni desvío de su genuino sentido y finalidad.

PRECEPTOS:

Convención de Ginebra -IV- de 12 de agosto de 1949 (protección a civiles en tiempo de guerra), arts. 146 y 147.

Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos de 1950 (CEDH), art. 6.1.
Constitución Española, arts. 9.3, 10.2, 24, 96.1 y 117.3.
Ley Orgánica 6/1985 (LOPJ), arts. 9 y 23.4.
Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 138, 608 y 611.
Ley Orgánica 1/2014 (Reforma de la LOPJ), disp. trans. única.

PONENTE:

Don Pedro José González-Trevijano Sánchez.

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por la magistrada doña Encarnación Roca Trías, presidenta, y los magistrados don Fernando Valdés Dal-Ré, don Juan Antonio Xiol Ríos, don Pedro José González-Trevijano Sánchez, don Antonio Narvárez Rodríguez y don Ricardo Enríquez Sancho, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 6438-2016, promovido por doña María Isabel Permuy López, don Javier, don David, doña Sabela y doña Bárbara Cristina Couso Permuy, representados por el procurador de los tribunales don José Miguel Martínez-Fresneda Gamba, y promovido igualmente por doña María Dolores Jiménez Sánchez, que actúa en su propio nombre y en el de sus hijos Jaime y José Couso Jiménez, representados por el procurador de los tribunales don Roberto Granizo Palomeque, asistidos todos ellos por los letrados don Leopoldo Torres Borsault y don Enrique Santiago Romero, contra la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2016, que desestimó los recursos de casación interpuestos contra el auto de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 25 de noviembre de 2015.

Y en el recurso de amparo núm. 6496-2016, acumulado al anterior, interpuesto por la Asociación Libre de Abogados, representada por la procuradora de los tribunales doña Ana Isabel Lobera Argüelles y asistida por el abogado don Raúl Maíllo García, contra las mismas resoluciones judiciales.

Han comparecido la Asociación de la Prensa de Madrid y la Asociación de Camarógrafos de Televisión y Video. Ha intervenido el ministerio fiscal. Ha sido ponente el magistrado don Pedro José González-Trevijano Sánchez.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el día 14 de diciembre de 2016 por los procuradores de los tribunales don José Miguel Martínez-Fresneda Gamba, actuando en nombre de doña María Isabel Permuy López, don Javier, don David, doña Sabela y doña Bárbara Cristina Couso Permuy, y don Roberto Granizo Palomeque, actuando en nombre y representación de doña María Dolores Jiménez Sánchez, y de sus hijos Jaime y José Couso Jiménez, se interpuso demanda de amparo contra las resoluciones judiciales indicadas en el encabezamiento. Mediante escrito registrado al día siguiente, por la procuradora de los tribunales doña Ana Isabel Lobera Argüelles, en nombre y representación de la Asociación Libre de Abogados, se interpuso demanda de amparo contra las mismas resoluciones judiciales.

2. Los recursos tienen su origen en los siguientes antecedentes:

a) El Juzgado Central de Instrucción núm. 1 incoó las diligencias previas núm. 99-2003, que se centraron en la investigación de la muerte violenta del ciudadano español don José Couso Permuy, reportero gráfico, acaecida el 8 de abril de 2003 en Bagdad (Iraq) cuando ejercía su profesión, al ser alcanzado el hotel Palestina, en el que se alojaba junto con otros miembros de la prensa internacional, por el disparo de un proyectil de 120 mm, que fue efectuado desde un carro de combate norteamericano.

b) Tras practicar varias diligencias, el Juzgado Central de Instrucción núm. 1 dictó auto, el día 19 de octubre de 2005, en el que acordó la busca, captura y detención de tres militares de nacionalidad estadounidense, con rango de teniente coronel, capitán y sargento, que habrían ordenado, autorizado y ejecutado el disparo del proyectil contra el hotel Palestina. El auto fue recurrido en reforma por el ministerio fiscal, que interesó su



revocación aduciendo la falta de jurisdicción de los tribunales españoles para conocer de los hechos. El Juzgado Central de Instrucción núm. 1, por auto de 20 de octubre de 2005 desestimó el recurso de reforma. El ministerio fiscal interpuso recurso de apelación que fue estimado por la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, por auto de 8 de marzo de 2006, que declaró la falta de jurisdicción de los tribunales españoles, acordó la revocación de la busca y captura y ordenó el archivo de las diligencias previas.

Contra este auto se alzaron en casación las acusaciones particulares y dos de las acusaciones populares personadas en la causa, dando lugar al pronunciamiento por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de la sentencia núm. 1240/2006, de 11 de diciembre, en la que siguiendo la doctrina sentada en la STC 237/2005, de 26 de septiembre, FJ 3, afirmó la jurisdicción de los tribunales españoles para conocer de los hechos investigados, al establecer el art. 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), en la redacción vigente entonces, un principio de jurisdicción universal absoluta cuyo único límite expreso era la cosa juzgada, casando y anulando, en la segunda sentencia casacional, la decisión de levantar la busca y captura de los investigados y de archivar las diligencias previas.

c) Transformadas las diligencias previas núm. 99-2003 en sumario ordinario núm. 27-2007, por auto de 24 de abril de 2007, el Juzgado Central de Instrucción núm. 1 acordó, por auto de 27 de abril de 2007, declarar procesados a los tres militares estadounidenses sujetos a busca y captura, a los que atribuyó la comisión de un delito contra la comunidad internacional del art. 611.1 del Código penal (CP), en relación con el art. 608.3 CP — ataque indiscriminado a población civil y personas civiles protegidas por el IV Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y su protocolo I adicional de 8 de junio de 1977— y un delito de asesinato (art. 139 CP). Dicho auto sería posteriormente revocado, en virtud de recurso de apelación interpuesto por el ministerio fiscal, por auto de 13 de mayo de 2008 de la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, por insuficiencia de indicios para procesar, singularmente en lo relativo a la concurrencia del elemento subjetivo del delito — concurrencia de dolo e intencionalidad de aterrorizar a la población civil— dejando sin efecto el procesamiento y las medidas cautelares adoptadas en virtud del mismo, pero sin pronunciarse sobre el archivo de la causa, acordando su devolución al instructor para que decidiera las actuaciones a practicar.

d) Tras practicar nuevas diligencias, el Juzgado Central de Instrucción núm. 1 dictó, el día 21 de mayo de 2009, un segundo auto de procesamiento dirigido contra los mismos militares, en el que les imputaba un delito contra la comunidad internacional del art. 611.1 CP en relación con el art. 608.3 CP, en sus modalidades de ataque a población civil y/o actos o amenazas de violencia con el fin de aterrorizar a la población civil, así como un delito de homicidio del art. 138 CP. Esta resolución fue revocada por auto de 14 de julio de 2009 de la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que estimando el recurso de apelación interpuesto contra la misma por el ministerio fiscal, consideró que de lo actuado no se desprendían indicios racionales de delito, por lo que acordó la revocación de los procesamientos, el alzamiento de las medidas cautelares y ordenó al instructor que procediera a la inmediata conclusión del sumario.

e) El Juzgado Central de Instrucción núm. 1, en cumplimiento de lo ordenado por la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional dictó, el 16 de julio de 2009, auto de conclusión del sumario y lo elevó a la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que por auto de 23 de octubre de 2009 confirmó la conclusión del sumario y acordó el sobreseimiento libre de la causa. Interpuestos recursos de casación por las acusaciones particulares y dos de las acusaciones populares, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en sentencia núm. 691/2010, de 13 de julio, los estimó parcialmente, revocando el sobreseimiento libre y ordenando la prosecución de la instrucción para la práctica de las diligencias de investigación pendientes y las demás que resultaren procedentes para el esclarecimiento de los hechos investigados.

f) Reanudada la instrucción, el Juzgado Central de Instrucción núm. 1 dictó auto el 4 de octubre de 2011, por el que procesaba nuevamente a los tres militares norteamericanos, atribuyéndoles un delito contra la comunidad internacional del art. 611.1 CP en relación con el art. 608.3 CP, en concurso real con un delito de homicidio del art. 138 CP.

g) Tras la publicación y entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 1/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal, el Juzgado Central de Instrucción núm. 1 dictó auto, el 17 de marzo de 2014, en el que acordó no aplicar los apartados 4 a) y 5 del art. 23 LOPJ, en la redacción que les dio la Ley Orgánica 1/2014, ni la disposición transitoria única de esta norma, por entender que tales preceptos, que establecen como requisito de perseguibilidad que los procesados se encontrasen en España, entraban en contradicción con la IV Convención de Ginebra, la cual, según criterio del juez central de instrucción, imponía una obligación de persecución no sujeta a limitación alguna, por lo que aquel optó por dar primacía a dicho tratado internacional, en el entendimiento de que el derecho interno no lo podía modificar.

Recurrido en reforma dicho auto por el ministerio fiscal, el Juzgado Central de Instrucción núm. 1 lo desestimó por auto de 27 de marzo de 2014. Elevada queja por el ministerio fiscal ante la Audiencia Nacional, por auto núm. 34/2014, de 23 de junio, el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional la desestimó.

h) El 25 de mayo de 2015 el Juzgado Central de Instrucción núm. 1 dictó providencia, en la que otorgó a las partes personadas un plazo de cinco días para que formularan alegaciones en defensa de sus intereses «ante los argumentos jurídicos de la STS 2.ª n.º 296/2015, de 22 de abril [...] sobre Justicia Universal». Evacuados los escritos alegatorios, el juzgado central de instrucción dictó auto de 9 de junio de 2015 por el que acordó, ateniéndose a la interpretación del art. 23.4 LOPJ en relación con el art. 146 de la IV Convención de Ginebra, efectuada en la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo núm. 296/2015, de 6 de mayo, la conclusión del sumario y su elevación al órgano superior.

Recibido el sumario en la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional esta dictó auto, el 25 de noviembre de 2015, en el que (i) oídas las partes, rechazó el planteamiento ante el Tribunal Constitucional de una cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 23.4, 5 y 6 LOPJ, en la nueva redacción que la precitada reforma legal le había dado, y de la disposición transitoria única de la misma Ley Orgánica 1/2014, y (ii) confirmó la conclusión del sumario y acordó su sobreseimiento en los términos de la disposición transitoria única de la Ley Orgánica 1/2014.

La Audiencia Nacional rechazó el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad que habían instado las acusaciones particular y popular respecto del art. 23.4, 5 y 6 LOPJ y de la disposición transitoria única de la Ley Orgánica 1/2014, que dichas partes consideraban contrarios a los arts. 9.1 y 3, 10.2, 24.1, 96.1 y 2 y 117.3 CE, citando la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo núm. 551/2015, de 24 de septiembre y desechando, de acuerdo con los criterios fijados en la misma, que existieran motivos para dudar de la constitucionalidad de dichos preceptos. La resolución de la Audiencia Nacional acordaba «[n]o haber lugar a promover cuestión de inconstitucionalidad y en consecuencia confirmar el auto de conclusión de sumario quedando la causa sobreseída hasta que no se acrediten cumplidos los requisitos establecidos en la LO 1/2014 de 13 de marzo».

En cuanto a la disposición transitoria única de la Ley Orgánica 1/2014, con cita de la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo núm. 296/2015, de 6 de mayo, la Audiencia Nacional entendía que se trataba de una modalidad autónoma y especial de sobreseimiento de carácter no definitivo y fundada en la falta de jurisdicción, establecida en una norma con rango de ley orgánica.

i) Interpuesto recurso de casación por las acusaciones particulares y la popular, en el que se invocó la infracción de preceptos constitucionales [art. 852 de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECrim) y 5.4 LOPJ], en concreto la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho al proceso con interdicción de indefensión material (art. 24.1 CE), en relación con los arts. 6.1 y 13 del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH), la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo dictó la sentencia núm. 797/2016, de 25 de octubre, que lo desestimó en su integridad.

Respecto de la denegación del planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo señaló que se trata de una prerrogativa jurisdiccional establecida en el art. 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) y que el Tribunal Constitucional ha declarado, en numerosas ocasiones, que el hecho de que el órgano jurisdiccional no haya considerado conveniente formularla no da base a un recurso de amparo, al no lesionar derecho fundamental alguno.

A continuación, rechaza que pueda afirmarse la jurisdicción de los tribunales españoles sobre los hechos investigados, constitutivos de delitos contra la comunidad internacional, en concreto, de delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, invocando el criterio de la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo núm. 296/2015, de 6 de mayo. Y ello, por no darse los requisitos exigidos en el art. 23.4 a) LOPJ tras su reforma por la Ley Orgánica 1/2014, en concreto, que el procedimiento se dirija contra un español o contra un 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, sin que pueda extenderse dicha jurisdicción in absentia en función de la nacionalidad de la víctima o de cualquier otra circunstancia.

Rechaza igualmente que pudiera aplicarse al caso el art. 23.4 p) LOPJ, siguiendo el criterio de la sentencia del Tribunal Supremo ya citada. Declara que el legislador ha modificado el modelo de jurisdicción universal preexistente, pero sin que esa limitación constituya violación de la IV Convención de Ginebra de 12 de agosto de 1949, cuyo art. 146 establece un sistema imperativo de jurisdicción universal, pero lo hace en el sentido de imponer a cualquier país firmante la obligación de localizar a los criminales de guerra que se oculten en el mismo y llevarlos ante sus tribunales, asumiendo jurisdicción extraterritorial para juzgarlos con independencia del lugar donde ocurrieron los hechos y sin perjuicio de la nacionalidad de sus autores, exclusivamente en función de

la naturaleza del delito. No obstante, esta jurisdicción imperativa no se extiende a la obligación de búsqueda fuera de su territorio y de reclamarlos en cualquier caso. Niega, por ello, que los tratados internacionales o el derecho penal internacional consuetudinario hayan impuesto, imperativamente y con carácter general, un sistema de jurisdicción universal absoluta e incondicionada.

Respecto del sobreseimiento provisional previsto en la disposición transitoria única de la Ley Orgánica 1/2014, citando la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo núm. 551/2015, de 24 de septiembre, manifiesta que constituye una modalidad especial de sobreseimiento, que no tiene que corresponderse con alguna de las previstas en la Ley de enjuiciamiento criminal y que se funda en la falta de jurisdicción, si bien tiene efectos similares al sobreseimiento provisional, pues una vez archivado el procedimiento, si después se constata que concurren los requisitos para activar la jurisdicción española, el sobreseimiento perderá sus efectos y el procedimiento se reiniciará.

3. Los recurrentes impetran en sus demandas, de manera coincidente, un doble motivo de amparo:

a) En primer lugar, la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, en su vertiente de derecho de acceso al proceso, que conectan con el mandato del art. 146.2 de la IV Convención de Ginebra y su protocolo adicional I, en función de las cláusulas de los arts. 10.2 y 96.1 CE, y en relación con los arts. 6.1 y 13 CEDH.

Se reprocha a la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo haber dejado en situación de indefensión a las víctimas, por haber validado un cierre prematuro de la instrucción judicial que habría supuesto la denegación, de una parte, de su derecho de acceso al proceso entendido como acceso a la jurisdicción, y de otra, a obtener una resolución fundada en derecho sobre el fundamento de unos títulos de imputación en los autos de procesamiento que, al venir referidos a unos hechos presuntamente constitutivos de delitos de lesa humanidad, estarían sujetos a un mandato irrestricto de persecución extraterritorial conforme a las fuentes de derecho internacional convencional y consuetudinario.

Aducen que el derecho al proceso equitativo garantizado en el art. 6.1 CEDH conlleva la nota de efectividad, que se puede definir como el derecho que se reconoce a toda persona sometida a la jurisdicción de un Estado contratante de acceder a un tribunal de justicia para que resuelva las demandas de protección efectiva de sus derechos y el fundamento de cualquier acusación penal. Expone la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que desarrolla, a partir de dicho precepto, una noción de «buena administración de justicia» que ofrece la doble perspectiva de derecho subjetivo de la persona y de principio de organización de los tribunales. Dicha doctrina implica la exigencia de que el juez o tribunal interprete las normas procesales que regulan las causas obstativas del acceso a la jurisdicción o limitativas de la admisión de un recurso, atendiendo a la proporcionalidad entre el fin legítimo perseguido por la norma procesal y las consecuencias que para el litigante se deriven de su aplicación.

Recuerdan que el Convenio Europeo de Derechos Humanos no es solo una norma incorporada al ordenamiento interno mediante su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» en virtud del art. 96.1 CE, sino que constituye, además, un criterio hermenéutico de las normas constitucionales que reconocen y garantizan derechos fundamentales en virtud de la cláusula de apertura del art. 10.2 CE, que obliga a tomar en consideración la jurisprudencia emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de modo que si una disposición procesal establecida en la ley española resulta incompatible con el Convenio Europeo de Derechos Humanos, el juez o tribunal deberá plantear la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, como si se tratase de una norma contraria a la CE por contradecir del derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24 CE.

Señalan que la reforma operada en la LOPJ por la Ley Orgánica 1/2014, refiriéndose al art. 23 LOPJ y a la disposición transitoria única de la Ley Orgánica 1/2014, obedece a razones de oportunidad política y, por lo tanto extrajurídicas, y limita la jurisdicción universal hasta extremos de práctica inoperatividad, en evidente regresión del acervo alcanzado universalmente en materia de protección de derechos fundamentales, lo que deja indefensas a las víctimas y propicia la impunidad del delito; por ello, es incompatible con el art. 6.1 CEDH y con el art. 146, párrafo segundo, de la IV Convención de Ginebra y correlativos de su Protocolo adicional I, aplicable conforme a lo previsto en los arts. 10.2 y 96 CE.

Invocan la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 17 de mayo de 2010 (se refieren al pronunciamiento de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto Kononov contra Letonia, demanda núm. 36376-04), en cuanto respalda la posibilidad de imponer una condena penal por aplicación de los principios del derecho internacional, de los Convenios de Ginebra y de sus protocolos adicionales sin necesidad de incorporación alguna al derecho interno.

El art. 146.2 de la IV Convención de Ginebra de 1949, que España ratificó y publicó y que está vigente en nuestro país desde el año 1952, establece la obligación de las partes contratantes de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, cualquiera de las infracciones graves previstas en su art. 147; entre las que se encuentran el homicidio intencional y las torturas, debiendo hacerlas comparecer ante los propios tribunales, fuera cual fuere su nacionalidad, lo que interpretan en el sentido de que los órganos competentes del Estado tienen la obligación de tramitar la extradición de quienes se encuentren fuera de su territorio, investigar los hechos mediante la instrucción del proceso y someterlos a juicio ante un tribunal independiente e imparcial.

Afirman que el art. 23.4 a) LOPJ, al limitar la persecución penal a los casos en que los autores del delito sean españoles o extranjeros que residan habitualmente en España, o que se encuentren en España, contradice abiertamente el art. 146 de la IV Convención de Ginebra, por lo que procedería aplicar el art. 23.4 p) LOPJ, que llevaría a aplicar directamente lo previsto en dicha convención, por lo que no procedería el sobreseimiento de la causa, pues de lo contrario se estaría admitiendo que una norma de derecho interno modifique o derogue una disposición de un tratado o convenio internacional vigente en España, lo que sería contrario al Convenio de Viena sobre Derecho de los tratados, arts. 26 y 27, y se estaría infringiendo también el art. 96.1 CE, que establece que las disposiciones de un tratado solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del derecho internacional, lo que en este caso no ha ocurrido.

El Tribunal Supremo, al desestimar el recurso de casación interpuesto por los demandantes de amparo contra el auto de la Audiencia Nacional, ha infringido, pues, el art. 24.1 CE, privando a los demandantes de su derecho a la tutela judicial efectiva, máxime porque no existe ningún otro procedimiento judicial abierto por las conductas criminales que causaron la muerte de don José Couso Permuy. Añaden que en virtud del principio general del derecho procesal *tempus regit actum*, la norma de competencia no puede ser variada una vez iniciado el procedimiento judicial y mientras no haya concluido, toda vez que no se trata de una norma penal menos favorable al reo. Concluyen señalando que el Tribunal Supremo ha efectuado una interpretación excesivamente rigorista del art. 23.4 LOPJ y ha ignorado la aplicación correlativa de lo dispuesto en los arts. 146 y 147 de la IV Convención de Ginebra.

b) De otra parte, aducen la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a un proceso público con todas las garantías del art. 24.1 y 2 CE, que conectan con la vulneración de los principios de legalidad y seguridad jurídica del art. 9.3 CE, que se seguiría de acordar el sobreseimiento especial establecido en la disposición transitoria única de la Ley Orgánica 1/2014.

Argumentan que el sobreseimiento previsto en dicha disposición es una especie distinta de las modalidades de sobreseimiento libre y provisional reguladas en los arts. 637 y 641 LECrim, un «sobreseimiento especial» que constituye una novedosa tercera posibilidad, cuya aplicación quiebra la previsibilidad del ordenamiento jurídico y contradice los principios de legalidad, seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad.

Citan la STC 46/1990, de 15 de marzo, en el inciso que afirma que la exigencia del art. 9.3 CE relativa al principio de seguridad jurídica implica que el legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que acerca de la materia sobre la que legisle sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse y debe abstenerse de provocar situaciones objetivamente confusas.

Señalan que ni la Audiencia Nacional ni el Tribunal Supremo dicen cómo va a constatarse, después del sobreseimiento, que se dan los requisitos para activar de nuevo la jurisdicción española, esto es, la presencia de los procesados en España; constatación que exigiría el ejercicio de unas capacidades y potestades que únicamente ostentan los poderes públicos, lo que coloca a las víctimas en una situación de indefensión, por lo que la norma debería ser declarada inconstitucional.

Las demanda de amparo interpuesta por la representación procesal de las acusaciones particulares solicita, asimismo, que el Tribunal Constitucional declare la inconstitucionalidad del art. 23 párrafos 4, 5 y 6 LOPJ y de la disposición transitoria única de la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, por ser contrarios a los arts. 9.1 y 3, 10.1 y 2, 96.1 y 2 y 24.1 y 2 CE, en relación con el art. 146 párrafo segundo de la IV Convención de Ginebra y concordantes de su Protocolo adicional I, instando su declaración de nulidad.

4. La Sala Segunda de este Tribunal, en sendas providencias de 23 de mayo de 2017 acordó la admisión a trámite de los recursos de amparo núm. 6438-2016 y 6496-2016, apreciando que concurre en los mismos una especial trascendencia constitucional [art. 50.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC)], 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. En aplicación de lo dispuesto en el artículo 51 LOTIC, resolvió requerir atentamente a la Sala Segunda del Tribunal Supremo, para que remitiera certificación o fotocopia adverada del recurso de casación núm. 37-2016; y a la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, a fin

de remitir certificación o fotocopia adverada del rollo de sala núm. 34-2017, y procediera al emplazamiento de quienes hubieran sido parte en el procedimiento, a excepción de los recurrentes, para que pudiesen comparecer en el plazo de diez días en los respectivos procesos de amparo.

5. Por sendos escritos registrados en este Tribunal el 14 de julio de 2017, el procurador de los tribunales don Felipe Juanas Blanco, en nombre y representación de la Asociación de la Prensa de Madrid, y la procuradora de los tribunales doña Ana Isabel Lobera Argüelles, en nombre y representación de la Asociación Libre de Abogados, comparecieron en el recurso de amparo núm. 6438-2016. Por diligencia de ordenación de la Secretaría de Justicia de la Sala Segunda de este Tribunal de 5 de septiembre de 2017 se acordó tener por personados y partes a dichos procuradores.

6. Por escrito de 17 de julio de 2017, la procuradora de los tribunales doña Isabel Herrada Martín, en nombre y representación de la Asociación de Camarógrafos de Televisión y Video, con la asistencia del letrado don Pablo Die Dean, solicitó se la tuviera por personada en el recurso de amparo núm. 6496-2016. Por diligencia de ordenación de la Secretaría de la Sala Segunda de este Tribunal de 5 de septiembre de 2017 se tuvo por personada y parte en el procedimiento a dicha procuradora.

7. La Secretaría de Justicia de la Sala Segunda de este Tribunal, por sendas diligencias de ordenación de 5 de septiembre de 2017, acordó en los recursos de amparo núms. 6438-2016 y 6496-2016 dar vista de las actuaciones al ministerio fiscal y a las partes personadas por plazo común de veinte días para presentar las alegaciones que estimasen pertinentes, de conformidad con el artículo 52 LOTC.

8. El ministerio fiscal, por sendos escritos registrados los días 2 y 4 de octubre de 2017, formuló idénticas alegaciones en los recursos de amparo núms. 6438-2016 y 6496-2016 interesando su desestimación, por entender que las resoluciones judiciales impugnadas no han lesionado los derechos fundamentales de los recurrentes a la tutela judicial efectiva, en la vertiente de acceso al proceso, en relación con lo establecido en los arts. 6 y 13 CEDH y la IV Convención de Ginebra, sobre protección debida a las personas civiles en tiempos de guerra, y del derecho a la tutela judicial efectiva y al proceso con todas las garantías, en relación con el principio de legalidad y seguridad jurídica del art. 9.3 CE. El ministerio fiscal estructura sus argumentos en el siguiente orden:

a) Comienza apuntando la posible concurrencia del defecto procesal de falta de agotamiento de la vía judicial previa del art. 44.1 a) de la LOTC en la demanda de las acusaciones particulares, recurso de amparo núm. 6438-2016, porque en su parte dispositiva solo impetra la nulidad de la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que es a la que atribuye las lesiones de derechos fundamentales que sirven de fundamento al recurso de amparo. Entiende que concurriría el óbice procesal indicado por no haberse promovido contra la misma incidente de nulidad de actuaciones, si bien, a continuación matiza que, del desarrollo de los motivos del recurso y de su argumentación, se desprende que la imputación que se hace a la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo no es la causación directa y autónoma de tales lesiones, sino más bien el no restablecimiento de los derechos fundamentales previamente infringidos por el auto de 25 de noviembre de 2015 de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, siendo las lesiones de derechos fundamentales invocadas en la demanda de amparo las mismas que se alegaron en el recurso de casación interpuesto contra el citado auto de la Audiencia Nacional, por lo que cabe considerar que no ha existido realmente el defecto procesal de falta de agotamiento de la vía judicial.

b) En relación con el primer motivo de amparo, en el que se denuncia la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE en la vertiente de acceso al proceso en relación con los arts. 6.1 y 13 CEDH y lo establecido en la IV Convención de Ginebra y su Protocolo adicional I, el ministerio fiscal comienza exponiendo la doctrina constitucional que afirma que el derecho de las víctimas e, igualmente, de las acusaciones populares, de acceso a la jurisdicción no comprende el derecho a una total culminación del proceso penal hasta su terminación con sentencia sobre el fondo, sino que es un derecho de apertura del proceso y a su desarrollo con las garantías del proceso debido (*ius ut procedatur*), citando las SSTC 218/2007, de 8 de octubre, FJ 3 y 185/2006, de 19 de junio, FJ 4.

Aduce que, en el presente caso, la conclusión del sumario núm. 27-2007 del Juzgado Central de Instrucción núm. 1 se ha debido a la falta de jurisdicción sobrevinida del cambio de la regulación de la jurisdicción universal verificado por la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, en cuya disposición transitoria única se establece su aplicación a los procesos en tramitación. Recuerda que la falta de jurisdicción es una cuestión de naturaleza procesal y de orden público apreciable de oficio por los órganos judiciales, en cualquier momento del proceso, y que el art. 9, apartados 1 y 6 LOPJ, dispone que los juzgados y tribunales ejercerán su jurisdicción exclusivamente en aquellos casos en que les venga atribuida por esta u otra ley, que es improrrogable y que los órganos judiciales resolverán sobre la misma con audiencia de las partes y del ministerio fiscal. Argumenta que las resoluciones

judiciales impugnadas se han dictado tras oír a las partes y se han fundado en la nueva regulación del art. 23.4 LOPJ.

La falta del presupuesto de la jurisdicción, fundamento del ius puniendi del Estado, impide la viabilidad del proceso y su ulterior desenvolvimiento, por lo que considera que los recurrentes no pueden pretender anteponer el derecho a las diligencias de prueba para el esclarecimiento de los hechos al presupuesto de la existencia de jurisdicción. Continúa argumentando que el art. 23.4 a) LOPJ en relación con los delitos cometidos contra personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, establece como condición para su perseguibilidad por nuestros tribunales que: 1.º) el procedimiento se dirija contra un español o contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España, o 2.º) contra un extranjero que se encontrara en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas. Entiende que esta regulación no contradice los tratados internacionales sobre la materia, en concreto, la IV Convención de Ginebra sobre protección debida a las personas civiles en tiempos de guerra, pues estos tratados no configuran una justicia universal absoluta e incondicionada que, de manera obligatoria, abarque las investigaciones y juicios en ausencia, excluyendo cualquier otra posibilidad de configuración o modulación por los Estados del principio de justicia universal en sus respectivos ordenamientos nacionales. Una interpretación literal y sistemática del art. 146 de la IV Convención de Ginebra no permite concluir, como hacen los recurrentes en amparo, que imponga a los Estados partes la obligación de localizar a las personas acusadas de tales infracciones, aun en el caso de que no se encuentren en su territorio, para hacerlas comparecer ante sus tribunales. La obligación de buscar a los acusados o responsables solo puede entenderse referida a los infractores que se encuentren en el territorio del Estado parte, puesto que si estos se encuentran fuera del mismo, el Estado carecerá de la posibilidad legal de llevarlos ante sus propios tribunales. Se apoya en la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo núm. 296/2005, de 6 de mayo, FJ 28. Ello no impide que los Estados parte, facultativamente, puedan optar por incorporar a sus legislaciones nacionales una jurisdicción universal más extensa, como ocurría en nuestro ordenamiento jurídico con la anterior regulación de la justicia universal en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

El comité internacional de la Cruz Roja, en las reglas de derecho internacional consuetudinario publicadas en 2006, en concreto en la regla 157, relativa a la aplicación de la justicia universal en los crímenes de guerra, configura este principio como derecho de los Estados a establecer su jurisdicción para la persecución de estos crímenes aunque los responsables no estén en su territorio, pero no como una obligación ineludible directamente impuesta por los convenios de Ginebra. El Comité Internacional de la Cruz Roja ha informado, en el año 2011, al secretario general de Naciones Unidas, que los Estados pueden llevar a cabo investigaciones o actuaciones judiciales incluso contra personas que se encuentran fuera de su territorio y que ningún tratado internacional prohíbe a los Estados miembros las investigaciones in absentia de las infracciones graves de los convenios de Ginebra.

El ministerio fiscal considera, asimismo, que no es aceptable la pretensión de los recurrentes de que se tenga en cuenta el art. 23.4 p) LOPJ para eludir la aplicación de la letra a) del mismo apartado, pues la letra p) constituye una cláusula de cierre para abarcar los supuestos de crímenes no previstos de manera explícita dentro del ámbito de la justicia universal. No existe ninguna razón para considerar que los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado que recoge el art. 23.4 a) LOPJ, que se corresponden con los que el Código penal tipifica en el capítulo III del título XXIV, en particular, el art. 608.3, no se refieran a las infracciones graves del art. 147 del IV Convenio de Ginebra y que estas infracciones deban considerarse comprendidas en el apartado p) que actúa como cláusula de cierre para los supuestos no comprendidos en la exhaustiva relación de delitos que se hace en el art. 23.4 LOPJ. Además el propio apartado p) sujeta la atribución de la justicia universal a los supuestos y condiciones que los tratados establezcan, y el art. 146 del IV Convenio de Ginebra autoriza, no impone, la incorporación a sus ordenamientos de una justicia universal que incluya la persecución de los infractores fuera de su territorio.

La fiscal rechaza que la Ley Orgánica 1/2014 haya supuesto una derogación de la IV Convención de Ginebra, contraria al art. 96.1 CE, reiterando el argumento de que dicha convención no impone una jurisdicción universal absoluta e incondicionada, dejando un margen de discrecionalidad en el uso de la potestad normativa de los Estados, que permite la incorporación de determinados criterios de conexión, que en este caso aparecen justificados en el preámbulo de la Ley Orgánica 1/2014, del que hace extensa cita, que establece como límite y guía en la incorporación de la justicia universal al ordenamiento interno las obligaciones contraídas en virtud de los tratados internacionales.

En relación con la denegación de planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, el ministerio fiscal estima que no se derivaría de la misma ninguna vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, pues según reiterada doctrina constitucional tal vulneración solo se produciría si ante una solicitud de planteamiento de

la cuestión hecha por las partes en el proceso, el órgano judicial no ofreciera una respuesta motivada, o la que ofreciera pudiera considerarse manifiestamente errónea o arbitraria (por todas, STC 222/2015, FFJJ 2 y 3). En el presente caso, tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Supremo han expresado las razones jurídicas por las que consideraban que era improcedente el planteamiento de la cuestión, dado que la regulación sobre jurisdicción universal establecida en los preceptos cuestionados no se oponía a los tratados y normas de derecho internacional, no pudiendo considerarse esta motivación manifiestamente errónea, arbitraria o irracional.

c) En relación con el segundo motivo de amparo, en el que se denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso público con todas las garantías de los arts. 24.1 y 2 CE en relación con el art. 9.3 CE por vulneración de los principios de legalidad y seguridad jurídica, el ministerio fiscal afirma que lo que se plantea no es tanto una falta de sustento legal del sobreseimiento previsto en la disposición transitoria única de la Ley Orgánica 1/2014, sino una supuesta falta de calificación de dicho sobreseimiento, como provisional o definitivo. La fiscal aduce que, como se ha expuesto anteriormente, se trata de un sobreseimiento que tiene su fundamento en la falta sobrevenida del presupuesto de la jurisdicción inherente al propio ejercicio del ius puniendi y a la viabilidad de los procesos en curso, siendo así que el mismo art. 9.6 LOPJ obliga a los órganos judiciales a apreciar de oficio su falta de jurisdicción, la cual es improrrogable.

Niega que la norma carezca de certeza pues, como se desprende de la propia disposición transitoria y de las resoluciones judiciales que la aplican, se trata de un sobreseimiento provisional, no definitivo, que solo se mantendrá si no se cumplen las condiciones que establece el art. 23.4 LOPJ para atribuir la jurisdicción a los tribunales españoles. En cuanto al mecanismo de reapertura del proceso, considera que no se hace recaer de forma exclusiva en las acusaciones particulares, pues se puede producir de oficio si las autoridades judiciales tienen conocimiento de que los responsables se encuentran en España por cualquier vía, al margen de que las acusaciones particulares pueden ser las que comuniquen dicha circunstancia. Termina argumentando que no se puede afirmar que los recurrentes en amparo tuvieran un derecho, ni siquiera una legítima expectativa, de proseguir el proceso penal hasta la celebración del juicio, que se haya visto conculcada por el cambio legislativo operado por la Ley Orgánica 1/2014, con vulneración del principio de seguridad jurídica. Trae a colación la STC 112/2006, de 5 de abril, FJ 17, sobre las distintas formas de aplicación retroactiva de las leyes a situaciones jurídicas pasadas, distinguiendo entre retroactividad auténtica y retroactividad impropia. Sostiene que la aplicación retroactiva de la nueva regulación de la jurisdicción universal del art. 23.4 LOPJ es ineludible en cuanto que la atribución de la jurisdicción penal, como manifestación del ius puniendi del Estado, resulta improrrogable, señalando asimismo que el presupuesto de la jurisdicción debe entenderse comprendido en la garantía del principio de legalidad del art. 25 CE, con base en el criterio seguido en la sentencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo núm. 297/2015, de 8 de mayo, en el inciso que argumenta que la Ley Orgánica 1/2014 es una norma de carácter procesal pero con efectos penales sobre las personas querelladas, que al excluir la jurisdicción de los tribunales españoles es una norma que favorece al reo y que, en consecuencia, debe producir los mismos efectos retroactivos que una norma penal.

9. Los demandantes en el recurso de amparo núm. 6438-2016, por sendos escritos registrados en este tribunal los días 18 y el 28 de septiembre de 2017, presentaron sus alegaciones ratificándose en las formuladas en sus respectivas demandas de amparo. La demandante en el recurso de amparo núm. 6496-2016 presentó alegaciones en escrito registrado el 6 de octubre de 2017 ratificándose en las señaladas en su demanda de amparo, al tiempo que solicitaba su acumulación al recurso de amparo núm. 6438-2016.

10. La Secretaría de Justicia de la Sala Segunda de este Tribunal por sendas diligencias de ordenación de 26 de octubre de 2016 acordó conceder en los recursos de amparo a las partes recurrentes, ministerio fiscal y partes personadas un plazo común de diez días para que conforme a lo que establece el art. 83 LOTC efectuaran las alegaciones que a su derecho convinieran sobre la acumulación de los recursos núm. 6438-2016 y 6496-2016.

El ministerio fiscal por sendos escritos registrados el 7 de noviembre de 2017 en ambos procedimientos se mostró favorable a la acumulación de los recursos. Igualmente, los recurrentes en amparo y la asociación de camarógrafos de televisión y vídeo, en varios escritos registrados en ambos procedimientos en noviembre de 2017, se mostraron igualmente favorables a la acumulación de los recursos.

11. La Sala Segunda de este tribunal, por auto de 18 de diciembre de 2017, acordó la acumulación del recurso de amparo núm. 6496-2016 al recurso de amparo núm. 6438-2016, de conformidad con lo dispuesto en el art. 83 LOTC, por dirigirse ambos recursos contra las mismas resoluciones judiciales y fundar sus pretensiones en una motivación jurídica coincidente.

12. Por providencia de 13 de junio de 2019, se señaló para la deliberación y votación de la presente sentencia el día 17 de junio del mismo año.



II. Fundamentos jurídicos

1. Las demandas de amparo acumuladas, sustancialmente coincidentes en el objeto y fundamento de su impugnación, reprochan a la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo núm. 797/2016, de 25 de octubre, que confirmó el auto de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 25 de noviembre de 2015, haber ocasionado las siguientes vulneraciones:

a) Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva garantizado en el art. 24.1 CE, desarrollado en dos líneas argumentales: (i) porque la decisión de sobreseimiento ha cercenado el acceso al proceso de los demandantes de amparo (*ius ut procedatur*) con quebranto de las obligaciones contraídas por España en virtud del Derecho internacional humanitario en lo concerniente a la persecución universal de los crímenes de guerra y (ii) porque dicha decisión se asienta en la aplicación de normas con rango de ley que pueden ser inconstitucionales, concretamente el art. 23.4 a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) y la disposición transitoria única de la Ley Orgánica 1/2014, lo que en uno de los recursos de amparo motiva la solicitud de planteamiento de una cuestión interna de inconstitucionalidad.

b) Vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías reconocidos en el art. 24.1 y 2 CE por un doble motivo: (i) por haber acordado el sobreseimiento en virtud de una norma, la disposición transitoria única de la Ley Orgánica 1/2014, que no cumple los estándares constitucionales de legalidad y seguridad jurídica del art. 9.3 CE y (ii) porque se ha producido una aplicación retroactiva de la nueva legislación a un procedimiento que se había incoado antes de su modificación, lo que ha contravenido la proscripción de la aplicación retroactiva de las normas sancionadoras o restrictivas de derechos establecida en el art. 9.3 CE.

El ministerio fiscal en sus escritos de alegaciones, tras plantear a efectos dialécticos la posible concurrencia del óbice procesal de falta de agotamiento de la vía judicial previa en el recurso de amparo interpuesto por las acusaciones particulares –núm. 6438-2016–, óbice que finalmente descarta, interesa seguidamente la desestimación de fondo de ambos recursos de amparo argumentando lo siguiente:

a) No se ha vulnerado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE en la vertiente de acceso al proceso, en relación con los arts. 6.1 y 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y lo establecido en la IV Convención de Ginebra y su Protocolo adicional I, porque las decisiones judiciales de conclusión del sumario y sobreseimiento se basaron en una sobrevenida falta de jurisdicción de los tribunales españoles, por la modificación normativa operada por la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, pues la jurisdicción es una cuestión de naturaleza procesal, de orden público y de carácter improrrogable que los tribunales deben apreciar de oficio en cualquier momento del proceso (art. 9.1 y 6 LOPJ). Dictamina asimismo que la IV Convención de Ginebra sobre protección debida a las personas civiles en tiempos de guerra no configura una justicia universal absoluta e incondicionada que imponga investigaciones y juicios en ausencia, con exclusión de cualquier otra posibilidad de configuración o modulación por los Estados del principio de justicia universal en sus respectivos ordenamientos nacionales, pues el art. 146 de la convención solo establece la obligación de buscar a los infractores que se encuentren en el territorio del Estado parte. Niega, por otra parte, que pueda aplicarse al caso el art. 23.4 p) LOPJ, por tratarse de una norma residual que queda desplazada cuando entran en juego alguno de los supuestos enunciados en los apartados anteriores del mismo precepto. Argumenta, asimismo, que el no planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad por los órganos judiciales no supone vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, pues según reiterada doctrina constitucional, esta solo se produciría si ante una solicitud de planteamiento de la cuestión hecha por las partes en el proceso, el órgano judicial no ofreciera una respuesta motivada, o la que ofreciera pudiera considerarse manifiestamente errónea o arbitraria (por todas, STC 222/2015, FFJJ 2 y 3).

b) El ministerio fiscal rechaza asimismo que la disposición transitoria única de la Ley Orgánica 1/2014 sea una norma carente de claridad o certeza, pues prevé un sobreseimiento provisional, no definitivo, que solo se mantendrá si no se cumplen las condiciones que establece el art. 23.4 LOPJ; niega asimismo que los recurrentes en amparo tuvieran un derecho o una legítima expectativa a mantener vivo el proceso que se haya visto conculcada por el meritado cambio legislativo, y hace mención de la STC 112/2006, de 5 de abril, FJ 17, sobre las distintas formas de retroactividad de las leyes a situaciones jurídicas pasadas y la distinción entre retroactividad auténtica y retroactividad impropia. Considera que la aplicación retroactiva de la nueva regulación de la jurisdicción universal es ineludible, en cuanto que la atribución de la jurisdicción penal como manifestación del *ius puniendi* del Estado resulta improrrogable, y se trata además de una norma que favorece al reo y que debe producir, por ello, los mismos efectos retroactivos que una norma penal.

2. Por razones de ordenación sistemática es preciso abordar, en primer lugar, la denuncia más o menos explícita que se hace en ambas demandas de amparo de inadecuación de la reforma de la jurisdicción universal operada por la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, a las exigencias derivadas de determinados preceptos constitucionales y a los compromisos asumidos por España en instrumentos internacionales de perseguir determinados crímenes contra la comunidad internacional, si bien tal planteamiento solo se traduce en una pretensión explícita de declaración de inconstitucionalidad en el recurso de amparo deducido por las acusaciones particulares, cuyo suplico incluye como segundo pedimento que este tribunal «[d]eclare que la reforma del artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial aprobada por Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, en especial su Disposición Transitoria Única, vulnera los arts. 9.1 y 3, 10.1 y 2, 96.1 y 2 y 24.1 y 2 de la Constitución Española, en relación con el art. 146, párrafo segundo, de la IV Convención de Ginebra y concordantes de su Protocolo Adicional I, declarando la nulidad por inconstitucionalidad del art. 23, párrafos 4, 5 y 6, y de la Disposición Transitoria Única de la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de reforma parcial de la Ley Orgánica del Poder Judicial».

En contestación a esta petición expresa se ha de señalar que no procede el planteamiento de la cuestión interna de inconstitucionalidad, toda vez que no existen motivos, en los términos previstos en el art. 55.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), para considerar que la ley aplicada en el procedimiento antecedente como ratio decidendi del sobreseimiento y archivo del sumario resulte por sí misma lesiva de los derechos fundamentales invocados por los demandantes. Sobre la adecuación constitucional de la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, ya se ha pronunciado este tribunal en su sentencia núm. 140/2018, de 20 de diciembre, que desestimó el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la misma por más de cincuenta diputados del grupo parlamentario socialista, a cuyos fundamentos nos remitiremos en cuantas ocasiones sean precisas para el análisis del fundamento de los motivos de amparo sustanciados en el presente proceso constitucional.

También merece una consideración preliminar la alegación, intensamente vinculada a la anterior, pues se basa en la supuesta infracción de las exigencias derivadas de la cláusula hermenéutica del art. 10.2 CE y de la cláusula de incorporación de los convenios internacionales al ordenamiento interno del art. 96.1 CE, de que los órganos judiciales debían, en virtud de tales preceptos constitucionales, haber otorgado primacía a los tratados internacionales de derecho humanitario ratificados por España, si es el caso, incluso por la vía de la aplicación de la letra p) del art. 23.4 LOPJ en su nueva redacción, que dispone que será competente la jurisdicción española para conocer «[c]ualquier otro delito cuya persecución se imponga con carácter obligatorio por un Tratado vigente para España o por otros actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea miembro, en los supuestos y condiciones que se determine en los mismos».

Lo que en este punto cuestionan los recursos de amparo es la respuesta dada por los órganos del Poder Judicial al conflicto que a su juicio se produce entre el derecho interno, que regula la jurisdicción extraterritorial de los tribunales españoles, tras su modificación por la Ley Orgánica 1/2014, y los convenios y tratados internacionales sobre persecución de crímenes contra la comunidad internacional, en este particular caso, la IV Convención de Ginebra de 1949 y su Protocolo adicional I. Se plantea de este modo el reproche de que los órganos judiciales no han verificado como es debido el «control de convencionalidad» de la ley interna.

Ya se ha dicho en la STC 140/2018, FJ 6, y reiterado en la STC 10/2019, de 28 de enero, FJ 4, que el control por los órganos del Poder Judicial de la adecuación del derecho interno a las exigencias de los convenios internacionales constituye una cuestión de selección de la norma aplicable, perteneciente al ámbito de la legalidad ordinaria y de dimensión infraconstitucional, por lo que a este tribunal solo le compete en la vía del amparo constitucional revisar la selección del derecho formulada por los jueces ordinarios en determinadas circunstancias bajo el parámetro del artículo 24.1 CE: «[e]n suma, el análisis de convencionalidad que tiene cabida en nuestro ordenamiento constitucional no es un juicio de validez de la norma interna o de constitucionalidad mediata de la misma, sino un mero juicio de aplicabilidad de disposiciones normativas; de selección de derecho aplicable, que queda, en principio, extramuros de las competencias del Tribunal Constitucional que podrá, no obstante, y en todo caso por la vía procesal que se pone a su alcance a través del recurso de amparo constitucional, revisar la selección del derecho formulada por los jueces ordinarios en determinadas circunstancias bajo el parámetro del artículo 24.1 CE, que garantiza 'que el fundamento de la decisión judicial sea la aplicación no arbitraria ni irrazonable de las normas que se consideren adecuadas al caso, pues tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente con relevancia constitucional, como si fuere arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (por todas, SSTC 25/2000, de 31 de enero, FJ 2; 221/2001, de 31 de octubre, FJ 6, y 308/2006, de 23 de octubre, FJ 5)' (STC 145/2012, de 2 de julio, FJ 4)».

Este será, en consecuencia, el canon aplicable al enjuiciamiento constitucional de la decisión adoptada por los órganos judiciales de atenerse a la regulación de la jurisdicción universal emanada de la Ley Orgánica 1/2014 como fundamento del cuestionado sobreseimiento de la causa.

3. Los demandantes de amparo invocan como primer motivo la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho de acceso al proceso, garantizado en el art. 24.1 CE, por el sobreseimiento, que califican de prematuro, que sufrió el sumario núm. 27-2007 del Juzgado Central de Instrucción núm. 1, en el que se investigaba la muerte del periodista español don José Couso Permuy, acaecida el 8 de abril de 2003 en Bagdad (Iraq). En dicho sumario fueron procesados tres militares estadounidenses y en el momento de su sobreseimiento estaban pendientes de práctica varias diligencias de instrucción, entre otras, la indagatoria de los procesados.

Sostienen que este sobreseimiento ha impedido la práctica de diligencias de instrucción necesarias para el esclarecimiento de los hechos y un enjuiciamiento de fondo que hubiera permitido examinar el fundamento de las imputaciones formalizadas en el auto de procesamiento, lo que, entienden, representa el incumplimiento de los deberes asumidos por España al ratificar la IV Convención de Ginebra y su Protocolo adicional I de perseguir eficazmente los crímenes de guerra. Conectan esta vulneración con la infracción de los arts. 10.1 y 2 y 96.1 y 2 CE que impondrían una interpretación más amplia del alcance de la jurisdicción española conforme a unos compromisos internacionales que no pueden ser derogados ni modificados por normas de derecho interno. Censuran asimismo una falta de proporcionalidad en la interpretación de las normas procesales que regulan las causas obstativas al acceso a la jurisdicción.

Por la índole y desarrollo de los argumentos empleados en la demanda, se colige que la lesión del art. 24.1 CE tendría un doble origen: (i) en primer lugar, en la legislación aplicada, esto es, en el mismo art. 23.4, a) LOPJ resultante de la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2014, que entienden infringe el principio de jurisdicción universal absoluta derivable del derecho internacional humanitario en virtud de la cláusula hermenéutica del art. 10.2 CE, al tiempo que entra en contradicción con las exigencias de persecución universal de las infracciones graves establecidas en el IV Convenio de Ginebra, incorporado al ordenamiento español en virtud del art. 96.1 del Código penal y, de otra parte, (ii) en la aplicación judicial de la ley, que al acordar el sobreseimiento incurre a su entender en una interpretación formalista y de un rigorismo desproporcionado.

El análisis del fondo de este motivo exige partir del dato de que las decisiones judiciales impugnadas acordaron el sobreseimiento por inconcurrencia de los puntos de conexión exigidos en el art. 23.4 a) LOPJ; precepto que dispone la competencia de la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse como 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».

Esas decisiones se atienen, asimismo, al mandato de la disposición transitoria única de la Ley Orgánica 1/2014, que dice que «[l]as causas que en el momento de 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».

La IV Convención de Ginebra de 12 de agosto de 1949, que vertebra el desarrollo argumental del motivo, relativa a la protección debida a las personas civiles en tiempos de guerra, cuyo instrumento de ratificación se publicó en el «Boletín Oficial del Estado» núm. 246, de 2 de septiembre de 1952, exige de los estados parte la tipificación penal de las infracciones graves a sus mandatos en su artículo 146, párrafo primero, que dispone lo siguiente: «Las Altas Partes Contratantes se comprometen a tomar todas las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las infracciones graves contra el presente Convenio definidas en el artículo siguiente»; este precepto se complementa con el artículo 147 que califica de infracciones graves, en lo que interesa al presente caso, «las que implican uno cualquiera de los actos siguientes, si se cometen contra personas o bienes protegidos por el Convenio: el homicidio intencional [...] el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud».

Como se ha indicado en los antecedentes de esta resolución, el Juzgado Central de Instrucción núm. 1 dictó el auto de 4 de octubre de 2011 por el que acordó el procesamiento de tres militares norteamericanos, atribuyéndoles la comisión de un delito contra la comunidad internacional del art. 611.1 CP –«Será castigado con la pena de prisión de diez a quince años, sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados producidos, el que, con ocasión de un conflicto armado: 1.º Realice u ordene realizar ataques indiscriminados o excesivos o haga objeto a la población civil de ataques, represalias o actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal

sea aterrorizarla»– en relación con el art. 608.3 CP –«A los efectos de este capítulo, se entenderá por personas protegidas: 3.º La población civil y las personas civiles protegidas por el IV Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 o por el Protocolo I Adicional de 8 de junio de 1977»– en concurso real con un delito de homicidio del art. 138 CP.

El segundo párrafo del artículo 146 de la meritada convención dispone asimismo que «[c]ada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiere, y según las condiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si ésta ha formulado contra ella cargos suficientes».

Los recurrentes vienen a interpretar estas exigencias; y especialmente la relativa al deber de instituir jurisdicción, en el sentido de que es obligatorio para los Estados signatarios perseguir criminalmente a los autores de las infracciones graves de la convención sin sujetarse a restricción alguna en razón del lugar del mundo en el que se hallen, y que esta obligación debe prevalecer sobre las autolimitaciones que el derecho interno del Estado haya establecido a la proyección extraterritorial de su propia jurisdicción. Consideran que en nuestro ordenamiento constitucional los tratados tendrían valor prevalente en virtud del art. 96 CE, y que la cláusula del art. 10.2 CE, que establece el valor hermenéutico de los textos internacionales de garantía de los derechos humanos, incorporaría al contenido constitucionalmente protegido del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE la obligación de perseguir a los responsables de crímenes de guerra sin limitación alguna.

En el análisis de este motivo de amparo, nos atendremos a la ordenación sistemática de los razonamientos empleados en las demandas de amparo para combatir las resoluciones judiciales impugnadas al que más arriba hemos hecho referencia.

a) Sobre el principio de jurisdicción universal. Este Tribunal ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre denuncias de vulneración del art. 24.1 CE por el archivo sobrevenido de causas penales en virtud de la aplicación de los mismos preceptos orgánicos. En la STC 10/2019, de 28 de enero, FJ 4 (asunto Falun Gong II), abordamos el archivo de una causa penal abierta por delitos de genocidio y torturas, y concluimos que no se había producido vulneración del art. 24.1 CE porque (i) dicho precepto constitucional no alberga dentro de sí por efecto indirecto del artículo 10.2 CE un principio de jurisdicción universal absoluta o una prohibición de restricción del ámbito legislativo de la misma, y (ii) la eventual contradicción entre la regulación interna (art. 23.4 LOPJ) y los convenios y tratados internacionales relativos a la jurisdicción universal tampoco determina, por sí misma, violación alguna del artículo 24.1 CE, pues estamos ante un juicio de aplicabilidad (control de convencionalidad), que pertenece al ámbito de la legalidad ordinaria y que tiene, por tanto, con carácter general, una dimensión infraconstitucional.

Para alcanzar estas conclusiones, el anterior pronunciamiento se atiene a la doctrina fijada en la STC 140/2018, de 20 de diciembre, FJ 5, que ha establecido que «[p]or lo que hace a los tratados del sistema universal previamente citados [cita que incluye los cuatro convenios de Ginebra de 1949], la lectura de los mismos permite concluir que no establecen un modelo único y universalmente válido de aplicación del principio de universalidad de la jurisdicción. Prueba adicional de ello es el contenido de las resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas (AGNU) 64/117, de 16 de diciembre de 2009; 65/33, de 6 de diciembre de 2010; 66/103, de 9 de diciembre de 2011; 67/98, de 14 de diciembre de 2012; 68/117, de 16 de diciembre de 2013; 69/124, de 10 de diciembre de 2014; 70/119, de 14 de diciembre de 2015 y 71/149, de 13 de diciembre. Todas ellas reconocen implícitamente que no existe dicho modelo, identificándose una amplia diversidad de opiniones expresadas por los Estados en relación con el alcance y aplicación de la universalidad de la jurisdicción».

La STC 140/2018 constata que la Corte Internacional de Justicia no se ha pronunciado directamente sobre el alcance y obligatoriedad del principio de jurisdicción universal, y que «[l]o único que puede deducirse del conjunto de pronunciamientos de la Asamblea General de las Naciones Unidas (AGNU) y de la Corte Internacional de Justicia, así como de otros documentos de referencia, como los principios de Princeton sobre la jurisdicción universal [...] es que el derecho internacional consuetudinario otorga a los Estados la facultad para atribuir competencia universal a sus jueces y magistrados, pero no les impone la obligación de hacerlo, dependiendo el ejercicio de dicha facultad de la relevancia que cada Estado atribuya a la relación entre el ejercicio de la soberanía en el marco de las relaciones internacionales y la garantía del imperio universal de los derechos humanos manifestada en la lucha contra la impunidad de los delitos más graves atentatorios de tales derechos. Esa facultad de los Estados se concreta a través de la firma de tratados internacionales en los que la jurisdicción universal puede conformar un principio de aplicación obligatoria, a través de la legislación interna del orden que se considere pertinente».

Constata igualmente que «[t]ampoco define un modelo único de extensión universal de la jurisdicción el sistema de garantía de los derechos humanos del Consejo de Europa, que se expresa principalmente a través de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos» y que «[r]especto de la jurisdicción universal, no existe un pronunciamiento del tribunal de Estrasburgo que valide con carácter general uno u otro modelo de jurisdicción universal a la luz del artículo 6.1 CEDH», por lo que «[e]n síntesis, no puede deducirse de los pronunciamientos de la Asamblea General de Naciones Unidas, de la Corte Internacional de Justicia o del Tribunal Europeo de Derechos Humanos la configuración de un principio absoluto y general de jurisdicción universal que sea de obligatoria aplicación por los Estados firmantes de los tratados incluidos en dichos sistemas. Por este lado, no puede afirmarse que el artículo 24.1 CE, en su vertiente de acceso a la jurisdicción, interpretado a la luz de los tratados de derechos humanos ratificados por España en la lectura que de esos tratados hacen sus órganos de control, enuncie un principio de jurisdicción universal absoluto como el que definía el artículo 23.4 LOPJ, en su versión originaria, que no pueda ser alterado por el legislador».

Estos argumentos se reproducen en la STC 23/2019, de 25 de febrero, FJ 2, dictada en relación con el sobreseimiento de una causa penal abierta a varios dirigentes chinos por delitos de genocidio, torturas y contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado durante la ocupación del Tíbet, y en la STC 36/2019, de 25 de marzo, FJ 2, dictada en relación con el sobreseimiento de una causa penal abierta por delitos de torturas y contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado en la base norteamericana de Guantánamo.

A la luz de esta doctrina, no es posible reprochar a las resoluciones judiciales impugnadas en el presente recurso de amparo haber incurrido en vulneración del art. 24.1 CE por aplicar al proceso una legislación orgánica –el art. 23.4 a) LOPJ y la disposición transitoria única de la Ley Orgánica 1/2014– que ha precipitado su sobreseimiento por encontrarse fuera del ámbito de la soberanía española las personas extranjeras procesadas por la comisión de crímenes de guerra fuera del territorio nacional. Aunque esta legislación merma considerablemente las posibilidades de proyección extraterritorial de la jurisdicción de los tribunales españoles para perseguir crímenes de guerra en comparación con la legislación previgente, no por ello supone menoscabo objetivo del contenido constitucionalmente protegido en el art. 24.1 CE, del que no forma parte la institución de una jurisdicción universal absoluta e incondicionada que, como desarrollaremos con más amplitud en el apartado siguiente, en relación con los crímenes de guerra, no aparece prefigurada en los convenios de Ginebra de 1949.

b) Sobre la interpretación de la normativa convencional. Incorporada la IV Convención de Ginebra de 1949 al ordenamiento interno conforme a lo exigido en el art. 96.1 CE, su interacción con la normativa orgánico-judicial definitoria de la extensión de la jurisdicción española en su versión emanada de la Ley Orgánica 1/2014 debe ser dirimida según el canon del control de convencionalidad reseñado en el fundamento anterior, en virtud del cual en la vía del amparo constitucional solamente procede revisar la selección del derecho formulada por los jueces ordinarios bajo el parámetro del artículo 24.1 CE, que garantiza que el fundamento de la decisión judicial sea la aplicación no arbitraria ni irrazonable de las normas concurrentes; así lo hemos reiterado en el fundamento jurídico 6 de la STC 140/2018 anteriormente transcrito.

La sentencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo núm. 797/2016, de 25 de octubre, con cita extensa de su sentencia núm. 296/2015, de 6 de mayo, argumenta que la jurisdicción universal supone que, conforme a determinados tratados internacionales, los tribunales de un Estado deben ejercer jurisdicción extraterritorial sobre ciertos delitos en función de su naturaleza para evitar que los responsables puedan encontrar un lugar de refugio donde alcanzar la impunidad, de lo que no se sigue, necesariamente, que los Estados estén obligados necesariamente a extender dicha jurisdicción a personas que no se encuentren en su territorio, o en el ámbito de su soberanía, para iniciar una investigación in absentia, aunque puedan extender facultativamente su jurisdicción a estos supuestos, si así lo establecen en su legislación interna.

Refiriéndose específicamente al art. 146, segundo párrafo, del IV Convenio de Ginebra de 1949, afirma que de su literalidad no se desprende que los Estados parte estén obligados a solicitar la extradición de los culpables que se encuentren más allá de su soberanía, pues de ser así la norma hubiera empleado la fórmula de «buscar, extraditar y hacer comparecer» ante sus tribunales, no simplemente la de buscar y hacer comparecer, y que al establecer la alternativa de entregarlas a otra parte contratante para ser juzgadas está presuponiendo que el infractor se encuentra en su propio territorio, lo que resulta lógico en la medida en que una norma no puede imponer obligaciones de imposible cumplimiento.

Esta argumentación, que sirve a la Sala Penal del Tribunal Supremo para alcanzar la conclusión de que el art. 23.4 a) LOPJ no es incompatible con las previsiones en materia de jurisdicción penal de la IV Convención de Ginebra, no resulta contraria al parámetro que hemos fijado en relación con el art. 24.1 CE, como a continuación se explica. A juicio del citado Tribunal, el art. 146, segundo párrafo, de la IV Convención de Ginebra no determina, en su literalidad, que el deber de perseguir a los autores de infracciones graves sea absoluto ni que resista la

vigencia de cualquier presupuesto procesal que el derecho interno de los Estados haya razonablemente establecido en orden a fijar su propia jurisdicción, ni cabe extraer tan rígida conclusión de las previsiones comunes sobre legislación penal contenidas en las cuatro Convenciones de Ginebra, cuyo fundamento y finalidad originaria no fue otra que suministrar a los Estados una base jurídica suficiente para justificar en el ámbito del derecho internacional público la proyección extraterritorial de su jurisdicción para juzgar criminales de guerra de cualquier nacionalidad, con independencia de que se hubiera solicitado o no su extradición por un tercer Estado, para evitar de este modo que su ámbito de soberanía se convirtiera en un espacio de impunidad. Estas nociones, asentadas en décadas de vigencia de las Convenciones de Ginebra de 1949, en las que los Estados signatarios han ejercido su libertad de configuración de los presupuestos del proceso, no quedan refutadas en los últimos comentarios elaborados en el seno del propio comité internacional de la Cruz Roja –organismo este al que, si bien no le corresponde fijar la interpretación auténtica de los preceptos convencionales, sí ostenta reconocida auctoritas respecto de esa temática–, en los cuales la exigencia de la presencia temporal o permanente del culpable en el territorio del Estado que los incrimina y juzga, sin ser parte de la literalidad de la norma, se considera legítima si obedece al propósito de garantizar la efectividad del proceso y no a móviles políticos o a deslealtad al espíritu del convenio [vid. comentarios al art. 49 del I Convenio de Ginebra, en sus apartados 2866 y 2867 –ICRC, Commentary on the First Geneva Convention: Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, 2nd edition, 2016– y al art. 50 del II Convenio de Ginebra, en sus apartados 2976 y 2977 –ICRC, Commentary on the Second Geneva Convention: Convention (II) for the Amelioration of the Condition of the Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea, 2nd edition, 2017–, preceptos ambos que tienen el mismo tenor literal del art. 146, segundo párrafo, del IV Convenio de Ginebra].

En atención a lo expuesto, debemos descartar que el Tribunal Supremo haya llevado a cabo una interpretación de la legalidad interna e internacional susceptible de ser considerada irrazonable, arbitraria o incurra en error patente, sin que tampoco sea fruto de un injustificado decisionismo judicial, al argumentar que ni el art. 23.4 a) LOPJ ni la disposición transitoria única de la Ley Orgánica 1/2014, al exigir que los responsables de crímenes de guerra no españoles residan o se encuentren en España, entran en conflicto con los mandatos de la IV Convención de Ginebra de 1949 y su protocolo adicional I.

c) Sobre la existencia de una interpretación excesivamente formalista de los presupuestos procesales. Descartado por lo anteriormente expuesto que el origen de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva garantizado en el art. 24.1 CE pueda residenciarse en una deficiente calidad constitucional de la ley que fija los límites de la extensión extraterritorial de la jurisdicción española para la persecución y conocimiento de crímenes de guerra, o en el desconocimiento de obligaciones convencionalmente establecidas para hacer prevalecer el derecho penal humanitario, procede examinar seguidamente si lo que ha podido menoscabar el derecho fundamental de las partes acusadoras, ahora demandantes de amparo, es, como adicionalmente se afirma en sus escritos, una interpretación y aplicación de la ley conducida en términos innecesariamente restrictivos o desconocedores de su genuino tenor por los tribunales llamados a aplicarla.

Nos adentramos en el significado constitucional del ius ut procedatur, o derecho a la jurisdicción penal, concebido por este Tribunal desde sus primeros pronunciamientos como una concreción del derecho a la tutela jurisdiccional del art. 24.1 CE «dentro del sistema plural instaurado en nuestro Derecho, en que junto a la oficialidad de la acción encomendada al ministerio fiscal se establecen otras titularidades privadas, entre ellas las del perjudicado por el delito (art. 110 y concordantes de la LECrim)» [STC 108/1983, de 29 de noviembre, FJ 2], en virtud del cual «cuando la resolución judicial no excluya ab initio en los hechos denunciados las notas caracterizadoras de lo delictivo, deben practicarse las actuaciones necesarias de investigación, acordadas en el seno del procedimiento penal que legalmente corresponda, de sumario, diligencias previas o preparatorias, con la consecuencia de que la crisis de aquél o su terminación anticipada, sin apertura de la fase de plenario, sólo cabe por las razones legalmente previstas de sobreseimiento libre o provisional, conforme a lo establecido en los arts. 637, 641 o en su caso 789.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal» (STC 148/1987, de 28 de septiembre, FJ 2).

Tratándose de las partes acusadoras, su libre acceso al proceso penal «se garantiza mediante la consagración de la acción penal popular (art. 125 C.E.) y, por ende, de la acusación particular y privada, cuya protección se encuentra garantizada por el derecho a la tutela del art. 24, pues es un interés digno de protección el que el ofendido tiene en orden a solicitar la actuación del ius puniendi del Estado a fin de obtener la plena vigencia del principio sustantivo de legalidad», si bien «[e]s cierto que este ius ut procedatur que ostenta el ofendido por el delito no contiene ni un derecho absoluto a la incoación de toda instrucción penal, ni un derecho incondicionado a la apertura del juicio oral» (STC 37/1993, de 8 de febrero, FJ 3) y que «en modo alguno puede confundirse el derecho a la jurisdicción penal para instar la aplicación del ius puniendi, que forma parte del derecho fundamental

a la tutela judicial efectiva, con el derecho material a penar, de exclusiva naturaleza pública y cuya titularidad corresponde al Estado» (STC 157/1990, de 18 de octubre, FJ 4).

Encontrada en este marco la invocada vulneración constitucional, cabe igualmente desechar su fundamento. Es cierto que este Tribunal exige a los órganos judiciales que apliquen las normas que regulan los requisitos y presupuestos procesales teniendo siempre presente el fin perseguido por el legislador al establecerlos, evitando cualquier exceso formalista que los convierta en obstáculos procesales impositivos del acceso a la jurisdicción (por todas, STC 166/2008, de 15 de diciembre, FJ 4); pero también ha dicho que ello no implica necesariamente la selección forzosa de la solución más favorable a la admisión de la demanda de entre todas las posibles (SSTC 88/1997, de 5 de mayo, FJ 2; y 63/1999, de 26 de abril, FJ 2), ni mucho menos puede conducir a que se prescindiera de los requisitos establecidos por las leyes que ordenan el proceso en garantía de los derechos de todas las partes (STC 182/2003, de 20 de octubre, FJ 2, y 45/2002, de 25 de febrero, FJ 2).

En el presente caso las resoluciones judiciales impugnadas justifican el sobreseimiento del sumario en la inconcurrencia de los puntos de conexión exigidos en el art. 23.4 a) LOPJ, de inexcusable observancia y de sencilla constatación: la residencia habitual o la estancia en territorio español de los procesados extranjeros. Tanto la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional como la Sala Segunda del Tribunal Supremo se atienen a la literalidad del precepto para darle cumplimiento mediante lo solución procesal predeterminada en la ley, el sobreseimiento en los términos de la disposición transitoria única de la Ley Orgánica 1/2014. No se observa, pues, que estos órganos judiciales se hayan apartado del sentido y finalidad de las normas que aplican, toda vez que el procedimiento se dirige contra unos procesados de los que, según se desprende del propio sumario, solo consta su nombre y apellido, rango y unidad militar en la que estaban encuadrados en el ejército estadounidense, y el hecho concluyente de que no se encuentran en España.

4. Los recurrentes denuncian en el segundo motivo de amparo la vulneración de sus derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías reconocidos en el art. 24.1 y 2 CE, en virtud de la infracción de los principios de legalidad, seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos recogidos en el art. 9.3 CE por haberse aplicado sin motivación suficiente el sobreseimiento previsto en la disposición transitoria única de la Ley Orgánica 1/2014, al que se califica de especial, sin aclarar si se trata de un sobreseimiento libre o provisional y qué efectos se seguirían del mismo, lo que a su entender supone la creación judicial de una forma nueva de sobreseimiento carente de sustento legal y generadora de una situación de incertidumbre en el justiciable.

Comoquiera que las demandas parecen otorgar un peso mayor al supuesto error o déficit motivacional de la aplicación judicial de la nueva forma de sobreseimiento –aunque el recurso de la acusación popular también apunta en su discurso argumental a la supuesta inconstitucionalidad de la misma– hemos de encuadrar este motivo en el ámbito objetivo del derecho a obtener de los tribunales una resolución fundada en derecho ex art. 24.1 CE.

En la STC 78/2013, de 8 de abril, FJ 4, sintetizando doctrina anterior, hemos dicho que la selección, interpretación y aplicación de un precepto legal que no afecta a los contenidos típicos del art. 24.1 CE o de otros derechos fundamentales, solo genera lesión susceptible de amparo constitucional cuando el razonamiento judicial incurra en tal grado de arbitrariedad, irrazonabilidad o error que para cualquier observador resulte patente que la resolución carece de toda motivación o razonamiento; o dicho de otro modo, que por su contenido la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia.

Este tribunal también ha afirmado reiteradamente que «son los órganos judiciales los únicos competentes, ex art. 117.3 CE, para resolver sobre las materias de estricta legalidad ordinaria, si bien también hemos advertido que sus decisiones pueden ser objeto de revisión en vía de amparo si resultan inmotivadas o manifiestamente irrazonables o arbitrarias, pues, en tal caso, vulnerarían el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE (STC 148/1994, de 12 de mayo, FJ 4)» [STC 138/2014, de 8 de septiembre, FJ 2].

A la luz de esta doctrina, procede analizar si el sobreseimiento acordado por la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, y confirmado por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, es producto de una interpretación irracional o arbitraria de la disposición transitoria invocada en las resoluciones judiciales objeto de impugnación.

Como ya se ha indicado en el correspondiente antecedente de hecho de esta resolución, la Sala Segunda del Tribunal Supremo fija con claridad el fundamento del sobreseimiento: la no concurrencia de los presupuestos que activan la jurisdicción española según el art. 23.4 a) LOPJ, toda vez que los procesados, de nacionalidad norteamericana, no tienen residencia en España ni se encuentran en territorio español, así como sus efectos, que considera semejantes al sobreseimiento provisional en cuanto puede ser alzado si después del archivo se constata que concurren los referidos presupuestos.

Este tribunal no observa en tal razonamiento desviación alguna de los presupuestos y fines de la norma aplicada, de la que hemos afirmado en la STC 140/2018, FJ 9, que «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 constatase 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».

Procede por ello desestimar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho a obtener una resolución fundada en derecho, al no apreciarse irracionalidad o arbitrariedad en la aplicación judicial de la norma transitoria, ni desvío de su genuino sentido y finalidad.

5. El segundo motivo de amparo incorpora asimismo la denuncia de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE por infracción de la proscripción de la aplicación retroactiva de las normas restrictivas de derechos contenida en el art. 9.3 CE; vulneración que sí sería directamente achacable al contenido de la disposición transitoria única de la Ley Orgánica 1/2014, que, recordamos nuevamente, dice: «Las causas que en el momento de 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».

Este tribunal ya se ha pronunciado favorablemente sobre la constitucionalidad de esta norma desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva en la ya citada STC 140/2018, FJ 9, en la que destacamos que «no resulta en modo alguno impertinente recordar que a las normas procesales les es aplicable el principio *tempus regit actum*, como sostiene este Tribunal desde la STC 63/1982, de 20 de octubre, reiterada a lo largo del tiempo y más recientemente en la STC 261/2015, de 14 de diciembre, de modo que una norma procesal, como la que contiene la disposición transitoria única de la Ley Orgánica 1/2014, no hace más que aclarar la aplicación en el tiempo de otra norma procesal, que es la contenida en el artículo 23 LOPJ al referirse al alcance de la jurisdicción española en el ámbito penal, una aplicación que, en cualquier caso, no hubiera podido soslayarse y hubiera debido ser abordada por los órganos judiciales que tenían procedimientos abiertos, bien de oficio, bien a instancia de parte. No se aplica aquí, por tanto, el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, porque la Ley Orgánica 1/2014 no establece disposiciones sancionadoras desfavorables, ni restrictivas de derechos individuales en el sentido alegado por los recurrentes, y tal y como se deduce de los razonamientos desarrollados en el fundamento jurídico quinto, que niega a dicha norma el efecto restrictivo sobre el artículo 24.1 CE que le imputa la demanda. Por lo tanto, el recurso debe ser desestimado en este punto».

También hemos dicho, en la igualmente citada STC 10/2019, FJ 3, que «en la medida en que la norma relativa a la jurisdicción atribuye la titularidad misma del poder de juzgar, la existencia de dicha norma constituye un presupuesto procesal insoslayable para dictar cualquier acto jurisdiccional en el seno de un determinado proceso. La jurisdicción, como potestad misma de juzgar, constituye una manifestación del principio de soberanía de cada Estado, de tal modo que si, más allá de sus fronteras, aquel ha delimitado el enjuiciamiento de un determinado tipo de asunto en función de ciertos puntos de conexión, los órganos judiciales no podrán iniciar o continuar la persecución penal más allá de aquellos límites jurisdiccionales. De ahí que los cambios relativos a las normas que regulan la jurisdicción puedan ser aplicables inmediatamente a todos los procesos en curso, sin que el escenario procesal surgido a partir de la vigencia de la nueva norma implique aplicación retroactiva alguna».

La identidad de razón del presente caso con el recurso de amparo resuelto en la STC 10/2019 nos lleva a proclamar la misma conclusión: «El proceder de la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo, al aplicar con posterioridad el nuevo artículo 23.4 LOPJ al proceso iniciado, fue respetuoso con el derecho de los recurrentes a la tutela judicial efectiva del 24.1 CE, en relación con el artículo 9.3 CE, no sólo porque estos órganos judiciales dieron aplicación puntual al mandato de la disposición transitoria única de la Ley Orgánica 1/2014, que ya hemos considerado plenamente constitucional, sino también porque no estamos ante un supuesto en el que pueda hablarse de retroactividad, en la medida en que la existencia de jurisdicción es presupuesto de todo acto procesal que se dicte en el curso de una concreta causa, sin que pueda llevarse a efecto si falta aquel».

Procede, en consecuencia, desestimar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE por infracción del principio de irretroactividad de las normas sancionadoras o restrictivas de derechos enunciado en el art. 9.3 CE, al no ser aplicable dicho principio a la disposición transitoria única de la Ley Orgánica 1/2014.

**FALLO**

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

Ha decidido

Desestimar los recursos de amparo interpuestos por doña María Isabel Permuy López, don Javier, don David, doña Sabela y doña Bárbara Cristina Couso Permuy, doña María Dolores Jiménez Sánchez, don Jaime y don José Couso Jiménez, así como por la Asociación Libre de Abogados.

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

Dada en Madrid, a diecisiete de junio 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.