

Juzgado Central de Instrucción
Número 4 – Audiencia Nacional

DPA 157/2008

AL JUZGADO

D. Javier Fernández Estrada, Procurador 561 de los Tribunales de Madrid y de **D. Raed Mohamed Ibrahim Mattar, D. Mohamed Ibrahim Mohamed Mattar, D. Rami Mohamed Ibrahim Mattar, D. Khalil Khader Mohamed Al Seadi, D. Mahmoud Sobhi Mohamed El Houweit, D. Mahassel Ali Hassan Al Sahwwa**, ante este Juzgado Central de Instrucción comparezco y como mejor proceda en Derecho, **DIGO:**

Que evacuando el proveído de la resolución de este Juzgado de fecha 3.4.09 y notificado a esta parte este pasado 7.4.09 dándonos traslado de la petición de archivo planteada por el Ministerio Fiscal por medio del presente escrito venimos a **OPONERNOS** a dicha solicitud, oposición que sustentamos en base a las siguientes

ALEGACIONES

PRIMERA: Con carácter previo debemos decir que, sin compartirla somos conscientes de la compleja posición en la que se encuentra el Ministerio Fiscal entre el deber de defender la legalidad y, como en este caso, de atender a las necesidades de política exterior de España; no se trata de una posición sencilla ni agradable y, sólo a la luz de dicha situación es entendible que sustente su petición en una errónea valoración de circunstancias que, bajo cualquier prisma, son contrarias a nuestro

ordenamiento, a nuestros valores constitucionales e, incluso, a la moral imperante en nuestra sociedad.

Por lo antes expuesto, y siempre en estrictos términos de defensa, revisaremos los argumentos en los que sustenta el Ministerio Fiscal su solicitud de archivo de las actuaciones y que, básicamente, son:

- a.- carácter preferente de la Jurisdicción del Estado donde tales hechos fueron cometidos,
- b.- existencia de cosa juzgada o su equivalente en dicho país,
- c.- subsidiariamente litispendencia preferente en Israel, y
- d.- como subsidiariedad desesperada, la posibilidad de acudir a la jurisdicción del Tribunal Penal Internacional

A lo largo de este escrito intentaremos dar cumplida respuesta a todos y cada uno de sus argumentos.

A: PRIMER ARGUMENTO DEL FISCAL: CARÁCTER PREFERENTE DE LA JURISDICCIÓN DEL ESTADO DONDE TALES HECHOS FUERON COMETIDOS

Este razonamiento lo analizaremos en dos vertientes, una primera, sobre la concurrencia de jurisdicciones se realizará en este motivo de impugnación y, la otra, sobre el *forum delicti comissi* se hará en el motivo segundo de nuestro escrito, al igual que se realizará en cuanto al último de sus argumentos, la desesperada subsidiariedad del Tribunal Penal Internacional.

Plantea el Ministerio Fiscal que el auto de 29.1.09 no se pronuncia respecto a si la jurisdicción española es subsidiaria o concurrente con la del lugar de comisión de los hechos, francamente y a estas alturas del desarrollo jurisprudencial y doctrinal del tema creemos que tampoco era necesario hacerlo y entrar en ese debate no es más que una forma de evitar entrar en aquel que lleve al fondo del asunto.

En cualquier caso y en cuanto a la discusión sobre subsidiariedad o concurrencia, debemos decir que este extremo ha sido plenamente aclarado por la sentencia del Tribunal Constitucional español STC 237/2005, de 26 de septiembre de 2005, en que nuestro más Alto Tribunal considera que la jurisdicción universal no se rige por el principio de subsidiariedad, sino por el de concurrencia, pues precisamente su finalidad es evitar la impunidad.

Dicho de otra forma, la razón de ser de la aplicación del principio de concurrencia se sustenta en que sería suficiente abrir un procedimiento “fantasma” en el país violador de los derechos humanos o de comisión de una grave infracción a las normas de derecho internacional humanitario, una vez conocido que se ha iniciado otro procedimiento en un país distinto o antes, para garantizar así la impunidad de los responsables; es decir que la subsidiariedad automática garantiza la impunidad, con lo que sería contraria al fin pretendido por la mencionada sentencia.

Sorprende que tengamos que incidir en que resulta incuestionable en toda la Comunidad Internacional la universalidad en la persecución de los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra, sobre todo cuando viene ejercida por Tribunales internacionales, lo que implica el reconocimiento de la vigencia de este principio mas allá del de territorialidad, sin embargo tampoco cabe en principio excluir éste, en

cuanto que aparece como el primero y más natural de los principios de actuación jurisdiccional. No obstante, esta regla tiene excepciones, por ejemplo en el caso de los Estatutos para los Tribunales de la Ex-Yugoslavia y Ruanda en los que la competencia viene establecida en primer grado a dichos Tribunales "ad hoc", siendo el principio de territorialidad puramente funcional.

Sin embargo, pierde justificación la actuación jurisdiccional internacional cuando **actúan eficazmente** los tribunales del territorio en el ejercicio de su jurisdicción y se satisfacen de forma adecuada las necesidades de justicia. En ese caso estimamos no será posible o al menos no resulta adecuada la actuación de la jurisdicción internacional, salvo en el caso de que ésta esté expresamente reservada para los Tribunales internacionales.

Esta regla resulta igualmente aplicable cuando lo que se ejerce es la jurisdicción internacional por una jurisdicción nacional. **La actuación eficaz** de las autoridades competentes territorialmente vacía de contenido a la jurisdicción universal. El mayor problema que se plantea en este caso es determinar cuando efectivamente se ha ejercido jurisdicción eficaz. A este respecto, resultan útiles los criterios contenidos en el art. 17 del Estatuto de Roma a la hora de determinar si se ha ejercido o se está ejerciendo jurisdicción efectiva por parte del Estado en cuestión, a los efectos de actuación del principio de complementariedad

La actuación de la jurisdicción española, en función del principio de universalidad, ha venido determinada por la falta de actuación eficaz de la justicia local, que ha dado lugar a una situación de impunidad de los responsables penales de los hechos; en el caso que nos ocupa y a lo largo de este escrito se establecerá tanto la ineficacia de la jurisdicción del país

de donde proceden los autores como la incapacidad jurisdiccional del lugar donde se cometieron los hechos.

Más allá de cualquier otra, es esta circunstancia de imposibilidad o de dificultad extrema en la persecución penal de hechos singularmente graves, la que determina que sea la comunidad internacional la que asuma la incumbencia de hacer propios esta clase de crímenes para asegurar su castigo, máxime si se tiene en cuenta la suscripción por España de los Convenios de Ginebra y sus protocolos los cuales incluyen esta obligación ineludible.

B: SEGUNDO Y TERCER ARGUMENTO DEL FISCAL: EXISTENCIA DE COSA JUZGADA O SU EQUIVALENTE EN DICHO PAÍS Y, SUBSIDIARIAMENTE, LITISPENDENCIA PREFERENTE EN ISRAEL

Estos dos argumentos del Ministerio Fiscal deben analizarse de forma conjunta toda vez que se plantean entrelazados sobre la base de ser argumentos con carácter subsidiarios el segundo con respecto al primero; también aquí habrá de analizarse la vulneración del principio de proporcionalidad en el caso que nos ocupa y que es sustento de la propia querrela así como la extraña interpretación de dicho principio que realiza el solicitante en virtud de aún más controvertidas exégesis realizadas por las autoridades de Israel.

Tal vez, y sin respetar un riguroso orden en cuanto al escrito del Ministerio Fiscal, debamos entrar a valorar como punto inicial el argumento de la Fiscalía expuesto en la Pág. 25 de su escrito, que razona:

“la investigación llevada a cabo por las autoridades competentes de Israel, con independencia de su resultado final, responde a los cánones mínimamente exigibles en un Estado de Derecho”

Evidentemente se razona lo anterior obviando que las autoridades judiciales españolas, a la hora de homologar en España una sentencia o resolución extranjera, no solo debe 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; en el caso que nos ocupa el Ministerio Fiscal hace renuncia expresa a los valores constitucionales y a las reglas morales imperantes en nuestra sociedad.

Dicho de otra forma, en lo que se refiere a la eficacia de las decisiones adoptadas por las autoridades israelíes, sean éstas decisiones de la Comisión Militar, el Fiscal o el Tribunal Supremo, y más allá de la posible litispendencia alegada por el Ministerio Fiscal, entendemos que debemos declarar y recordar que los órganos judiciales españoles no pueden admitir aquellas resoluciones extranjeras que vulneren, sea en la forma o en el fondo, los derechos fundamentales irrenunciables de las personas recogidos en nuestra constitución y en los tratados internacionales signados por España.

Las resoluciones israelíes¹, al aceptar los asesinatos selectivos y la muerte o lesión de las víctimas colaterales que estos generan e imposibilitar de facto el acceso a la justicia a las víctimas y sus familiares, vulneran los Art. 15 CE (derecho a la vida), Art. 24. 1 (tutela judicial efectiva e indefensión), Art. 24. 2 (proceso sin dilaciones indebidas), así como a lo declarado en el Art.

¹ en concreto la sentencia del TSI de 13 de diciembre de 2006

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, sin entrar en más profundidad.

Junto con oponernos a la solicitud de archivo de la querrela interpuesta contra el crimen conocido internacionalmente como el bombardeo de Al Daraj de 2002, (y no caso Shehadeh) condenado por toda la comunidad internacional², no podemos dejar de pasar por alto la argumentación de llamar a una ejecución extrajudicial como ataque, pues a lo largo de su escrito el Ministerio Público insiste una y otra vez en tal denominación si no incluso en la de “incidente”, que en un principio podría deberse a un error, pero que al mencionar diversas Sentencias, como la vergonzante del Tribunal Supremo de Israel de 13 de diciembre de 2006, el error se transforma en lo que se puede denominar como “el primer apoyo institucional de una Fiscalía de un país europeo a la filosofía que intenta destruir el edificio del derecho internacional, al legalizar asesinatos sin juicio previo”, acción que incumple tanto la totalidad de las normas del derecho internacional, como la base del propio Estado de Derecho, al cual por encima de cualquier otra consideración el Ministerio Público esta obligado a defender y someterse.³

Israel ha sido el estado promotor de este tipo de política activa de ataques mortales (asesinatos selectivos), los defiende, los justifica legalmente, los ampara jurisprudencialmente y los emplea de forma persistente; las autoridades israelíes argumentan que los ataques selectivos⁴ son necesarios

² Ver acuerdo del parlamento Británico, informes de Amnistía Internacional y Human Right

³ Evidentemente esta postura del Ministerio Fiscal sólo puede ser comprendida a la luz de la ya mencionada difícil situación en la que se encuentra entre sus obligaciones constitucionales y los compromisos políticos adquiridos, aparentemente, por parte del Gobierno de la nación, con remisión expresa a las promesas realizadas por el Sr. Moratinos a la Sr. Livni el pasado 30.1.2009 y que resultan de dominio público.

⁴ Denominados por ellos como “Targeted killing”

porque la Autoridad Palestina no cumple con su obligación de combatir el terrorismo y prevenir los ataques suicidas. En efecto, una Guía aprobada en 2001, y que forma parte de los documentos aportados, autoriza a las fuerzas de seguridad a realizar acciones contra terroristas desconocidos, aún en el caso de que no se encuentren en trance de iniciar un ataque.

B.1.-) PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD:

Llegados a este punto debemos entrar a valorar la aceptación o asunción que realiza el Ministerio Fiscal de la doctrina imperante en la política de los asesinatos selectivos, que en el caso que nos ocupa nada tuvo de selectivo porque para asesinar a una persona causaron la muerte de otras 14 y de 150 heridos, asumiendo que los mismos se enmarcan dentro de lo razonable, sustentándose en que no se vulneraría el “principio de proporcionalidad”.

Incluso, trae a colación la relevante sentencia 769/02, de 13 de diciembre de 2006, dictada por el Tribunal Supremo de Israel⁵ así como un documento oficial del Ministerio de Asuntos Exteriores de Israel, también aportado a las actuaciones y donde se recoge la opinión de que esta decisión del Tribunal Supremo permite a las Fuerzas de Seguridad de Israel continuar llevando a cabo ataques letales con la condición de que sean examinadas las circunstancias en cada caso.

Los puntos esenciales de esa sentencia se concretan en el examen del marco normativo que regula la conducta en la confrontación israelo-palestina, el estatuto legal de las operaciones terroristas según el Derecho Internacional aplicable a los conflictos armados, el derecho relativo a las personas civiles que no tienen protección según el Derecho internacional

⁵ en el caso del “Comité Público contra la Tortura en Israel *versus* Gobierno de Israel”

(por participación directa en las hostilidades) y las consideraciones para determinar la legalidad de un ataque letal individual, daños incidentales y proporcionalidad.

En su análisis final, el Tribunal Supremo de Israel adopta una interpretación unilateral, *sui generis* e intencionada, del Derecho internacional consuetudinario aplicable a los conflictos armados internacionales, según la cual la protección establecida para las personas civiles frente a los ataques militares no se extiende a los “terroristas” que participen directamente en las hostilidades durante el tiempo de su participación. En definitiva, un ataque contra dichas personas (aunque produzca la muerte) es permisible, pero únicamente si no puede ser empleado un medio menos dañoso y sujeto a la condición de que los daños incidentales causados a civiles “inocentes” cumplan los requisitos de proporcionalidad.

Dicha resolución, se aparta de cualquier otra interpretación que hasta la fecha se hayan hecho sobre la cuestión, de hecho contradice todas las interpretaciones y comportamientos de la comunidad internacional a la hora de ejecutar a un ser humano sin un juicio con todas las garantías. En la sentencia se establece que el Gobierno de Israel realiza una política de ataques preventivos que produce la muerte de terroristas en Judea, Samaria y la franja de Gaza (el “Área”), ataques que se dirigen contra los “terroristas” que planean, lanzan o perpetran ataques terroristas en el “Área” tanto contra civiles como contra militares, causando a su vez daños a personas civiles “inocentes”. Y se pregunta la sentencia si el Estado actúa legalmente.

Después de la descripción de los hechos, examen de los argumentos de los

demandantes y sus peticiones, contestaciones de la parte demandada, vista y fundamentos de derecho (desde el punto de vista material y procesal), el Tribunal adoptó la decisión de que no puede determinar (“*non liquet*”) en principio que cualquier ataque letal está prohibido por el Derecho Internacional consuetudinario, así como tampoco puede afirmarse en principio que cualquier ataque mortal está permitido por el mismo Derecho Internacional⁶ consuetudinario. El derecho que regula los ataques letales, finaliza la sentencia, está determinado por el citado D. I. consuetudinario y la legalidad de cada acción debe decidirse a la luz de tal derecho. Utiliza, como puede observarse, el eufemismo ataque letal en vez del término correcto ejecución extrajudicial, taxativamente prohibida en derecho internacional y que de realizarse dentro un plan sistemático y generalizado constituiría, según nuestro Tribunal Supremo, un crimen de lesa humanidad⁷.

Es evidente que la mencionada sentencia del Tribunal Supremo Israelí, se separa por completo de la prohibición de cualquier norma de derecho internacional humanitario, o de los derechos humanos, se aparta de cualquier ordenamiento acorde con el de un país civilizado; en concreto, la sentencia busca y encuentra un marco “pseudos-jurídico”, con el fin de esquivar el cumplimiento de todo ese entramado normativo con el que la comunidad internacional se ha investido para evitar la muerte de seres humanos como consecuencia de estrategias políticas y al margen de las normas del *ius bellum*.

No obstante el derecho internacional, aunque Israel lo intente esquivar, está ahí y es de aplicación para cualquier Estado. En ese sentido la fuerza de la prohibición de la privación arbitraria de la vida no debería ser tan fácil de

⁶ De ahora en adelante D.I.

⁷ Sentencia del Tribunal Supremo Español 798/2007, caso Adolfo Scilingo

esquivar, no al menos si utilizamos todos los instrumentos que el verdadero Estado de Derecho nos otorga para perseguir estas graves acciones y sus más nefastas argumentaciones.

En principio el “*derecho a la vida*” es un Derecho tan intenso que protege tanto en tiempo de paz como en conflicto armado, porque el punto de partida tanto de los derechos humanos como del Derecho Internacional Humanitario⁸ es la protección de los valores y dignidad de la persona humana.

Pero el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar la seguridad de los ciudadanos y ello legitima el uso excepcional de la fuerza letal, aunque esta potestad es limitada y sometida a las normas jurídicas. Así, tanto los miembros de las Fuerzas Armadas como las personas civiles gozan del mismo derecho a la vida de acuerdo con las normas de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario. Ahora bien, hay que tener en cuenta que el marco normativo del DIH difiere del propio de los Derechos Humanos⁹ pues las reglas del DIH expresan un delicado equilibrio entre los principios de humanidad y de necesidad militar. En todo caso, esta precisión no significa que el derecho a la vida sea absoluto según los DD. HH., pero **el uso de la fuerza letal está estrictamente limitado por la prohibición de la privación “arbitraria” de la vida.**

En este sentido, el Ministerio Público no debería desconocer, aunque el Estado de Israel lo haga, que tres de los cuatro Convenios más importantes en materia de DD. HH.¹⁰ especifican que **nadie puede ser privado “arbitrariamente” de la vida** y, más concretamente, el artículo 2 del

⁸ De ahora en adelante DIH

⁹ De ahora en adelante DD.HH.

¹⁰ A saber: Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966, Convención Americana de DD. HH. de 1969 y Carta Africana de Derechos del Hombre y de los Pueblos de 1981

Convenio Europeo para la Protección de los DD. HH. y Libertades Fundamentales (Roma, 1950) establece que la privación de la vida solo puede ser realizada cuando el resultado del uso de la fuerza es absolutamente necesario: a) en defensa de una persona contra la violencia ilegal (legítima defensa), b) como consecuencia de un arresto legal o para prevenir la fuga de una persona legalmente detenida, y c) dentro de una acción legal adoptada con el fin de combatir un motín o insurrección. Ahora bien, este mismo Convenio Europeo contiene una excepción a la inderogabilidad del derecho a la vida que consiste, justamente, en las muertes resultantes de acciones legales de guerra, según el artículo 15 .

Estas “*acciones legales de guerra*” se refieren a la conducta en los conflictos armados internacionales y para ser consideradas legales tienen que cumplir tanto con los cuatro Convenios de Ginebra como con sus protocolos adicionales.

No queremos dejar de mencionar, pues es jurisprudencia y no solo normas lo que avalan nuestra argumentación, que en esta línea y contra la construcción pseudo-jurídica Israelí, esta la posición unánime de los Tribunales y organismos internacionales. En este marco y en esta materia es decisivo conocer como estas normas convencionales de DD. HH. han sido interpretadas por estos Tribunales y Organismos internacionales.

Se ha sostenido que en muchos casos el resultado de la interpretación de las normas propias de los DD. HH. es similar al que se hubiera alcanzado con la aplicación del DIH. En el caso de hostilidades entre fuerzas gubernamentales y disidentes internos el análisis de las normas convencionales se concreta en si se han adoptado o no las previsiones suficientes para evitar víctimas civiles.

Seguramente las cosas se comprenden mejor cuando se acude a los ejemplos y a la propia jurisprudencia sobre casos similares; en este caso nos corresponde acudir a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de DD. HH. son significativas las decisiones sobre el caso “*Ergi contra Turquía*” y sobre el caso “*Güles contra Turquía*” el Tribunal no aceptó el argumento gubernamental de que la manifestación se había convertido en una rebelión y, razona dicha resolución estableciendo que debe existir un equilibrio entre el fin perseguido y los medios empleados, de forma que cuando las autoridades esperan desórdenes deben tener preparado el equipo necesario¹¹.

En el caso “*Anchova contra Bulgaria*”, se juzgó excesivo el uso de la fuerza al no concurrir la necesidad de poner en riesgo la vida humana cuando se conoce la identidad de la persona que debe ser arrestada y no sospechosa de delitos violentos, existiendo la posibilidad de arrestar más tarde al fugitivo; caso que sería perfectamente asimilable al que nos ocupa teniendo en consideración que si las Fuerzas Armadas de Israel conocían la identidad del supuesto terrorista lo suyo era arrestarlo y someterlo a proceso no bombardear la vecindad en la que se encontraba residiendo junto a su familia.

El caso “*McCann contra Reino Unido*” es significativo porque se establece la distinción entre el planeamiento de una operación policial y el uso de la fuerza letal por oficiales gubernamentales fundamentando la violación de éste derecho por el Reino Unido en el hecho de que los agentes oficiales tuvieron (a lo largo de varios días) suficientes oportunidades para arrestar a tales personas y, además, la operación no fue planeada con el cuidado de minimizar la necesidad de disparar contra los miembros de la

¹¹ Detallándolas en términos claros como la utilización de porras, escudos, cañones de agua, balas de goma o gases lacrimógenos.

organización¹². En concreto no se aceptó el argumento del Gobierno de que el peligro para la población de Gibraltar, al no prevenir la entrada de los miembros de dicho grupo en este territorio, se debió a la inexistencia de pruebas para acordar la detención y el juicio.

También son ilustrativos los informes del **Comité de DD. HH. de las Naciones Unidas**, en particular en el caso de “*Guerrero contra Colombia*”, donde se examina el caso de cuando los rebeldes no desarrollan las hostilidades activamente; cuando las fuerzas gubernamentales visitaron el edificio no encontraron al rehén, pero esperaron el regreso de los rebeldes y dispararon contra ellos aún cuando estaban desarmados. El Comité reafirmó que el estado de emergencia existente en Colombia no ha derogado el derecho a la vida, violado por el uso de la fuerza cuando era posible el arresto en tales circunstancias. En el mismo sentido se pronunció el Comité en el caso “*Baboeran-Adhin y otros contra Surinam*”.

La importante aportación jurisprudencial del **Tribunal Europeo de DD. HH.** contrasta con la interpretación del término “arbitrariamente” por el Tribunal Africano de Derechos del Hombre y de los Pueblos (artículo 4 del Convenio), al estimar que este concepto todavía debe ser completamente implementado. Por el contrario, la Comisión Africana de Derechos del Hombre y de los Pueblos ha encontrado violaciones del derecho a la vida interpretando ampliamente el citado artículo 4 del Convenio.

Destaca en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de DD. HH. la amplia interpretación del término “*arbitrariamente*” en relación con el derecho a la vida, “*como garantía para prevenir las ejecuciones sumarias*”. En el caso “*Neira Alegre contra Perú*” la Corte valoró la

¹² Concretamente se refería a miembros del IRA

muerte de presos durante la intervención de la policía peruana durante un motín producido en una cárcel. Para acabar con un elevado riesgo y ante presos armados, la policía usó dinamita para volar el edificio causando lesiones o la muerte de más de cien reclusos. Se consideró que el uso desproporcionado de la fuerza y el hecho de que las autoridades peruanas no adoptaron todas las medidas necesarias para identificar a las personas, implicó la infracción del derecho a la vida.

La **Comisión Europea de DD. HH.** ha aplicado el Convenio de Roma, concretamente su artículo 2, en los casos “*Wolfgram contra Alemania*” y “*Nelly contra Reino Unido*”, relativos a resultados de muerte por el Estado como consecuencia de una detención legal o para prevenir la fuga de una persona arrestada legalmente. En ellos la Comisión emplea el “*test*” de proporcionalidad y razona el propósito de detener a determinadas personas para prevenir actividades terroristas. En el mismo sentido, en el caso “*Stewart contra Reino Unido*” examinó el uso de medios que han causado la muerte no intencional.

El Derecho Internacional de los DD. HH., en definitiva, limita el uso de la fuerza a situaciones de absoluta necesidad, disponiendo que debe ser utilizado un “*test*” estricto cuando determinadas actuaciones del Estado son necesarias en la sociedad democrática. Estas conclusiones no pueden ser obviadas en esta sede, especialmente si tenemos en consideración que una interpretación en otro sentido podría luego utilizarse para repetir episodios nefastos de la reciente historia nacional en la lucha contra organizaciones terroristas.

Existe un criterio no contradictorio y suficientemente consolidado por la jurisprudencia que, en relación con el derecho a la vida, se centra en los

principios de **necesidad y proporcionalidad**. Solo cuando todos los intentos de detener a una persona fracasan o son claramente inapropiados, está justificado el uso de la fuerza.

Y en este sentido queremos citar **el Documento de las Naciones Unidas** “*Principios básicos de las Naciones Unidas sobre el uso de la fuerza y armas de fuego por los funcionarios encargados de cumplir la ley*”. Concretamente, el Principio 9 que limita el uso de tal fuerza a lo estrictamente necesario en defensa propia o de otros contra un inminente peligro de muerte o lesión grave, para prevenir la perpetración de un crimen especialmente grave que suponga un serio riesgo para la vida, para detener a una persona que suponga un peligro y se resista a la autoridad o para evitar una fuga, **y solo cuando medios menos gravosos fueren insuficientes para alcanzar estos fines**.

Los anteriores requisitos son de carácter alternativo, no acumulativos y, aunque el posible uso de la fuerza no está necesariamente limitado por la inminencia del riesgo, siempre está condicionado por la necesidad real y la proporcionalidad de dicho uso.

Como se ha puesto de manifiesto, para toda la comunidad internacional **la prohibición de la privación arbitraria de la vida es una máxima que sólo puede rebasarse** en los casos y de las formas enunciadas, todas ellas muy distantes de las que recoge el Tribunal Supremo Israelí¹³.

Pero una vez dicho todo lo anterior, **no es el motivo de la discusión el tema de los asesinatos extrajudiciales, o asesinatos selectivos**, y no lo es

¹³ En la ut supra citada sentencia de 13 de diciembre de 2006.

porque como puede intuirse de la lectura de la querrela, **que el señor Salah Shehadeh no es querellante, al igual que el estado de israel no es querellado; es decir que aquí ni hemos discutido sobre el asesinato de Salah Shahadeh ni Israel es parte del procedimiento** con lo que no resulta necesario entrar a realizar defensa alguna ni de uno ni de otros.

La proporcionalidad y la necesidad en el caso de Autos, versa sobre el asesinato de 14 civiles especialmente protegidos, y no sobre el señor Salah Shehadeh, siendo conveniente no perder la perspectiva del objeto real de este procedimiento y, tal cual hemos dicho al inicio de esta oposición, entendemos la posición incómoda en que se encuentra el Ministerio Fiscal pero ello no conlleva que debamos alejarnos del objeto del debate.

Es evidente, incluso por las innumerables resoluciones de Naciones Unidas, como por sentencias de la Corte Internacional de Justicia¹⁴, que Israel viola continua y sistemáticamente el derecho internacional. Es menos notorio pero igual de real, que desde el año 1947, no hay ni una sentencia en Israel, que condene a una autoridad o particular Israelí por hechos concretos de violación de los derechos humanos o del derecho humanitario. Tal dato es contrastado por el informe de **Diciembre de 2006 de Amnistía Internacional**¹⁵ donde se establece que:

“Las fuerzas israelíes han matado a miles de palestinos, muchos de ellos de forma ilegítima, y sin embargo casi ninguno de estos incidentes se ha investigado debidamente, y menos aún ha dado lugar a que se procese al agresor. Simultáneamente, las autoridades

¹⁴ Corte Internacional de Justicia, resolución sobre las barreras de seguridad creadas por el Estado de Israel de fecha 9 de julio de 2004, por cierto resolución incumplida por Israel

¹⁵ (Índice AI: MDE 15/093/2006) titulado “ISRAEL Y LOS TERRITORIOS OCUPADOS UN CAMINO A NINGUNA PARTE”, <http://web.amnesty.org/library/Index/ESLMDE150932006> página web consultada el 8.4.09

israelíes han tomado las medidas más extremas, como asesinatos, castigos colectivos, detenciones arbitrarias y otras acciones que violan el derecho internacional, para castigar a palestinos y palestinas que planean o ejecutan ataques contra israelíes o que presuntamente han participado en dichos ataques...

Amnistía Internacional no conoce ni un sólo caso de soldados israelíes o miembros de otras fuerzas de seguridad que hayan sido condenados de asesinar a un palestino en los Territorios Ocupados. En raras ocasiones, se ha condenado a soldados de homicidio sin premeditación o de delitos menores como “uso ilegal de arma” o “conducta indebida”.

En el mismo sentido pero con la categoría de ser un documento de Naciones Unidas, el informe titulado “Situación De Los Derechos Humanos en Palestina y Otros Territorios Árabes Ocupados”¹⁶ concluye que:

"44. Puede que la situación reinante en la Ribera Occidental no sea tan grave como la de Gaza, pero todo es cuestión de grado. Además, al igual que en Gaza, la grave situación humanitaria de la Ribera Occidental se debe en gran medida a las violaciones del derecho internacional por Israel. Según la Corte Internacional de Justicia, el muro viola las normas del derecho internacional humanitario y de los instrumentos de derechos humanos; los asentamientos violan el Cuarto Convenio de Ginebra; los puestos de control violan la libertad de circulación proclamada en las convenciones de derechos

¹⁶ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos en los territorios palestinos ocupados desde 1967, John Dugard de 21 de enero de 2006. A/HCR/7/17

humanos; las demoliciones de viviendas violan el Cuarto Convenio de Ginebra; la crisis humanitaria en la Ribera Occidental, provocada por la retención por Israel de los ingresos fiscales de Palestina y otras violaciones del derecho internacional, atentan contra muchos de los derechos consagrados en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Como en Gaza, las acciones de Israel constituyen un castigo colectivo ilegal contra el pueblo palestino.

54. Durante 40 años, los órganos políticos de las Naciones Unidas, además de Estados y particulares, han acusado a Israel de violaciones permanentes, sistemáticas y masivas de los derechos humanos y del derecho humanitario en el territorio palestino ocupado. En 2004 el órgano judicial de las Naciones Unidas, en su opinión consultiva, afirmó que las acciones de Israel en el territorio palestino ocupado violaban sin lugar a dudas las normas fundamentales de los derechos humanos y el derecho humanitario y no podían justificarse por motivos de legítima defensa ni de necesidad. Si las Naciones Unidas pretenden defender los derechos humanos no pueden permitirse hacer caso omiso en las deliberaciones de Cuarteto de esa opinión, que es una declaración autorizada de que Israel está contraviniendo gravemente sus obligaciones internacionales. No tratar de aplicar, o, ni siquiera, de reconocer, una opinión consultiva que se refiere al derecho internacional humanitario y a las normas de derechos humanos, ponen en cuestión el propio compromiso de las Naciones Unidas para con esos derechos”

Con lo anterior, básicamente lo que se ha pretendido es traer a colación que el sustento de la petición del Ministerio Fiscal, sobre archivo de las presentes actuaciones, parte de un punto de análisis no ya erróneo sino, simplemente, contrario a nuestro derecho, a la interpretación que del mismo se realiza en nuestro ámbito jurisdiccional (Tribunal Europeo de Derechos Humanos) y, sobre todo, con evidente vulneración del concepto que las naciones civilizadas tenemos sobre el principio de proporcionalidad; dicho en otros términos la interpretación que de dicha medida o principio se realiza en Israel repugna a nuestro ordenamiento.

B.2.-) SOBRE LA EXISTENCIA DE COSA JUZGADA O, SUBSIDIARIAMENTE, LITIS PENDENCIA EN ISRAEL

Llegados a este punto habrá de analizarse la siguiente de las cuestiones planteadas por el Ministerio Fiscal como supuesta causa impeditiva del ejercicio de la jurisdicción por parte de los Juzgados y Tribunales españoles, es decir si en Israel existe o no un pronunciamiento equivalente al de cosa juzgado o si, subsidiariamente, existiría una litis pendencia por la existencia de un proceso abierto ante la jurisdicción de dicho Estado.

En cuanto a la documentación aportada por Israel nada nuevo introduce de la ya adjunta como documentación a la querrela y, a mayor abundamiento entendemos que la aportación de dicha documental por parte de las autoridades del Estado de Israel, realizada al amparo del artículo 3.3º) del Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal¹⁷ lo que viene a realizar es una clara convalidación de la documental aportada con la querrela lo que decimos a los efectos legales oportunos y, especialmente,

¹⁷ Firmado en Estrasburgo a 20 de abril de 1.959 y de ahora en adelante C.E.A.J.M.P.

con la perspectiva de su utilización en un futuro enjuiciamiento, toda vez que:

1º- Ha sido aportada por el Estado de Israel a través de comisión rogatoria y en cumplimiento de las previsiones contenidas en los artículos 3.3º y 17 del C.E.A.J.M.P. con lo que quedan incorporadas a las actuaciones con valor de documentos auténticos, y

2º.- Son la base de la solicitud del Ministerio Fiscal por lo que entendemos que en defensa de la legalidad admite que tal documentación tiene carácter de documento auténtico toda vez que nadie puede ir en contra de sus propios actos.

Dicho lo anterior, debemos recordar que el propio Ministerio Público en el folio 6 de su escrito, al hablar de la documentación aportada por Israel dice textualmente: **“se informa de las investigaciones oficiales practicadas ...” siendo evidente que no habla de causas criminales o procedimiento penales**, ni siquiera de investigaciones penales, y no lo hace pues desde julio de 2002 hasta la fecha siete años después, no hay causa en Israel que impida el ejercicio de la Jurisdicción por tan graves crímenes, en nuestro país.

Continúa el Ministerio Público hablando de una “revisión” por el Fiscal General Militar el Fiscal General del Estado de Israel, donde al crimen de guerra lo renombra como “incidente Shehadeh”, como si no hubiese habido 14 asesinados de civiles inocentes, diciendo de tal hecho que “fue objeto de una investigación militar que fue revisada por el Fiscal General Militar”

En el caso que nos ocupa como veremos, una comisión administrativa, designada por el Ministro de Justicia, concluyó que se debía rechazar las peticiones de investigación sobre estos hechos, como así se determinó (es decir que no se ha investigado), estimándose que en la actuación de las fuerzas Aéreas Israelíes se habían respetado los principios de distinción y proporcionalidad¹⁸ (Para matar a un supuesto terrorista, se asesinó a 14 de sus vecinos e hirieron a 150, todos ellos civiles especialmente protegidos en caso de conflicto).

Una vez dicho que no se investigó sobre el asesinato de los 14 civiles ni sobre los más de 150 heridos, el Fiscal intenta de nuevo confundir al hablar de la sentencia del Tribunal Supremo sobre las ejecuciones extrajudiciales, como si ello tuviera que ver, más que en lo genérico con el hecho que nos ocupa; entendemos la maniobra pero la misma no debe obnubilarnos teniendo presente lo ya expuesto sobre proporcionalidad y, más aún, sobre la amenidad de nuestro derecho y valores democráticos que presenta esa sentencia del Tribunal Supremo de Israel.

Dicho lo anterior, en el folio 9 el Ministerio Público contradictoriamente sustenta justo lo puesto a lo dicho en el antes citado párrafo es decir: “ *...el procedimiento denominado caso Shehadeh, iniciado por la Asociación Yesh Gvul y que actualmente se encuentra pendiente de decisión por parte del Tribunal Supremo, quien a su vez espera para pronunciarse la decisión que adopte la comisión de investigación, una vez practique ésta las indagaciones necesarias para el completo esclarecimiento de los hechos y de sus circunstancias.*”

¹⁸ Respecto al principio de proporcionalidad nos remitimos a lo expuesto ut supra

Aquí es donde se presenta una de las principales contradicciones del Ministerio Público, intentando una suerte de “defensa en escalera”¹⁹, sostiene la existencia de cosa juzgada o, subsidiariamente de litis pendencia en Israel. Esta estrategia no es propia de un Estado de Derecho, al menos no desde la perspectiva de la defensa de la Legalidad.

Es decir que se mezcla la prohibición del non bis in idem con una supuesta subsidiariedad o complementariedad, no se aclara muy bien en su razonamiento, olvidándose tanto de que la prohibición de ser juzgado dos veces por el mismo delito - principio conocido como non bis in idem - **contenida en el artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**, sólo proscribe la celebración de nuevos juicios por tribunales de un mismo Estado. El alcance de este principio fue expresamente señalado durante los trabajos de redacción del mencionado Pacto, y ha sido explícitamente refrendado por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, como de la propia jurisprudencia nacional que prohíbe el doble enjuiciamiento si el mismo vulnera el principio de proporcionalidad, no en otro caso. De cualquier forma lo que en Israel no existe es un previo enjuiciamiento sino un antecedente de encubrimiento, conceptos distintos con consecuencias divergentes.

La Comisión de Derecho Internacional ha aseverado la necesidad de reconocer la vigencia del principio non bis in idem pero no de manera absoluta. Así, la Comisión consideró que tal principio no puede invocarse en el ámbito del derecho penal internacional, cuando el autor del crimen contra la humanidad no ha sido **debidamente juzgado o castigado por ese mismo crimen, la justicia no ha obrado de manera independiente e**

¹⁹ Al estilo de la en su día realizada para defender los intereses del terrorista Rabei Osman El Sayed Ahmed, alias Rabei el Egipcio

imparcial o el proceso tenía como fin exonerar de responsabilidad penal internacional a la persona.

En tales casos, concluyó la Comisión de Derecho Internacional, "*la comunidad internacional no debe estar obligada a reconocer una decisión resultante de una trasgresión tan grave del procedimiento de justicia penal*".

También interesa aclarar que el Fiscal plantea como argumento a favor de la aplicación del non bis in idem lo analizado en el apartado 27 de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 11-2-2003 pero en su argumentario olvida que a párrafos 47 y 48 así como en la parte resolutive de dicha Sentencia se resuelve en sentido muy contrario al pretendido por el Ministerio Fiscal, así tenemos que dicha sentencia lo que realmente dice es que:

47. Por último, en lo que atañe a la alegación del Gobierno belga según la cual la aplicación del artículo 54 del CAAS a las transacciones penales puede menoscabar los derechos de la víctima de una infracción, procede declarar que el principio ne bis in idem, consagrado en dicha disposición, tiene por único efecto evitar que en un Estado miembro se incoen nuevas diligencias penales contra una persona que haya sido juzgada mediante sentencia firme en otro Estado miembro por los mismos hechos. Dicho principio no impide a la víctima ni a cualquier otro perjudicado por el comportamiento del imputado ejercitar o mantener una acción civil para solicitar la reparación del perjuicio sufrido.

48. Habida cuenta de las anteriores consideraciones, procede responder a las cuestiones planteadas que el principio ne bis in

idem, consagrado en el artículo 54 del CAAS, se aplica también a procedimientos de extinción de la acción pública, como los controvertidos en los litigios principales, por los que el ministerio fiscal de un Estado miembro ordena el archivo, sin intervención de un órgano jurisdiccional, de un proceso penal sustanciado en dicho Estado, una vez que el imputado haya cumplido determinadas obligaciones y, en particular, haya abonado determinado importe fijado por el ministerio fiscal.

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA,

pronunciándose sobre las cuestiones planteadas por el Oberlandesgericht Köln y el Rechtbank van eerste aanleg te Veurne mediante resoluciones de 30 de marzo y 4 de mayo de 2001, respectivamente, declara: El principio *ne bis in idem*, consagrado en el artículo 54 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985, entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, firmado en Schengen el 19 de junio de 1990, se aplica también a procedimientos de extinción de la acción pública, como los controvertidos en los litigios principales, por los que el ministerio fiscal de un Estado miembro ordena el archivo, sin intervención de un órgano jurisdiccional, de un proceso penal sustanciado en dicho Estado, una vez que el imputado haya cumplido determinadas obligaciones y, en particular, haya abonado determinado importe fijado por el ministerio fiscal.

Pues bien, parece que estamos ante una sentencia que dice algo distinto a lo presentado por el Ministerio Fiscal y, además, habla de controversias entre Estados Miembros con sistemas judiciales confiables y equiparables pero, en cualquier caso, no habla de la mera decisión del Fiscal de archivar sino, simplemente de que ese archivo se dará con ciertas condiciones y cumplidos los requisitos lo cual al caso que nos atañe no es de aplicación.

Pero en este caso, si existe algo (como parece reconocer el propio solicitante a Folio 28 de su petición) desde luego no es una sentencia o investigación penal, que ponga fin a un procedimiento con todas las garantías, y nos tememos que no existe nada, o de existir algo lo es para exonerar al/los autor/es, ya que con el mismo argumento de la subsidiariedad del principio de extraterritorialidad, ¿como es posible que exista algo que impide atraer a España el enjuiciamiento de la causa, y no al Tribunal Penal Internacional? O, dicho de otra forma: Si se ha Juzgado allí con todas las garantías como plantea el peticionario ¿que significa *“acordar el archivo de las actuaciones, sin perjuicio de las acciones que se puedan ejercer ante la corte Penal Internacional...”*?

Desde luego lo interpretamos como que en el inconsciente del fiscal esta el convencimiento de que no se da lo contenido en el **artículo 17 1.a) del Estatuto de la Corte penal**. Es decir “el asunto no es objeto de una investigación o enjuiciamiento por el estado que tiene jurisdicción sobre él. y éste no esta dispuesto a llevar a cabo la investigación o enjuiciamiento...”.

Esta sería la única razón que daría entrada al Tribunal Penal Internacional sin perjuicio de lo que al respecto se analizará, como causa impeditiva de esta alternativa, en nuestra alegación segunda.

A mayor abundamiento debemos de insistir en que en Israel no ha existido investigación penal alguna sobre estos hechos. En Israel no se ha admitido querrela sobre estos hechos, consta en la propia documentación remitida por las autoridades de Israel, nuestros representados lo han intentado con todas sus fuerzas, y por supuesto en Israel siete años después de los graves y lamentables hechos no se va ha hacer justicia.

Como decimos, después de siete años de los asesinatos en el barrio de Al-Daraj en Gaza, aun no se ha llevado a cabo ninguna investigación criminal en Israel. El Tribunal Supremo Israeli emitió un fallo sobre una petición presentada contra la decisión del Fiscal General Israeli y el Fiscal General Militar de **no iniciar una investigación criminal** por el lanzamiento de una bomba de una tonelada sobre la vivienda de Salah Shehadeh. Esta acción militar Israeli como sabemos, solo se centra en la cuestión del asesinato extrajudicial del supuesto terrorista y su supuesta proporcionalidad, no entrando en que dejó al menos a catorce civiles muertos, incluidos nueve niños, y 150 heridos, causando la destrucción masiva de edificios residenciales. **Sin embargo, el tribunal se negó a proporcionar la solución jurídica solicitada**, es decir ordenar una investigación criminal, sobre la base, inter alia, del hecho de que el estado había establecido un “comite de revision”.

Dicho comite no constituye una alternativa a una investigación criminal debido a su estatus, sus facultades y su composición.

Como el caso lo amerita, creemos necesario recordar las características del procedimiento seguido en Israel que, además, consta tanto en los documentos aportados con nuestra querrela como en la convalidación realizada por la documental aportada por las autoridades de Israel.

La mencionada investigación de la que habla el peticionario de archivo, no es más que un “**comité de revisión**” de unos hechos, con fines operativos desde el punto de vista militar y de inteligencia, siendo necesario revisar el estatus de dicho comité a la vista de la legalidad de Israel:

1º.- El “comite de revision” nombrado el 23 de enero de 2008 en el caso *Shehadeh* no es una comision de investigacion legal, sino que fue establecido “*sobre la base de los poderes inherentes del gobierno de nombrar un comite para examinar los asuntos que recaen dentro del ambito de sus responsabilidades*”²⁰. A diferencia de organos de investigacion legales, “*un comite 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.*”²¹

Un “comité de revision” es la version mas debil de los tres tipos de comites de investigacion que se pueden establecer a tenor de la ley Israeli. En este sentido y tal como señala el propio Juez Procaccia del Tribunal Supremo Israel:

“La legislacion hace referencia a tres mecanismos posibles para llevar a cabo una investigacion que ordena la autoridad ejecutiva, y la eleccion de cual se lleva a cabo corresponde al organo que nombra la comision: por un lado esta ‘el comite de revision’ [...] Dicho comité se establece sobre la base de las facultades inherentes del ministro o de los poderes inherentes del gobierno. Tal comité no tiene un estatus legal, y por lo tanto su estatus, modus operandi, y

²⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de Israel, actuado como cámara de apelación, en el caso 8794/2003, Hess v. The Military Advocate General”

²¹ Sentencia del Tribunal Supremo de Israel actuando como cámara de apelación en el caso 6001/97 Amitai v. The Prime Minister

facultades no son determinados por la ley [...] El comité de revision carece del poder legal de obligar a testigos y de traer pruebas, y sus conclusiones y recomendaciones no tienen ningun estatus legal reconocido.”²²

Básicamente debe concluirse que un “comite de revision” carece de las facultades elementales para llevar a cabo una investigacion criminal, facultades que se otorgan al amparo de la ley Israeli a organismos autorizados para llevar a cabo investigaciones criminales, como es el caso de la policia Israeli, la policia militar y la Unidad de investigaciones policiales del Ministerio de Justicia.

Al contrario de estos verdaderos organismos de investigacion, que son establecidos al amparo de la ley, con el poder de obligar a testigos a asistir a las investigaciones, y de conseguir pruebas, el “comité de revision” carece de estas facultades y, además, carece de cualquier fuerza coercitiva para aplicar las sanciones penales propias en casos de obstruccion de una investigacion criminal, por ejemplo, el proporcionar informacion falsa, llevar a cabo un acto deliberado para hacer fracasar una investigacion criminal o impedir que la misma tenga lugar, incluso el impedir que un testigo sea traído a declarar, ocultar pruebas de cualquier tipo, y persuadir a un testigo potencial de no revelar informacion o de mentir en una investigacion criminal, no son applicables a testigos que comparecen ante un “comité de revision”.

Algunos de los poderes otorgados a organismos autorizados a llevar a cabo investigaciones criminales se conceden tambien a comisiones oficiales de investigacion, que son un grado superior al “comité de revisión”, tales

²² Sentencia del Tribunal Supremo de Israel actuando como cámara de apelación en el caso 6728/06 de Ometz Association v. The Prime Minister

como los poderes de obligar a testigos a testificar bajo juramento, obligar a testigos a comparecer ante la comisión, y el emitir ordenes de registro; sin embargo, no se otorgan ninguno de estos poderes a los denominados “comites de revision” que es el que está actuando en el caso de los asesinatos de Al Daraj.

Esta comisión no cumple, evidentemente, con lo estipulado en los Art .9 CE (interdicción de la arbitrariedad), y Art. 24 (proceso con todas las garantías, imparcialidad).

Conocidos estos datos no se puede seguir manteniendo, como hace el peticionario, que se cumplen el requisito para limitar la jurisdicción universal ya que el Tribunal Constitucional Español en su sentencia nº 237/2005 señaló a estos efectos, que el único requisito para limitar el principio de jurisdicción universal absoluto, es que en el país dichos hechos no hayan sido juzgados cuando ni en el lugar de comisión de los hechos, como se verá más adelante, existe capacidad para ejercitar la jurisdicción ni en el lugar de residencia de los autores existe investigación criminal alguna.

Conforme a lo anterior, queda claro que no ha habido, procedimiento penal, ni ninguna investigación criminal del caso denominado por el Fiscal *Shehadeh*, (para nosotros Al Daraj) hasta la fecha en Israel, aunque han pasado casi siete años desde que la bomba fue lanzada sobre la vivienda de los Shehadehs y del resto de sus vecinos, con las consecuencias ya conocidas, y que aquí y ahora intentamos de investigar y juzgar. Todo lo que no sea esto, es dar pábulo a la más absoluta impunidad en tan graves crímenes, y argumentos a los criminales para seguir cometiéndolos.

SEGUNDA: No menos relevante que lo hasta aquí planteado resulta el debatir y contestar al solicitante sobre errores esenciales en su razonamiento en cuanto a una subsidiariedad de la jurisdicción Española respecto a la del país en el cual se cometieron los hechos; obviamente habrá que discrepar del Ministerio Fiscal porque la jurisdicción española – en virtud de los principios propios de la Jurisdicción Universal – no es subsidiaria de la del país o del territorio o del Estado donde se cometieron los hechos sino que, en realidad y como bien ha quedado reflejado en la postura del Tribunal Constitucional²³, es concurrente a los fines de evitar la indeseada impunidad y ello conlleva una serie de razonamientos, para el caso que nos ocupa, ya expuestos ut supra y que no consideramos sea necesario reiterar aquí.

El primer punto de análisis que deberá considerarse es el del tipo penal imputado y, a partir de ello, establecer criterios claros respecto al *locus delicti comisi*; en el caso que nos ocupa estamos hablando de un delito inicialmente de mera actividad²⁴ pero lo relevante es que de producirse un resultado lesivo, como es en el caso de autos, la mera actividad quedaría absorbida por el resultado punible también contemplado en el mismo tipo penal y, por tanto, la regla principal a la hora de asignar la competencia vendrá regida, como bien establece el propio Fiscal, por el lugar en que se produce el resultado lesivo y, en este caso, creo que a nadie le cabe duda que el lugar en que se produce el resultado es el barrio de Al Daraj en Gaza.

En esta sede lo que sí ha de cuestionarse es la base de la asignación que realiza el Ministerio Fiscal de la competencia territorial a favor del Estado

²³ STC 237/05, de 26 de septiembre de 2005 -caso Guatemala

²⁴ Sin perjuicio de la discusión doctrinal respecto a su consideración como delito de peligro lo que no afecta a lo aquí argumentado

de Israel, y que resulta inadmisibile a la luz tanto de las normas internacionales como nacionales que regulan tal materia.

En primer lugar y de forma sistemática el Ministerio Fiscal asume, en su cuestionado y cuestionable escrito, que Gaza forma parte del Estado de Israel, es decir que el *locus delicti comissi* se encuentra dentro del territorio de dicho país y, sobre esa base, construye su razonamiento en cuanto a la supuesta subsidiariedad de la jurisdicción española respecto a la de Israel; sin ir más lejos, **en 19 párrafos de sus razonamientos jurídicos** se asume explícita o implícitamente que ese *locus delicti comissi* se halla dentro del ámbito jurisdiccional del Estado de Israel.

Esta parte entendía que no debía entrar a debatir sobre este tema pero a la vista del planteamiento realizado por el Ministerio Fiscal que, como decimos, ha centrado la mayor parte de su escrito en la delimitación de la competencia territorial, nos vemos forzados a debatir la misma desde una perspectiva cierta, real y razonada a diferencia de lo que argumenta el solicitante.

Las vías de análisis serán sobre la base de los diversos escenarios competenciales aplicables al caso, todos ellos a efectos de dialéctica jurídica:

HIPÓTESIS 1: GAZA TERRITORIO OCUPADO

Inicialmente, y como uno de los escenarios de análisis, debemos advertir que con independencia de lo que aquí se está debatiendo, entendemos que los territorios correspondientes a la franja de **Gaza** entran dentro de una acepción internacionalmente aceptada de **territorios ocupados**, en virtud

del control efectivo que mantiene Israel tanto de las fronteras marítimas, terrestres y del espacio aéreo así como de la propia población de dicha zona, aún cuando se pueda argumentar, de contrario, la inexistencia de tal situación.

Asumiendo tal circunstancia habría de tenerse en consideración que, a los efectos de la competencia territorial, la misma no radicaría en el Estado de Israel, en virtud de lo previsto en el **artículo 64 de la IV Convención de Ginebra** y, por consiguiente, la competencia en materia penal recaería en los Tribunales del territorio ocupado, toda vez que los hechos objeto de este procedimiento no se incardinan dentro de las excepciones previstas en el antes citado precepto; pues bien, sobre esa base entendemos que dichos tribunales territorialmente competentes carecen de capacidad real y material para investigar y enjuiciar estos hechos cometidos dentro de su jurisdicción pero por miembros de la fuerza ocupante.

Es decir que, de acuerdo con las normas contenidas en el **IV Convenio de Ginebra**, el territorio ocupado conserva su jurisdicción penal y, obviamente, aquí estamos hablando de un hecho penal; sin embargo, por las especiales circunstancias de la zona y de la ocupación y situación de primacía forzada de Israel, los Tribunales territorialmente competentes carecen de posibilidad alguna de ejercitar su jurisdicción allende sus límites territoriales con lo que, en un proceso de estas características, equivale a la inexistencia de posibilidad alguna de investigar y enjuiciar estos hechos.

Resulta necesario recordar que, en ningún momento de la historia del Estado de Israel, los territorios de Gaza han formado parte de dicho país e, incluso, dicho estado mantiene desde siempre una posición inequívoca respecto a que no forma parte de su territorio modificándose, a lo largo del

devenir histórico la dimensión de dicho territorio pero no su ajenidad a la conformación del propio estado de Israel.²⁵

Es decir que, como Gaza jamás ha formado parte del Estado de Israel habrá de estarse a que el *locus delicti comissi* nunca se ha encontrado vinculado territorialmente con dicho Estado y, por tanto, el punto inicial del análisis del solicitante es incierto y, por mera aplicación lógica, sus conclusiones también lo serán.

Ahora bien, se puede argumentar de contrario, como ya se ha hecho, los criterios de asignación de competencia establecidos en la resolución 3.074 de la Asamblea General de Naciones Unidas²⁶, sin embargo el error interpretativo del Ministerio Fiscal radica, fundamentalmente en que el fuero primigenio es el territorial contenido en el criterio número 5 y no el fuero personal que es subsidiario, toda vez que se establece como una potestad y no como una obligación, siendo que las personas autoras de crímenes de guerra serán enjuiciadas y castigadas **“por lo general en los países donde se hayan cometido esos crímenes”**. Una vez más nos encontramos ante una vinculación al *“forum delicti comissi”* del cual con hábil sutileza el solicitante huye para atribuirlo al foro del comitente.

En cualquier caso los criterios contenidos en la resolución 3.074 antes citada deberán, además, ser interpretados a la luz de los más recientes cuerpos normativos de carácter internacional, concretamente las previsiones establecidas en el **artículo 12.2²⁷ del Estatuto de Roma** que

²⁵ Basta una breve visión de la propia información ofertada oficialmente por el Estado de Israel y que aparece bien detallada en su página web referenciada a fecha 7 de abril de 2009 <http://www.mfa.gov.il/MFAES/Facts%20About%20Israel/HISTORIA-%20El%20Estado%20de%20Israel>

²⁶ De 3 de diciembre de 1973

²⁷ “En el caso de los apartados a) o c) del artículo 13, la Corte podrá ejercer su competencia si uno o varios de los Estados siguientes son Partes en el presente Estatuto o han aceptado la competencia de la

preceptúa que establece un fuero vinculante en orden sistemático con preferencia para el lugar de comisión del hecho, en segundo lugar la competencia por abanderamiento y, en tercer y último lugar la competencia *ratione personae*.

En cualquier caso, es de asumirse que esta hipótesis de trabajo es la que más complica al Estado de Israel por su sistemático incumplimiento de las obligaciones propias de una fuerza ocupante con lo que, seguramente, su interés pasa por avanzar hacia cualquier posición distinta de la analizada en este primer escenario.

HIPÓTESIS 2: GAZA COMO TERRITORIO INDEPENDIENTE

Una segunda vía de análisis para, sobre la base de la propia argumentación del solicitante, demostrar su error atributivo en cuanto a la jurisdicción territorialmente competente, es el establecimiento de la independencia de Gaza con respecto al Estado de Israel; es decir, si no se quiere aceptar la existencia de una situación de ocupación – posición mantenida oficial y públicamente por parte de Israel – entonces tenemos que asumir las consecuencias de dicho posicionamiento.

La situación jurídica de los territorios comprensivos de la denominada franja de Gaza es objeto de intenso debate a nivel internacional, no siendo ésta la sede ni para su pronunciamiento ni mucho menos para su resolución, sin embargo, y qué duda cabe, desde una perspectiva técnico-procesal rigurosa habrá de analizarse la posición mantenida desde al menos el año

Corte de conformidad con el párrafo 3: a) El Estado en cuyo territorio haya tenido lugar la conducta de que se trate, o si el crimen se hubiere cometido a bordo de un buque o de una aeronave; b) el Estado de matrícula del buque o la aeronave; c) El Estado del que sea nacional el acusado del crimen.

1993, por parte del Estado de Israel en cuanto a su no presencia en Gaza o su no asunción de la posición propia de una fuerza ocupante.

Para establecer que no se puede argumentar a favor de la competencia territorial de Israel, en el caso que nos ocupa y por hechos sucedidos en Gaza (tratándose exclusivamente del análisis de esta hipótesis de trabajo), habrá de recurrirse a la doctrina de los actos propios y tener en consideración que la misma, si bien no se encuentra regulada específicamente en ningún precepto legal, constituye un Principio General del Derecho que se construye en torno al principio de buena fe regulado en el artículo 7 del Código Civil y que como establece la propia Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo²⁸ consistiría en “...*la doctrina de los propios actos tiene cimiento legal en el art. 7.1 del CC, y se refiere a la protección que objetivamente requiere la confianza depositada en el comportamiento y que, por consiguiente, constriñe el ejercicio de los derechos (TC S de 21 Abr. 1988 y TS S de 24 Jun. 1996); sin que sea lícito hacer valer un derecho en contradicción con la conducta observada con anterioridad por el agente, cuando la misma justifica la creencia de que no se ejercitará tal derecho*”

Básicamente, la exigencia jurídica del comportamiento coherente está, por tanto, estrechamente vinculada a la buena fe y a la protección de la confianza. La confianza suscitada por los actos que impone una coherencia lógica al comportamiento del autor, no es sólo la confianza creada en base a una apariencia jurídica sino a la confianza creada en base a la realización de unos actos que han creado una expectativa fundada y seria que resulta suficiente para exigir, a quien ha creado dicha expectativa, que sea

²⁸ S.T.S.(Sala 1) 21/02/2000, ponente: García Varela

consecuente con ésta, y sin necesidad de que la conducta tenga una apariencia jurídica.

Desde un punto de vista del Derecho sustantivo, la inadmisibilidad de venir contra los propios actos constituye técnicamente un límite del ejercicio al derecho subjetivo. La regla de los actos propios supone un límite a un derecho en cuanto entraña un “no poder hacer”. Así pues, la doctrina de los actos propios supone una limitación frente a un derecho subjetivo. La infracción de una norma que impone una limitación a un derecho constituye una “extralimitación”, calificada como antijurídica y generadora de responsabilidad y que da lugar a la ineficacia de lo realizado.

Para poder aplicar la norma de los actos propios deberán darse los siguientes presupuestos:

1. Que una persona haya observado, dentro de una determinada situación jurídica, una cierta conducta jurídicamente relevante y eficaz. La conducta deberá consistir en un acto o serie de actos los cuales deben hallarse revestidos de un cierto carácter trascendental y jurídicamente eficaces; es decir, que creen una expectativa futura. Dicha conducta deberá haber sido observada frente a los interesados en la situación jurídica de que en cada caso se trata. No se puede esgrimir como actos propios vinculantes (a los cuales no es posible contradecir) conductas observadas frente a personas distintas de aquellas que están interesadas en la concreta situación jurídica o conductas que han sido observadas en círculos de intereses diversos.

2. Que posteriormente esta misma persona intente ejercitar un derecho subjetivo o una facultad, creando una situación litigiosa y formulando dentro de ella una determinada pretensión.
3. Que entre la conducta anterior y la pretensión posterior exista una incompatibilidad o una contradicción, según el sentido que de buena fe hubiera de atribuirse a la conducta anterior.
4. Que en ambos momentos, conducta anterior y pretensión, exista una perfecta identidad de sujetos.

Dicho lo anterior tenemos que el propio Estado de Israel ha asumido, ya desde los Acuerdos de Oslo²⁹ que:

- a.- la jurisdicción penal sobre los hechos acaecidos en Gaza es de la competencia exclusiva de las autoridades palestinas, y
- b.- ya más posteriormente, que carecen de la posición o estatus jurídico de fuerza ocupante³⁰

El citado acuerdo o complejo de acuerdos establecía, en consonancia con lo previsto en el artículo 64 del IV Convenio de Ginebra ut supra citado, que las competencias en materia jurisdiccional y de justicia civil y penal recaían exclusivamente en las propias autoridades palestinas en cuanto al territorio de Gaza³¹, es decir que ya desde 1993 las autoridades israelíes vienen declarando que la competencia territorial en materia criminal por hechos sucedidos en Gaza son de la exclusiva jurisdicción de las autoridades palestinas, no siendo de aplicación ninguna de las excepciones (ratione

²⁹ Firmados en Septiembre de 1993

³⁰ Concretamente a partir del año 2005

³¹ Ver artículos IV.1) y VI.1.b) de los Acuerdos de Oslo de 1993.

materia) realizando excepciones (*ratione personae*) con respecto a los residentes israelíes que ni son de aplicación al caso ni son admisibles en nuestro Estado de Derecho.

A mayor abundamiento, basta una remisión expresa a lo previsto en el **artículo V.1.a)** de los citados acuerdos, incluyendo la totalidad del territorio de Gaza³².

Como de contrario se argumentará, es evidente que dichos acuerdos han quedado sin efecto, pero los mismos son parte fundamental para comprender que es el propio Estado de Israel quien asumió, asume y pregonaba su no presencia en Gaza y, por tanto, su carencia de competencia territorial sobre los hechos que allí suceden.

Adentrándonos en las normas reguladoras más recientes, tenemos que tener en consideración los acuerdos denominados “**Hoja de Ruta**”³³ y la “**declaración de Anápolis**” que reconducen el incumplimiento de lo pactado en Oslo y que en su primera fase de aplicación asumen, claramente, lo antes mencionado en cuanto a la administración de justicia penal y a la competencia territorial sobre los hechos que sucedan o suceden en Gaza; dicho en otros términos, con los acuerdos contenidos en la denominada “Hoja de Ruta” Israel vuelve a establecer su no competencia territorial en Gaza.

A mayor abundamiento, y entroncando con la doctrina de los actos propios, el Estado de Israel ha proclamado, abiertamente y de forma manifiesta, que

³² The authority of the Palestinian Authority encompasses all matters that fall within its territorial, functional and personal jurisdiction, as follows: a.) The territorial jurisdiction covers the Gaza Strip

³³ También suscritos por Israel el 14 de mayo de 2003

su retirada de los territorios de Gaza en el año 2005³⁴ constituye una posición públicamente asumida con lo que, si no se quiere asumir la situación creada por Oslo o en la “hoja de ruta” o en “Anápolis”, entonces habrá de asumir la generada a partir de 2005 en lo que se ha publicitado por el Estado de Israel como la retirada de Gaza.

Siguiendo con este análisis de la propia postura del Estado de Israel en relación con el territorio en que se cometieron los hechos, bastaría una mera referencia a su propia aceptación, de forma permanente, de la zona de Gaza como un territorio extraño a Israel, siendo de gran relevancia que en ninguno de los mapas oficiales del Estado de Israel se incluyen dichos territorios como parte de ese país.³⁵

HIPÓTESIS 3: JURISDICCIÓN SUPRANACIONAL

Cuando el Ministerio Fiscal plantea la posibilidad de acordar el archivo de este procedimiento “... sin perjuicio de las acciones que se puedan ejercer ante la Corte Penal Internacional³⁶ en virtud de lo dispuesto en el Estatuto de Roma de 17.7.1998...” , creemos que se trata de un error propio de la exacerbada técnica del “cortar y pegar” – dicho en estrictos términos de defensa - toda vez que a nadie se le escapa que dicho organismo jurisdiccional no es competente para entender de los hechos objeto del presente procedimiento; en cualquier caso y a los efectos del debate debemos exponer, brevemente, las razones que nos llevan a descartar la jurisdicción supranacional del TPI.

³⁴ The Government’s decision refers to the Order Regarding the End of the Military Government, 12 September 2005.

³⁵ <http://www.mfa.gov.il/MFA/Facts+About+Israel/Israel+in+Maps/Israel+in+Maps.htm> sirva como referencia la propia página web del Ministerio de Asuntos Exteriores del Estado de Israel que, consultada en fecha 8.4.2009 presenta una serie de mapas históricos, desde la antigüedad a la fecha actual y en todos y cada uno de ellos los territorios de Gaza quedan fuera de las fronteras de Israel.

³⁶ De ahora en adelante: TPI

Si bien los hechos objeto de esta querrela datan del 22 de julio de 2002, lo relevante a efectos temporales de aplicación de las normas contenidas en el Estatuto de Roma³⁷ no será lo previsto en el artículo 11.1 sino, concretamente las provisiones del artículo 11.2 de dicho Estatuto en relación con lo preceptuado en el artículo 12.3 del mismo cuerpo estatutario.

Básicamente, lo que estamos diciendo es que por cuestiones de carácter temporal, y siempre en base a las normas del E.R., es inviable pretender que los hechos cometidos en Gaza sean de la competencia o puedan ser de la competencia del TPI toda vez que, para ello, no sólo se requeriría la adhesión de Israel y Palestina sino que, además, dicho compromiso tendría que ser acordado en el marco de las previsiones establecidas en el artículo 12.3 de dicho cuerpo legal. Es decir que, como bien es conocido para el Fiscal, se trataría no ya de una adhesión sino que, además, la misma debería serlo con compromiso de retroactividad. Si lo primero es ya muy difícil de que suceda, lo segundo nos parece como imposible.

Tenemos que insistir en que Israel no es parte del TPI y que, por tanto, las dificultades de enjuiciar estos hechos en dicha instancia se presentan no ya como un futurible de difícil consecución sino, más bien, una forma de alcanzar la impunidad; repugna a nuestro derecho que ese sea el planteamiento del defensor de la legalidad.

Aparte de lo anterior, y como mayor demostración de la intencionalidad del escrito del solicitante (Ministerio Fiscal), deben revisarse las normas

³⁷ De ahora en adelante E.R.

reguladoras del ejercicio de la competencia por parte del TPI y que vienen reguladas en el artículo 13 del E.R. estableciéndose que:

La Corte podrá ejercer su competencia respecto de cualquiera de los crímenes a que se refiere el artículo 5 de conformidad con las disposiciones del presente Estatuto si:

a) Un Estado Parte remite al Fiscal, de conformidad con el artículo 14, una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes;

b) El Consejo de Seguridad, actuando con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, remite al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes; o

c) El Fiscal ha iniciado una investigación respecto de un crimen de ese tipo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15.

Del antes citado precepto se obtiene una clara visión de la inviabilidad del ejercicio de la jurisdicción por parte del TPI en el caso que nos ocupa porque:

i.-) sería necesario que un tercer Estado, parte del E.R. remitiese al Fiscal del TPI una situación abordando el caso objeto de esta querrela; tal vez podría ser España dicho Estado pero creemos que, a la vista del posicionamiento del Ministerio Fiscal en este procedimiento, es dudoso si no ingenuo pensar que España vaya a realizar tal acción. Es más, debemos recordar que la tutela judicial

efectiva no puede ni debe dejarse a la suerte de un futurible hecho potestad de una parte ajena al proceso en cuestión.

ii.-) Se nos antoja impensable que el Consejo de Seguridad remita dicha situación al TPI toda vez que son miembros permanentes del mismo Rusia, China y los Estados Unidos de Norteamérica tres estados no firmantes del Estatuto de Roma y muy vinculados a las posiciones del Estado de Israel; en cualquier caso y dejando al margen connotaciones políticas lo cierto es que si en 7 años no lo han hecho no existe razón alguna para creer que lo harán ahora.

iii.-) también es una forma de denegación de acceso a la justicia proponer ésta como vía de acceso al TPI – la de la actuación de oficio del Fiscal del TPI – sobre todo si tenemos presente su tristemente famoso record de **NO HABER INICIADO JAMÁS UN PROCEDIMIENTO DE OFICIO**, creemos que el Fiscal solicitante debe conocer muy bien la inactividad procesal de su colega el Fiscal del TPI.

También ha de recordarse que el TPI tiene una función complementaria³⁸ respecto a las jurisdicciones nacionales y, en el caso que nos ocupa existe un claro matiz que habrá de ser recordado:

En resumidas cuentas, creemos que la propuesta del Ministerio Fiscal sobre el ejercicio jurisdiccional de ámbito supranacional como el que propone no sólo es inviable sino que, además, sirve exclusivamente para confundir sobre soluciones distintas a la de este procedimiento con fines poco claros

³⁸ Artículo 1 E.R.: Se instituye por el presente una Corte Penal Internacional ("la Corte"). La Corte será una institución permanente, estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el presente Estatuto y tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales

pero absolutamente comprensibles desde la perspectiva de la incómoda posición que dicha parte ostenta entre sus obligaciones como defensor de la legalidad y las que conllevan las necesidades de la política internacional del Estado Español; es una situación difícil, incómoda y, sin duda, nada envidiable.

Dicho en otros términos, podemos comprender (que no asumir) la compleja posición en que se encuentra el defensor de la legalidad pero es incomprensible e in-asumible que pretenda generar confusión sobre elementos tan claros en el ámbito de un procedimiento penal como en el que aquí nos encontramos. No existe solución eficaz para la exigencia de responsabilidad en el ámbito supranacional y el Ministerio Fiscal lo sabe, razón de sobra para descartar sus planteamientos a los que este escrito da respuesta.

Analizado todo lo anterior se hace necesario recapitular en forma breve sobre las conclusiones a las que se llega del desarrollo de las tres hipótesis de trabajo antes desarrolladas para determinar, como corolario a esta exposición que:

CONCLUSIÓN PRIMERA: Gaza no forma parte del Estado de Israel y, se le considere o no territorio ocupado, lo relevante es que dicha zona, la del locus delicti comisi, se encuentra fuera del ámbito jurisdiccional de Israel,

CONCLUSIÓN SEGUNDA: Gaza carece de capacidad jurisdiccional para conocer, investigar y enjuiciar estos hechos,

TERCERA CONCLUSIÓN: Lamentablemente, no existen alternativas jurisdiccionales de ámbito supranacional aplicables al caso con lo que la segunda de las hipótesis de trabajo del Ministerio Fiscal tampoco resulta de aplicación, y

CUARTA CONCLUSIÓN: No existiendo jurisdicción concurrente es obligación de la Jurisdicción española proceder a la investigación, enjuiciamiento y exigencia de responsabilidades por los hechos objeto de este procedimiento.

Por todo lo anterior,

SOLICITO AL JUZGADO que tenga por presentado en tiempo y forma este escrito sirviéndose admitirlo a trámite y teniendo por evacuado el proveído de la resolución de este Juzgado de fecha 3.4.09 y notificado este 7.4.09 y por opuestos a la solicitud realizada por el Ministerio Fiscal respecto al archivo de las presentes actuaciones en base a las alegaciones antes expuestas.

Por ser de Justicia que pido en Madrid a 9.4.2009.

Javier Fernández Estrada
Procurador