

## **Juzgado Central de Instrucción ° 4**

### **Diligencias Previas nº 157/08**

#### **AL JUZGADO**

**DON JAVIER FERNÁNDEZ ESTRADA**, Procurador de los Tribunales (Cdo. Nº 561) y del “Comité de Solidaridad con la causa Árabe”, en el ejercicio de la acusación popular, según tengo debidamente acreditado en el procedimiento al margen referenciado, ante el Juzgado comparezco y, como mejor proceda en Derecho, **DIGO:**

Que habiéndosenos dado traslado del informe del Ministerio Fiscal de fecha 2 de Abril de 2.009, venimos, al amparo del traslado conferido, a formular **OPOSICIÓN** a dicho escrito respecto a la solicitud de acordar el archivo de las presentes actuaciones, por falta de competencia de este Juzgado.

Baso mi pretensión en las siguientes

#### **ALEGACIONES**

**PRIMERA.-** El Ministerio Fiscal, en su informe, solicita el archivo de las presentes actuaciones en virtud del “carácter preferente de la Jurisdicción

del Estado donde tales hechos fueron cometidos”, en alusión directa al hecho de que existe la denominada “conurrencia de Jurisdicciones”, habida cuenta que en Israel estos hechos ya han sido enjuiciados (sobreseídos) y penden de una resolución del Tribunal Supremo del Estado de Israel.

Así mismo, y por sorprendente que ello parezca, asume el Ministerio Fiscal, como instancia judicial estatal, la labor no finalizada de una comisión de investigación, activada en Diciembre de 2.008 (casi siete años más tarde del acaecimiento de los lamentables hechos denunciados) después de la remisión de la comisión rogatoria enviada por este Juzgado, en el seno del Ministerio de Defensa Israelí, formada única y exclusivamente por militares.

Concluimos que, insólitamente, el parecer del Ministerio Fiscal se basa en la denegación por parte del Fiscal Militar y el Fiscal General de Israel de investigar querellas presentadas por las víctimas del bombardeo de “Shehadeh” (resolución equiparable a “cosa juzgada”), en realidad barrio de Al Daraj, y en el trabajo inacabado de una comisión de investigación militar iniciado en Diciembre de 2.008.

Por ello, el Ministerio Fiscal entiende que hay concurrencia de jurisdicciones, siendo que ha de prevalecer la del Estado en cuyo territorio se cometieron los hechos delictivos.

En todo caso, el Ministerio Fiscal defiende el trabajo de la Fiscalía Militar y del Fiscal General de Israel, respecto a su decisión de no investigar estos hechos, como órgano instructor, acogándose (la Fiscalía Militar y la Fiscalía General del Estado) al principio de distinción y **de proporcionalidad.**

Así, llamativo (e insólito) nos parece lo que afirma en los siguientes términos:

*“Como corolario cabe destacar que la investigación llevada a cabo por las Autoridades competentes de Israel, **con independencia de cuál sea su resultado** (la negrita es nuestra), responde a los cánones mínimamente exigibles en un Estado de Derecho: **las Autoridades judiciales en su diferentes niveles, muy singularmente a través del sistema de recursos que su ordenamiento jurídico prescribe (Fiscalía Militar, Fiscalía General del Estado, Tribunal Supremo, Comisión de Investigación), han adoptado decisiones que satisfacen plenamente –desde la perspectiva constitucional- las exigencias derivadas de la aplicación del derecho a la tutela judicial efectiva por una justicia independiente e imparcial.**”*

Cabe recordar que la Fiscalía de Israel decidió archivar sin investigar las querellas presentadas por los afectados de estos terribles hechos (15 muertos y 150 heridos con el fin conseguido de aniquilar a un presunto terrorista no juzgado) porque la acción militar se llevó a cabo ajustándose al principio de proporcionalidad: esta acción militar es ajustada a Derecho porque el fin conseguido (el objetivo militar) justifica plenamente las 15 muertes y 150 heridos habidos, a juicio de la Fiscalía israelí.

El Ministerio Fiscal en su informe de 2 de Abril de 2.009, **avala plenamente esta decisión, cualquiera que sea su resultado, que plantea no investigar a los responsables de esta matanza desproporcionada e indiscriminada.**

Así, la decisión de no investigar estos hechos por la Fiscalía israelí, para el Ministerio Fiscal es suficiente en aras a establecer que, en el marco de un proceso con las debidas garantías, se da el requisito de cosa juzgada a fin

de entender que la jurisdicción preferente es la israelí, que ya enjuició estos hechos.

Subsidiariamente, parece afirmar el Ministerio Fiscal en su informe que, en todo caso, hay litispendencia, pues los hechos aún se hallan en fase de investigación judicial, en clara referencia a la labor no finalizada de la comisión de investigación militar formada en Diciembre de 2.008.

Para un correcto análisis de nuestra oposición a lo informado por el Ministerio Público, desarrollaremos nuestra exposición en los siguientes apartados:

**A) Resolución de las instancias judiciales de no investigar las querellas presentadas por las víctimas: naturaleza de cosa juzgada, que impide nuevo enjuiciamiento en nuestro país.**

Según consta documentalmente en las presentes diligencias, el Fiscal Militar y el Fiscal General del Estado de Israel resolvieron, como órgano instructor, no investigar la acción militar habida en el barrio de Al Daraj el día 22 de Julio de 2.002, consistente en lanzar una bomba de una tonelada por un F-16, caza israelí, a fin de aniquilar al presunto terrorista Sala Shehadeh.

Como consecuencia de dicho ataque, murieron 15 personas; hubo 150 heridos, de los cuales 78 quedaron con graves secuelas; y dañaron 38 viviendas, de las que 8 resultaron totalmente destruidas, 9 resultaron parcialmente destruidas y 21 sufrieron otros daños de consideración.

Conviene recordar que de los 15 fallecidos, 9 eran niños y bebés, que murieron a consecuencia de la bomba lanzada en sus viviendas, mientras dormían.

La Fiscalía israelí decidió no investigar las querellas presentadas, pues consideraron que las 15 muertes, los 150 heridos y los daños en las 38 viviendas afectadas por la explosión de la bomba lanzada por el ejército israelí, respondían a consecuencias de una acción militar ajustada al principio de proporcionalidad.

Por ello, siendo que el objetivo militar conseguido (el aniquilamiento de un presunto terrorista) justificaba plenamente las “consecuencias” derivadas, no había que depurar ninguna responsabilidad penal imputable a persona concreta.

Por lo tanto, estos terribles hechos no eran constitutivos, ni siquiera indiciariamente, de delito alguno.

Esta actuación de la Fiscalía del Estado de Israel es defendido plenamente en el informe del Ministerio Público que venimos a impugnar, habida cuenta que, como reproducimos *ut supra*, “...*que la investigación llevada a cabo por las Autoridades competentes de Israel, con independencia de cuál sea su resultado* (la negrita es nuestra), responde a los cánones mínimamente exigibles en un Estado de Derecho”.

Y es precisamente ese inciso, “*con independencia de cuál sea su resultado*”, lo que más nos llama la atención, pues precisamente, está avalando resoluciones de carácter judicial que consideran el Derecho fundamental a la Vida y a la integridad física, en un escalafón inferior al derecho del Estado a defenderse.

Así, la Fiscalía española 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.

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 *“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 el Ministerio Fiscal propone en su informe no es otra cosa que este Juzgado 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 **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, 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 el informe del Ministerio Fiscal que se impugna) son absolutamente rechazados por nuestro Ordenamiento Jurídico, 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; por más que desde la perspectiva política entendamos la postura de la Fiscalía española en el marco de las relaciones de un país amigo como es Israel.

**B) Litispendencia: comisión de investigación no finalizada y falta de respuesta del Tribunal Supremo.**

El Ministerio Fiscal en su informe de 2 de Abril de 2.009 parece considerar que un comité de revisión formado por y para las Fuerzas Armadas israelíes, compuesta por miembros militares con altos cargos en la GSS<sup>1</sup>, es una instancia judicial más.

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

El Ministerio Público 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.

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.

---

<sup>1</sup> Servicio de Seguridad General israelí

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

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.

En otro orden de cosas, el Ministerio Público considera a la mencionada comisión de revisión como “Autoridad judicial” (folio 25 *in fine* de su informe), 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.

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.”<sup>2</sup> 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.”<sup>3</sup>

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*

---

<sup>2</sup> The ruling in the *Shehadeh* case, para. 11.

<sup>3</sup> HCJ 6001/97, *Amitai v. The Prime Minister* (decision delivered on 22 October 1997).

*revisión’ [...] Dicho comité se establece sobre la base de las facultades inherentes del ministro o de los poderes inherentes 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.”*<sup>4</sup>

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,<sup>5</sup> la policía militar<sup>6</sup> y la Unidad de investigaciones policiales del Ministerio de Justicia.<sup>7</sup>

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 investigaciones<sup>8</sup> y de conseguir pruebas,<sup>9</sup> **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 falsa<sup>10</sup>, llevar a cabo un acto deliberado para hacer fracasar a una investigación criminal o impedir que tenga lugar, incluido el impedir a que

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

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> Articles 251 and 252 of the Military Justice Law – 1955.

<sup>7</sup> 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).

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

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

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

un testigo sea traído para dar pruebas, y ocultar pruebas,<sup>11</sup> y persuadir a un testigo potencial de no revelar información o de mentir en una investigación criminal,<sup>12</sup> **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,<sup>13</sup> tales como los poderes de obligar a testigos a testificar bajo juramento,<sup>14</sup> obligar a testigos a comparecer ante la comisión,<sup>15</sup> y el emitir ordenes de registro;<sup>16</sup> **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.**<sup>17</sup> 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 –

---

<sup>11</sup> Article 244 of the Penal Code – 1977.

<sup>12</sup> Article 245 of the Penal Code – 1977.

<sup>13</sup> Established in accordance with Article 1 of the Commissions of Inquiry Law – 1968.

<sup>14</sup> Article 9(a)(2) of the Commissions of Inquiry Law – 1968.

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

<sup>16</sup> Article 12 of the Commissions of Inquiry Law – 1968.

<sup>17</sup> The ruling in the *Shehadeh* case, para. 10.

1955 fue explicada en mayor detalle por el Tribunal Supremo Israelí en su fallo en el caso *Al-Nebari*:<sup>18</sup>

*“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

---

<sup>18</sup> 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.



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).

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.

Así, cuando el Ministerio Fiscal, en su informe de fecha 2 de Abril de 2.009, afirma que la Comisión Shehadeh debe concluir su trabajo, para que el Tribunal Supremo israelí pueda pronunciarse sobre las responsabilidades penales de las Fuerzas de Defensa en el ataque, **no hace más que continuar la maniobra de confusión a las víctimas de dicho brutal ataque, pues es imposible que las conclusiones de dicha comisión den lugar a una investigación criminal, por cuanto la Ley y la jurisprudencia del Tribunal Supremo expresamente lo prohíben.**

Estamos, de nuevo, ante otro callejón sin salida para las legítimas expectativas de las víctimas de los cruentos hechos denunciados, que nunca

verán satisfechas en el Estado de Israel, pues tanto la Fiscalía como el Tribunal Supremo no tienen ningún interés en abrir una investigación penal.

Así mismo, el Ministerio Público en su informe de 2 de Abril de 2.009, sin duda alguna, está amparando esta forma de proceder de las autoridades israelíes que buscan ineludiblemente la impunidad de las personas implicadas en estos gravísimos hechos.

Esta forma de proceder, sorprendentemente, ha sido avalada por el Ministerio Público en su informe de 2 de Abril de 2.009, al afirmar que las Autoridades judiciales israelíes *“han adoptado decisiones que satisfacen plenamente –desde la perspectiva constitucional- las exigencias derivadas de la aplicación del derecho a la tutela judicial efectiva por una justicia independiente e imparcial.”*

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 parece defender el Ministerio Público en su informe de 2 de Abril de 2.009.

### **C)- Falta de voluntad real del Estado de Israel de investigar los hechos denunciados.**

En primer lugar, esta falta de voluntad queda objetivada en el considerable retraso en la resolución sobre el acceso a la Justicia de una querrela presentada por algunas víctimas de los hechos denunciados: ya explicamos

más arriba que se trata de una “litispendencia *sine die*”, que a efectos prácticos no es más que la efectiva vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

Los hechos acaecieron el 22 de Julio de 2.002 y en la actualidad, Abril de 2.009, las víctimas de los terribles sucesos aún no han recibido respuesta alguna.

En segundo lugar, llama la atención **la falta de colaboración en tiempo y forma del Estado de Israel con la justicia española respecto de la comisión rogatoria** enviada por el J. I N° 4 por la que se rogaba información sobre las investigaciones realizadas en Israel en relación del asunto que nos ocupa, todo ello a pesar de las obligaciones que tiene con nuestro Juzgados y Tribunales en virtud el Convenio de colaboración en materia penal de 1959.

Recordemos que el día 25 de Agosto de 2.008 se remitió por este Juzgado comisión rogatoria al Estado de Israel, **que cumplimentó el día siguiente a la admisión a trámite de la querrela (29 de Enero de 2.009), es decir, tardó seis meses en cumplir la obligación de cooperación jurídica contenida en el anterior Convenio.**

Así, el Estado de Israel hizo caso omiso a la petición rogada por parte del Juzgado Central de Instrucción n° 4, y sólo aportó la documentación pedida cuando se admitió a trámite la querrela: es obvio que el Estado de Israel nunca pretendió la colaboración para el esclarecimiento de los hechos objeto de la presente querrela.

En su escrito afirman que *“Los documentos adjuntos a esta carta se facilitan como parte de la relación amistosa existente entre Israel y España y como cortesía y no de conformidad con una obligación legal.”*

En otro orden de cosas, y en relación al análisis cronológico de los ítems administrativos y judiciales aportado por el Ministerio Fiscal en su informe de 2 de Abril, hay que señalar una importante omisión, significativa respecto de la falta de interés en el Estado de Israel por investigar estos crímenes: **se olvida el Ministerio Fiscal de reseñar que, precisamente, tras la remisión de la comisión rogatoria por este Juzgado (Agosto de 2.008) de forma sospechosamente casual, el Tribunal Supremo recomienda que prosigan los trabajos del comité de revisión, previo a su pronunciamiento.**

Es decir, algo tan anómalo como el hecho de que el Tribunal Supremo israelí active un comité de revisión, sin efectos prácticos en la vía penal, se explica por el hecho de que, precisamente, este Juzgado enviara comisión rogatoria acerca de las actuaciones judiciales realizadas en relación a estos hechos.

No es más que un afán por querer mostrar un interés por investigar, que, como vemos, al Ministerio Público le convence (por razones ajenas a la seriedad de un procedimiento judicial de estas características), pero que, obviamente, no supera el filtro de las exigencias impuestas por las sentencias invocadas por el Ministerio Fiscal en su informe.

3º- Así mismo, el Estado de Israel, mediante sus representantes, declaró públicamente, en relación a la querrela presentada por esta parte, que jamás iba a permitir que se detuviera a “sus militares” para ser enjuiciados por

estos hechos; lo cual evidencia, sin duda alguna, la nula voluntad de esclarecer los hechos denunciados.<sup>19</sup>

**SEGUNDA.-** En esta segunda alegación cuestionamos la jurisdicción territorial de Israel para la investigación y enjuiciamiento de los hechos objeto del presente procedimiento.

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 Constitucional<sup>20</sup>, 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 actividad<sup>21</sup> 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

---

<sup>19</sup> Público, 25. 01.09: El ministro de defensa, Ehud Barak afirma que el Estado defenderá a todos sus militares tanto de amenazas en el extranjero como dentro de Israel.

<sup>20</sup> STC 237/05, de 26 de septiembre de 2005 -caso Guatemala

<sup>21</sup> Sin perjuicio de la discusión doctrinal respecto a su consideración como delito de peligro lo que no afecta a lo aquí argumentado

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 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.<sup>22</sup>

Es decir que, como Gaza jamás ha formado parte del Estado de Israel habrá de estarse a que el *locus delicti commissi* 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 Unidas<sup>23</sup>, 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

---

<sup>22</sup> 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>

<sup>23</sup> De 3 de diciembre de 1973

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 12.2<sup>24</sup> del Estatuto de Roma** que 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

---

<sup>24</sup> “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 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.

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 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 Supremo<sup>25</sup> 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*”

---

<sup>25</sup> S.T.S.(Sala 1) 21/02/2000, ponente: García Varela

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 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 Oslo<sup>26</sup> 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 ocupante<sup>27</sup>

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

---

<sup>26</sup> Firmados en Septiembre de 1993

<sup>27</sup> Concretamente a partir del año 2005

las competencias en materia jurisdiccional y de justicia civil y penal recaían exclusivamente en las propias autoridades palestinas en cuanto al territorio de Gaza<sup>28</sup>, 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 materiae*) 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 Gaza<sup>29</sup>.

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 pregona 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**”<sup>30</sup> 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

---

<sup>28</sup> Ver artículos IV.1) y VI.1.b) de los Acuerdos de Oslo de 1993.

<sup>29</sup> 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

<sup>30</sup> También suscritos por Israel el 14 de mayo de 2003

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 su retirada de los territorios de Gaza en el año 2005<sup>31</sup> 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.<sup>32</sup>

### **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 Internacional<sup>33</sup> en virtud de lo dispuesto en el Estatuto de Roma de 17.7.1998...” , creemos que se trata de un error propio de la

---

<sup>31</sup> The Government’s decision refers to the Order Regarding the End of the Military Government, 12 September 2005.

<sup>32</sup> <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.

<sup>33</sup> De ahora en adelante: TPI

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.

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 Roma<sup>34</sup> 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

---

<sup>34</sup> De ahora en adelante E.R.



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 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

querella; 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 complementaria<sup>35</sup> respecto a las jurisdicciones nacionales y, en el caso que nos ocupa existe un claro matiz que habrá de ser recordado:

---

<sup>35</sup> 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

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 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.

Lda. Isabel Elbal Sánchez  
Cda. 61.945 ICAM

Proc. Javier Fernández Estrada