

ORIGINAL

AL JUZGADO

EL FISCAL, evacuando el traslado acordado por providencia de 12-3-2009 en las diligencias previas 157/08 del Juzgado Central de Instrucción nº 4 y en atención al contenido de la documentación remitida por las Autoridades judiciales de Israel, dice:

A. Antecedentes de hecho:

1. El procedimiento se inició en virtud de querrela presentada el 24-6-2008 ante la Audiencia Nacional por los ciudadanos palestinos Ramed Mohamed Ibrahim Mattar, Mohamed Ibrahim Mohamed Mattar, Ramí Mohamed Ibrahim Mattar, Khalil Khader Mohamed Al Seadi, Mahmoud Sobhi Mohamed El Houweit y Mahassel Ali Hassan Al Sahwwa, en calidad de acusación particular como perjudicados por el ataque de las Fuerzas Aereas Israelíes contra la vivienda del líder de la organización terrorista Hamás, Sala Shehadeh, situada en Gaza.

La querrela fue interpuesta contra las siguientes personas (todas ellas funcionarios del Estado de Israel):

- Dan Halutz, quien en el momento del ataque era Comandante de las Fuerzas Aéreas Israelíes (IAF)
- Benjamín Ben-Eliezer, Ministro de Defensa de Israel en ese momento.
- Doron Almog, General del Mando Sur de las Fuerzas de Defensa Israelíes (IDF) entre el 8 de diciembre de 2000 y el 7

de julio de 2003.

- Giora Eiland, Presidente del Consejo Nacional de Seguridad y Asesor Nacional de Seguridad desde el 18 de enero de 2004 hasta finales de mayo de 2006.

- Michael Herzog, Secretario Militar del Ministro de Defensa de Israel desde el año 2001 hasta el 2004.

- Moshe Ya'alon, Jefe del Estado Mayor de las IDF desde el 9 de julio de 2002 hasta el 1 de junio de 2005.

- Abraham Dichter, Director de la Agencia de Seguridad de Israel.

2. Los hechos denunciados en la querrela tuvieron lugar el día 22 de julio del año 2002: entre las 23.30 y las 24.00 horas, un avión de combate israelí F16 lanzó una bomba de una tonelada sobre el barrio de Al Daraj de la Ciudad de Gaza. El objetivo principal de dicho ataque era la casa de Sala Shehadeh, dirigente de la organización terrorista Hamas. La vivienda fue alcanzada directamente por una bomba de gran potencia. En las cercanías se encontraban otras viviendas entre ellas la ocupada por la familia del querellante Mattar's. Como consecuencia de la explosión causada por la bomba murieron quince personas, 150 resultaron heridas –algunas de ellas con lesiones graves y secuelas permanentes–, ocho casas de los alrededores fueron totalmente destruidas, nueve casas resultaron destruidas parcialmente y otras veintiuna sufrieron daños moderados.

Resultaron muertas las siguientes personas: Iman Ibrahim Hassan Matar, Dalia Ra'ed Mohammed Matar, Ayman Ra'ed Mohammed Matar, Mohammed Ra'ed Mohammed Matar, Dina Rami Mohammed Matar, Alaa' Mohammed Ibrahim Matar, Miriam Mohammed Ibrahim Matar, Muna Fahmi Mohammed al-Howaiti,

Subhi Mahmoud Subhi al-Howaiti, Mohammed Mahmoud Subhi al-Howaiti, Khader Mohammed Ali al-Sa'idi, Yousef Subhi Ali al-Shawa, Iman Salah Mustafa Shihada, y Leila Khamis Yousef Shihada. Además, el bombardeo fue la causa de que unas 150 personas resultasen heridas de diversa consideración, 78 de ellas con heridas graves o muy graves. Constan heridos entre otros: Ibrahim Mohamad Ibrahim Mattar, Ramez Mohamad Ibrahim Mattar, Amal Mohamad Ibrahim Mattar, Maha Mohamad Ibrahim Mattar, Reem Mohamad Youseph, Rami Mohamad Ibrahim Mattar, Hana' a Hamdi Mattar.

3. Turnada la querrella correspondió al Juzgado Central de Instrucción nº 4, el cual confirió traslado al Ministerio Fiscal para pronunciarse sobre la jurisdicción y competencia de los Tribunales españoles para la investigación de los hechos objeto de la querrella. El Ministerio Fiscal contestó el 14-7-2008 aceptando provisionalmente competencia pero señalando que:

"Como establece la STC Sala 2ª de 26-9-05, nº 237/05, dictada en los recursos nº 1744, 1755 y 1773/03, "La LOPJ instaura un principio de jurisdicción universal absoluto, sin sometimiento a criterios restrictivos de corrección o procedibilidad, y sin ordenación jerárquica alguna con respecto al resto de las reglas de atribución competencial, puesto que se configura a partir de la particular naturaleza de los delitos objeto de persecución".

Si bien ello se matiza en la referida resolución, añadiendo: *"Lo acabado de afirmar no implica que tal haya de ser el único canon de interpretación del precepto, y que su exégesis no pueda venir presidida por ulteriores criterios reguladores que incluso vinieran a restringir su ámbito de aplicación."* Se indica

igualmente que *"una elemental razonabilidad procesal y político-criminal ha de otorgar prioridad a la jurisdicción del Estado donde el delito fue cometido, y ello forma parte del acervo clásico del Derecho Internacional Penal, al ser compromiso común de todos los Estados la persecución de tan atroces crímenes"*.

En síntesis, **la Fiscalía condicionaba la admisión de la querella a la comprobación de la inexistencia de alguna actuación judicial de investigación por los hechos denunciados en territorio israelí**, ya que en la propia querella se advierte que se han puesto en marcha varias iniciativas para esclarecer e investigar el ataque. Por ello, a fin de respetar la primacía de la jurisdicción de los tribunales del Estado donde el delito fue cometido, instaba el envío de una comisión rogatoria, al amparo de las disposiciones del Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal, de 20 de abril de 1959, suscrito por Israel, para solicitar información sobre la realidad de tales investigaciones.

El 14-1-2009 el Fiscal ante un nuevo traslado acordado por el Juez Instructor de la causa, motivado por la tardanza de las autoridades israelíes en la ejecución de la citada comisión rogatoria, interesó del órgano judicial que se recordase el cumplimiento de la misma.

4. El día 21-1-2009 el titular del Juzgado Central de Instrucción nº 4 dicta auto de admisión de la querella acordando librar una comisión rogatoria para notificar la querella a los querellados con el fin de que sean citados para tomarles declaración en calidad de imputados. Así mismo, se solicita autorización para acceder al territorio de Gaza con el propósito de tomar declaración a los querellantes.

La resolución del Juzgado Central de Instrucción nº 4 acoge la argumentación contenida en la querrela calificando el ataque contra Sala Shehadeh como constitutivo de un delito comprendido en el art. 611 en relación con el art. 608 del Código Penal, preceptos que literalmente dicen:

Art. 611: "Será castigado con la pena de prisión de diez a quince años, sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados producidos, el que, con ocasión de un conflicto armado:

- Realice u ordene realizar ataques indiscriminados o excesivos o haga objeto a la población civil de ataques, represalias o actos e amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizarla."

Art. 608: "A los efectos de este Capítulo, se entenderá por personas protegidas:

3º La población civil y las personas civiles protegidas por Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 o por el Protocolo 1º Adicional de 8 de junio de 1977."

Los delitos mencionados están considerados como Crímenes de Guerra en el artículo 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional que establece:

"A los efectos del presente Estatuto, se entiende por crímenes de guerra».

a) Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos contra personas o bienes protegidos por las disposiciones del Convenio de Ginebra pertinente:

i) El homicidio intencional;. . . .

b) Otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco establecido de derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes:

ii) Dirigir intencionalmente ataques contra bienes civiles, es decir, bienes que no son objetivos militares;. . . .

iv) Lanzar un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará pérdidas incidentales de vidas, lesiones a civiles o daños a bienes de carácter civil

v) *Atacar o bombardear, por cualquier medio, ciudades, aldeas, viviendas o edificios que no estén defendidos y que no sean objetivos militares;*"

5. En la documentación aportada por la Embajada del Estado de Israel se informa de las investigaciones oficiales practicadas para el esclarecimiento del ataque aéreo contra la vivienda de Sala Shehadeh. Los procedimientos incoados fueron principalmente dos:

1. **Revisión por el Fiscal General Militar y el Fiscal General del Estado de Israel:** El incidente Shehadeh fue objeto de una investigación militar que fue revisada por el Fiscal General Militar; también fue objeto de una investigación por parte del Fiscal General tras diversas querellas que fueron presentadas directamente ante él.

2. **Revisión Judicial por el Tribunal Supremo de Israel:** Se presentaron varias peticiones ante el Tribunal Supremo de Israel en relación con el plan de selección de objetivos terroristas por Israel.

En el asunto TSJ 769/02 - *Comisión Pública contra la Tortura frente al Estado de Israel y otros*, presentado en enero de 2002, el Tribunal Supremo, actuando como Tribunal Superior de Justicia sometió a revisión judicial la legalidad de la selección por el Gobierno de objetivos terroristas. El ataque contra Sala Shehadeh fue asimismo objeto de revisión judicial por el Tribunal Supremo en el Caso del TSJ 8794/03 Yoav Hess y otros contra el Fiscal Militar Jefe y otros, presentado el 30 de septiembre de 2003. Este procedimiento se inició a partir de la denuncia presentada por la Asociación "Yesh Gvul" contra el Fiscal General Militar de Israel, el Fiscal General del Estado de Israel, el Comandante de las Fuerzas Aéreas (General Dan

Halutz), el Jefe del Estado Mayor de las FDI de Israel (Moshe Ya'alon); el Ministro de Defensa (Benjamín Ben Eliezer) y el Primer Ministro de Israel (Ariel Sharon). En el ámbito de este procedimiento, a instancias del Tribunal Supremo de Israel, por parte del Gobierno se nombró una Comisión de investigación del hecho denunciado siendo impugnada su composición por falta de imparcialidad por la entidad denunciante ante el Tribunal Supremo, el cual rechazó la petición por resolución de fecha 26-12-2008. Actualmente la Comisión no ha concluido la investigación iniciada.

Las vías iniciadas son dos teniendo como protagonista al Tribunal Supremo de Israel, órgano judicial competente, bien como instancia revisora de las iniciativas adoptadas tanto por el Fiscal General Militar como por su superior el Fiscal General del Estado, bien como única instancia examinando la legalidad de las decisiones del Gobierno en materia de seguridad nacional y en el ámbito de las decisiones adoptadas por las Fuerzas Armadas.

Ambos cargos del Ministerio Fiscal tienen entre sus competencias analizar las intervenciones militares citadas y en su caso iniciar las investigaciones pertinentes para la depuración de responsabilidades penales.

En el caso Shehadeh los dos órganos de la Fiscalía rechazaron las peticiones de investigación del caso, estimando que en la actuación de las Fuerzas Aéreas Israelíes se habían respetado los principios de distinción y proporcionalidad.

Sobre esta cuestión han incidido dos procedimientos:

a) En primer lugar, el "caso de selección de objetivos terroristas" Asunto del TSJ 769/02 Comisión Pública contra la Tortura frente al Estado de Israel y otros, presentado

en enero de 2002, en el que el Tribunal Supremo, actuando como Tribunal Superior de Justicia sometió a revisión judicial la legalidad de la selección por el Gobierno de objetivos terroristas.

El Tribunal Supremo adoptó la resolución de 14 de diciembre de 2006 donde se sostuvo que la legalidad de la selección de objetivos terroristas por el Gobierno estaba sometida a revisión judicial. Se debe examinar la legalidad de cada incidente de conformidad con los criterios establecidos por el Tribunal, que manifiesta haber formulado a partir de normas internacionales. El Tribunal Supremo Israelí sostuvo así mismo que si el ataque preventivo causa la muerte de transeúntes inocentes, dicho ataque debería someterse a una revisión ex post objetiva por parte de un comité de revisión imparcial.

Rechazó los argumentos del gobierno que consideraba que la Seguridad Nacional y las decisiones de las Fuerzas Armadas en el territorio de Gaza eran materias ajenas al control judicial, por lo que participaban de la naturaleza de actos políticos sujetos al principio de discrecionalidad. En la doctrina israelí se utiliza el concepto de imposibilidad de juzgar tanto desde un punto de vista jurídico (no existe ley aplicable) como institucional (el proceso judicial sometido a la ley no está concebido para la revisión de la actividad de combate de las Fuerzas armadas israelíes en la zona porque se trata de decisiones de carácter eminentemente operativo)

El Tribunal Supremo rechaza esta pretensión y establece una serie de criterios que determinarán la sujeción de cualquiera de aquellas decisiones al control judicial cuando se den los siguientes presupuestos:

- 1.- No procede la asunción de la doctrina sobre la

imposibilidad de juzgar cuando su aplicación impide el análisis de la posible vulneración de los derechos humanos en estos casos.

2.- El criterio de análisis sobre la doctrina de fijación de objetivos terroristas no puede residenciarse en su calificación de cuestión política o militar frente a su calificación como jurídica. El plano de análisis siempre será jurídico por lo que los criterios para determinar su legalidad habrá que buscarlos en el derecho penal interno y sobre todo en el derecho penal Internacional. (Las relaciones entre el Ejército y las víctimas civiles ya han sido objeto de estudio por los Tribunales Internacionales para la Antigua Yugoslavia.)

3.- En todos los casos de acciones armadas por parte de las Fuerzas de Defensa Israelíes contra objetivos terroristas con víctimas civiles ajenas al conflicto serán objeto de análisis ex post a fin de valorar el respeto al principio de proporcionalidad (Equilibrio entre el daño causado y la ventaja militar obtenida con el ataque)

b) En segundo lugar, 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.

B. Fundamentos jurídicos

Una vez expuesto el resumen de las actuaciones judiciales relevantes¹ que se han seguido ante los Tribunales Israelíes es preciso examinar en la línea que se apuntaba en nuestro informe de fecha 14 de julio del 2008 si la existencia de estos procedimientos impediría continuar con la tramitación de la causa iniciada ante el Juzgado de Central de Instrucción nº 4.

1. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional han tenido ocasión de pronunciarse sobre la interpretación del art. 23.4 LOPJ, en relación con la vigencia en nuestro sistema procesal penal del principio de Jurisdicción Universal absoluto o de un sistema que exige un punto de conexión (vínculo auténtico, o sustancial, o legítimo, contacto habilitante) con intereses nacionales tales como que el presunto responsable se encuentre en territorio español o que existan víctimas españolas (principio de personalidad pasiva) o que deba apreciarse para su ejercicio un criterio de razonabilidad (SSTS 327/2003 de 25 de Febrero-caso Guatemala, 712/2003 de 20 de Mayo-caso Perú, 345/2005 de 18 de Marzo-Caso Falun Gong, y 645/2006 de 20 de Junio-caso Tibet).

En particular, resulta de especial interés para la resolución de este caso la doctrina que se contiene en la STS de 20-6-2006 (caso Tibet), en cuyo fundamento jurídico 2º, apartado 6.b) in fine, se dice literalmente: *"Es preciso tener presente que la doctrina del derecho internacional público, en general, condiciona la jurisdicción de un Estado sobre hechos*

¹ Existen otros procedimientos civiles TC 7606/2003 y T.A. 4445/2004 pero que no tienen influencia en este procedimiento salvo en los relativo a la reclamación de responsabilidad civil

extraterritoriales a una determinada conexión de estos hechos con el Estado del que se trate. En este sentido se ha precisado que debe existir un "vínculo auténtico" o "sustancial" o "legítimo" o un "contacto legitimante" o un "contacto tan estrecho con los hechos que sea compatible con los principios de no-intervención y de proporcionalidad". A tales criterios se deberá atender con especial razón cuando se trate de la persecución de hechos ejecutados dentro del ámbito de la soberanía de otro Estado". Posición ésta que no difiere en la práctica de la sostenida por los Magistrados discrepantes que formularon un voto particular a la STS 327/2003 de 25 de Febrero (caso Guatemala), en el que propugnaban la aceptación de la jurisdicción en atención a la presencia de elementos de conexión, al tiempo que indicaban que "la exigencia de algún vínculo o nexo de conexión entre los hechos delictivos y algún interés o valor de los ciudadanos que ejerza la jurisdicción universal puede constituir un criterio razonable de autorrestricción (...) si se aplica estrictamente como criterio de exclusión del exceso o abuso del derecho (...). Se trata de una restricción que no aparece estrictamente establecida en la ley, pero puede ser asumida como emanación de los principios de derecho internacional, y aplicada como criterio de razonabilidad en la interpretación de la normativa competencial (...). Esta restricción puede ser asumible en cuanto se orienta a una finalidad razonable, como es la de evitar un efecto excesivamente expansivo de este tipo de procedimientos y garantizar la efectividad de la intervención jurisdiccional, pues en los supuestos de ausencia absoluta de vínculos de conexión con el país y con los hechos denunciados, en el sentido amplio anteriormente expresado, la efectividad práctica del procedimiento puede ser nula".

Pues bien, el auto de fecha 21 de enero del 2009 admite la querrela a trámite en aplicación de la doctrina fijada por el Tribunal Constitucional a partir de la sentencia 237/2005 que como decía instaura un sistema de jurisdicción universal absoluto al menos en relación con el delito de genocidio, argumentación que se puede compartir, en principio y sin perjuicio de los matices que a continuación se expondrán, para los Crímenes de Guerra al concurrir los mismos requisitos que en el delito de genocidio.

2. Pero la resolución omite el más mínimo análisis de otra cuestión no menos importante: **si la jurisdicción universal es concurrente o subsidiaria con la jurisdicción de otros Tribunales que estuvieran conociendo de esos mismos hechos bien del lugar de la comisión del delito (locus delicti comissi), bien que hayan actuado por otros elementos de conexión, o bien por que se trate de un órgano penal internacional.**

En el ámbito del Derecho Penal Internacional se establece de forma preferente la competencia del Estado donde se ha cometido el delito (principio de territorialidad) o del que es nacional su autor o víctima (principio de personalidad activa y pasiva); después, la competencia de la Corte Penal Internacional y, en su caso, de los tribunales internacionales *ad hoc* o de los internacionalizados; y, en tercer lugar, la competencia de otros tribunales internos en aplicación del principio de jurisdicción universal.

Pues bien, la vigencia del **principio de complementariedad o subsidiariedad** es indiscutible, tanto en el derecho internacional como en nuestro derecho interno, a la hora de ejercer la jurisdicción universal para la persecución de crímenes graves de derecho internacional. En ese contexto ese

principio establece que en caso de concurrencia de dos o más jurisdicciones para conocer de un delito de esta naturaleza, resultará preferente la del Estado que disponga de un vínculo jurisdiccional más próximo con los hechos, con prioridad sobre la jurisdicción de un Estado sin vínculos de conexión con los hechos o sujetos afectados

La preeminencia de este principio en el derecho internacional se traduce en el reconocimiento de la prioridad del Estado del locus delicti o del Estado de nacionalidad del supuesto autor del delito, como forma habitual de resolver un conflicto positivo entre jurisdicciones de diferentes Estados. Este principio se enuncia expresamente en la Resolución 3.074 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 3 de Diciembre de 1973 relativa a los principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad, así como en el art. 17 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional de 1998.

La primera formula algunas declaraciones de interés para la resolución de estos casos:

"2. Todo Estado tiene el derecho de juzgar a sus propios nacionales por crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad.

5. Las personas contra las que existen pruebas de culpabilidad en la comisión de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad serán enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas, por lo general en los países donde se hayan cometido esos crímenes"

El segundo prescribe en su art. 17 la inadmisibilidad de un asunto por la Corte Penal Internacional cuando:

"a) El asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento en el Estado que tiene la jurisdicción sobre él, salvo que éste no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo.

b) El asunto haya sido objeto de investigación por el Estado que tenga jurisdicción sobre él y este haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate, salvo que la decisión haya obedecido a que no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo".

Es decir, ambos cuerpos normativos reconocen meridianamente la prevalencia de la jurisdicción territorialmente competente, y por lo tanto la intervención subsidiaria de otras jurisdicciones sólo cuando sea patente la ausencia de acción investigadora en la jurisdicción preferente.

3. Nuestro sistema procesal penal contiene dos previsiones dirigidas a solucionar los supuestos de jurisdicciones concurrentes sobre un mismo hecho entre la jurisdicción de los tribunales del lugar del hecho (*locus delicti*) y la competencia por aplicación del principio de jurisdicción universal.

La primera de ellas se refiere a la excepción de la Cosa Juzgada expresamente incluida en el art. 23.5 LOPJ: *"En los supuestos de los apartados 3 y 4 será de aplicación lo dispuesto en la letra c) del apartado 2 de este artículo. Art. 23.2 c) LOPJ "Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este ultimo caso, no haya cumplido la condena. Si solo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda."*

La segunda está determinada en los arts. 7 a 11 de la ley orgánica 8/2003 de 10 de Diciembre de cooperación con la Corte Penal Internacional, reguladores de los mecanismos de solución de posibles conflictos jurisdiccionales positivos entre los tribunales españoles y el Tribunal Penal Internacional, entre los cuales se contempla el requerimiento de inhibición a este último órgano cuando corresponda conocer de los hechos a aquellos con carácter preferente por *"haber acaecido en territorio español u ostentar sus presuntos responsables la nacionalidad española"*.

4. En igual medida la doctrina y jurisprudencia de nuestros Tribunales (Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo y Audiencia Nacional) avala la aplicabilidad del principio de complementariedad o subsidiariedad como límite del principio de justicia universal que consagra el art. 23.4 LOPJ.

Así, el TC en su conocida sentencia 237/2005 de 26 de Septiembre (caso Guatemala) -doctrina reiterada en la sentencia 227/2007 de 22 de Octubre (caso Falun Gong), señala:

*".....resulta indudable que existen razones de peso, tanto procesales como político-criminales, que vienen a avalar la prioridad del locus delicti, y que ello forma parte del acervo clásico del derecho internacional penal. Partiendo de este dato, y retomando la cuestión que dejamos pendiente, lo cierto es que, desde el plano de su formulación teórica, el principio de subsidiariedad no habría de entenderse como una regla opuesta o divergente con la que introduce el llamado principio de concurrencia, y ello porque, **ante la concurrencia de jurisdicciones, y en aras de evitar una eventual duplicidad de procesos y la vulneración de la interdicción del principio***

ne bis in idem, resulta imprescindible la introducción de alguna regla de prioridad. Siendo compromiso común (al menos en el plano de los principios) de todos los Estados la persecución de tan atroces crímenes por afectar a la comunidad internacional, una elemental razonabilidad procesal y político-criminal ha de otorgar prioridad a la jurisdicción del Estado donde el delito fue cometido"

En parecidos términos se pronuncia la STS 712/2003 de 20-5 (caso Perú) al afirmar que:

"Sin embargo ha de admitirse que la necesidad de intervención jurisdiccional conforme al principio de justicia universal queda excluida cuando la jurisdicción territorial se encuentra persiguiendo de modo efectivo el delito de carácter universal cometido en su propio país. En este sentido puede hablarse de un principio de necesidad de la intervención jurisdiccional, que se deriva de la propia naturaleza y finalidad de la jurisdicción universal.

La aplicación de este principio determina la prioridad competencial de la jurisdicción territorial, cuando existe concurrencia entre ésta y la que se ejercita sobre la base del principio de justicia universal".

En idéntico sentido, la STS de 15-11-2004 (caso Scilingo) ha recordado que:

"Cuando la extensión extraterritorial de la ley penal tenga su base en la naturaleza del delito, en tanto que afecte a bienes jurídicos de los que es titular la comunidad internacional, se plantea la cuestión de la compatibilidad entre el principio de justicia universal y otros principios de derecho internacional público. A este respecto, es preciso tener en cuenta que en la

*doctrina del derecho internacional público no existe ninguna objeción al principio de justicia universal cuando éste proviene de una fuente reconocida del derecho internacional, especialmente cuando ha sido contractualmente aceptado por Estados parte de un tratado. En tales casos se admite que el principio tiene una justificación indudable. Por el contrario, cuando sólo ha sido reconocido en el derecho penal interno, en la práctica, los alcances de dicho principio han sido limitados por la aplicación de otros igualmente reconocidos en el derecho internacional. **En este sentido, se ha entendido que el ejercicio de la jurisdicción no puede –como ha quedado dicho– contravenir otros principios del derecho internacional público ni operar cuando no existe un punto de conexión directo con intereses nacionales”***

También el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional se ha pronunciado sobre la vigencia del principio de complementariedad o subsidiariedad para el enjuiciamiento de crímenes internacionales, habiendo señalado en Acuerdo no jurisdiccional de 3-11-2005 que:

“... en aras de evitar una eventual duplicidad de procesos y la vulneración de la interdicción del principio ne bis in idem, atendida la prioridad de la jurisdicción del lugar de comisión del delito y de los Tribunales internacionales, antes de la admisión a trámite de la denuncia o querrela sobre tales delitos deberá constatarse la inactividad de la jurisdicción del Estado en cuyo lugar se cometieron presuntamente los hechos y de la Comunidad Internacional, lo que se hará a través de los instrumentos de cooperación internacional existentes en cada momento, recabando de oficio información sobre tales extremos del Estado

donde se hayan cometido presuntamente los hechos y de los organismos internacionales pertinentes"

Este criterio ha sido seguido por las distintas Secciones de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en los casos relacionados con Tibet (auto de 10-10-2006 dictado en diligencias previas 237/05 del Juzgado Central de Instrucción nº 2), Guatemala (auto de 16-2-2006 dictado en diligencias previas 331/99 del Juzgado Central de Instrucción nº 1) y México (auto de 14-1-2009 dictado en diligencias previas 27/08 del Juzgado Central de Instrucción nº 3). En los dos primeros para asumir la competencia ante la manifiesta inactividad judicial, y en el tercero para rechazarla –tras la inadmisión por el Juez Instructor de la querrela formulada por un supuesto delito de torturas- por la preexistencia de investigaciones en el Estado en el que se cometieron los hechos.

5. Ahora bien, el Tribunal Constitucional introduce como límite al principio de jurisdicción universal, además del concepto de Cosa Juzgada, la regla de la litispendencia para garantizar así la vigencia en el Derecho Internacional del principio ne bis in idem, es decir, del derecho a no ser enjuiciado dos veces por los mismos hechos, principio reconocido por el art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el art. 20 del Estatuto de la Corte Penal Internacional y el art. 54 del Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen de 1990.

En este sentido, el ATC 85/2003 de 14 de Marzo no ofrece el más mínimo margen a la duda al indicar que *"como señala el Ministerio Fiscal, las reglas sobre la competencia jurisdiccional en materia penal contenidas en el art. 23 LOPJ tienen como finalidad*

evitar la impunidad, de modo que su aplicación y la de disposiciones similares de otros países puede tener como consecuencia la competencia concurrente de la jurisdicción penal de varios Estados, siendo en estos casos necesario interpretar y aplicar la legislación tomando en consideración no sólo el derecho de las partes acusadoras a la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses legítimos, sino también los derechos de las otras partes del proceso y particularmente la interdicción constitucional de no ser sometido a un proceso penal por los mismos hechos en más de una ocasión (por todas SSTC 159/1987 de 26 de Octubre; 2/2003 de 16 de Enero). Si como este Tribunal tiene afirmado (STC 61/2000 de 13 de Marzo) el derecho a la tutela judicial efectiva en estos supuestos de aplicación de normas sobre competencia internacional queda garantizado si asegura "una posibilidad razonable, según las circunstancias, de accionar ante la Justicia", de modo que el acceso a la jurisdicción no tenga costes desproporcionados, ni se alega ni se observa en qué medida es irrazonable o conlleva costes desproporcionados para los querellantes ejercer la acción penal en el país en el que residen, sucedieron los hechos y se encuentra el querellado"

En síntesis, en el conflicto de jurisdicciones que estamos examinando tanto el derecho internacional como nuestro derecho interno se inclinan por dar prioridad a los tribunales del estado de lugar de comisión de los hechos. Ello siempre que las acciones judiciales iniciadas no tengan por finalidad encubrir y mantener la impunidad de los autores de los delitos denunciados. El tema no es baladí y entronca directamente con la efectividad de la jurisdicción penal internacional. Bastaría con la incoación de procedimientos judiciales en los Estados donde se haya cometido el delito con el fin de aparentar el ejercicio de una auténtica actividad jurisdiccional; y por otro, la celebración de juicios aparentemente

imparciales e independientes cuando la realidad es otra bien distinta, esto es, conseguir la calificación de cosa juzgada: cosa juzgada que se vería devaluada al ser fraudulenta o aparente. Alguna referencia ha realizado el Tribunal Constitucional a esta cuestión al estimar que no existirá litispendencia si se acreditan *“indicios serios y razonables de la inactividad judicial que vinieran a acreditar una falta, ya de voluntad, ya de capacidad para la persecución efectiva de los crímenes”* (STC 237/2005 de 26 de Septiembre).

Resulta obvio que esas excepcionales circunstancias, que permitirían el ejercicio de la jurisdicción universal sin condiciones a cualquier Estado legalmente habilitado para ello prescindiendo de la preferencia jurisdiccional reconocida a otros por los tratados internacionales, no concurren en el caso de autos.

6. El problema fundamental radica en delimitar los criterios que pueden servir para identificar este tipo de acciones penales con fines espurios, sobre todo para evitar lo que podría parecer una injerencia en la soberanía del Estado del lugar de comisión de los hechos, ya que no solo se enjuician esas conductas por los tribunales de otro Estado sino que además se califica la actuación jurisdiccional de la Administración de Justicia del país en cuestión de defectuosa o fraudulenta. Por ello a fin de armonizar el principio de territorialidad, la competencia de la jurisdicción de los tribunales del lugar de comisión del delito (*locus delicti commissi*) con el principio de jurisdicción universal es necesario acudir a criterios objetivos, y si es posible emanados del Derecho Internacional que permitan resolver los conflictos positivos de jurisdicción como en este caso.

El Estatuto de la Corte Penal Internacional establece el test para verificar si, por parte de los Estados, existió o no voluntad

de actuar en un asunto determinado. El art. 17.2 y 3 permite la celebración de un nuevo proceso cuando el primigenio obedeció al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad por los crímenes competencia de la Corte Penal Internacional, o cuando el procedimiento no hubiere sido instruido en forma independiente e imparcial según las debidas garantías reconocidas en el Derecho Internacional o no existiera voluntad de someter al acusado a la acción de la Justicia. Sobre la incapacidad para el ejercicio jurisdiccional, la Corte examinará si el Estado, debido al colapso de su administración de justicia o por carecer de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio (art. 17.3).

Por lo tanto, una vez establecidos los presupuestos es necesario examinar si los procedimientos tramitados por la Justicia israelí cumplen los estándares reconocidos internacionalmente de legitimidad procesal para integrar la excepción de litispendencia descrita y otorgarle efectos interruptivos de la acción penal desarrollada ante órganos judiciales de terceros Estados.

El primer punto de análisis debe partir de un **criterio cronológico**. La preexistencia de las denuncias formuladas en territorio israelí indica que la razón de su nacimiento no hay que referirla a una futura alegación de la excepción de Cosa Juzgada en el procedimiento seguido en este Juzgado. Basta examinar las fechas de las resoluciones para concluir que los procesos se inician antes de que se presente la querrela en España y por tanto se plantean sin conexión con esta causa.

Si a este dato se une la identidad de los querellantes, todos perjudicados de los hechos y que coinciden con las personas que

suscriben la querrela que da origen a este procedimiento, nos lleva a la conclusión de que el ejercicio de las acciones penales obedece a la voluntad de las víctimas de ser indemnizadas no solamente desde el punto de vista de una compensación material por la pérdida de sus familiares y por las lesiones sufridas, sino también del resarcimiento moral que supondría la condena penal a los autores de estos hechos. Por ello no puede calificarse de torticero el ejercicio de las acciones penales ni de fraude de ley al principio de Jurisdicción universal.

En segundo lugar es necesario el análisis desde los **criterios descritos por el Estatuto de la Corte Penal Internacional**. No basta que las acciones se hayan iniciado de forma legítima sino también que las autoridades no opongan obstáculos inamovibles para el desarrollo de los procesos. Obstáculos que pueden ser legales (como el ejemplo de las leyes de punto final, de obediencia debida, etc.) o bien propiamente judiciales (inactividad judicial o bien falta colaboración de los poderes públicos). Es necesario, pues, que la imparcialidad e independencia presidan la actuación de los órganos judiciales.

Quizás sea éste el aspecto más difícil de valorar porque implica el estudio de procedimientos y resoluciones dictadas por sistemas procesales diferentes al nuestro. La interpretación y alcance de los derechos a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho a obtener una resolución fundada en Derecho y de acceso a la jurisdicción, ha sido objeto de resolución por el Tribunal Constitucional que ha señalado: *"El acceso a la jurisdicción constituye un derecho prestacional de configuración legal, estando su ejercicio y su dispensación supeditados a la concurrencia de los presupuestos y requisitos que el legislador haya establecido, por lo que **no vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva una decisión de***

inadmisión o meramente procesal que apreciara razonadamente la concurrencia de un óbice fundado en un precepto expreso de la Ley que, a su vez, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho fundamental (TC SS 172/2002, de 30 de septiembre, FJ 3; 79/2005, de 4 de abril, FJ 2) y “el principio *pro actione* no puede entenderse como la forzosa selección de la interpretación más favorable a la admisión o a la resolución del problema de fondo de entre todas las posibles de las normas que la regulan, ya que esta exigencia llevaría al Tribunal Constitucional a entrar en cuestiones de legalidad procesal que corresponde resolver a los Tribunales ordinarios (STC 133/2005, de 23 de mayo, FJ 2). Con ello nos referimos expresamente a estos dos derechos que en apariencia han podido ser vulnerados por la negativa del Fiscal General Militar y del Fiscal General de Israel a iniciar una investigación por el ataque a Sala Shehadeh. Constan en la documentación remitida las sucesivas decisiones adoptadas por los distintos órganos instructores, decisiones que fueron objeto de impugnación bien ante el superior jerárquico (Fiscal General) bien ante el propio Tribunal Supremo.

Ello sin perjuicio de reconocer la naturaleza procedimental de las actuaciones de la Fiscalía en aquellos sistemas en los que el Fiscal ostenta el monopolio de la acción penal y la dirección de la investigación. No aparecen datos, indicios o elementos objetivos en la actuación del Tribunal Supremo Israelí que vulnere las exigencias de imparcialidad e independencia contempladas en el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

A mayor abundamiento es preciso señalar que el procedimiento aún no ha concluido lo que constituiría motivo suficiente para apreciar la litispendencia. El nombramiento de la Comisión Shehadeh, a instancias del Tribunal Supremo, no

implica una terminación anormal del proceso, no supone finalizarlo sin decidir la petición principal, sino que el órgano decisor considera conveniente esa investigación previa y en atención a sus conclusiones pronunciarse sobre las responsabilidades penales de las Fuerzas de Defensa en el ataque.

No se aprecia, además, un periodo de inactividad judicial claramente significativo buscado voluntariamente para eludir la toma de una decisión. Tras un somero análisis de los tiempos procedimentales no es posible deducir una inactividad deliberada de los órganos judiciales israelíes. Las fechas más relevantes a estos efectos son las siguientes:

a) Caso Shehadeh:

- Iniciado en 30-9-2003. Resolución el 23-12-2008.
- Contestación del Fiscal General a la petición de investigación el 1-1-2004.
- 22-3-2004: el Tribunal Supremo de Israel como Tribunal Superior de Justicia decreta la suspensión del procedimiento por litispendencia del caso "Selección objetivos terroristas".
- 2-1-2007: se levanta la suspensión por resolución del caso citado.
- 17-6-2007: se celebra vista del procedimiento. El Tribunal Supremo de Israel acuerda solicitar al gobierno la creación de una comisión de investigación.
- 17-6-2007: Constitución de la Comisión de Investigación.
- Revisión de la Comisión designada el 23-12-2008. Denegación por el Tribunal Supremo de Israel

b) Caso Selección objetivos terroristas: se inicia en Enero de 2002 y se resuelve el 14-12-2006.

En resumen, los lapsos de tiempo transcurridos no determinan la existencia de inactividad procesal culpable. Son diversos los trámites seguidos y los tiempos de respuesta a las peticiones de los denunciados son proporcionados. El periodo de interrupción más importante tuvo su justificación por la pendencia del Caso Selección de objetivos terroristas, suspensión justificada por la influencia de la resolución de aquel caso en su desarrollo, en cuanto que fijaba los criterios jurídicos que permitirían analizar la actuación de las Fuerzas Armadas Israelíes en los ataques a objetivos terroristas.

La ausencia de resolución final tampoco puede ser alegada como situación que excluya la litispendencia ya que como he referido anteriormente la cercanía del nombramiento de la Comisión (diciembre del 2008) no permite concluir falta de voluntad en la resolución del caso. No obstante, a los efectos que nos ocupan, estas decisiones están siendo objeto de revisión por el Tribunal Supremo de Israel, y no se conocen aún las conclusiones de la Comisión de Investigación.

7. Como corolario cabe destacar que la investigación llevada a cabo por las Autoridades competentes de Israel, con independencia de cuál sea su resultado final, responde a los cánones mínimamente exigibles en un Estado de Derecho: **las Autoridades judiciales en sus 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.

En el sistema judicial del Estado de Israel la dirección de la investigación penal está atribuida –como en la mayor parte de los Estados que conforman el espacio judicial europeo- al Ministerio Fiscal, de manera que una decisión motivada y razonada de esta institución, incluso cuando descarta la presentación de cargos, es suficiente para satisfacer el derecho de acceso a la jurisdicción a los efectos de admitir la vigencia y aplicabilidad al caso del principio ne bis in idem.

La sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 11-2-2003, que resuelve los procesos penales seguidos contra Hüseyin Güzütok (en Alemania) y contra Klaus Brügge (en Bélgica), no puede ser más clara al analizar la interpretación del principio ne bis in idem recogido en el art. 54 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen y su aplicación a los procedimientos de extinción de la acción pública acordados por el Ministerio Fiscal con el consecuente archivo. Algunos de sus fundamentos jurídicos dejan escaso margen a la duda:

"27. Mediante un procedimiento de extinción de la acción pública, el ministerio fiscal, habilitado a tal efecto por el ordenamiento jurídico nacional pertinente, ordena el archivo de las diligencias penales

30. En estas circunstancias, procede concluir que cuando la acción pública se extingue, debe considerarse que la persona de que se trate ha sido "juzgada en sentencia firme" en el sentido del art. 54 del CAAS por los hechos que se le imputan.

31. *El hecho de que en dicho procedimiento no intervenga ningún órgano jurisdiccional y de que la decisión con la que culmine no adopte la forma de una sentencia no puede desvirtuar esta interpretación.*

40. *En estas circunstancias, limitar la aplicación del art. 54 del CAAS a las decisiones de extinción de la acción pública que se adopten por un órgano jurisdiccional o que revistan la forma de una sentencia equivaldría a que sólo pudieran acogerse al principio ne bis in idem los acusados que hubieran sido condenados por infracciones que impidan que se haga uso de la solución simplificada de algunos asuntos penales que ofrecen los procedimientos de extinción pública*

48. *Habida cuenta de las anteriores consideraciones, procede responder a las cuestiones planteadas que el principio ne bis in idem, consagrado en el art. 54 del CAAS, se aplica también a procedimientos de extinción de la acción pública 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*

Por todo ello, en atención a los datos fácticos constatados y estricto cumplimiento de la legalidad nacional e internacional vigente que consagra el principio de complementariedad o subsidiariedad en el ejercicio de la jurisdicción universal, procede:

1. Dejar sin efecto la competencia para el conocimiento de los hechos objeto de la misma debido al carácter preferente de la jurisdicción del Estado donde tales hechos fueron cometidos, así como cuantas diligencias hayan sido ordenadas, y

2. Acordar el archivo de las actuaciones, sin perjuicio de las acciones que se puedan ejercer ante la Corte Penal Internacional en virtud de lo dispuesto en el Estatuto de Roma de 17-7-1998, conforme a lo señalado en el apartado 4 de los Antecedentes de Hecho..

Madrid, 2 de Abril del 2009

EL FISCAL COORDINADOR

Fdo. Pedro Martínez Torrijos