



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

AUDIENCIA NACIONAL
SALA DE LO PENAL
PLENO

Apelación contra Auto
Diligencias Previas 157/2008
Juzgado Central de Instrucción nº. 4

VOTO PARTICULAR AL AUTO 1/2009 que emiten los magistrados Manuela Fernández Prado, José Ricardo de Prada Solaesa, Clara Bayarri García y Ramón Sáez Valcárcel

1.- Antecedentes.

El Auto de la Sala afirma que el principio de jurisdicción universal no tiene carácter absoluto y se rige por el criterio de la subsidiariedad, de prioritaria aplicación sobre el de concurrencia de jurisdicciones, por lo que como en el Estado de Israel “se ha investigado y se investigan” los hechos estima el recurso del Fiscal y procede al archivo definitivo de las diligencias previas.

No podemos compartir esa argumentación porque significa una negación frontal de la jurisdicción universal para la persecución de los crímenes más graves de derecho internacional, ni la decisión que crea un vacío de jurisdicción y propicia la impunidad de la conducta objeto del procedimiento.

Antes de exponer las razones de la discrepancia es preciso aclarar algunas cuestiones en relación con el hecho y con el lenguaje. La conducta sometida a examen no consistió, como se dice en la resolución de modo acrítico, en el *lanzamiento de una bomba de una tonelada sobre la casa del dirigente de la organización terrorista*



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

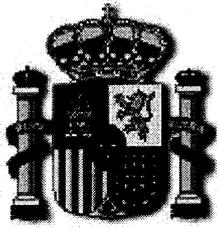
Hamás llamado Salah Shehadeh. El barrio de Al Daraj en la ciudad de Gaza, territorio palestino ocupado por Israel, es una de las zonas de mayor densidad de población del planeta. La bomba estaba compuesta por mil kilos de explosivos. Shehadeh debería ser considerado como sospechoso de acciones terroristas, quizá como posible comandante de Hamás, nunca –sin enjuiciamiento ni condena previa- como directivo de una organización terrorista. La asociación *bomba/casa/jefe terrorista/daños colaterales imprevistos e inevitables* presenta una hipótesis fáctica sesgada, que nos negamos a aceptar en nombre de la cultura de la legalidad y del más elemental respeto de los derechos humanos básicos, particularmente, del derecho a la vida.

2.- Crímenes de derecho internacional y persecución universal.

2.1.- Los más graves crímenes internacionales.

La calificación provisional del objeto de la investigación penal es la de delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado de los art. 608.3, 611.1 y 613 del código penal (la conducta prevista es la de realizar u ordenar ataques indiscriminados o excesivos o hacer objeto a la población civil de ataques, represalias o actos de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizarla), en concurso con quince delitos de asesinato del art. 139.1 y de ciento cincuenta de lesiones del 147 y siguientes. Por lo tanto, estaríamos en el capítulo de los delitos contra la Comunidad internacional, es decir los delitos más graves conforme al derecho internacional.

Es importante destacar la diferencia de trato que debe dispensarse a los distintos títulos de imputación que bajo el principio de jurisdicción universal acoge el art. 23.4 LOPJ. No tienen la misma consideración el tráfico de drogas o el terrorismo que el crimen de guerra o el de genocidio. Porque los últimos forman parte de los delitos graves de derecho internacional o de primer grado y su persecución penal sin importar el lugar de comisión viene reconocido e, incluso, en algunos casos exigido por tratados internacionales y por la costumbre internacional. Así, el *Conjunto de principios actualizado para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad* (Comisión de Derechos Humanos E/CN.4/2005/102/Add.1, 8.2.2005) establece



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

como delito grave, en primer lugar, a las graves violaciones de los Convenios de Ginebra de 1949 y de su Protocolo Adicional I de 1977, junto al genocidio y los delitos de lesa humanidad. Son éstos y no otros los atribuidos a la competencia de la Corte Penal Internacional por el art. 5 del Estatuto de Roma, que su art. 1 considera los crímenes más graves con trascendencia internacional. Por lo tanto, nos encontramos en el núcleo duro del derecho penal internacional, que atiende a los más atroces crímenes internacionales, entre ellos el ataque excesivo contra poblaciones civiles –inocentes, porque no intervienen en el conflicto- con el objeto de aterrorizarlos.

2.2.- Obligación de persecución.

El derecho internacional obliga a todos los estados a perseguir los crímenes de guerra. En concreto para los delitos contra personas civiles protegidas en conflictos armados, el Cuarto Convenio de Ginebra establece en su art. 146 que cada Estado parte “*tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves y deberá hacerla comparecer ante los propios tribunales sea cual fuere su nacionalidad*” (redacción común que aparece en los cuatro convenios de 1949, por ello resultan idénticos con éste los artículos 49, 50 y 129 de los otros tres tratados). La obligación de perseguir y, en su caso, castigar está reconocida de manera unánime en el derecho internacional en relación a los crímenes de guerra en conflictos armados de carácter internacional. Esos convenios tienen una aceptación universal, ya que han sido suscritos por la inmensa mayoría de los Estados. Es un dato ineludible, que diferencia de manera clara el caso que nos ocupa de otros supuestos. Nuestro código ha tipificado esos delitos y previsto penas a ellos aplicables, según el art. 96 de la Constitución la cláusula del Convenio forma parte del ordenamiento y resulta difícil admitir que una ley interna pueda derogar esa obligación de investigar los hechos y perseguir a los responsables.

En virtud del principio de jurisdicción universal cualquier Estado puede ejercer la jurisdicción ante ofensas graves a los intereses de la Comunidad Internacional al margen del lugar de ejecución del crimen y de la nacionalidad del autor o de la víctima (así lo dice la exposición de motivos de la LO 13/2007, que introdujo la inmigración clandestina en el catálogo del art. 23.4 LOPJ, y el art.



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

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

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

2.3.- Características del objeto de la investigación.

Para contextualizar el caso, es imprescindible conocer la opinión de Naciones Unidas. El Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos en los territorios palestinos ocupados, en su informe de fecha 29.1.2007 (A/HCR/4/17) ha puesto de manifiesto situaciones de violaciones graves del derecho internacional humanitario que no han generado ninguna clase de responsabilidad. El informe calificaba la situación de drama humano –más del ochenta por ciento de la población de Gaza, sometida a un bloqueo ilegal, vive por debajo del umbral de la pobreza-, lo que consideraba una forma de castigo colectivo en violación del Cuarto Convenio de Ginebra de 1949. Denunciaba el Relator especial que *“el uso indiscriminado del poderío militar contra personas y objetivos civiles ha dado lugar a crímenes de guerra graves”*. *“Desde el año 2000, más de 500 personas han resultado muertas en los asesinatos selectivos, en particular un número considerable de víctimas inocentes”*. Y concluía: *“si bien la responsabilidad penal individual es importante, la responsabilidad del Estado de Israel por la*



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

violación de las normas imperativas del derecho internacional en sus acciones contra el pueblo palestino no debería pasarse por alto". Ese informe daba cuenta del bombardeo de viviendas habitadas en núcleos urbanos densamente poblados, acciones militares que habían provocado decenas de muertos civiles inocentes, hecho similar al que era objeto de persecución ante nuestra jurisdicción, como el lanzado sobre Beit Hanoun el 8.11.2006, y de la negativa de Israel a autorizar una investigación internacional. *"El hecho, decía el relator, de que no se responsabilizara a nadie de la atrocidad cometida es ejemplo de la cultura de impunidad que impera en las Fuerzas de Defensa israelíes"*.

El auto del que discrepamos justifica lo que denomina la *"desactivación"* del principio de concurrencia apelando a la *"clara prevalencia de la confianza en el Estado de Derecho"* (fundamento cuarto, párrafo primero). Se trata de una falacia, una afirmación en el vacío, sin análisis del contexto, que carece de significado. Es más, cabe detraer del Estado de derecho sus genuinos contenidos y convertirlo en un simple lema. Legalizar las ejecuciones extrajudiciales y la correlativa muerte de civiles inocentes como actuaciones proporcionadas en la lucha contra el terrorismo, ya se ha visto que es posible. Sin embargo, esta situación ni puede recibir aval ni debe admitirse como legítima desde la perspectiva de la legalidad internacional. Resulta inadmisibles en un Estado de derecho, por muy degradada que esté su concepción de la legalidad, y su debida vinculación fuerte con el respeto a los derechos humanos, o deteriorada su situación interna.

Los Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias aprobados el 24 de Mayo 1989 por el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas (ECOSOC) por resolución 1989/65 y adoptados por la Asamblea General de Naciones Unidas en resolución 44/162 de 15 de diciembre de 1989, establecen que *"Los gobiernos prohibirán por ley todas las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias y velarán porque todas esas ejecuciones se tipifiquen como delitos en su derecho penal y sean sancionables con penas adecuadas que tengan en cuenta la gravedad de tales delitos. No podrán invocarse para justificar esas ejecuciones circunstancias excepcionales, como por ejemplo, el estado de guerra o de riesgo de guerra, la inestabilidad política interna ni ninguna otra emergencia pública. Esas ejecuciones no se llevarán a cabo en ninguna circunstancia, ni siquiera en situaciones de conflicto armado"*



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

interno, abuso o uso ilegal de la fuerza por parte de un funcionario público o de otra persona que actúe con carácter oficial o de una persona que obre a instigación, o con el consentimiento o la aquiescencia de aquélla, ni tampoco en situaciones en las que la muerte se produzca en prisión. Esta prohibición prevalecerá sobre los decretos promulgados por la autoridad ejecutiva”; por otra parte “se procederá a una investigación exhaustiva, inmediata e imparcial de todos los casos en que haya sospecha de ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias, incluidos aquéllos en los que las quejas de parientes u otros informes fiables hagan pensar que se produjo una muerte no debida a causas naturales en las circunstancias referidas”;” Los gobiernos velarán por que sean juzgadas las personas que la investigación haya identificado como participantes en ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias, en cualquier territorio bajo su jurisdicción. Los gobiernos harán comparecer a esas personas ante la justicia o colaborarán para extraditarlas a otros países que se propongan someterlas a juicio. Este principio se aplicará con independencia de quienes sean los perpetradores o las víctimas, del lugar en que se encuentren, de su nacionalidad, y del lugar en el que se cometió el delito”.

El Estado de Israel con sus prácticas de asesinatos selectivos encomendadas a las fuerzas armadas y con una jurisprudencia permisiva, so pretexto de mantener una guerra legítima contra el terrorismo, con habituales resultados de muertes de civiles inocentes, ha puesto en crisis estos principios de civilización contenidos en el derecho internacional. En esa misma lógica incumple los deberes de investigar y, en su caso, de sancionar tales conductas, que en principio considera admisibles por lo que no exige responsabilidad alguna a sus ejecutores, en contravención de la legalidad internacional.

En el Informe relativo a 2006, el Relator Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias (E/CN.4/2006/53, de 8 de marzo de 2006) se refiere expresamente a la “*transparencia en los conflictos armados: responsabilidad por violaciones del derecho a la vida en situaciones de conflicto armado y ocupación*” y alerta del peligro actual de que se produzca un retroceso de cincuenta años respecto a los logros alcanzados para que en los conflictos armados se respete la ley y en concreto en relación con los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 que establecieron por primera vez la obligación legal de los Estados de investigar presuntos homicidios ilegales y enjuiciar a los autores. Afirma el carácter



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

absoluto de *“la obligación de investigar -ya que esto dejaría sin contenido el carácter de no susceptible de suspensión del derecho a la vida-“*; *“independientemente de las circunstancias, las investigaciones deben realizarse siempre de la manera más eficiente posible y nunca deben reducirse a meras formalidades...la obligación del Estado de realizar investigaciones independientes e imparciales sobre posibles infracciones no queda derogada en situaciones de conflicto armado y ocupación,... aunque no se han fijado plenamente las modalidades de esa obligación en situaciones de conflicto armado, algunos puntos están claros: Los Estados deben crear instituciones que puedan cumplir las obligaciones de las normas de derechos humanos; la justicia militar debe estar sujeta a las mismas normas...La obligación jurídica de castigar efectivamente las infracciones es esencial para el imperio de la ley tanto en los conflictos armados como en tiempos de paz. Por lo tanto, son motivo de grave preocupación las situaciones en que los Estados tratan con indulgencia los delitos cometidos contra la población civil y los combatientes enemigos. La obligación legal de castigar a los responsables de violaciones del derecho a la vida no es una formalidad. El castigo es necesario para garantizar el derecho a la vida mediante la reivindicación de los derechos de las víctimas y la prevención de la impunidad de los autores. Por lo tanto, los Estados deben castigar a los responsables de esas violaciones con penas acordes a la gravedad de los delitos”*.

“La obligación de investigar -continuaba el relator- forma parte esencial de la obligación de garantizar el derecho a la vida, y, por lo tanto, va más allá de la determinación de la responsabilidad penal. Los Estados son también responsables de la supervisión sistemática y la investigación periódica necesarias para garantizar que sus instituciones, políticas y prácticas respeten el derecho a la vida de la manera más efectiva posible. La experiencia del Canadá en Somalia es un ejemplo de las funciones complementarias que desempeñan la investigación penal y no penal. El Canadá enjuició y castigó a varios soldados por los actos que cometieron en Somalia y creó también una Comisión de Investigación para determinar las deficiencias institucionales que hicieron posible que se cometieran esos abusos. Los Estados deben realizar una labor constante de supervisión e investigación para determinar si garantizan efectivamente las normas de derechos humanos y adoptar todas las medidas necesarias para impedir que se vuelvan a producir violaciones”.



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

2.4.- Consecuencia de la persecución universal es la concurrencia de jurisdicciones para evitar la impunidad.

La conclusión de la obligación de persecución es el principio de competencia universal y la concurrencia de jurisdicciones. Todas ellas son iguales porque se trata de proteger bienes que trascienden de las propias víctimas a la comunidad internacional. Así lo afirmó la STC 87/2000, “*su lógica consecuencia es la concurrencia de competencias o, dicho de otro modo, la concurrencia de Estados competentes*”. El Tribunal Constitucional ha sentado el carácter absoluto de la jurisdicción universal en nuestro ordenamiento (STC 237/2005) y, en consecuencia, la subsidiariedad no puede actuar como un límite -porque sería contradictorio con el principio universal- sino como un elemento regulador en supuestos de concurrencia de jurisdicciones. No hay subordinación o primacía posible, en todo caso se trata de determinar cuál fuere la jurisdicción que se encuentra en mejores condiciones para la persecución de los hechos.

La subsidiariedad estaba conectada al viejo paradigma westfaliano de la no injerencia. La obligación de perseguir y de evitar la impunidad deja desfasado ese principio, garantía de la impunidad. En el derecho internacional actual rige el paradigma de la vigencia universal de los derechos humanos. Ello no obsta a que determinados Estados se hallen prioritariamente obligados a llevar a cabo la persecución de los crímenes por su proximidad con los hechos, lo que desencadena la actuación complementaria de los otros Estados. Subsidiariedad y complementariedad no son términos sinónimos ni en su significado ni en sus efectos. La intervención complementaria trata de paliar las deficiencias en la correcta persecución y opera ante la falta de voluntad o eficacia del primero obligado (valgan como referencia los supuestos del art 17.2º y 3º del Estatuto de la Corte Penal Internacional).

El deber de perseguir en el derecho internacional no tiene, por tanto, que ver con el territorio. El *locus delicti* es un criterio de atracción de la competencia, pero no es determinante ni único. Así ocurre especialmente en este caso, los hechos se producen en Gaza donde la Autoridad Palestina tiene competencia judicial propia sobre el territorio. Incluso el Fiscal de la Corte Penal Internacional anunció hace algunos meses que se encontraba en estudio la posibilidad de



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

extender la competencia del Tribunal sobre los territorios ocupados palestinos a los que se viene a reconocer de facto un estatus internacional de Estado con posibilidad de ratificar el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Es más, con frecuencia y debido a la posición del autor en el aparato del Estado, la jurisdicción territorial no investiga ni enjuicia a los perpetradores de los grandes crímenes contra la humanidad. Es por ello que el derecho internacional ha posibilitado –en el supuesto de crímenes de guerra con carácter obligatorio- la intervención de otras jurisdicciones nacionales, para evitar la impunidad.

La investigación iniciada por el Juez Central de Instrucción n. 4 con base en el principio de competencia universal no es una injerencia en los asuntos internos del Estado de Israel ni en su soberanía. Porque los crímenes internacionales, más los considerados graves violaciones a los derechos humanos, no son un asunto interno de los Estados y respecto a ellos no tiene vigencia el principio de no injerencia. El orden jurídico internacional obliga a los Estados al respeto de la legalidad y para evitar la impunidad y los vacíos de jurisdicción compromete a las jurisdicciones nacionales a perseguir los crímenes aberrantes de derecho internacional, singularmente los crímenes de guerra. El único límite legal es la cosa juzgada, y sus perfiles no son diáfanos (por ejemplo, la jurisprudencia del TEDH permite el doble enjuiciamiento en diversos Estados con ciertas cautelas y con respeto al principio de proporcionalidad).

El derecho penal internacional se aplica así de modo indirecto por los tribunales nacionales; su aplicación directa, en teoría, sería atribución de los tribunales internacionales, de manera destacada por la Corte Penal Internacional.

3.- La jurisdicción universal en España. Criterios de regulación en caso de conflicto de jurisdicciones.

El Tribunal Constitucional en la sentencia 237/2005 enunciaba la necesidad de establecer alguna regla de prioridad en caso de conflicto de jurisdicciones. Para estos casos, argumentaba, existen razones de peso, tanto procesales como político-criminales, que vienen a avalar la prioridad del *locus delicti*, que forma parte del acervo clásico del Derecho internacional penal.



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

El criterio de prioridad solo expresa la relación especialmente intensa del Estado de Israel con el hecho, lo que *prima facie* establecería, más que un derecho, una obligación a su cargo de investigar de forma eficaz y, también, de perseguir penalmente a los autores si a ello hubiera lugar. Sin embargo, la posición institucional de Israel de cuestionamiento de los estándares internacionales de derechos humanos y de derecho internacional humanitario en su particular estrategia de lucha contra el terrorismo, pone en crisis esta prioridad. Es Israel quien unilateralmente, al margen del consenso internacional, pretende establecer normas diferentes al servicio de sus propios intereses, alegando que las clásicas resultan inaplicables a las nuevas situaciones. La respuesta a tal actitud, conforme al derecho internacional, es afirmar la necesidad de la intervención complementaria de otras jurisdicciones nacionales para evitar la impunidad.

4.- No hay cosa juzgada, ni litispendencia. Investigación eficaz y suficiente.

Pero es que además no hay cosa juzgada ni litispendencia según los estándares internacionales. Al efecto debemos acudir a la ya muy abundante jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Porque las actuaciones judiciales y administrativas desarrolladas en Israel están lejos de cumplir con los criterios de efectividad en la investigación que establece la jurisprudencia del TEDH.

El Tribunal Europeo se ha pronunciado de forma inequívoca: la obligación de proteger el derecho a la vida que impone el artículo 2 del CEDH exige que se lleve a cabo una investigación eficaz cuando el recurso a la fuerza haya provocado la muerte de una persona (sentencias *McCann y otros contra Reino Unido* de 27.9.1995, *Kaya contra Turquía* de 19.2.1998, entre otras).

Fue en las sentencias *Hugh Jordan, Kelly y otros, Shanaghan y Mckerr contra el Reino Unido*, las cuatro de 04.05.2001, que el TEDH examinó situaciones de posibles ejecuciones extrajudiciales y concluyó que, no obstante la apertura de procesos de investigación penal, éstos no habían satisfecho los requisitos de calidad suficiente, por razones de la inactividad o de la duración excesiva de la



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

investigación, por lo que consideró que se había violado el artículo 2 del Convenio.

En el asunto *Finucane contra Reino Unido*, 1.7.2003, referido al asesinato de un conocido abogado norirlandés por un grupo paramilitar “lealista”, el Tribunal estableció unos principios generales sobre lo que debía considerarse una investigación eficaz a los fines de cumplimentar la obligada protección de la vida humana por parte de los Estados. Así vino a establecer:

“El objetivo esencial de dicha investigación es el de garantizar la aplicación efectiva de la legislación interna que protege el derecho a la vida y, en los casos que impliquen a agentes o instituciones del Estado, garantizar su responsabilidad por las muertes acaecidas bajo su cargo. La forma de investigación que cumpla esos objetivos puede variar según las diferentes circunstancias. Sin embargo, sea cual sea el modo empleado, las autoridades deben actuar por iniciativa propia, una vez que se les plantea la cuestión. No pueden dejar a la iniciativa de los parientes próximos el presentar una denuncia formal o responsabilizarse de la conducción de la investigación...Para que una investigación sobre un supuesto asesinato cometido por agentes del Estado sea efectiva, se considera generalmente necesario que las personas responsables de llevar a cabo la investigación sean independientes de las implicadas en los acontecimientos. Esto significa no sólo una falta de conexión jerárquica o institucional, sino también una independencia práctica ...La investigación debe también ser efectiva en el sentido de que pueda llevar a la determinación del uso de la fuerza en esos casos estaba o no justificada en esas circunstancias y a la identificación y castigo de los responsables. Esto no supone una obligación de obtener un resultado, sino de poner los medios. Las autoridades deben tomar las medidas razonables disponibles para obtener pruebas relativas al incidente, incluidas la declaración de testigos presenciales, las pruebas forenses y, cuando sea conveniente, una autopsia que proporcione una relación completa y exacta de las lesiones y un análisis objetivo de las comprobaciones clínicas, incluyendo la causa de la muerte. Toda deficiencia en la investigación que mine su capacidad para establecer la causa de la muerte o la persona o personas responsables, chocará con este criterio...En este contexto está implícito un requisito de prontitud y celeridad razonable. Aunque puede haber obstáculos que impidan el progreso de una investigación en una situación concreta, una pronta respuesta por parte de las autoridades en la investigación de las



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

muertes puede generalmente ser considerado como esencial para mantener la confianza del público en la adhesión a la norma de Derecho y evitar cualquier apariencia de connivencia o de tolerancia en actos...Por las mismas razones, debe existir un elemento suficiente de control público de la investigación o de sus resultados para garantizar la responsabilidad tanto en la teoría como en la práctica. El grado de control público exigido puede variar de un caso a otro. Sin embargo, en todos los casos, los parientes próximos de la víctima deben participar en el procedimiento hasta el punto necesario para proteger sus legítimos intereses”.

Estos principios configuran los estándares básicos que utiliza el Tribunal Europeo para definir el concepto de investigación eficaz. En el asunto *Fatma Kaçar contra Turquía*, de 15.7.2005, declaró la violación del art. 2 del Convenio por investigación insuficiente aunque existía un procedimiento penal pendiente ante los tribunales internos contra el imputado por el asesinato, atendiendo para ello a las irregularidades detectadas en la tramitación del proceso, ya por falta de persecución efectiva al no haberse atendido a determinadas líneas de investigación, por la existencia de periodos de inactividad y dilaciones no justificadas, por ausencia de información a las víctimas, por incongruencias en la valoración de los indicios o por no dirigir el procedimiento más que sobre determinadas personas.

Los casos *Isayeva (I y II) contra Rusia*, de 24.2.2005, son particularmente relevantes, ya que el Tribunal reafirmó esos principios al analizar conductas realizadas en un contexto de guerra. El primero trataba de bombardeos del ejército ruso sobre Katyr-Yurt en territorio de Chechenia que habían causado víctimas civiles y se examinaba la validez y eficacia de la investigación realizada, inicialmente de carácter militar, que fue posteriormente judicializada. El Tribunal concluyó que no había existido una investigación eficaz, atendiendo para ello a las carencias de la investigación, entre ellas señalaba la falta de diligencia que apreció con base en el tiempo transcurrido, su clausura a partir del informe de los expertos militares, que afirmaba la legalidad y la proporcionalidad de la operación militar en contradicción con los evidencias existentes, y la imposibilidad por parte de las víctimas de contestar los resultados de este informe. En *Scavuzzo-Hager y otros contra Suiza*, de 7.2.2006, el Tribunal añadió que los procedimientos civiles “*están abiertos a la iniciativa de los demandantes, y no de las autoridades competentes, además de no implicar la identificación o el castigo de*



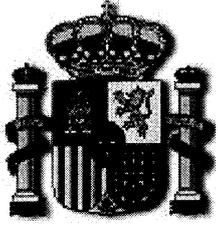
ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

los autores de los hechos punibles. Como tales, no pueden tenerse en consideración en el marco de un examen que se ocupa de dilucidar el respeto de las obligaciones de procedimiento del Estado con relación al artículo 2 del Convenio”.

La doctrina constitucional española ofrece pautas similares para analizar la suficiencia de una investigación penal, a partir de una constatación: en algunos casos el derecho a la tutela judicial efectiva se configura como única (y última) garantía frente a las arbitrariedades del poder. Cuando la actividad de los tribunales es la salvaguarda de la vida o integridad de las personas, como ocurre en supuestos en los que los sospechosos son agentes del Estado por delitos de torturas, tratos inhumanos o degradantes, *“se trata de una tutela judicial doblemente reforzada que no encuentra parangón en otras demandas de auxilio judicial, pues se pide la tutela frente a la vulneración de un derecho fundamental que constituye un derecho absoluto cuya indemnidad depende esencialmente de dicha tutela”* (Stc 107/2008, por todas). En tales casos el derecho a la tutela efectiva solo se satisface si se desarrolla una investigación suficiente y efectiva, pues la tutela que se solicita consiste inicialmente en que se indague sobre lo sucedido. De tal manera que se considerará vulnerado el derecho declarado en el artículo 24.1 de la Constitución si no se abre una investigación o se clausura prematuramente cuando existen sospechas razonables de que se ha podido cometer el delito y tales conjeturas se revelen como susceptibles de ser despejadas.

No parece plausible convalidar, a partir de esos criterios, como investigación suficiente la que ha sido encomendada a una comisión gubernamental de control para el análisis de los errores de inteligencia militar que habrían provocado la muerte de los civiles inocentes. De hecho, el simple planteamiento del problema, del asesinato de personas protegidas, en los términos de *incidente, efecto colateral, error en los informes de inteligencia, liquidación controlada o dirigida y ejecuciones preventivas*, pugna frontalmente con el concepto de dignidad de las personas así privadas de la vida.

Tampoco puede olvidarse que el reconocimiento por nuestros tribunales de la eficacia de una investigación sólo aparente podría constituir una vulneración indirecta de la Constitución. Así lo ha dicho el Tribunal Constitucional, *“los poderes públicos españoles pueden vulnerar indirectamente los derechos fundamentales cuando reconocen, homologan o dan validez a resoluciones adoptadas por autoridades extranjeras...El control del poder judicial español sobre*



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

la conformidad a los derechos fundamentales de la actuación de un poder público extranjero...no desaparece...Hay un núcleo de absoluto de los derechos fundamentales conforme al cuál los tribunales españoles pueden y deben valorar la repercusión de los actos de los poderes públicos de los Estados extranjeros” (STC 123/2009).

5.- Análisis particular de las investigaciones y persecución efectuada por las autoridades de Israel.

La resolución de la que discrepamos, en el fundamento cuarto apartados B, C y D, va desgranando la información facilitada por el Estado de Israel, para concluir que han existido y existen procedimientos penales y civiles para la investigación de los hechos ocurridos en la medianoche del día 22.7.2002 en el barrio de Al Daraj de la ciudad de Gaza, y se añade que ha habido una verdadera y real actuación, administrativa primero y judicial después, para comprobar la posible comisión de delitos.

Esta conclusión, sin embargo, no concuerda con el contenido de la información recibida, y así se desprende hasta de los propios datos que recoge la resolución de la mayoría.

Así en el apartado B) al referirse a la inicial “investigación militar de campo” remitida al Fiscal General Militar, se recoge como conclusión que *“ello no podría servir de fundamento a una investigación penal”*.

En el apartado C), que la resolución de la mayoría califica de proceso penal, se anota la presentación por parte de la oenegé Yesh Gvul de una denuncia ante el Tribunal Supremo, *solicitando que se decretase la nulidad de las decisiones referentes a la no iniciación de un procedimiento penal* en relación con la planificación y ejecución del “ataque preventivo” contra Salah Shehadeh. El Ministerio Fiscal pidió que se denegase la petición de la apertura del procedimiento penal, y el Tribunal Supremo, después de la suspensión hasta la resolución del procedimiento sobre “selección de objetivos terroristas”, acordó requerir al Estado para que comunicara si estaba dispuesto a constituir un “Comité Objetivo”, que examinara los hechos. Esa comisión fue creada por la autoridad gubernamental, que designó a sus miembros, y actualmente sigue realizando su



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

trabajo. Las conclusiones de esa comisión, en su momento, estarán sometidas a revisión judicial.

Debe destacarse que la resolución del Tribunal Supremo de 18.12.2008, reunido como Tribunal Superior de Justicia, que se menciona en el apartado C) 10, se limitó a desechar la petición del recurrente de volver a la petición inicial de anulación de la decisión del Asesor Jurídico del Gobierno de no iniciar una investigación criminal. Y se reconoce expresamente: *“la etapa tan temprana en que se encuentra, cuando la comisión no ha finalizado sus tareas y aún no ha emitido sus conclusiones, que serán examinadas por las autoridades competentes, entre otras cosas en relación a los posibles alcances que tengan sobre la necesidad de tomar medidas judiciales suplementarias en el caso tema de la apelación”* (fundamento 13 de la resolución del Tribunal Supremo de Israel).

Así las cosas la conclusión no puede ser que en Israel existe una investigación judicial penal sobre los hechos, como afirma la decisión de la mayoría, porque los datos que se trasladan indican lo contrario. Sólo existe una comisión gubernamental, que elabora un informe sobre la procedencia precisamente de la apertura de una investigación judicial, y en tanto no se decida abrir la vía judicial penal carece de toda base la litispendencia que la resolución de la mayoría establece. Los procedimientos civiles de reclamación de daños y perjuicios que se mencionan en el auto de la Sala, no pueden ser obstáculo para impedir el ejercicio de acciones penales ante los tribunales españoles.

Hasta tal punto no puede calificarse de proceso judicial penal a las actuaciones seguidas en el Estado de Israel, que el propio recurrente Ministerio Fiscal, en apoyo de su pretensión, acude a los criterios establecidos por la jurisprudencia del Tribunal Europeo, en los procesos contra Hüseyin Gözütok y Klaus Brügge, relativos a la eficacia de cosa juzgada del archivo de las diligencias incoadas contra un imputado, acordado por el Ministerio Fiscal, y no por una resolución judicial.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia de 11 de febrero de 2003, dictada en los procesos penales contra Hüseyin Gözütok y Klaus Brügge, por peticiones de decisión prejudicial de Alemania y Bélgica, viene a establecer cómo el archivo de unas diligencias abiertas contra un imputado, acordada por el Ministerio fiscal sin intervención de órgano judicial puede producir efectos de



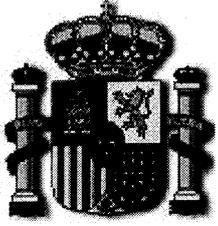
ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

cosa juzgada, para impedir el desarrollo de otro procedimiento por esos mismos hechos en otro país de la Unión. Según dispone la expresión “juzgado en sentencia firme” no debe interpretarse en el sentido de que no pueda aplicarse a procedimientos de extinción de la acción pública sin intervención de órgano jurisdiccional. Pero a diferencia del caso que ahora nos ocupa, en los examinados por el Tribunal Europeo se trataba de extinción de la acción penal por haber acudido a soluciones simplificadas previstas para delitos menores, en los que el imputado había aceptado y ya cumplido la sanción que le proponía el Ministerio, mientras aquí no se trata de una extinción de la acción penal, y no existe ninguna analogía con procedimientos simplificados de conformidad de los imputados.

El recurso del Ministerio Fiscal achaca al Instructor una errónea interpretación sobre la naturaleza judicial de los órganos que han intervenido en el caso, que entiende obedece a la confusión de identificar investigación criminal con investigación realizada por un Juez de Instrucción, olvidando aquellos países en que la función de investigación criminal es competencia del Ministerio Fiscal. Sin embargo a juicio de los magistrados discrepantes ello no es así, porque en este caso la decisión de la Fiscalía del Estado de Israel fue no iniciar una investigación penal, y ello no puede tener otro significado que entender que, al menos hasta el momento actual, y mientras esa resolución no se deje sin efecto, no se ha ejercitado acción penal alguna, con lo que ni cabe pretender cosa juzgada, ni tampoco litispendencia.

6.- El archivo definitivo genera una situación de vacío de jurisdicción.

Por último, debe destacarse que el Ministerio Fiscal en su recurso solicitaba *dejar sin efecto la competencia para el conocimiento de los hechos objeto de la misma debido al carácter preferente de la jurisdicción del Estado que está conociendo de los hechos, y acordar el archivo de las actuaciones*, sin expresar si debía tratarse de archivo provisional o definitivo, y la resolución de la mayoría al acordar el archivo definitivo, con base en una situación que califica de litispendencia y no de cosa juzgada, va en contra precisamente de la naturaleza de la situación de litispendencia, que nunca debería servir de base a un archivo definitivo, propio de la cosa juzgada, sino en todo caso de un archivo provisional,



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

precisamente porque existen formas de poner fin al procedimiento distintas de una decisión de fondo, que no comparten la naturaleza del enjuiciamiento definitivo. Precisamente así se reconoce en el proyecto de ley que se encuentra en tramitación.

7.- Conclusión.

Las conductas que eran indagadas en las Diligencias Previas del Juzgado Central de Instrucción nº. 4 no están siendo investigadas ni sus autores perseguidos penalmente en Israel, a lo que venía obligado ese Estado por el derecho internacional. Por lo tanto, no existe obstáculo para el ejercicio de la jurisdicción en España en virtud del principio de competencia universal, al tratarse de los más graves crímenes internacionales, cometidos en este caso contra personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado.

El recurso del Fiscal debió rechazarse.

El archivo definitivo adoptado por la Sala va a generar el vacío de jurisdicción que proscribe el derecho internacional mediante la jurisdicción universal y a propiciar la impunidad de tales crímenes.

En Madrid a 17 de julio de 2009.