

A LA EXCMA. SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Audiencia Nacional. Pleno Sala de lo Penal.

Recurso de Apelación n° 31/09

Rollo de Sala de la Sección 2ª n° 118/09

Órgano procedencia: Juzgado Central de Instrucción n° 4

Proc. Origen: Diligencias Previas n° 157/08

D. JAVIER FERNÁNDEZ ESTRADA, Procurador 561 de los Tribunales, actuando en nombre y representación del “**Comité de Solidaridad con la Causa Árabe**”, según tengo acreditado en autos, comparezco y, como mejor proceda en Derecho, **DIGO**:

Que, con fecha de 31 de Julio de 2.009 me ha sido notificada Providencia, por la que se nos otorga un plazo de quince días para comparecer ante esta Excma. Sala a fin de formalizar el Recurso de Casación anunciado e interpuesto contra Auto n° 1/09, de fecha 9 de Julio de 2.009, dictada por el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (**a salvo voto particular de cuatro Magistrados discrepantes**) en el Rollo de sala número de la Sección Segunda n° 118/09, procedente de Diligencias Previas n.º 157/08, del Juzgado Central de Instrucción n° 4.

Y dentro del plazo concedido al efecto, pasamos a formalizar por medio del presente escrito **RECURSO DE CASACIÓN** por los motivos que a continuación se exponen.

A tal efecto, se exponen los antecedentes indispensables para el recto enjuiciamiento del caso, concretándose, asimismo, los presupuestos de admisibilidad del recurso, y las razones legales que lo amparan.

– I –

ANTECEDENTES

Por razones de economía expositiva, nos abstenemos de reproducir los diversos apartados de los Antecedentes de Hecho y de los Fundamentos de Derecho de la meritada resolución, a cuyo contenido íntegro nos remitimos en este momento, dándolos por reproducidos, sin perjuicio de las transcripciones o referencias concretas que, en el curso de los razonamientos de los motivos que más adelante se exponen, se hagan de algunos pasajes del Auto recurrido, transcribiendo únicamente la Parte Dispositiva:

*“LA SALA ACUERDA: Que **ESTIMAMOS** el recurso de apelación interpuesto por el **Ministerio Fiscal** contra el auto dictado el 4 de mayo de 2009 por el Juzgado Central de Instrucción nº 4 en las Diligencias Previas nº 157/08, desestimatorio de la petición del Ministerio Fiscal, formulada el 2 de abril de 2009, sobre incompetencia de la jurisdicción española para conocer de los hechos contenidos en la querrela interpuesta el 24 de junio de 2008 por la común representación de los perjudicados **Raed Mohamed Ibrahim Mattar, Mohamed Ibrahim Mohamed Mattar, Rami Mohamed Ibrahim Mattar, Khalil Khader Mohamed Al Seadi, Mahmoud Sobhi Mohamed El Houweit y Mahassel Ali Hassan Al***

Sahwwa contra Dan Halutz, Benjamín Ben Eliezer, Doron Almog, Giora Eiland, Michael Herzog, Moshe Ya'alon y Abraham Dichter.

*Por lo que **REVOCAMOS** la referida resolución y, en su lugar, acordamos el **ARCHIVO DEFINITIVO** de las actuaciones, con declaración de oficio de las costas procesales de esta alzada.*

Si deseamos indicar en estos antecedentes que el orden de los dos motivos de casación finalmente formalizados se realiza en función del contenido de los mismos siendo el primero de ellos de carácter procesal y el segundo de carácter material.

– II –

FUNDAMENTOS PROCESALES

1.º- Es procedente el Recurso conforme preceptúa la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

2.º- Igualmente, por haberse preparado en tiempo y forma por todos y cada uno de los motivos que la Ley de Enjuiciamiento Criminal posibilita y que a continuación se recogen.

3.º- También, porque se interpone este escrito por los Letrado y Procurador que suscriben, con presentación de las copias simples establecidas, habiéndose observado los demás requisitos establecidos en la Ley.

4.º- Y, finalmente, porque se interpone en nombre de los querellantes que actúa como Acusación Popular en este procedimiento.

-III-**FUNDAMENTOS JURÍDICO-PENALES****MOTIVO PRIMERO DE CASACIÓN:**

AL AMPARO DEL ARTÍCULO 5.4 DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL, POR VULNERACIÓN DEL DERECHO A UN PROCESO CON TODAS LAS GARANTÍAS, RECONOCIDO EN EL ARTÍCULO 24 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA.

BREVE EXTRACTO DEL MOTIVO

El recurso presentado por el Ministerio Fiscal, estimado finalmente por el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional adolece de fraude procesal, habida cuenta que contra las decisiones en materia de jurisdicción, en los términos en que vino planteada la inicial solicitud y el correspondiente auto, no cabe recurso alguno.

Así, mediante escrito de impugnación presentado por esta parte contra el recurso de apelación presentado por el Ministerio Fiscal, solicitamos se inadmitiera “a limine”, habida cuenta lo dispuesto en el artículo 676 de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal y la consolidada jurisprudencia de este Alto Tribunal al respecto.

Conviene indicar que a lo resuelto por el Juzgado Central de Instrucción Número 4, el pasado 4 de mayo de 2009 es de aplicación la regla contenida en el artículo 676 de la LECrim y, tal cual prevé dicha norma contra este tipo de resoluciones no cabe recurso alguno.

Entiende esta parte vulnerado el derecho fundamental a un proceso con las debidas garantías, toda vez que el incumplimiento de lo previsto en la ley procesal como parte fundamental de las garantías de toda persona y de lo establecido por esta Sala, ha resultado dotar al Ministerio Fiscal de unos recursos **no previstos legalmente contra resoluciones como la dictada por el Juzgado Central nº 4, cuando en su día rechazó la declinatoria de jurisdicción planteada por el Ministerio Fiscal.**

DESARROLLO DEL MOTIVO

Con carácter previo, antes de entrar en el fondo de la cuestión a la cual se le asigna los posteriores motivos, hemos de abordar una cuestión procesal, que esta parte entiende relevante a fin de examinar el cumplimiento de las garantías que debiera presidir el presente procedimiento.

Con fecha de 4 de Mayo de 2.009, el Ministerio Público presentó recurso de apelación en contra de la resolución dictada por el Juzgado Central nº 4, en cuya virtud rechazó su solicitud de sobreseimiento por “no ser competentes los Tribunales españoles”, entendiendo el órgano judicial que sí era competencia de los Tribunales españoles y que los hechos denunciados son de suficiente entidad para su investigación.

Como ya anunciamos *ut supra*, esta parte se opuso a la tramitación de dicho recurso, por aplicación del artículo 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, toda vez que el Ministerio Público ni cuestionaba los hechos denunciados ni la posible responsabilidad de los querellados: **siempre se opuso a la competencia de los Tribunales españoles para conocer de los**

hechos objeto de la querella, pero ni discutió que los hechos fueran constitutivos de delito ni que los querellados fueran sus responsables, lo que hace aún más lamentable, si cabe, la resolución aquí recurrida.

Así, vemos que el recurso del Ministerio Fiscal desarrolla ampliamente, argumentando, que España no tiene jurisdicción para el conocimiento de los hechos objeto de la querella, y, finalmente, solicita que se deje *“sin efecto la competencia para el conocimiento de los hechos objeto de la misma debido al conocimiento preferente de la jurisdicción del Estado que está conociendo de los hechos y acuerde el archivo provisional”*.

Ya en su día, cuando el Juzgado Central nº 4 confirió traslado al Ministerio Fiscal para que se pronunciase acerca de la admisión a trámite de la querella interpuesta, éste presentó informe de 2 de Abril de 2.009, en cuya virtud tampoco cuestionó que los hechos fueran constitutivos de delito y sí se opuso a la jurisdicción de los tribunales españoles para su conocimiento.

Lo que, a modo de conclusión, entraña que:

LA PRETENSIÓN DEL MINISTERIO FISCAL, DESDE EL INICIO, CONSISTE EN OPONERSE A LA JURISDICCIÓN ESPAÑOLA COMO COMPETENTE PARA EL CONOCIMIENTO DE LOS HECHOS OBJETO DE LA QUERELLA.

En respuesta a dicho informe (y a los escritos presentados por las demás partes personadas), este Juzgado dictó auto de fecha 4 de Mayo de 2.009, por el que desestima la pretensión del Ministerio Fiscal: **contra dicho auto no cabe recurso porque** no se está recurriendo que los hechos constituyan

delito sino que se está cuestionando la **jurisdicción asumida positivamente por el órgano de instrucción.**

Evidentemente, el Ministerio Fiscal, en su pretensión, está actuando en claro fraude procesal, puesto que debe conocer la jurisprudencia de este Tribunal Supremo y el contenido del artículo 676 de la LECr, que establecen la imposibilidad de recurrir esa resolución.

Así, en virtud de lo dispuesto en el artículo 11.2 de la LOPJ, entiende esta parte que el recurso presentado debió inadmitirse, por **no ser ésta la vía ni el momento procesal para cuestionar la jurisdicción**; y, añadimos, se agotó el trámite de la pretensión del Ministerio Fiscal con el dictado del auto de fecha 4 de Mayo de 2.009.

Es pacífica la jurisprudencia de este Alto Tribunal, desde la famosa Sentencia de 25 de Febrero de 2.003 (Caso Guatemala), acerca de la naturaleza de la pretensión planteada por el Ministerio Fiscal.

En primer lugar, e insistiendo un poco más sobre el petitum del Ministerio Fiscal, éste no pretendió el dictado de un auto de sobreseimiento, libre o provisional, pues no se trata de invocar las causas previstas en los artículos 637 y 641 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sino como consecuencia de la afirmación de la falta de jurisdicción de los Tribunales españoles.

En este sentido, la STS de 25 de Febrero de 2.003 (caso Guatemala) estableció lo que sigue:

“La jurisdicción es una de las expresiones de la soberanía del Estado. Es entendida como la facultad o potestad de juzgar, es decir,

de ejercer sobre determinadas personas y en relación a determinados hechos, uno de los poderes del Estado, sometiéndolas, en el caso del derecho penal, al "ius puniendi" que la ley le atribuye. En este sentido tiene carácter previo a la competencia y no puede ser confundida con ella. La determinación de la competencia supone atribuir a unos determinados órganos jurisdiccionales el conocimiento de una determinada clase de asuntos de forma prevalente a otros órganos jurisdiccionales, pero a todos ellos les ha sido reconocida previamente la jurisdicción.

La ley regula expresamente algunos supuestos de conflictos sobre la jurisdicción. Pueden plantearse entre órganos de diversos órdenes jurisdiccionales; entre órganos de la jurisdicción ordinaria y de la militar, y entre órganos jurisdiccionales y la Administración. Los primeros, llamados conflictos de competencia en el artículo 42 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, son resueltos por una Sala especial del Tribunal Supremo. Los mencionados en segundo lugar son resueltos por la Sala de Conflictos de Jurisdicción presidida por el Presidente del Tribunal Supremo e integrada por Magistrados de este alto Tribunal (artículo 39 de la LOPJ). Y los citados en tercer lugar se resuelven por el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, presidido por el Presidente del Tribunal Supremo e integrado por Magistrados de ese Tribunal y por Consejeros Permanentes de Estado (artículo 38 de la LOPJ y Ley Orgánica 2/1987, de 18 de mayo, de Conflictos Jurisdiccionales).

La regulación que determina el órgano competente para la resolución de estas cuestiones, sintéticamente mencionada, permite resaltar que cuando se trata de determinar el alcance de la

jurisdicción, bien entre distintos órdenes jurisdiccionales, bien entre la jurisdicción ordinaria y la militar o bien entre los Tribunales y la Administración, la decisión se sitúa al máximo nivel.

El problema que se resuelve en el Auto impugnado no se suscita entre los distintos órganos citados antes, sino que se trata de una cuestión que se ha planteado al amparo del artículo 9.6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En este precepto, luego de afirmar el carácter improrrogable de la jurisdicción, ya consignado respecto de la jurisdicción criminal en el artículo 8 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se ordena a los órganos judiciales el examen de oficio de la falta de jurisdicción, resolviendo sobre la misma con audiencia previa del Ministerio Fiscal y de las partes, dictando resolución fundada e indicando el orden jurisdiccional que se estime competente.

*Debe resaltarse además que, habida cuenta de las características de la cuestión concreta planteada, no llegará a producirse una auténtica controversia entre órganos jurisdiccionales acerca de la capacidad de conocer de los hechos denunciados, pues como de alguna forma ya vinimos a reconocer en el **Auto de esta Sala núm. 260/1998, de 21 de enero**, hoy en día no es viable jurídicamente plantear una cuestión de competencia con un Tribunal extranjero pues no existe ningún mecanismo o instancia supranacional para la resolución del eventual conflicto positivo o negativo que pudiera plantearse. De esta manera, ante la negativa del Auto que se recurre a estimar la jurisdicción de los Tribunales españoles no puede esperarse el planteamiento de un conflicto negativo con otro*

Tribunal, por lo que la resolución adoptada resolvería definitivamente la cuestión.

Se trata, pues, de un supuesto excepcional, no regulado expresamente por el legislador, que trasciende de una cuestión de competencia entre órganos jurisdiccionales internos y que se diferencia de los conflictos antes expuestos en cuanto que consiste en la determinación del alcance de un poder del Estado español, el Poder Judicial, sobre hechos cometidos en territorios sometidos a la soberanía de otro Estado, teniendo la decisión carácter definitivo al no ser posible el planteamiento de un conflicto negativo de jurisdicción...”

Por lo tanto, queda resuelto el carácter de la pretensión del Ministerio Fiscal, pues se trataría de una cuestión relacionada con la jurisdicción nacional para conocer de un determinado asunto, aunque no se trata de un conflicto jurisdiccional, dado que **es imposible el planteamiento de conflicto negativo de jurisdicción, ante el Estado a quien se pretende “ceder” la jurisdicción.**

Aclarada la naturaleza de la pretensión del Ministerio Fiscal, esto es, relacionada con la jurisdicción de los Tribunales españoles, sin constituir conflicto de jurisdicción, se plantea el cauce procesal por el que habrá de tramitarse cualquier cuestión relacionada.

Y vemos que toda cuestión de jurisdicción de los Tribunales españoles, por hechos cometidos en el extranjero, aunque no suponga técnicamente un conflicto de jurisdicción, habrá de tramitarse según lo dispuesto en el artículo 676 de la LECr.

La mencionada **STS de 25 de de Febrero de 2.003**, al respecto establece lo siguiente:

“...El artículo 848 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que solo procederá recurso de casación contra los autos dictados con carácter definitivo por las Audiencias Provinciales y únicamente por infracción de ley en los casos en que ésta lo autorice de modo expreso. En el segundo párrafo de este mismo artículo se dispone que los autos de sobreseimiento se reputarán definitivos en el solo caso de que fuere libre el acordado, por entenderse que los hechos sumariales no son constitutivos de delito y alguien se hallare procesado como culpable de los mismos.

Ni la Ley Orgánica del Poder Judicial ni la Ley de Enjuiciamiento Criminal establecen específicamente los recursos que caben contra la decisión adoptada en el ámbito del artículo 9.6 de la primera, ni concretamente si cabe recurso de casación. La excepcionalidad y especial importancia de la cuestión en cuanto que afecta a la extensión espacial de la jurisdicción de los Tribunales del Estado español harían razonable que la decisión final correspondiera al Tribunal Supremo, como órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales (artículo 123.1 de la Constitución).

Sin embargo, podemos decir que en tanto que se trata de la posición de un Tribunal de instancia que resuelve definitivamente apreciando la falta de jurisdicción, sin que exista la posibilidad del planteamiento posterior de un conflicto negativo que permitiera una

decisión definitiva por otro órgano superior, la decisión adoptada es equiparable a la resolución estimatoria de la declinatoria prevista en el artículo 676 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que esta Sala ha interpretado desde el acuerdo adoptado en el Pleno no jurisdiccional de 8 de mayo de 1998, aplicado entre otras en la STS de 6 de julio de 1998, en el sentido de estimar procedente el recurso de casación salvo en las causas tramitadas con arreglo a la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado.”

Es decir, esta Excelentísima Sala, al plantearse la vía casacional para este tipo de asuntos, resuelve que, partiendo de la aplicación del **artículo 676 LECr** (ya afirmada en resoluciones anteriores de este Alto Tribunal), para el caso de declararse la falta de jurisdicción, cabrá recurso de apelación y, añade, también de casación.

El asunto que resolvió era un recurso de casación contra la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que rechazaba la jurisdicción, siendo equiparable a la resolución estimatoria de la declinatoria prevista en el artículo 676 de la LECr, por lo que cabe agotar la vía judicial hasta llegar al mismísimo Tribunal Supremo.

Pero, ¿qué ocurre si la decisión del órgano judicial es equiparable a la resolución desestimatoria de la declinatoria prevista en el artículo 676 de la LECr? Según este precepto no cabe recurso alguno y habrá de recurrirse aprovechando la sentencia que se dictare en el futuro.

El artículo 676.3 de la LECr establece que:

“Contra el auto resolutorio de la declinatoria y contra el que admita las excepciones 2ª, 3ª y 4ª art. 666, procede el recurso de apelación. CONTRA EL QUE LAS DESESTIME, NO SE DA RECURSO ALGUNO SALVO EL QUE PROCEDA CONTRA LA SENTENCIA, SIN PERJUICIO DE LO DISPUESTO EN EL ART. 678.”

Como ya vimos, la STS de 25 de Febrero de 2.003 resuelve un recurso de casación contra una resolución que rechaza la jurisdicción, equiparable a resolución estimatoria de la declinatoria de jurisdicción, estableciendo que no sólo cabe recurso de apelación, sino de casación.

A sensu contrario y, según la interpretación del **artículo 676 de la LECr.**, cuando un órgano judicial acepta la jurisdicción, la cuestión queda firmemente zanjada, y sólo cabe plantearla nuevamente en el recurso que se interponga contra la sentencia que en su día se dicte.

En este sentido, de forma contundente y rotunda, se pronuncia, de nuevo, el **Tribunal Supremo**, en su **sentencia de fecha 24 de Febrero de 2.009**, de la siguiente forma:

“La cuestión fue deducida como artículo de previo pronunciamiento, recurrida en casación con apoyo en el art. 676 de la Ley procesal.

Hemos de analizar la recurribilidad del auto que desestima la declinatoria planteada como artículo de previo y especial pronunciamiento.

*La Ley procesal en su art. 676 establece, tras su reforma operada en la Ley Orgánica del Tribunal de Jurado , L. O. 5/95, de 22 de mayo , la recurribilidad en apelación de los autos resolutorios de la declinatoria y contra los que admite las excepciones 2ª, 3ª y 4ª. El sentido que ha de darse a la expresión "resolutoria de la declinatoria " es el de su estimación, pues así se expresa con respecto a las excepciones 2ª, 3ª y 4ª del art. 666 y **porque el párrafo siguiente, expresamente, ESTABLECE LA IRRECURRIBILIDAD DE LOS AUTOS DESESTIMATORIOS DE LA DECLINATORIA.***

Este precepto 676 ha sido objeto de un Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala II adoptada el 8 de mayo de 1998 , y en el mismo se interpreta que "el actual art. 676 LECRim., tras su modificación por ley 5/95 de 22 de mayo debe interpretarse en el sentido de que la apelación que en él se contempla es únicamente admisible en el ámbito competencial que la L.O. 5/95 atribuye al Jurado, y su decisión en este limitado campo corresponde al Tribunal Superior de Justicia correspondiente. Fuera de este ámbito procesal el recurso que corresponde es el de casación ante la Sala II del Tribunal Supremo a través de lo dispuesto en el art. 848 LECRim.". (STS 60/2004, de 22 de enero).

El Auto objeto de la queja casacional es un Auto que desestima la declinatoria por lo que es irrecurrible, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 678 de la Ley procesal, porque así lo dispone expresamente el art. 676."

En resumidas cuentas: a lo solicitado por el Ministerio Fiscal es de aplicación lo previsto en el artículo 676 de la LECrim y, en virtud de lo ahí preceptuado contra el auto del Juzgado Central de Instrucción no cabía recurso alguno y, por lo tanto, en virtud de lo anteriormente expuesto, el auto de fecha 4 de Mayo de 2.009, dictado por ese Juzgado, no era recurrible en cuanto a la falta de jurisdicción, por lo que debió inadmitirse “a limine” el recurso de apelación del Ministerio fiscal contra dicho auto y de cuya resolución trae causa esta casación.

Pese a nuestro planteamiento, que entendemos no es baladí, la resolución dictada por la mayoría de los magistrados que constituyeron el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, contiene, sorprendentemente, lo siguiente:

*“En cuanto al aspecto formal, no se aprecia fraude procesal alguno en el planteamiento del recurso formulado y, por tanto, no puede declararse nula la actuación procesal subsiguiente, puesto que supone el ejercicio de una legítima posibilidad de impulso procesal permitida por el **art. 766.1 de la L.E.Crim.** y aplicable respecto de aquellas resoluciones interlocutorias de los Juzgados de Instrucción no exceptuadas de recurso y dictadas en el seno de las Diligencias Previas. No resulta aplicable a la resolución cuestionada el art. 676 ni el art. 678 de la L.E.Crim., porque no se está en el trámite procedimental del Sumario ni más concretamente en el del denominado Artículo de Previo Pronunciamiento de Declinatoria de Jurisdicción, establecido en el art. 666.1 del mismo Cuerpo legal, de posible utilización en un momento procesal muy ulterior al actual. Por lo demás, la reiterada y constante jurisprudencia que seguidamente se reseñará en esta resolución ha venido amparando sin limitaciones la*

utilización del medio de impugnación usado por el Ministerio Fiscal en supuestos similares al ahora estudiado.”

De este modo y, con claro olvido de lo establecido por esta Excma. Sala al respecto – única capacitada para dictar jurisprudencia (por lo que desconocemos a cuál se refiere la resolución aquí recurrida), la Sala *a quo* entiende que el trámite para el cuestionamiento de la jurisdicción española en el conocimiento de los asuntos, depende del procedimiento inicial incoado y no del objeto del *petitum*.

Sin embargo, este Alto Tribunal ya ha resuelto sobre lo mismo, y, como ya se puso de manifiesto más arriba en un caso similar, aunque no idéntico (El Ministerio Fiscal, aquella vez, cuestionó la viabilidad del recurso de casación contra resolución de la Audiencia Nacional que había estimado la declinatoria planteada, rechazando investigar los hechos contenidos en el llamado “caso Guatemala”) el trámite previsto cuando se cuestiona la jurisdicción de los tribunales españoles no es otro que el contenido en el artículo 676 LECr con independencia del procedimiento concreto del que se trate, es decir Diligencias Previas o Sumario Ordinario que, en cualquier caso sus normas serían de aplicación supletoria a este supuesto.

Afirmar, como se recoge en el auto recurrido, que este tipo de resoluciones “no están exceptuadas de recurso alguno”, por aplicación del artículo 766.1 LECr., no supone cosa distinta que obviar lo que hasta la fecha había establecido de forma pacífica y clara este Alto Tribunal.

En todo caso, la resolución dictada por el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional abre la vía hasta el Tribunal Supremo en todos los supuestos en que se cuestione la jurisdicción española para conocer todos

los asuntos, pues cuando un órgano judicial dicta auto de incoación (en cualquier asunto judicial) está asumiendo implícitamente la jurisdicción de los tribunales españoles para conocer determinado caso; si se admitiera que contra estas resoluciones se podrá acudir hasta el Tribunal Supremo, no sólo se estaría ante un inadmisibles desbordamiento de la Justicia española por la proliferación de asuntos pendientes de resolución ante este Alto Tribunal sino que se contradiría el espíritu de la Ley: el Legislador, ni mucho menos pretendió tal ilógica contradicción.

Entendemos, por ello, que no sería razonable el argumento con el que se nos ha rechazado nuestra impugnación al recurso del Fiscal, toda vez que no sólo se aparta de lo hasta ahora establecido jurisprudencialmente, sino que se aleja de una mínima lógica procesal.

Por tanto, se ha vulnerado el derecho fundamental a un proceso con las debidas garantías, puesto que no debió admitirse a trámite el recurso de apelación presentado por el Ministerio Fiscal, habida cuenta que, en el presente caso, está exceptuado de recurso alguno.

MOTIVO SEGUNDO DE CASACIÓN

AL AMPARO DEL ARTÍCULO 5.4 DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL, POR VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, RECONOCIDO EN EL ARTÍCULO 24.1 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, EN RELACIÓN CON LA NO APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 23.4 DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL.

BREVE EXTRACTO DEL MOTIVO

Entiende esta parte vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva regulado en el art. 24.1 CE en su vertiente de derecho a obtener una resolución fundada en Derecho y de derecho de acceso a la jurisdicción.

Por el órgano *a quo* se ha interpretado de forma excesivamente rigorista y restrictiva lo dispuesto en el artículo 23.4 LOPJ – *contra legem*– de tal forma que se ha entendido que la Jurisdicción Universal se ejercerá con aplicación del principio de subsidiariedad, pues “*no se trata de una Jurisdicción que se aplica de forma absoluta*”, criterio propio del Pleno de la Sala de lo Penal pero que contraviene o vacía de contenido el propio principio de Jurisdicción Universal consagrado en el citado artículo 23.4 de la LOPJ.

Así mismo, ha entendido, de forma errónea a juicio de esta parte, que la jurisdicción del estado de Israel en el presente caso es preferente sobre la establecida en el artículo 23.4 LOPJ que se atribuye a los Tribunales

españoles en virtud del principio de jurisdicción universal, pues dicho Estado ya está investigando los hechos objeto de la querrela, siempre según el Ministerio Fiscal y una mayoría del Pleno.

Así, consideramos que se ha entrado en una suerte de indefinición acerca de la Jurisdicción Universal preceptuada en nuestro Ordenamiento Jurídico y establecida por el Tribunal Constitucional, además de haber errado cuando se afirma que existe un procedimiento penal abierto por los hechos objeto de nuestra querrela y contra los responsables que aparecen como querrellados.

Por ello, y por lo que se desarrollará más adelante, entendemos que se nos ha impedido el acceso a los Tribunales sin motivación suficiente, y con arbitrariedad, irrazonabilidad manifiesta y error patente, apartándose de la exigencia de proporcionalidad, derivada del principio *pro actione*, ulterior y potencialmente más intensa que la inherente a la invocación genérica del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

DESARROLLO DEL MOTIVO

El Derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a los tribunales, o el llamado principio *pro actione*, impone, en caso de vulneración, el deber de obligar a los órganos judiciales a interpretar los requisitos procesales de forma proporcionada, *"impidiendo que determinadas interpretaciones y aplicaciones de los mismos eliminen u obstaculicen desproporcionadamente el derecho a que un órgano judicial conozca y resuelva en Derecho sobre la pretensión a él sometida"* (por todas, STC 122/1999, de 28 de junio, FJ 2).

Así mismo, el Tribunal Constitucional ha establecido que:

“A los efectos de una cabal comprensión del alcance e incardinación del citado principio pro actione bajo la esfera protectora del art. 24.1 CE no resulta improcedente recalcar el carácter más incisivo que posee el canon del acceso al proceso, en el sentido de que interpretaciones judiciales de la legalidad procesal que satisfagan el test de razonabilidad, y de las que incluso fuera predicable "su corrección desde una perspectiva teórica", pueden conllevar una "denegación del acceso a la jurisdicción a partir de una consideración excesivamente rigurosa de la normativa aplicable" (STC 157/1999, de 14 de septiembre, FJ 3) y vulnerar, con ello, el derecho a la tutela judicial efectiva en la citada vertiente.”

En el presente caso, una mayoría del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional ha reinterpretado o reescrito desfavorablemente el principio de Jurisdicción universal y ha llegado a la conclusión de que los tribunales españoles conocerán, de forma subsidiaria a los tribunales del Estado de Israel, los hechos objeto de nuestra querrela.

Así mismo, la Sala *a quo* ha resuelto que una comisión militar de investigación israelí, de carácter administrativo, está investigando los hechos de la querrela y a los querrelados, lo cual, a su juicio, es suficiente para ceder la jurisdicción de los tribunales españoles de carácter penal a favor de dicha investigación administrativa y militar israelí.

Por lo que se desarrollará más adelante, veremos cómo este juicio de inferencia es absolutamente erróneo y se aparta claramente de lo dispuesto en nuestro ordenamiento jurídico, de nuestra doctrina constitucional y de lo

establecido por la Comunidad Internacional, si es que la misma aún interesa a alguien.

Los hechos contenidos en nuestra querrela, datan del día 22 de Julio de 2.002, cuando entre las 23.30 y las 24.00 horas un avión de combate israelí F16 lanzó una bomba de una tonelada sobre el barrio de Al Daraj de la Ciudad de Gaza.

El objetivo principal de dicho ataque era la casa de Salah Shehadeh, quien era sospechoso de ser uno de los comandantes de Hamas, por lo que el objetivo de dicha misión era asesinarlo, acción que responde a los llamados “*asesinatos selectivos*”, contra personas concretas, que aún no han sido ni detenidas ni juzgadas por sus supuestos crímenes.

La casa de Salah Shehadeh fue alcanzada directamente por una bomba de gran potencia (una tonelada), sin embargo ésta se encontraba situada en uno de los lugares residenciales de mayor densidad de población en el mundo, a saber, el barrio de Al Daraj, de la ciudad de Gaza.

Junto a la casa ocupada por Salah Shehadeh se encontraba la vivienda ocupada por la familia del Sr. Mattar’s, víctima que consta personada como acusación particular en este procedimiento. Había menos de 2 metros entre las dos casas. Como consecuencia del bombardeo, su casa fue totalmente destruida y siete miembros de su familia resultaron asesinados.

Como consecuencia de la explosión causada por la bomba murieron quince personas –**la mayoría de ellos niños y bebés**-, 150 resultaron heridas – algunas de ellas con lesiones graves y secuelas permanentes, ocho casas de

los alrededores fueron totalmente destruidas, nueve casas resultaron destruidas parcialmente y otras veintiuna sufrieron daños moderados.

Como causa del bombardeo resultaron muertas, además de Salah Shehadeh, las siguientes personas

1. Iman Ibrahim Hassan Matar
2. Dalia Ra'ed Mohammed Matar
3. Ayman Ra'ed Mohammed Matar
4. Mohammed Ra'ed Mohammed Matar
5. Dina Rami Mohammed Matar
6. Alaa' Mohammed Ibrahim Matar
7. Miriam Mohammed Ibrahim Matar
8. Muna Fahmi Mohammed al-Howaiti
9. Subhi Mahmoud Subhi al-Howaiti
10. Mohammed Mahmoud Subhi al-Howaiti
11. Khader Mohammed Ali al-Sa'idi
12. Yousef Subhi Ali al-Shawa
13. Iman Salah Mustafa Shihada
14. Leila Khamis Yousef Shihada

Constan heridos, entre otros: Ibrahim Mohamad Ibrahim Mattar, Ramez Mohamad Ibrahim Mattar, Amal Mohamad Ibrahim Mattar, Maha Mohamad Ibrahim Mattar, Reem Mohamad Youseph, Rami Mohamad Ibrahim Mattar, Hana'a Hamdi Mattar, sin que esta sea una lista exhaustiva como consta debidamente en las actuaciones.

Así, para empezar, debemos matizar que los graves crímenes relatados en nuestra querrela no se resumen en el *“lanzamiento de una bomba de una*

tonelada sobre la casa del dirigente de la organización terrorista Hamás llamado Salah Shehadeh”, como se afirma, no sin cierto desafecto en el auto recurrido, **sino, precisamente, en los asesinatos de otras muchas personas (bebés y niños, en su mayoría), que murieron mientras dormían en sus casas, por el lanzamiento de una bomba de una tonelada, sobre ellos.**

Por ello, no le falta razón al voto particular de los magistrados discrepantes, cuando comienzan su argumentación, aclarando una “*cuestión de lenguaje*”, para que no resulte ofensiva para las víctimas a las que representamos; así, comienzan afirmando que:

*“La conducta sometida a examen no consistió, como se dice en la resolución de modo acrítico, en el lanzamiento de una bomba de una tonelada sobre la casa del dirigente de la organización terrorista Hamás llamado Salah Shehadeh. El barrio de Al Daraj en la ciudad de Gaza, territorio palestino ocupado por Israel, es una de las zonas de mayor densidad de población del planeta. La bomba estaba compuesta por mil kilos de explosivos. Shehadeh debería ser considerado como sospechoso de acciones terroristas, quizá como posible comandante de Hamás, nunca – sin enjuiciamiento ni condena previa- como directivo de una organización terrorista. **La asociación bomba/casa/jefe terrorista/daños colaterales imprevistos e inevitables presenta una hipótesis fáctica sesgada, que nos negamos a aceptar en nombre de la cultura de la legalidad y del más elemental respeto de los derechos humanos básicos, particularmente, del derecho a la vida.**”* (La negrita es nuestra y la suscripción plena a estas afirmaciones también lo es porque difícilmente puede decirse más claro lo que es o no un Estado de Derecho, lo que es la presunción de inocencia y, sobre todo, lo que es el respeto a la legalidad y a la vida).

De este modo, los hechos criminales objeto de la querrela presentada por esta parte son constitutivos de delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado de los art. 608.3, 611.1 y 613 del código penal (la conducta prevista es la de realizar u ordenar ataques indiscriminados o excesivos o hacer objeto a la población civil de ataques, represalias o actos de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizarla), en concurso con quince delitos de asesinato del art. 139.1 y de ciento cincuenta de lesiones del 147 y siguientes.

Por lo tanto, estaríamos en el capítulo de los delitos contra la Comunidad internacional, es decir **los delitos más graves conforme al derecho internacional.**

Estos crímenes, tal cual lo fundamentamos en nuestra querrela son producto de una manifiesta acción desproporcionada o excesiva cometida por responsables militares y/o gubernamentales israelíes, ataque que se califica como excesivo en relación con la ventaja militar que el ejército de este país actúa y que vulnera la legislación y el derecho consuetudinario internacional. Como resultado del ataque, perdieron la vida 15 civiles inocentes y más de 150 resultaron heridos.

La desproporción viene también dada en función del objetivo en relación con el resultado; para un objetivo supuestamente unipersonal se ha alcanzado un resultado lesivo de 15 civiles inocentes muertos y otros 150 heridos así como múltiples daños.

La normativización, plasmada en derecho internacional humanitario, del concepto de ataque desproporcionado o excesivo sobre objetivo militar con

victimias civiles o destrucción de bienes civiles es relativamente *joven* en la legislación internacional, está recogida de forma autónoma y específica desde que se redactó el Estatuto de Roma en el año 1998 y más genéricamente en los Art. 51.5 y 52 del Protocolo Adicional I de 1977.

El concepto de ataque excesivo [desproporcionado] se encuentra también recogido de forma análoga en nuestro Código Penal de 1995 en los Art. 611 y 613. La nueva conceptualización en la legislación internacional más reciente viene a significar que se ha superado y ampliado el concepto de ataque intencionado para supuestos de hecho en los que se dan victimias civiles colaterales, pasando a reconocer hoy, el derecho positivo internacional, el concepto autónomo de ataque desproporcionado sobre objetivo militar con victimias civiles o destrucción de bienes civiles. Esta reciente creación normativa no ha sido óbice para que ante los tribunales internacionales se haya planteado con anterioridad el carácter ilícito de este tipo de acciones militares excesivas, así como la importancia de la interdicción de dichos ataques desproporcionados. Es más, antes de la aprobación en 1977 del Protocolo Adicional I de las Convenciones de Ginebra, el tratamiento autónomo de las infracciones graves del concepto de proporcionalidad era la regla general.

En la casuística internacional encontramos una primera resolución sobre ataques desproporcionados en el año 1948, con ocasión del asunto *Einsatzgruppen*, sentencia dictada por tribunales de EE.UU. en su zona de administración en la Alemania ocupada y que por primera vez analiza el concepto de ataque desproporcionado sobre civiles.

Nuestra interpretación del análisis de proporcionalidad parte de que el juicio de ponderación de la “*proporcionalita*” se debe realizar en función

de los factores concretos o tácticos del ataque ya que asegura que el hecho pueda ser juzgado con ecuanimidad y que respondan ante la justicia toda la escala de mandos que ordenó, planificó y ejecutó el ataque. Esta interpretación es la que recoge la sentencia de 1ª Instancia del TPIY en el caso *Galic*, del año 2003.

Debemos resaltar además que el TPIY, en la sentencia *Galic*, deja constancia, al estudiar otros ataques contra vagos objetivos militares, que **el empleo de una mecánica continuada de ataques excesivos contra la población civil se enmarcaba en una estrategia ofensiva destinada aterrorizar a la población civil, provocando que no se sintieran seguros en ningún momento ni en ningún lugar de la ciudad de Sarajevo. Esta era a juicio de esta representación uno de los objetivos no declarados del ataque al barrio de Al Daraj por parte del ejercito Israelí, ya que con el desproporcionado ataque se pretendía, entre otras cosas, conseguir aterrorizar a la población civil, provocando que no se sintiera segura en ningún momento ni en ningún lugar de Gaza.**

Como ya hemos indicado, sea cual sea la interpretación que se quiera dar a la regla de proporcionalidad, entendemos que un riguroso análisis racional y ponderado de la ecuación de proporcionalidad resultante de comparar los dos elementos nucleares que configuran la litis jurídica del caso aquí denunciado (y objeto de la presente querrela) nos daría siempre como conclusión que nos encontramos ante una acción ilícita penal y condenable en las personas que ordenaron, diseñaron y ejecutaron el criminal ataque.

Puestos en contradicción esos dos elementos nucleares antes mencionados, véanse por un lado la ventaja militar que el ejercito israelí pretendía obtener con su ataque, sea ésta interpretada como concreta y directa, el

asesinato de quien era sospechoso de ser un comandante de Hamas, Salah Shehadeh, o interpretada como ventaja anticipada incardinada en un plan de operaciones conjunto, es decir la limitación de actuación de grupo Hamas, y por otro la pérdida de 15 vidas humanas y más de 150 heridos de diversa consideración, todos ellos indubitadamente civiles inocentes, que ocasionó el ataque criminal, nos da como resultado una evidente desproporción entre la ventaja militar obtenida por el ejército israelí en su cruenta batalla contra Hamas o uno de sus hombres y el macabro resultado producido por la **BOMBA DE UNA TONELADA LANZADA SOBRE EL BARRIO DE AL DARAJ DE LA CIUDAD DE GAZA.**

Entendemos por tanto que este análisis de proporcionalidad nos muestra el patente desprecio que por la vida de los civiles palestinos tuvieron quienes ordenaron, diseñaron y ejecutaron el ataque israelí, que no decidieron optar por una acción infinitamente menos lesiva. Al respecto no debemos olvidar la capacidad, deplorable por otra parte, que tenía en aquellos momentos el Tahal de llevar a cabo un ataque selectivo contra un objetivo humano concreto, limitando el daño a la persona atacada, o por extensión a sus guardaespaldas, capacidad de selección notoriamente conocida por la comunidad internacional.

Todo ello nos lleva a concluir que el ataque lanzado sobre el barrio de Al Daraj de la Ciudad de Gaza, la noche del 22 de julio de 2002, es perseguible penalmente por las autoridades españolas al vulnerar las normas, los tratados y la legislación del derecho internacional humanitario sobre crímenes de guerra, todo ello al transgredir el hecho enjuiciado lo especificado en el Art. 51.5 del Protocolo Adicional I de 1977, además de lo establecido en el Art. 8.2 del Estatuto de Roma, vulneración que es

sancionable como delito contra la Comunidad Internacional ex Art. 611 de nuestro vigente Código Penal.

Así, en palabras de los magistrados discrepantes de la mayoría que formó el Pleno (voto particular) que dictó la resolución que recurrimos, *nos encontramos en el núcleo duro del derecho penal internacional, que atiende a los más atroces crímenes internacionales, entre ellos el ataque excesivo contra poblaciones civiles –inocentes, porque no intervienen en el conflicto- con el objeto de aterrorizarlos.*

En cualquier caso siempre es bueno recordar que ni el Ministerio Fiscal, en su recurso, ni la mayoría del Pleno en su auto, han siquiera cuestionado la realidad penal de los hechos imputados ni tampoco la participación de los querellados lo que nos ha de llevar, directamente, a la conclusión de que todos comparten el criterio de que estamos ante unos graves crímenes, ante unos presuntos culpables y que lo único buscado por el recurso y conseguido en el auto es **la indeseable impunidad.**

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

“En virtud del principio de jurisdicción universal cualquier Estado puede ejercer la jurisdicción ante ofensas graves a los intereses de la Comunidad Internacional al margen del lugar de ejecución del crimen y de la nacionalidad del autor o de la víctima (así lo dice la exposición de motivos de la LO 13/2007, que introdujo la

*inmigración clandestina en el catálogo del art. 23.4 LOPJ, y el art. 5.1 del Estatuto de la Corte Penal Internacional). **La razón de ser de una jurisdicción universal es la de evitar la (inmensa) impunidad de esos crímenes, impunidad que en buena medida se debe a la posición que el autor ocupa en la estructura de poder del Estado; porque los crímenes de guerra, los de genocidio y de lesa humanidad, la tortura y las desapariciones forzadas comparten una nota: son crímenes de Estado, en su peor acepción. De ahí la dificultad, que muchas veces deviene en imposibilidad, de la persecución de los graves crímenes internacionales, ya porque sus autores ejercen el poder, se trata de mandatarios, ya porque tienen la capacidad de neutralizar la acción judicial. Este caso es ejemplar: los querellados eran en el momento del ataque aéreo que provocó la muerte de civiles inocentes los máximos responsables en el gobierno y en la escala jerárquica de mando militar del Estado de Israel.***

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

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

“La persecución internacional y transfronteriza que pretende imponer el principio de justicia universal se basa exclusivamente en

las particulares características de los delitos sometidos a ella, cuya lesividad (paradigmáticamente en el caso del genocidio) trasciende la de las concretas víctimas y alcanza a la Comunidad Internacional en su conjunto.

Consecuentemente su persecución y sanción constituyen, no sólo un compromiso, sino también un interés compartido de todos los Estados (según tuvimos ocasión de afirmar en la STC 87/2000, de 27 de marzo, FJ 4), cuya legitimidad, en consecuencia, no depende de ulteriores intereses particulares de cada uno de ellos. Del mismo modo la concepción de la jurisdicción universal en el Derecho internacional actualmente vigente no se configura en torno a vínculos de conexión fundados en particulares intereses estatales, tal como muestran el propio art. 23.4 LOPJ, la citada Ley alemana de 2002 o, por abundar en ejemplos, la Resolución adoptada por el Instituto de Derecho Internacional en Cracovia el 26 de agosto de 2005, en la que, después de poner de manifiesto el ya mencionado compromiso de todos los Estados, se define la jurisdicción universal en materia penal como "la competencia de un Estado para perseguir y, en caso de ser declarados culpables, castigar presuntos delincuentes, independientemente del lugar de comisión del delito y sin consideración a vínculo alguno de nacionalidad activa o pasiva u otros criterios de jurisdicción reconocidos por la Ley internacional".

La idea que preside, por tanto, el principio de Jurisdicción Universal, consagrado internacionalmente, no es otra que la evitación de la impunidad y que su concreción no ha de hallar cortapisa alguna, por cuanto se concibe como un principio absoluto.

Recordemos que los crímenes cometidos en el barrio Al Daraj, en la ciudad de Gaza, datan del año 2.002: hasta la fecha ni han sido investigados ni sus responsables perseguidos – **han transcurrido MÁS DE 7 AÑOS DE INDECENTE INACTIVIDAD.**

No hay herramienta más eficaz para perseguir estos graves crímenes que el de la Jurisdicción Universal, que permite que Terceros estados se involucren en una investigación penal para depurar responsabilidades por hechos que afectan a toda la Comunidad Internacional.

Al hilo de esta reflexión se nos ocurre que el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional incurre en una suerte de indefinición acerca del alcance y significado de la jurisdicción Universal; no se plantea su examen a la luz de los atroces crímenes denunciados en nuestra querrela, sino que se limita a reinterpretar tal principio absoluto, dando prevalencia a una supuesta investigación de carácter administrativo en el estado de **Israel (POR PARTE DE UNA COMISIÓN MILITAR)**, sobre la jurisdicción de los Tribunales españoles.

Es más, también se ampara la actuación del Fiscal General del Estado Israelí, en relación a su decisión de no investigar estos crímenes por no ser, a juicio de dicho órgano israelí, constitutivos de delito alguno.

Cayendo en una suerte de contradicción, se alega en el auto recurrido la “cosa juzgada”, como impedimento para el conocimiento por los Tribunales españoles de los hechos contenidos en nuestra querrela y, al mismo tiempo, se da pábulo a una supuesta “litispendencia” aludiendo a una comisión de investigación de carácter administrativo que recientemente (siete años más tarde de cometerse los crímenes) se ha puesto en marcha y

sospechosamente después de interpuesta la querrela de la que esta casación trae causa.

Por tanto, como consecuencia del principio de jurisdicción universal, tal cual está concebido en nuestro ordenamiento jurídico, no admite la subsidiariedad, sino la concurrencia de jurisdicciones, de tal forma que todos los estados que investiguen los hechos que afectan a la Comunidad Internacional, son considerados iguales.

En ese sentido se ha pronunciado extensamente nuestro Tribunal Constitucional y nos remitimos a lo brillantemente expuesto en el voto particular de los cuatro magistrados discrepantes de la mayoría del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

Concurrencia de jurisdicciones y subsidiariedad no son términos equiparables, ni mucho menos. Ocurre que, como tiene establecido el Tribunal Constitucional, cuando dos jurisdicciones se hallen investigando sobre los mismos hechos, se atenderá a un principio corrector, como es el *locus delicti*.

Y, aún en ese caso, no cabe desechar automáticamente la jurisdicción de terceros estados, sino entender dicha jurisdicción desde el prisma de la complementariedad, pues, precisamente, por la proximidad con los hechos denunciados, el estado del lugar de la comisión de los atroces crímenes posiblemente se vea con grandes dificultades para investigar los hechos que afectan a sus nacionales.

Sin embargo, en el caso que nos ocupa, insólitamente, nos encontramos ante una resolución que da prioridad al estado de Israel en la obligación

(que no derecho) de investigar estos delitos, ni siquiera aplicando la tradicional herramienta del locus delicti (pues Gaza, lugar de la comisión de los hechos, no es territorio israelí), sino la llamada “doctrina de la ubicuidad” a la que acude la mayoría del Pleno de forma sorprendente si no preocupante.

Ante esta curiosa forma de denegar a esta parte el acceso a los tribunales españoles para el enjuiciamiento de estos gravísimos crímenes, no podemos sino alegar en contrario como se dirá seguidamente.

En primer lugar y, como la propia resolución asume, habrá que aclarar que los hechos no se cometen en el estado de Israel sino en territorio palestino.

Es pacífico, a nuestro entender, que ninguna discusión merece este dato, por cuanto Gaza, que es territorio palestino, está claro **que no pertenece al Estado de Israel.**

Se trate de territorio ocupado, autónomo o como se quiera denominar, lo que no admite discusión es que no forma parte del mapa de Israel, por lo tanto, los crímenes denunciados se cometieron fuera de la jurisdicción territorial del estado de Israel.

Habida cuenta que Gaza no forma parte del Estado de Israel y, se le considere o no territorio ocupado (que nosotros junto con la comunidad internacional si lo consideramos), lo relevante es que dicha zona, la del locus delicti comisi, se encuentra fuera del ámbito jurisdiccional de Israel; que Gaza carece de capacidad jurisdiccional para conocer, investigar y enjuiciar estos hechos; que, lamentablemente, no existen alternativas jurisdiccionales de ámbito supranacional aplicables y que no existe

jurisdicción concurrente, **es obligación de la Jurisdicción española proceder a la investigación, enjuiciamiento y exigencia de responsabilidades por los hechos objeto de este procedimiento.**

Sin embargo, por causas que desconocemos pero intuimos, el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (a excepción de los cuatro magistrados discrepantes que constan en el voto particular) acude a la denominada “*doctrina de la ubicuidad*” para concluir, en aplicación de dicha doctrina, que la jurisdicción del Estado de Israel prevalece sobre la jurisdicción española para la investigación de los terribles hechos denunciados; y ello, dando por incuestionable que en el Estado de Israel ya se están investigando en un procedimiento penal estos crímenes, lo cual también se discutirá en el presente motivo de casación pero que, desde ya, anunciamos es una falacia.

Respecto a la utilización de la teoría de la ubicuidad, como norma reguladora de la competencia, a falta del criterio “locus delicti”, se expresa de la siguiente manera el Pleno:

*“En relación con lo anterior, resulta improcedente cuestionar la competencia de las autoridades judiciales del Estado de Israel para investigar y, en su caso, enjuiciar los hechos sujetos a comprobación, en atención a la teoría de la **ubicuidad**, aplicable a los posibles tipos delictivos perpetrados, en los que la barrera de protección del bien jurídico protegido (las personas civiles inmersas en acciones militares) trasciende de la mera ejecución, para situarse en la fase previa de organización y planificación del ataque. Es de recordar que los arts. 611.1º y 613.1 del C.P. español emplean la expresión “realice u ordene realizar” al describir los tipos delictivos*

atribuibles a los autores -en sentido amplio: materiales, inductores y cooperadores necesarios- que cometan los actos allí recogidos. En virtud de la doctrina de la ubicuidad, el delito, de existir, se comete tanto donde se origina y desarrolla la acción (Israel) como donde se produce el resultado (Gaza). Debe traerse a colación que por Acuerdo del Pleno de la Sala 2ª del Tribunal Supremo adoptado el 3-2-2005 se estableció que: “El delito se comete en todas las jurisdicciones en las que se haya realizado algún elemento del tipo; en consecuencia, el Juez de cualquiera de ellas que primero haya iniciado las actuaciones procesales será en principio competente para la instrucción de la causa”.

Es decir, se toma como “elemento del delito” lo que no es más que una forma de autoría, la inducción o cooperación necesaria, que, precisamente se da, en la gran mayoría de los querellados; y que, además, nuestro Código Penal desarrolla, digamos con exceso de clarificación, a fin de que nadie quede impune por la comisión de estos gravísimos hechos, ni siquiera aquél que dio la orden de matar sin distinguir entre objetivo militar y población civil, incluyendo bebés y niños.

Tal confusión, identificar el elemento del delito con la forma de autoría, lleva al absurdo de olvidarse de la teoría que siempre se ha aplicado de forma pacífica en caso de delitos contra la vida de las personas, **la teoría del resultado**, a la que precisamente se hace alusión cuando se acude al criterio del “forum delicti comissi” o, como en este caso, del “locus delicti comissi”.

En efecto, llegados a este punto, no nos es dado obviar que, tradicionalmente, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido

acogiendo la solución legal que ofrece la denominada teoría del resultado, aunque, dada la existencia de supuestos en que dicha teoría no puede aplicarse, el Alto Tribunal ha tenido que ir introduciendo soluciones específicas, como es la teoría de la ubicuidad.

No se puede aplicar la teoría del resultado o del locus delicti cuando estamos hablando de delitos de mera actividad (o de riesgo o de consumación anticipada) como es el caso de los delitos contra la salud pública; no se puede aplicar tampoco la teoría del resultado cuando estamos ante el delito de estafa y éste despliega sus efectos en diferentes lugares según se perfeccione el engaño o se produzca el desplazamiento patrimonial en un lugar u otro; tampoco puede aplicarse el forum delicti en los delitos de consumación permanente, como es el caso de un secuestro en el caso de que el secuestrado sea trasladado de un lugar a otro.

Es decir, cuando no se puede acudir al criterio del lugar de la comisión del delito o de su resultado, se acudirá a otras reglas ideadas, precisamente, para asignar competencia en delitos sin resultado o de mera actividad o con resultados en varios lugares.

En supuestos de asesinatos, **obviamente, el órgano judicial competente para su investigación será aquel del lugar donde se produzca la muerte, pues será allí donde se encontrarán los vestigios y pruebas objetivo-científicas relevantes para cualquier investigación criminal con independencia del lugar de residencia del autor o, incluso, de su lugar de cobijo o huida.**

Por eso, la utilización de la teoría de la ubicuidad en el presente caso no sólo es inidónea para asignar la competencia, en este caso la jurisdicción,

sino que supondría una intolerable perversión de las reglas de ordenación de la competencia con las consecuencias que ello podría traer si este Alto Tribunal amparase tal entendimiento en la resolución de este recurso – y no nos estamos refiriendo a consecuencias en materia específica de este proceso o de otros de jurisdicción universal sino en términos generales como concepto jurisprudencial reclamable en diversidad de procesos.

En cualquier caso, como ya dijimos antes, no habrá que confundir la autoría por inducción, como cooperador necesario, con el resultado de muerte, pues este resultado atrae siempre la competencia territorial, como hasta ahora y de forma pacífica se ha resuelto siempre.

Ahora bien, en el improbable caso de que se entendiera aplicable la teoría de la ubicación por los asesinatos cometidos en el barrio de Al Daraj, lo alarmante sería, precisamente, rechazar la jurisdicción de los tribunales españoles sobre la base de la existencia de un procedimiento penal sobre los mismos hechos en el Estado de Israel, pues dicho procedimiento es inexistente en ese país.

Tal y como propuso el Ministerio Fiscal, cuando se opuso en su recurso de apelación a que el Juzgado Central de Instrucción nº 4 investigase los crímenes denunciados, así ha entendido el órgano *a quo*: existencia de cosa juzgada, con la decisión del Fiscal General del Estado israelí de no investigar los hechos; y, además, litispendencia, por entender que una comisión de investigación administrativa, designada por el Gobierno israelí, está llevando a cabo una investigación judicial penal acerca de los hechos.

A) NO EXISTE COSA JUZGADA: DECISIÓN DEL FISCAL GENERAL ISRAELÍ DE NO INVESTIGAR LOS HECHOS.

Sin ignorar esta parte que el Fiscal en el Estado de Israelí tiene facultades jurisdiccionales, a este respecto toda clarificación nos parece innecesaria, lo que esta parte alegó siempre en contestación a la pretensión del Ministerio Fiscal – y al amparo que de la impunidad hace dicha parte - es que la resolución de aquel órgano israelí **nunca había constituido ni investigación ni cosa juzgada**, por cuanto rechazó que se abriera una investigación penal acerca de la masacre cometida.

Y dicho rechazo, tal cual se hace constar en la documentación aportada por el Estado de Israel, se basó en que la acción de lanzar la bomba sobre el barrio de Al Daraj y sus consecuencias letales (15 muertos) no constituyó delito alguno, dado que se basó en el principio de proporcionalidad y distinción, un criterio sobre proporcionalidad y distinción que sólo es aceptable desde la perspectiva del Estado de Israel y su especial entendimiento de la legalidad internacional.

Lo cierto y verdad es que, sin más retoricismos, se nos da la razón: se rechazó la apertura de una investigación penal, por lo tanto ni siquiera dio comienzo ésta.

Así, la resolución recurrida obvia gravemente que las autoridades judiciales españolas, a la hora de homologar en España una sentencia o resolución extranjera, no sólo deben velar por la constitucionalidad de las garantías formales adoptadas durante el proceso, sino también sobre el respeto en cuestiones de fondo a los principios irrenunciables que inspiran nuestro ordenamiento jurídico.

Las resoluciones israelíes, al aceptar los asesinatos selectivos y la muerte o lesión de las víctimas que éstos generan e imposibilitan de facto el acceso a la justicia a las víctimas y sus familiares, vulneran los Art. 15 CE (derecho a la vida de las víctimas del bombardeo), Art. 24. 1 (tutela judicial efectiva e indefensión de las víctimas y sus familiares), Art 24. 2 (proceso sin dilaciones indebidas), así como a lo declarado en el Art. 10.1 CE (dignidad de la persona) y 10.2 CE (respeto a la declaración universal de DD.HH y otros tratados), lo que las hace incompatibles con nuestro ordenamiento jurídico o al menos eso es lo que entendemos nosotros no así el Ministerio Fiscal ni una mayoría del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

Al hilo de lo anterior, cabe recordar la jurisprudencia constitucional al respecto, partiendo para ello de la **STC 21/1997, de 10 de febrero**, que estableció:

“es procedente recordar aquí, de un lado, que 'los poderes públicos españoles no están menos sujetos a la Constitución cuando actúan en las relaciones internacionales ... que al ejercer ad intra sus atribuciones', como se ha dicho en la Declaración de este Tribunal de 1 de julio de 1992, fundamento jurídico 4, y ello es aplicable a las autoridades y funcionarios dependientes de dichos poderes...

. ..si el mandato del art. 10.2 CE impone que los preceptos constitucionales sean interpretados de conformidad con las normas internacionales sobre protección de los derechos humanos, ha de recordarse también que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado, en relación con el art. 1 del Convenio de Roma de 1950, que el ámbito de la jurisdicción estatal, a los fines de la

protección que ese instrumento garantiza, no se circunscribe al territorio nacional. ”

Fiel reflejo de los valores contenidos en la anterior resolución, **la STC 91/2000**, que en su FJ 6º nos indica ya que:

“Examinando en primer término la presuposición de que los poderes públicos españoles pueden vulnerar "indirectamente" los derechos fundamentales cuando reconocen, homologan o dan validez a resoluciones adoptadas por autoridades extranjeras, ha de afirmarse inequívocamente que se apoya en una jurisprudencia reiterada de este Tribunal. Nuestros pronunciamientos en este sentido se refieren tanto a casos de extradición, como a decisiones judiciales de homologación de sentencias dictadas por Tribunales extranjeros, a través del mecanismo del exequatur, supuestos ambos en que los órganos judiciales españoles han de pronunciarse sobre la validez constitucional de resoluciones dictadas por Tribunales no nacionales, pese a que la Constitución española rige solamente en el territorio nacional. Y abarcan, desde luego, la actuación extraterritorial de nuestras autoridades nacionales.”

Continúa la misma sentencia en su FJ 7º razonando que:

“Establecida así la posibilidad de vulneraciones "indirectas" de los derechos fundamentales, y pasando a analizar su fundamento, se advierte que la exposición que antecede comporta, al menos prima facie, un resultado paradójico. El hecho de que la actuación que se examine desde la perspectiva constitucional sea la de los Tribunales españoles no lo elimina enteramente; pues lo cierto es que la

apreciación de si los Tribunales nacionales han vulnerado o no la Constitución se basa en una valoración previa, relativa a si la actuación pasada o futura de los órganos de un Estado extranjero (obviamente no sometidos a la Constitución española) resulta o puede resultar vulneradora de los derechos fundamentales reconocidos en la misma, hasta el punto de invalidar el principio general de excluir toda indagación al respecto.

*...Pues bien, para llevar a cabo esa determinación, la Constitución española de 1978, al proclamar que el fundamento "del orden político y de la paz social" reside, en primer término, en "la dignidad de la persona" y en "los derechos inviolables que le son inherentes" (art. 10.1) expresa una pretensión de legitimidad y, al propio tiempo, un criterio de validez que, **por su propia naturaleza, resultan universalmente aplicables.** Como hemos afirmado en varias ocasiones "proyectada sobre los derechos individuales, la regla del art. 10.1 CE implica que, en cuanto 'valor espiritual y moral inherente a la persona' (STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 8) **la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre ... constituyendo, en consecuencia un minimum invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar**" [STC 120/1990, de 27 de junio, FJ 4; también STC 57/1994, de 28 de febrero, FJ 3 A)]. De modo que **la Constitución española salvaguarda absolutamente aquellos derechos y aquellos contenidos de los derechos "que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano o, dicho de otro modo ... aquéllos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana"** (STC 242/1994, de 20 de julio, FJ 4; en el mismo sentido, SSTC 107/1984, de 23 de noviembre, FJ 2 y 99/1985, de 30 de septiembre, FJ 2)."*

...Sólo el núcleo irrenunciable del derecho fundamental inherente a la dignidad de la persona puede alcanzar proyección universal; pero, en modo alguno podrían tenerla las configuraciones específicas con que nuestra Constitución le reconoce y otorga eficacia. Así, al analizar esta cuestión en relación con las garantías contenidas en el art. 24 CE, las SSTC 43/1986, FJ 2 y 54/1989, FJ 4, han señalado que, si bien los Tribunales extranjeros no se hallan vinculados por la Constitución española ni por su elenco de derechos protegidos por el recurso de amparo, sí lesionan los derechos fundamentales las resoluciones de los órganos judiciales españoles que homologan "una resolución judicial foránea en un supuesto en que, por ser contraria a los principios esenciales contenidos en el art. 24 de la Constitución, debiera haber sido repelida por el orden público del foro".

Este último concepto "ha adquirido así en España un contenido distinto, impregnado en particular por las exigencias del art. 24 de la Constitución", ya que "aunque los derechos fundamentales y libertades públicas que la Constitución garantiza sólo alcanzan plena eficacia allí donde rige el ejercicio de la soberanía española, nuestras autoridades públicas, incluidos los Jueces y Tribunales, no pueden reconocer ni recibir resoluciones dictadas por autoridades extranjeras que supongan vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados constitucionalmente a los españoles o, en su caso, a los españoles y extranjeros" (STC 43/1986, FJ 4).

Así, lo que una mayoría del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional establece es que nuestro Ordenamiento Jurídico asuma una resolución dictada por una autoridad extranjera que vulnera gravemente derechos fundamentales y libertades públicas consagrados en nuestra Constitución.

El principio de proporcionalidad aplicado por la Fiscalía israelí, avalado por la Fiscalía de la Audiencia Nacional y esa mayoría del Pleno ya citada, **repugna a nuestro Ordenamiento Jurídico, que rechaza sin paliativos el ataque indiscriminado contra seres humanos, aunque se invoquen principios utilitaristas que lo justifiquen, pues la vida de las personas y su dignidad están ampliamente protegidas en nuestra Constitución, por encima de cualesquiera otros derechos.**

Los valores subyacentes al principio de proporcionalidad invocado por la Fiscalía israelí (y avalados por la resolución recurrida) son absolutamente rechazados por nuestro Ordenamiento Jurídico y rechazables por la moral socialmente aceptada, pues, evidentemente, no guarda proporción alguna la muerte de un presunto terrorista, no juzgado, con los resultados obtenidos consistentes en el fallecimiento de seres absolutamente inocentes (la mayoría niños y bebés) gracias al lanzamiento de una bomba de una tonelada en un barrio de gran densidad de población, sobre un edificio que contenía varias viviendas y que a su vez estaba muy cerca de otras viviendas.

No hubo, por tanto, proporcionalidad en el ataque, sino **gran desprecio hacia la vida y la integridad de las personas, puesto que era fácilmente detectable por el Estado israelí y sus adelantados medios tecnológicos que se trataba de un barrio densamente poblado; por lo tanto, eran**

fácilmente predecibles las terribles consecuencias provocadas por tal ataque.

Resultan, así, inasumibles por nuestros órganos judiciales, a la luz de la doctrina constitucional, las resoluciones del Fiscal Militar y el Fiscal General del Estado de Israel por las que rechazan cualquier tipo de investigación judicial a fin de esclarecer los hechos y sus autores

B) NO HAY LITISPENDENCIA: LA DESIGNACIÓN DE UNA COMISIÓN DE INVESTIGACIÓN ADMINISTRATIVA NO CONSTITUYE INVESTIGACIÓN PENAL DE LOS HECHOS.

El auto dictado por el órgano *a quo* afirma que *“procede a continuación examinar la documentación obrante en autos para extraer de ella cómo en el Estado de Israel se ha investigado y se investigan los hechos descritos en la querrela formulada. Actuación procesal que definitivamente desactiva el principio de concurrencia de jurisdicciones en el caso sometido a análisis, con clara prevalencia de la confianza en el Estado de Derecho que ello implica.”* (La negrita es nuestra)

A continuación, en la meritada resolución, se exponen los “hitos procesales” de lo que se ha venido a denominar “investigación penal por los órganos judiciales del estado de Israel”, que no es otra cosa que la verificación administrativa, por un órgano administrativo o comité de revisión de carácter militar, acerca de los hechos ocurridos hace más de siete años.

Así, en la resolución impugnada parece considerarse que un comité de revisión formado por y para las Fuerzas Armadas israelíes, compuesta por

miembros militares con altos cargos en la GSS¹, es una instancia judicial más.

Sin embargo, la lógica impide catalogarlo como un órgano jurisdiccional, cuando, evidentemente, tiene carácter administrativo.

Se realiza tal consideración porque entiende que dicho comité de revisión es la primera instancia preceptiva previa a una investigación judicial: al parecer, el Tribunal Supremo de Israel no resuelve las legítimas expectativas de las víctimas-querellantes, vía recurso, a la espera de la conclusión de la investigación iniciada en dicha comisión. Y este hecho por sí mismo puede llevar a la confusión.

Dicho de otra forma y en aras de una mejor claridad, hay que recordar que el órgano instructor competente para llevar a cabo una investigación judicial es el Fiscal Militar, cuya resolución fue recurrida al Fiscal General del Estado: este último confirmó la resolución de aquél, consistente en que los hechos denunciados no son constitutivos de delito alguno, al ajustarse al principio de proporcionalidad (pero sólo a la acepción israelí de dicho principio, no a la nuestra).

La decisión del Fiscal General del Estado fue recurrida ante el Tribunal Supremo; este Alto órgano jurisdiccional recomendó la formación de un comité de revisión militar, a fin de aclarar, apriorísticamente los hechos, previamente a su pronunciamiento.

Respecto al asunto principal, la decisión acerca de la resolución de la Fiscalía israelí de no investigar estos hechos, el Tribunal Supremo ha

¹ Servicio de Seguridad General israelí

decidido no resolver el recurso hasta tanto dicho comité de revisión no finalice su trabajo.

Así, nos encontramos ante una litispendencia *sine die*: el Tribunal Supremo no resuelve a la espera de que lo haga el comité de revisión, pero éste tampoco ha concluido ni resuelto nada después de más de 7 años.

Las víctimas se encuentran ante un callejón sin salida, situación ésta perfectamente asimilable a la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, pues el acceso a la jurisdicción está siendo vedado por esta incomprensible paralización de la resolución del recurso, con la consiguiente impunidad para los responsables de los crímenes cometidos.

En otro orden de cosas, se considera a la mencionada comisión de revisión como “Autoridad judicial”, defendiendo, por tanto, la litispendencia en relación a la no finalización de la labor de investigación de dicha comisión.

Este órgano, creado en el seno de las Fuerzas Armadas israelíes tiene por cometido la investigación militar de una acción concreta para la prevención de fallos y errores no de exigencia penal de responsabilidades.

El artículo 539.a) párrafo 6° de la Ley de Justicia Militar y el artículo 17 de la Ley General de Servicios de Seguridad, que el Estado de Israel ha debido aportar en la documentación entregada en este Juzgado, establecen que **todo el material procedente de una investigación militar no puede ser utilizado en un Tribunal de justicia o a quien realice investigación**

criminal según cualquier disposición y tendrá el carácter de confidencial.

El material al que se hace referencia no es otro que el contenido del objeto de la comisión de revisión o verificación realizada en el ámbito de las Fuerzas Armadas respecto a acontecimientos ocurridos durante maniobras u operativos militares.

El comité de revisión nombrado el 23 de enero de 2008 en el caso *Shehadeh* no es una comisión de investigación legal, sino que fue establecida “sobre la base de los poderes inherentes del gobierno de nombrar un comité para examinar los asuntos que recaen dentro del ámbito de sus responsabilidades.”² A diferencia de órganos de investigación legales, “un comité de este tipo no tiene un estatus establecido por ley, y normalmente se utiliza como una herramienta para ayudar en revisiones de los asuntos internos de la autoridad que lo crea.”³

Un comité de revisión es la versión más débil de los tres tipos de comités de investigación que se pueden establecer a tenor de la ley Israelí. Conforme señala el Juez Procaccia del Tribunal Supremo Israelí:

“La legislación hace referencia a tres mecanismos posibles para llevar a cabo una investigación que ordena la autoridad ejecutiva, y la elección de uno de ellos corresponde al órgano que nombra la comisión: por un lado esta ‘el comité de revisión’ [...] Dicho comité se establece sobre la base de las facultades inherentes del ministro o de los poderes inherentes

² The ruling in the *Shehadeh* case, para. 11.

³ H CJ 6001/97, *Amitai v. The Prime Minister* (decision delivered on 22 October 1997).

*del gobierno. Tal comité carece de un estatus legal, y por lo tanto su estatus, modus operandi, y facultades no son determinados por la ley [...] El comité de revisión carece del poder legal de obligar a testigos o de traer pruebas, y sus conclusiones y recomendaciones no tienen ningún estatus legal reconocido.”*⁴

El comité de revisión carece de las facultades elementales para llevar a cabo una investigación criminal, facultades que se otorgan al amparo de la ley Israelí a organismos autorizados para llevar a cabo investigaciones criminales, la policía Israelí,⁵ la policía militar⁶ y la Unidad de investigaciones policiales del Ministerio de Justicia.⁷

En contraste con estos organismos de investigación, que son establecidos al amparo de la ley, con el poder de obligar a testigos a ayudar en las investigaciones⁸ y de conseguir pruebas,⁹ **el comité de revisión carece de estas facultades.** Además, las sanciones penales aplicables en la obstrucción de una investigación criminal, por ejemplo, el proporcionar información falsa¹⁰, llevar a cabo un acto deliberado para hacer fracasar a una investigación criminal o impedir que tenga lugar, incluido el impedir a que un testigo sea traído para dar pruebas, y ocultar pruebas,¹¹ y persuadir a un testigo potencial de no revelar información o de mentir en una investigación

⁴ HCJ 6728/06, *Ometz Association v. The Prime Minister* (decision delivered on 30 November 2006), para. 28-29 of Justice Procaccia's ruling.

⁵ According to Article 3 of the Police Ordinance (new version, 1971), which defines the role of the police, and Article 59 of the Criminal Procedure Law (integrated version, 1982), which determines the power of the police to open an investigation where there is suspicion that a felony has been committed.

⁶ Articles 251 and 252 of the Military Justice Law – 1955.

⁷ The powers of the police to investigate felonies committed by police officers or employees of the General Security Services were transferred to the Ministry of Justice's Police Investigations Unit by article 49J of the Police Ordinance (new version, 1971).

⁸ Article 68 of the Criminal Procedure (Powers of Enforcement – Detentions) Law – 1996.

⁹ Article 32(a) of the Criminal Procedure (Detention and Search) [new version, 1969] Ordinance, and article 256(b) of the Military Justice Law – 1955.

¹⁰ Article 2 of the Criminal Procedure (Testimony) Ordinance and Article 243 of the Penal Code – 1977.

¹¹ Article 244 of the Penal Code – 1977.

criminal,¹² **no son aplicables a testigos que comparecen ante un comité de revisión.**

Algunos de los poderes otorgados a organismos autorizados a llevar a cabo investigaciones criminales se otorgan también a comisiones oficiales de investigación,¹³ tales como los poderes de obligar a testigos a testificar bajo juramento,¹⁴ obligar a testigos a comparecer ante la comisión,¹⁵ y el emitir ordenes de registro;¹⁶ **sin embargo, no se otorgan a comités de revisión.**

En su fallo en el caso *Shehadeh*, el Tribunal Supremo Israelí dijo explícitamente que “*el Artículo 539A de la Ley de Justicia Militar – 1955 o el Artículo 17 de la Ley de Servicios Generales de Seguridad – 2002 serán de aplicación según procede*” al comité de revisión.¹⁷ Por lo tanto, la aplicación de estos artículos al comité de revisión en el caso *Shehadeh* da lugar no solo a un comité que carece de poder, pero también a uno cuyas conclusiones serán confidenciales y que no se podrán utilizar en el futuro para exigir responsabilidades.

La distinción entre una investigación criminal y una investigación militar llevada a cabo conforme al Artículo 539A de la Ley de Justicia Militar – 1955 fue explicada en mayor detalle por el Tribunal Supremo Israelí en su fallo en el caso *Al-Nebari*:¹⁸

¹² Article 245 of the Penal Code – 1977.

¹³ Established in accordance with Article 1 of the Commissions of Inquiry Law – 1968.

¹⁴ Article 9(a)(2) of the Commissions of Inquiry Law – 1968.

¹⁵ Article 9(a)(3) and Article 11 of the Commissions of Inquiry Law – 1968.

¹⁶ Article 12 of the Commissions of Inquiry Law – 1968.

¹⁷ The ruling in the *Shehadeh* case, para. 10.

¹⁸ HCJ 2366/05, *Al-Nebari v. The Chief of Staff of the Israeli Army* (decision delivered on 29 June 2008), para. 6-10 of Justice Arbel’s ruling.

“El análisis de los hechos es el papel principal de los organismos de investigación – la policía militar, el Oficial Inspector y el Juez de Instrucción – y su finalidad es revelar la verdad para hacer justicia y traer a los responsables ante la justicia. A la inversa, el examen de los hechos que se lleva a cabo dentro del marco de una investigación operativa, aunque sea un paso esencial y sumamente importante dentro de la investigación, no es su finalidad; sino que sirve a la finalidad de la investigación operativa, la cual es establecer conclusiones y lecciones para evitar fracasos y errores futuros [...] Existe, por lo tanto, una diferencia sustancial entre una investigación operativa y una investigación criminal, tanto al nivel de la finalidad como al nivel operativo.”

Por tanto, el objeto del comité de revisión militar no es otra que la detección de fallos y errores, incompatible con la búsqueda de responsables penales.

Es obvio que el comité de revisión para asuntos de la GSS tiene carácter eminentemente administrativo; su único objetivo es valorar los fallos operativos contenidos en una acción militar concreta y sus conclusiones no pueden ni deben ser trasladadas a ningún órgano judicial que esté llevando a cabo una investigación criminal.

Según el mencionado artículo 539.a) de la Ley de Justicia Militar, las únicas consecuencias posibles tendrán efectos disciplinarios, en su caso, **sin que puedan ser objeto de enjuiciamiento criminal.**

Por lo tanto, cuando 7 años más tarde de los terribles hechos sucedidos en el barrio de Al Daraj de la Ciudad de Gaza, el Tribunal Supremo israelí, previo al dictado de la resolución contra la decisión del Fiscal General del Estado de archivar las querellas presentadas por algunas víctimas, **establece que el comité de revisión ha de concluir su trabajo, está eludiendo un pronunciamiento judicial relevante para las víctimas mediante el uso de una comisión inoperante en la instancia judicial y criminal.**

No se trata más que de una añagaza para tratar de confundir a las víctimas de los terribles crímenes cometidos, quienes no tienen más alternativa que esperar *sine die* a que el comité de revisión concluya su investigación (de carácter interno) para que, a su vez, el Tribunal Supremo pueda concluir su trabajo.

Y en el mejor de los casos, si dentro de otros 7 años el comité de revisión concluyera su trabajo y por fin el Tribunal Supremo resolviera, **este Alto órgano jurisdiccional no podría utilizar el material de investigación utilizado en dicho comité comisión porque la ley y la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo se lo impiden.**

En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de imparcialidad de órganos jurisdiccionales, ha indicado, en Sentencia de 1 de octubre de 1982, que la existencia de imparcialidad “*puede ser apreciada conforme al artículo 6.1 del Convenio, de diversas maneras. Se puede distinguir así entre un aspecto subjetivo, que trata de averiguar la*

*convicción personal e un juez determinado en un caso concreto, y un aspecto objetivo, que se refiere a si éste **ofrece las garantías suficientes para excluir cualquier duda razonable al respecto**”(STEDH caso Piersack de 1 de octubre de 1982).*

Así mismo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido las bases o los requisitos para considerar que una investigación es eficaz, en numerosas sentencias: *Hugh Jordan, Kelly y otros, Shanaghan y Mckerr contra el Reino Unido*, las cuatro de 04.05.2001; *Finucane contra Reino Unido*, 1.7.2003; *Fatma Kaçar contra Turquía*, de 15.7.2005; Los casos *Isayeva (I y II) contra Rusia*, de 24.2.2005.

En este último caso, *Isayeva contra Rusia*, el TEDH afirmó con contundencia que la investigación judicial llevada a cabo, previo informe de un comité de expertos militares, **no era eficaz ni podía considerarse que reuniera un mínimo de garantías para establecer los hechos, identificar a los responsables y, en su caso, castigarlos:**

*“En cuanto a las reparaciones en virtud del derecho penal, el Tribunal observa que se estableció una investigación criminal del ataque a la población, aunque sólo tras una demora considerable, a saber en septiembre de 2000, a pesar del hecho de que las autoridades eran susceptibles de haber tenido conocimiento de las consecuencias del ataque inmediatamente después de que se produjera. Las informaciones sobre víctimas civiles de tal magnitud deberían haber alertado a las autoridades competentes sobre la necesidad de proceder a realizar una investigación en una fase anterior. **A pesar de esto, según una carta del 24 de agosto de 2002***

remitida a Memorial, los fiscales militares realizaron una comprobación en marzo de 2000 y se negaron a iniciar una investigación. El Tribunal asimismo observa que la demandante no fue adecuadamente informada del avance de la investigación y que no se presentaron cargos contra ninguna persona.”

Así vemos, en primer lugar, que una comprobación por fiscales militares concluyó que era innecesario iniciar ninguna investigación; además de que dicha comprobación preliminar se realizó con gran demora respecto a la fecha de la comisión de los hechos.

En el presente caso, casi idéntico, no sólo no se produjo un informe de oficio por el fiscal militar, sino que lo fue a petición de las víctimas, con bastante retraso respecto a la fecha del bombardeo y sus consecuencias, y dicho informe concluyó en una decisión de no investigar.

Siguiendo con el caso Isayeva contra Rusia, el TEDH estableció que:

“La obligación de proteger el derecho a la vida en virtud del Artículo 2 de la Convención, leída conjuntamente con la obligación general del Estado establecida por el Artículo 1 de la Convención de “garantizar a toda persona dentro de su jurisdicción los derechos y las libertades definidos en la Convención” requiere por implicación que debería existir alguna forma de investigación oficial efectiva cuando se ha producido el asesinato de personas como consecuencia del uso de la fuerza.

Para que la investigación de un supuesto asesinato ilícito por parte de agentes del Estado sea efectiva, se puede considerar en general

como necesario que las personas responsables de la investigación y de su realización sean independientes de aquéllas implicadas en los acontecimientos (ver, por ejemplo, Güleç v. Turquía, de 27 Julio 1998, Reporte 1998-IV, §§ 81-82; Oğur v. Turquía [GC], no. 21594/93, §§ 91-92, ECHR 1999-III). Esto conlleva no sólo una ausencia de vinculación jerárquica o institucional sino también una independencia práctica (ver, por ejemplo, Ergi v. Turquía, 28 Julio 1998, Reporte 1998-IV, pp. 1778-79, §§ 83-84, y los recientes casos Nor-irlandeses, por ejemplo, McKerr v. Reino Unido, no. 28883/95, § 128, Hugh Jordan v. Reino Unido, no. 24746/94, § 120, y Kelly y otros v. Reino Unido, no. 30054/96, § 114, ECHR 2001-III).”

En el presente caso, el comité de investigación israelí ha sido designado por el Gobierno israelí, algunos de cuyos miembros son responsables de haber ordenado el bombardeo contra objetivos civiles, especialmente protegidos, y la composición de dicha comisión está integrada por militares, algunos de los cuales se vieron involucrados en la cadena de mando de dicha acción criminal.

Evidentemente, esta comisión de investigación, a la que la mayoría del Pleno de la Sala de lo Penal otorga debidas garantías procesales, concretadas en un juicio justo, no reúne los requisitos de una investigación imparcial, desde parámetros objetivos y estándares internacionales (dicho esto en estrictos términos de defensa y a la vista de las críticas unánimes que ha recibido la resolución aquí recurrida por parte de los más eminentes juristas internacionales que discrepan de la misma).

Así mismo, sigue afirmando el TEDH en el mencionado caso Isayeva contra Rusia:

“La investigación también debe ser efectiva en el sentido de ser capaz de llevar a una determinación sobre si la fuerza usada en dichos casos estaba o no estaba justificada en las circunstancias en cuestión (por ejemplo, Kaya v. Turquía, citado más arriba, p. 324, § 87) y a la identificación y el castigo de los responsables. (Oğur v. Turquía, citado más arriba, § 88). Ésta no es una obligación de resultado, sino de medios. Las autoridades deben haber tomado las medidas razonables a su alcance para obtener las pruebas relativas al incidente, incluyendo, entre otros, testimonios oculares, pruebas forenses y, cuando proceda, una autopsia que dé cuenta de forma completa y exacta de las lesiones y un análisis objetivo de los resultados clínicos, incluyendo la causa de la muerte. (Ver por ejemplo, Salman v. Turquía [GC], no. 21986/93, ECHR 2000-VII, § 106; Tanrikulu v. Turquía [GC], no. 23763/94, ECHR 1999-IV, § 109; Gül v. Turquía, no. 22676/93, § 89, 14 Diciembre 2000).

Cualquier deficiencia en la investigación que socave su capacidad de establecer la causa de la muerte o la o las personas responsables conllevará el riesgo de que no se cumpla esta norma (véanse los casos recientes de Irlanda del Norte relativos a la incapacidad de las investigaciones de exigir la comparecencia de testigos de las fuerzas de seguridad directamente implicados en el uso de fuerza letal, por ejemplo, McKerr v. the United Kingdom, cited above, § 144, and Hugh Jordan v. the United Kingdom, cited above, § 127).”

Es decir, una investigación de medios no es otra cosa que la garantía de que, de encontrar e identificar a los responsables, éstos no gozarán de impunidad.

También es una investigación eficaz de medios aquélla que acude al lugar y recoge vestigios, realiza autopsias, interroga a los testigos oculares, a las víctimas...**tampoco los tribunales de Israel, transcurridos más de 7 años desde los asesinatos perpetrados, han realizado una mínima diligencia de investigación con el fin de esclarecer los hechos e identificar a los responsables** (si se es coherente se percibirá que España está en mucho mejores condiciones para enjuiciar estos hechos que Israel porque aquí no sólo se cuenta con más y mejor documentación de los hechos y sus resultados sino que, además, no existe ningún impedimento legal para que testimonien las víctimas, no existe riesgo para la integridad de los testigos, no existe cuestionamiento de la imparcialidad de los Tribunales respecto de este hecho y sus autores y, sobre todo, no debería existir voluntad de ocultamiento y amparo de la impunidad como existe en Israel, sin que esto sea una afirmación gratuita sino que viene sustentada en lo que ha sucedido en estos más de 7 años de impunidad absoluta).

La comisión de investigación que, presumiblemente, está llevando a cabo una suerte de indagación de los hechos desde que hace un año se creó – después de interpuesta la querrela de la que esta casación trae causa, tampoco ha iniciado siquiera una comprobación de la causa de las muertes; no se ha preocupado por la recogida de vestigios y huellas; ni tan siquiera se tiene conocimiento de que se haya tomado declaración a ningún testigo de los hechos, todos los cuales han estado y están a la espera de una acción de investigación digna de llamarse así.

Otro requisito que se establece por el TEDH es el de la prontitud en el inicio de la investigación:

“El requisito de prontitud y expedición razonable está implícito en este contexto. (see Yaşa v. Turkey, cited above, §§ 102-104; Çakıcı v. Turkey [GC], no. 23657/94, §§ 80, 87 and 106, ECHR 1999-IV; Tanrikulu v. Turkey, cited above, § 109; Mahmut Kaya v. Turkey, no. 22535/93, ECHR 2000-III, §§ 106-107).

Aunque pueda haber dificultades u obstáculos que impidan el avance en una investigación en una situación concreta, una respuesta rápida por parte de las autoridades en la investigación del uso de la fuerza letal puede en general ser considerada esencial a la hora de mantener la confianza pública en su observancia de las normas legales y de impedir cualquier apariencia de colusión o tolerancia de actos ilícitos.(see, for example, Hugh Jordan v. the United Kingdom, cited above, §§ 108, 136-140).”

En el presente caso, se evidencia no sólo la inexistencia de una investigación penal eficaz, sino, además, la falta de interés del Estado Israelí a través de sus más altas instancias, toda vez que, transcurridos más de siete años desde la comisión de estos graves delitos, se alega que se ha creado una comisión de investigación, administrativa, cuyos miembros son designados directamente por el gobierno israelí; pero, a la postre, y a fecha actual **no consta ninguna investigación de carácter penal tendente a esclarecer los hechos e identificar a sus responsables.**

Por otra parte, como bien se argumenta en el voto particular de los cuatro magistrados discrepantes con la mayoría, el que se haya siquiera iniciado algún procedimiento civil en relación con los hechos, **nada indica acerca**

de lo que se está reclamando y se nos ha denegado: una investigación de carácter penal eficaz.

En el presente caso, y por lo expuesto, evidentemente, las instancias jurisdiccionales y las administrativas israelíes no ofrecen garantías no sólo de una investigación imparcial, sino de la existencia misma de cualquier investigación judicial.

Después de siete años, desde la comisión de los criminales hechos denunciados, los responsables de los mismos disfrutaban de una amplia impunidad gracias a la labor de todas las instancias israelíes; impunidad que facilita la resolución recurrida; interesa indicar que incluso el apoyo a los imputados por parte de todas estas instancias políticas del Estado de Israel se ha visto reflejado en este propio procedimiento contra el cual no han escatimado medios ni contactos para intentar paralizarlo lo que al final ha sucedido en virtud del auto aquí recurrido, a estos efectos basta una corta memoria o un repaso a las hemerotecas recientes y se comprenderá que la impunidad viene facilitada y amparada por el conjunto del aparato del Estado de Israel.

Acerca de la necesidad de la Jurisdicción Universal para intentar frenar los excesos de las fuerzas militares de Israel en territorio palestino y así evitar la impunidad – en directa relación con la falta de voluntad de investigar por parte del Estado de Israel, se ha emitido recientemente el denominado Informe Goldstone (14 de Septiembre de 2.009), redactado por la Comisión encabezada por el juez sudafricano Goldstone, y creada por mandato del Consejo de Derechos Humanos de la ONU que afirma, como medidas para evitar la impunidad, que:

*“1646. En su búsqueda de la justicia, las víctimas de graves violaciones de los derechos humanos han buscado a menudo los mecanismos de rendición de cuentas en otros países, cuando no había ninguno en la casa o los existentes no ofrecen un remedio efectivo. El principio de universalidad, que expresa que los crímenes internacionales que violan los valores humanos fundamentales son una preocupación para toda la comunidad internacional, apoya el ejercicio de la jurisdicción penal en muchos Estados. El ejercicio de la jurisdicción penal sobre la base del principio de universalidad se refiere a delitos especialmente graves, independientemente del lugar de comisión, la nacionalidad del autor o la nacionalidad de la víctima. **Esta forma de competencia es concurrente con otros basados en los principios más tradicionales de territorialidad, nacionalidad activa y pasiva, y no es subsidiaria de ellos.***

1647. No se discute hoy que los Estados podrán otorgar a los tribunales el derecho a ejercer la jurisdicción universal sobre los crímenes internacionales, incluidos los crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y genocidio. Sin embargo, es persistente la controversia sobre las condiciones o requisitos para el ejercicio de esa jurisdicción y, en particular, acerca de si el presunto autor del delito deben estar físicamente en el territorio del Estado de perseguir o no.

1648. La jurisdicción universal está establecida también en virtud de ciertas convenciones como una obligación para sus Estados Partes. Tal es el caso del Cuarto Convenio de Ginebra, cuyo artículo 146 establece que cada parte contratante "tiene la facultada de buscar a

las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, cualquiera de las infracciones graves" y para llevar a esas personas, independientemente de su nacionalidad, ante sus propios tribunales.

1649. El artículo 5 de la Convención contra la Tortura exige a los Estados partes a adoptar medidas para establecer su jurisdicción sobre el delito de tortura y de complicidad o participación en la tortura cuando el presunto delincuente se encuentra en un territorio bajo su jurisdicción.

*1650. Muchos países de todo el mundo incorporan el principio de jurisdicción universal en sus legislaciones nacionales, entre ellos Australia, Bangladesh, Bélgica, Costa Rica y **España**.*

*1651. En relación con los acontecimientos pasados en el territorio palestino ocupado, **la Misión es consciente de un caso pendiente ante los tribunales españoles. Se trata de la muerte del líder de Hamas, Salah Shehadeh, el 22 de julio de 2002 por una bomba de una tonelada lanzada desde un F-16 israelí de aviones. La bomba también mató a un número de otras personas en la misma casa y en la casa de al lado. El juez de instrucción admitió el caso de la investigación sobre la base del principio de universalidad y después de determinar que el sistema de investigación interna israelí no cumplía los requisitos del derecho a un recurso efectivo. Esta decisión fue revocada por la Sala de Apelaciones, cuya decisión, a su vez, se apela ahora a la Corte Suprema.***

1652. Hay otros casos pendientes ante los tribunales nacionales de varios Estados europeos, como Holanda y Noruega. En Sudáfrica,

una solicitud de enjuiciamiento está siendo considerado por la Fiscalía Nacional.

1653. Investigaciones y procesos penales por los países, salvo Israel, son posibles sobre la base del principio de la nacionalidad del delincuente. Varios países proporcionan a sus tribunales jurisdicción sobre sus propios nacionales, independientemente del lugar donde el delito se ha cometido. Por ejemplo, el artículo 5 de la Convención contra la Tortura exige a los Estados partes a establecer su jurisdicción sobre los delitos definidos en él cuando el delincuente sea nacional.

1654. La opinión de la Misión es que la jurisdicción universal es una herramienta potencialmente eficaz para hacer cumplir el derecho internacional humanitario y de derechos humanos, la prevención de la impunidad y promover la rendición de cuentas internacional. En el contexto de la creciente negativa por parte de Israel de abrir investigaciones penales que cumplan con las normas internacionales y establecer la rendición de cuentas judiciales por sus acciones militares en el territorio palestino ocupado, y hasta el momento como no se logra claridad en cuanto a si la Corte Penal Internacional ejercerá jurisdicción por los crímenes presuntamente cometidos en el territorio palestino ocupado, en particular en Gaza, la Misión apoya el recurso a la jurisdicción universal como una vía para los Estados de investigar violaciones de las disposiciones de la Convención de Ginebra de 1949, así como para impedir la impunidad y promover la rendición de cuentas internacional.”

Básicamente lo que se está planteando no es más que la existencia de un amplio consenso internacional sobre la impunidad existente en Israel para los autores de tan graves crímenes y la necesidad de su enjuiciamiento allí donde las normas internacionales son de aplicación, como es el caso de España. La resolución recurrida incurre, entre otros vicios, en el de amparo o generar un ámbito de indeseable impunidad en base a la cual, hechos como el objeto inicial del procedimiento del que esta casación trae causa tenderán a repetirse *ad infinitum* sobre una única base cierta: si no hay exigencia real de responsabilidades el delito se asienta y tienen inevitablemente a su reiteración o, dicho de otra forma, impidiendo la prevención especial se impide la prevención general.

No podemos olvidar que las víctimas, que a algunos pueden resultarles molestas, han acudido a la Jurisdicción española en busca de tutela efectiva por parte de nuestros Tribunales a la vista de:

- a.- el sistema judicial existente en la franja de Gaza, si bien existente, carece de capacidad jurisdiccional para investigar y enjuiciar estos hechos por razones sobradamente conocidas,
- b.- la denegación sistemática de tutela judicial por parte de los Tribunales de Israel a los que, además, por impedimento legal no pueden ni tan siquiera acceder (no se olvide que los ciudadanos y residentes en Gaza tienen denegado el acceso e ingreso a Israel), y
- c.- porque entendían que en España, país con especial vinculación histórica, cultural y geopolítica con el pueblo Palestino, era un Estado Democrático y de Derecho en el cual se les concedería, al

amparo de las normas de competencia universal, la deseada y esperada tutela judicial efectiva.

La resolución de una mayoría del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y la postura del defensor de la Legalidad vienen a frustrar, momentáneamente, los anhelos de tutela judicial efectiva de las víctimas de tan atroces crímenes y a generar expectativas de mayor impunidad para los autores de los mismos, sin embargo confiamos en que este Alto Tribunal sea el punto de inicio de un reencuentro con nuestros valores culturales y los principios básicos rectores de nuestro ordenamiento jurídico.

Incluso a riesgo de resultar majaderos en la insistencia, no puede olvidarse que tanto el Fiscal como una mayoría del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional están de acuerdo que nos encontramos ante hechos gravísimos y que están perfectamente identificados los presuntos responsables surgiendo la discrepancia, exclusivamente, en cuanto al deseo de exigirles responsabilidad y de enjuiciar estos hechos; dicho en otros términos, todos coincidimos en la existencia del delito y de los presuntos culpables pero discrepamos sobre si hay que exigirles responsabilidad, postura nuestra y del voto particular o, como sostienen el Fiscal y una mayoría del Pleno, hay que dejarles en la más absoluta de las impunidades limitándose el conflicto que ha de resolver este alto Tribunal a establecer si estos hechos deben ser enjuiciados o amparados.

En su virtud,

SOLICITO A LA EXCMA. SALA que teniendo por presentado este escrito, con testimonio de la resolución definitiva y copias literales del presente escrito y de dicho testimonio autorizadas por esta representación para cada una de las demás partes emplazadas, así como de la cédula de emplazamiento, se sirva admitirlo y tenga por interpuesto recurso de casación contra Auto nº 1/09, de fecha 9 de Julio de 2.009, dictada por el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (**a salvo voto particular de cuatro Magistrados discrepantes**) en el Rollo de sala número de la Sección Segunda nº 118/09, procedente de Diligencias Previas n.º 157/08, del Juzgado Central de Instrucción nº 4; y previos los trámites legales pertinentes se dé lugar al expresado recurso y PREVIA CELEBRACIÓN DE VISTA ORAL – la cual se solicita en virtud de la relevancia de la materia objeto del presente recurso - se sirva casar y anular auto recurrido y adoptando a continuación separadamente la resolución que proceda con arreglo a Derecho.

OTROSI DIGO: Que a efectos de este recurso y para el adecuado conocimiento del mismo solicitamos que este alto Tribunal tenga a bien reclamar del órgano sentenciador copia íntegra de los autos comprensivos de esta causa de los que se deducen nuestros motivos de casación.

Es Justicia que pido en Madrid a 21 de Septiembre de 2009.

Javier Fernández Estrada
Procurador