



JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCIÓN Nº CUATRO
AUDIENCIA NACIONAL
MADRID

Diligencias Previas n.º: 157 / 2.008

ES COPIA

AUTO

Madrid, a cuatro de mayo del año dos mil nueve.

ANTECEDENTES DE HECHO.



PRIMERO.- El Ministerio Fiscal ha presentado escrito en virtud del traslado conferido de la documentación remitida por las autoridades de Israel, mediante el que interesa dejar sin efecto la competencia de los hechos objeto de la querella iniciadora del presente procedimiento, así como cuantas diligencias hayan sido ordenadas y el archivo provisional de las actuaciones, y ello en base a las alegaciones de hecho y de derecho que en su escrito se exponían y que aquí se dan por reproducidas.

SEGUNDO.- Se ha conferido traslado a la parte querellante y a las acusaciones personadas, quienes han presentado sus respectivos escritos mediante los que se oponen a la pretensión formulada por el Ministerio Fiscal, alegando para ello las razones de hecho y de derecho que a su derecho convino, dándose igualmente las mismas por reproducidas.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- El Ministerio Fiscal presenta escrito, interesando “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 el consiguiente “archivo provisional de las actuaciones”.

Dicha solicitud se interesa en virtud del examen que de la documentación aportada por el Estado de Israel se ha recibido en este Juzgado, documentación recibida una vez que este Juzgado dictara Auto de admisión de la querella, en fecha 21/01/2009.

Entiende el Ministerio Fiscal que en la documentación aportada por Israel se informa sobre la existencia de dos procedimientos:

"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"

Tras referir la doctrina jurisprudencial que entiende aplicable al caso, señala que *"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, 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"*.

SEGUNDO.- Antes de entrar a examinar y valorar la documentación obrante en la causa y a la que el Ministerio Fiscal hace referencia en su escrito, se deberán precisar dos cuestiones en aras a la contestación de la petición que se plantea:

En primer lugar, el Fiscal entiende que debe dejarse sin efecto la competencia *"debido al carácter preferente de la jurisdicción del Estado donde tales hechos fueron cometidos"*. Recordemos que los hechos ocurren en la Ciudad de Gaza, siendo así que la Comunidad Internacional, sin discusión y en su conjunto, admite que dicho territorio no forma parte del Estado de Israel.

Basta, sobre este extremo, leer el párrafo 2º del folio 3 del anexo A-2 de la documentación remitida por las autoridades de Israel, en donde la Abogacía del Estado de Israel señala: *"Sobre actos cometidos en el territorio de la Franja de Gaza, actualmente se trata de actividades bélicas cometidas en territorio extranjero, fuera del territorio del Estado, en el cual el estado de Israel no ejerce ocupación bélica, y que se parece en principio al territorio de un país extranjero en el cual se cometen actos bélicos contra el Estado de Israel"*.

La segunda cuestión viene referida a la congruencia de su suplico, y ello dado que sería difícilmente compatible *"dejar sin efecto la competencia para el conocimiento de los hechos"* objeto de la presente

ES 2002

querella, y al mismo tiempo acordar el archivo provisional de las actuaciones que se pretende. Si la jurisdicción española no es competente para conocer de los hechos objeto de la querella no cabe otra solución procesal que el archivo definitivo de las diligencias y la desestimación de la querella.

TERCERO.- Entrando a analizar las actuaciones llevadas a cabo por las autoridades de Israel en relación a los hechos que nos ocupan, y a la vista de la documentación aportada, los datos que podemos extraer son los siguientes:

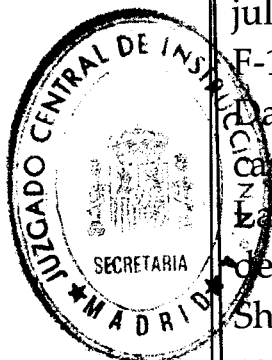
1º.- Según se describe en la documentación aportada, el día 22 de julio de 2.002, entre las 23:30 y las 24 horas, un avión de combate israelí F-16 lanzó una bomba de una tonelada de peso sobre el barrio de Al Daraj de la Ciudad de Gaza. El objetivo principal de dicho ataque era la casa de Salah Shehadeh, dirigente de la organización terrorista Hamas. La decisión del ataque se estableció en los rangos militares más altos, después de que quedara demostrada la importancia de la actividad de Shehadeh y de ahí la información y estimaciones que existieron en lo concerniente al perjuicio a terceros que podría ser causado a consecuencia del ataque.

La bomba explotó exactamente en el piso franco en el que se hallaba Shehadeh, provocando su muerte, así como la de un importante activista de Hamás que se hallaba con él; no obstante resultaron heridos y murieron por dicha bomba civiles inocentes, en una cantidad muy superior a la esperada en la fase de autorización de la agresión.

Gran parte de los fallecidos en el ataque murieron ya que se encontraban en la casa colindante a la parte sur del edificio en el que se encontraba Shehadeh. No se esperaba el impacto sobre las víctimas en el "momento decisivo", a pesar de que se había evaluado que esta casa sufriría los resultados del ataque debido a que según la información que existía en el momento del ataque la casa no estaría ocupada. Dicha información era errónea.

2º.- Las Fuerzas de Defensa de Israel realizaron una investigación interna, parte de la cual se recoge en el anexo B-3 de la documentación remitida, en cuya página 54 se expone lo siguiente:

"No se permitirá exponer, en el marco de la respuesta a la demanda, todo el material de la investigación, debido a la clasificación de ciertos temas y al





deseo de evitar la exposición pública del material informativo y operativo más delicado. Aún así se permitirá presentar las conclusiones centrales que se derivan del marco de la investigación de la acción:

A) Respecto al objeto del ataque -Salah Shehadeh- más allá de cualquier duda, se descubrió que el sujeto en cuestión sirvió como cabeza de una rama de Hamás durante el enfrentamiento actual, y que atacarle era una parte esencial de la lucha contra el terrorismo y del esfuerzo para desactivar atentados adicionales.

B) Respecto al impacto trágico contra civiles inocentes -se descubrió que en el marco de la preparación del ataque no hubo una evaluación ya que se consideró que el impacto contra el individuo que se iba a acometer estaba en el ámbito del objetivo o en el ámbito de su alrededor. Según estos informes, si hubiera habido la certeza o la posibilidad de que como resultado del ataque se hubiera causado la muerte de varios civiles más y herido a otros, más allá de la muerte de Shehadeh, la ejecución del ataque no se hubiera permitido.

Según estos informes, en ciertas ocasiones antes del día de la acción, se canceló la posibilidad de ejecutar la ofensiva contra Shehadeh en algún otro periodo específico, debido a encontrarse el sujeto próximo a civiles inocentes y debido al deseo de evitar un impacto contra ellos.

C) Los informes analizaron en profundidad y exhaustivamente el espacio existente entre la evaluación previa de las dimensiones del ataque y entre los resultados de la acción. Se descubrió que el espacio se produce como resultado de una combinación de factores, entre los cuales:

- Información que se descubrió errónea a posteriori -una parte de la información que estaba en las manos de los encargados de tomar decisiones, se descubrió errónea a posteriori. De este modo, por ejemplo, la información relativa al edificio anexo a la casa de Shehadeh, que en la evaluación resultó estar vacío y durante la acción se encontraron en el edificio varios civiles, los cuales murieron o resultaron heridos a consecuencia del ataque

- Falta de información. En el seno de los Cuerpos de Seguridad no había información completa ni excelente sobre la zona de acción. Esto es debido a la naturaleza del tipo de operaciones de combate de esta clase. Para quienes llevan a cabo la operación en un territorio enemigo dominado por factores hostiles, la capacidad de recoger información con anterioridad es limitada.

En la conclusión de los informes se establece que la posibilidad de que se dé un resultado complicado y trágico del tipo del suceso -impacto contra varios civiles inocentes- no era la esperada por los encargados de la toma de decisiones, esencialmente debido al espacio informativo, y ciertamente el resultado no fue causado con premeditación.

ES 307

3º.- La Fiscalía Militar de Israel, a la vista de las conclusiones que se emiten por parte de los Fuerzas de Defensa de Israel en esta investigación interna, toma la decisión de no abrir ninguna investigación criminal en averiguación de la naturaleza y circunstancias concurrentes en los hechos que nos ocupan.

No consta ninguna resolución razonada que justifique esa falta de acción, y así, en el anexo C) del documento B-2 (folio 23), el Fiscal General Militar se dirige a un requerimiento que en este sentido le remite la Asociación "Yesh Gvul" ("Hay límite"), sobre si existe alguna investigación abierta al respecto, contestando la Fiscalía General Militar a través del Teniente Coronel Jefe del Departamento de Seguridad y Exterior, Sharon Afek, que:

"Estimado Sr.:

En su att. del día 9/02/2003 solicitó usted saber si se había iniciado investigación respecto de las circunstancias de la muerte del terrorista Salaj Shjade.

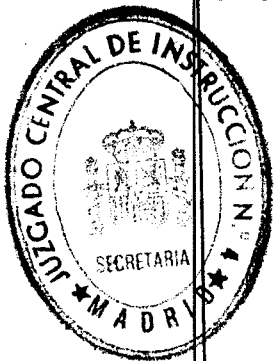
Deseo hacerle saber que el hecho arriba mencionado fue investigado por funcionarios de seguridad y la información fue elevada ante el Fiscal Militar General. A la luz de la información de la que se dispone y considerando el trayecto de las circunstancias del hecho, no ha lugar a solicitar una investigación por parte de la Policía Militar."

Ello no obstante, la Asociación "Yesh Gvul" insiste en su pretensión, remitiendo una nueva solicitud de información a la Fiscalía General Militar, contestando esta vez el Fiscal General, el General Menajem Finkelstein, quien comunica:

"Estimado Sr.:

A continuación de su carta del día 03/03/03, deseo contestarle que no hay ninguna intención de llevar a juicio penal a nadie respecto de las circunstancias de la muerte de la Salaj Shjade"

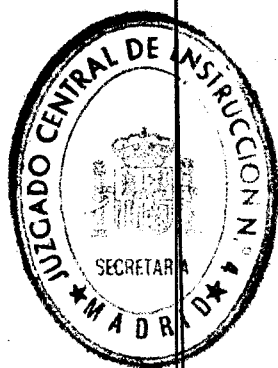
Ante dicha respuesta, la misma Asociación se dirige al Fiscal General del Estado de Israel, interesándose sobre si existe alguna investigación judicial respecto de los hechos, contestando el Fiscal General de Israel el día 6 de abril de 2003 conforme a los siguientes términos:



"Estimado Sr.:

Me honro en confirmar la recepción de su carta.

Después de haber recibido las apreciaciones del Fiscal General Militar me dirijo a usted para responderle que, después de haber leído el resumen del Jefe de Estado Mayor para la investigación del hecho, se tomó la decisión por parte del Fiscal General Militar que no hay lugar para abrir una investigación de la Policía Militar en este asunto. La respuesta del Fiscal Militar General se le ha enviado en forma directa el día 01/03/2003 y dadas las circunstancias el Fiscal General no vio la necesidad de inmiscuirse en esta resolución y es la que mantiene vigencia."



Como se puede apreciar, no existe entre la documentación aportada ninguna resolución en la que, ya la Fiscalía Militar, ya la Fiscalía General de Israel expongan y fundamenten las razones de no incoar una investigación criminal dirigida a determinar la naturaleza y circunstancias de los hechos objeto de la presente querella, remitiéndose el primero a la investigación interna realizada por las autoridades de seguridad, y el segundo al "resumen del Jefe de Estado Mayor", decidiendo no inmiscuirse en la decisión del Fiscal Militar.

4º.- A la vista de estas respuestas, la Asociación "Yesh Gvul" y otros presentan una solicitud ante la Corte Suprema de Jerusalén, de fecha 30/09/03, a fin de que por dicho Tribunal "se anule la decisión de los Fiscales General y Militar de Israel de no iniciar una investigación penal que establezca si se cometieron delitos penales durante la planificación y realización del atentado contra el activista de Hamas Salah Shehadeh en la Ciudad de Gaza el día 22/07/2.002, acción en el marco de la cual murieron 14 personas y decenas resultaron heridas" (Dicha demanda se contiene en el anexo B-2)

5º.- El anexo B) contiene la decisión del Tribunal Superior ante dicha demanda, y que da lugar a la Sentencia del Tribunal Supremo reunido como Tribunal Superior de Justicia de fecha 23 de diciembre de 2.008. En dicho proceso merecen destacarse las siguientes cuestiones:

♦ Se inicia la Sentencia centrando el objeto del proceso: *"Sobre la decisión del asesor Jurídico del Gobierno de no iniciar una investigación criminal a raíz del ataque preventivo llevado a cabo en la Ciudad de Gaza el día 22/07/02 contra el activista de Hamás, Salah Shehadeh."*

♦ Y señala los hechos sobre los que se solicita la apertura de la investigación: *"El día 22/07/02, en horas de la noche, fue lanzada desde un avión del ejército israelí una bomba de 1.000 kilogramos contra una vivienda en la Ciudad de Gaza, donde vivía el alto funcionario de Hamás Salah Shehadeh, objeto de ataque preventivo en esta operación. Como resultado de la operación, resultaron muertos el mismo Shehadeh, otro activista de Hamás que se encontraba con él y además otros 14 civiles, entre ellos la esposa y la hija de Shehadeh, que no estaban implicados en actividades terroristas, así como también muchos más resultaron heridos. En la respuesta del Estado a la apelación se dijo que después de la operación y a raíz de sus graves consecuencias, fueron llevados a cabo en el sistema de seguridad numerosas investigaciones relacionadas con la operación, lo que llevó al Fiscal Militar General y al Asesor Jurídico del Gobierno (Fiscal General del Estado) a tomar la decisión de que no había lugar a la apertura de una investigación criminal respecto del caso".*

♦ La apelación se presenta el 30/09/2.003, interesando se anulen tales decisiones, y se les instruya respecto a abrir una investigación criminal que examine si fueron cometidos delitos criminales durante la planificación y la ejecución de la operación.

♦ El día 24/03/2004, el Tribunal decidió suspender la tramitación de la apelación hasta que se produjera el veredicto en el expediente TSJ 769/02.

♦ El día 14/12/2006 se emitió el veredicto en el expediente TSJ 769/02, recogido en la Sentencia de 13/12/2.006 del Tribunal Supremo actuando como Tribunal Superior de Justicia.

En dicho procedimiento se formulaba la siguiente cuestión: *"El gobierno de Israel emplea una política de ataques preventivos que causa la muerte de terroristas en Judea, Samaria o la Franja de Gaza. Ataca a estos terroristas con resultado de muerte, quienes planifican, lanzan o cometen ataques terroristas en Israel y en la zona de Judea, Samaria y la Franja de Gaza, contra*

civiles y soldados. Estos ataques en ocasiones también afectan a civiles inocentes. ¿Actúa por tanto el estado de forma ilícita?"

El Tribunal Supremo resuelve emitir la siguiente decisión: "De este modo, se ha concluido que no puede determinarse con antelación que toda muerte selectiva se encuentre prohibida de conformidad con el Derecho Internacional General, al igual que no puede determinarse con antelación que toda muerte selectiva sea permisible conforme al Derecho Internacional General. La norma sobre la muerte selectiva se encuentra determinada en el Derecho Internacional General, y la legalidad de cada uno de esos actos individuales deberá ser establecida a la luz de la misma."

♦ En fecha 17/06/2.007 se llevó a cabo una audiencia en la que se trató la cuestión de la influencia de la sentencia en el asunto de los ataques preventivos sobre la apelación objeto de examen.

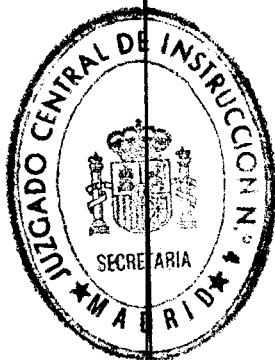
♦ El 04/02/2.008 el Gobierno de Israel informa al Tribunal Supremo que el Primer Ministro designó, con fecha 23/01/2.008 una Comisión de Revisión, presidida por el Coronel Tzvi Inbar, quien ostentó en el pasado el cargo de Fiscal Militar General, para luego pasar a ser el asesor judicial de la Knesset (Parlamento) y como miembros de la misma fueron nombrados el General Ytzjak Eitan y el Sr. Ytzjak Der, ex miembro del Servicio General de Seguridad. Se menciona expresamente que los tres miembros de la comisión no revisten en la actualidad ningún cargo relacionado con la seguridad. Y expresamente se indica que "a la Comisión le fue encargado un informe que incluya hallazgos y conclusiones sobre los temas que controló y si así lo considera conveniente, emitir su opinión respecto de si ha lugar sacar conclusiones operativas basándose en los hallazgos de la investigación"

Se indica que el trabajo de dicha Comisión estará regido, según el caso, por lo especificado en el artículo 539-A de la Ley de Enjuiciamiento Militar (5716-1955), o el artículo 17 de la Ley de Servicio General de Seguridad (5762-2002).

En ambos artículos se viene a establecer que cualquier material, declaración, informe o conclusión obtenido en el ámbito de esta Comisión no serán aceptadas como prueba ante un Tribunal de Justicia

La distinción entre una investigación criminal y una investigación militar llevada a cabo conforme al Artículo 539-A de la Ley de Justicia Militar – 1955 fue explicada de forma detallada por el Tribunal Supremo

Israelí en su fallo en el caso Al-Nebari (HCJ 2366/05, Al-Nebari v. The Chief of Staff of the Israeli Army (decision delivered on 29 June 2008), para. 6-10 of Justice Arbel's ruling):



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

Ello no obstante, en su resolución, el Tribunal Supremo afirma que *"opinamos que una investigación por parte de una comisión de control independiente es el camino más apropiado también para examinar la forma que fue llevada dicha operación"*, para seguir afirmando *"con todo, la creación de una comisión de control, su composición y su modus operandi están sujetos a la discreción del Poder Ejecutivo. En lo que a nuestro caso respecta se designó una Comisión en base a la autoridad implícita del Gobierno para la designación de una comisión para la investigación de un asunto que se encuentra bajo su jurisdicción"*.

♦ La Sentencia del Tribunal Supremo concluye de la siguiente manera: *"En lo que respecta a nuestro caso, fue creada una Comisión designada por el Primer Ministro, conformada por miembros de los que se toma en cuenta su experiencia en seguridad, y la experiencia jurídica de quien preside la mencionada Comisión. La disconformidad y especialmente la desconfianza que manifiestan los apelantes de quienes conforman la Comisión carecen de fundamento y no son lo suficientemente aceptables para justificar nuestra intervención. Y más aún en esta etapa tan temprana, cuando la Comisión aún no finalizó sus tareas y aún no se han recibido sus conclusiones. Es de suponer que cuando se reciban las mencionadas conclusiones o recomendaciones de la*



Comisión de Control, éstas 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 esta apelación. Llegamos, de este modo, a la conclusión que a esta altura no hay que volver a prestar acuerdo al recurso de amparo original solicitado por los apelantes, habiéndose ya dictado la Sentencia principal en el asunto de los ataques preventivos, y que no hay causa de anulación de procedimiento, tal como se estableció para el análisis de las circunstancias del hecho motivo de la solicitud".

De esta forma, se desestima la solicitud de los apelantes, dando por buena la decisión de la Fiscalía Militar de no abrir una investigación criminal referida a la operación militar llevada a cabo el día 22 de julio de 2.002 en la Ciudad de Gaza.

En ningún caso, como señala el Ministerio Fiscal, el Tribunal Supremo viene a diferir o a suspender su pronunciamiento sobre la necesidad de incoar un procedimiento penal, pues como se ha reseñado, se limita a establecer que las conclusiones o recomendaciones que pueda llevar a cabo dicha Comisión "*es de suponer*" que serán tenidas en cuenta por las autoridades competentes.

CUARTO.- Con tales antecedentes procede entrar en el examen sobre la competencia para el conocimiento de los hechos denunciados de la jurisdicción española.

Desde un punto de vista legislativo, recordaremos que el artículo 23 de la L.O.P.J. tan solo impone un límite para el conocimiento por la jurisdicción española de este tipo de delitos: "Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena".

En este punto debemos recordar lo dispuesto en el art. 3º del Código Civil, al establecer que "1. Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas."

El artículo 23 de la L.O.P.J., al regular la competencia de la jurisdicción española en los casos de justicia universal, esta recogiendo el

principio plasmado en numerosos tratados internacionales suscritos por España, que plantean su fundamento en la existencia de una serie de bienes jurídicos supranacionales, pues afectan a la humanidad en su conjunto, y cuya violación supone la existencia del derecho y del deber de todos los Estados dirigido a la protección de dichos bienes jurídicos, y el de perseguir y castigar a quienes los quebranten.

Esta norma ha sido objeto de numerosas, y en ocasiones dispares, interpretaciones por parte de nuestra jurisprudencia, si bien dicha doctrina parece haber sido definitivamente unificada mediante la Sentencia del Tribunal Constitucional 237/05, de 26 de septiembre, (Caso Guatemala), en donde se expone: *"es importante recordar que, aun cuando referido a otro de los delitos incluidos en el catálogo del art. 23.4 LOPJ, el precepto legal objeto de la controversia ha sido objeto de pronunciamientos previos por parte de este Tribunal, de los cuales pueden extraerse algunas implicaciones para el enjuiciamiento de las resoluciones impugnadas. Concretamente la STC 21/1997, de 10 de febrero, F. 3, puso de manifiesto que «al establecer la extensión y límites de la jurisdicción de los Juzgados y Tribunales españoles, el art. 23.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, atribuye el conocimiento por nuestros órganos judiciales de los hechos cometidos por españoles y extranjeros fuera del territorio nacional cuando los mismos sean susceptibles de tipificación como delitos, según la Ley penal española, en ciertos supuestos... Lo que entraña, pues, que el legislador ha atribuido un alcance universal a la jurisdicción española para conocer de estos concretos delitos, en correspondencia tanto con su gravedad como con su proyección internacional». Asimismo, en la STC 87/2000, de 27 de marzo, F. 4, manifestamos que «el fundamento último de esta norma atributiva de competencia radica en la universalización de la competencia jurisdiccional de los Estados y sus órganos para el conocimiento de ciertos hechos sobre cuya persecución y enjuiciamiento tienen interés todos los Estados, de forma que su lógica consecuencia es la concurrencia de competencias, o dicho de otro modo, la concurrencia de Estados competentes».*

"En todo caso, con carácter previo no puede dejar de resaltarse, que el art. 23.4 LOPJ otorga, en principio, un alcance muy amplio al principio de justicia universal, puesto que la única limitación expresa que introduce respecto de ella es la de la cosa juzgada; esto es, que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero. En otras palabras, desde una interpretación apegada al sentido literal del precepto, así como también desde la voluntad legislatoris, es obligado concluir que la Ley Orgánica del Poder Judicial instaure

un principio de jurisdicción universal absoluto, es decir, 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, a diferencia del resto de criterios, el de justicia universal se configura a partir de la particular naturaleza de los delitos objeto de persecución. Lo acabado de afirmar no implica, ciertamente, 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. Ahora bien, en dicha labor exegetica, máxime cuando esa restricción conlleva asimismo la de los márgenes del acceso a la jurisdicción, deben tenerse muy presentes los límites que delimitan una interpretación estricta o restrictiva de lo que, como figura inversa a la de la analogía, habría de concebirse ya como una reducción teleológica de la Ley, caracterizada por excluir del marco de aplicación del precepto supuestos incardinables de modo indudable en su núcleo semántico. Desde el prisma del derecho de acceso a la jurisdicción tal reducción teleológica se alejaría del principio hermenéutico pro actione y conduciría a una aplicación del Derecho rigorista y desproporcionada contraria al principio consagrado en el art. 24.1 CE. Tal es el cauce analítico que debemos seguir."

Por su parte, el Tribunal Supremo, en su Sentencia 645/06, de 20 de Junio, se encarga de añadir otro elemento interpretativo a dicha norma, al recordarnos que "Importante es también en este contexto, porque demuestra cuál es la tendencia de la comunidad internacional en la materia, que el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad (Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 48º Período de sesiones, 6 de mayo a 26 de julio de 1996), antecedente inmediato del Estatuto de Roma, contenía una norma sobre «establecimiento de jurisdicción» en su art. 8, según la cual, «sin perjuicio de la jurisdicción de un tribunal penal internacional, cada Estado Parte adoptará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre los crímenes previstos en los arts. 17, 18, 19 y 20, sean cuales fueren el lugar de la comisión de esos crímenes y sus autores».

QUINTO.- Siguiendo dicha línea jurisprudencial debemos recordar que nos encontraríamos ante unos hechos que habrían de tipificarse como de crímenes de guerra, y esto tiene en el presente caso una singular importancia, pues en tanto que el artículo 6º de la Convención de 1.948 para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, que establece:

"Las personas acusadas de genocidio o de uno cualquiera de los actos enumerados en el artículo III, serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la Corte Penal Internacional que sea competente respecto a aquellas de las Partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción."

los Convenios de Ginebra, los cuatro, y singularmente el art. 146 del Cuarto Convenio, establece que:

"Cada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiere, y según las disposiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si esta ha formulado cargos contra ellas suficientes",

lo que conlleva a que dichos Convenios, suscritos por España, establecen de forma expresa un régimen de jurisdicción universal concurrente, claramente alternativa respecto de otras jurisdicciones y en ningún caso estrictamente subsidiaria.

SEXTO.- Es por ello que, aún en el caso de que existiera algún procedimiento judicial abierto en Israel con el fin de investigar los hechos que nos ocupan, cabría interpretar la competencia concurrente de la jurisdicción española para llevar a cabo la presente instrucción; pero en el caso que nos ocupa no ha existido, ni existe, en Israel ningún procedimiento judicial dirigido a la investigación de los hechos denunciados. Y es que en los antecedentes aportados por las autoridades de Israel tan solo se remite una decisión del Fiscal General Militar, luego refrendada por el Fiscal General y por el Tribunal Supremo, acordando no abrir una investigación criminal en averiguación de la naturaleza y de las circunstancias en que se cometieron los hechos denunciados, y esta decisión se basa en las conclusiones a las que se llega por parte de la investigación interna que el Ejército de Israel realizó, en la que, entre otras conclusiones, se reconoce que *"si hubiera habido la certeza o la posibilidad de que como resultado del ataque se hubiera causado la muerte de*

varios civiles más y herido a otros, más allá de la mujer de Shehadeh, la ejecución del ataque no se hubiera permitido".

Ninguna investigación criminal, que pudiera llevar a la concurrencia de jurisdicciones y a la posibilidad de un conflicto de jurisdicciones, hasta la fecha, se ha producido.

Tampoco se ha producido ninguna decisión que, entrando a analizar los hechos que aquí son objeto de querella, pueda producir los efectos de cosa Juzgada.

Se alega por el Ministerio Fiscal que las autoridades judiciales israelitas, *"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"*

Este Juzgado no puede compartir dicho criterio. En primer lugar, pues el fiscal integra en el sistema de justicia independiente e imparcial a una Comisión de Investigación nombrada por el Primer Ministro de Israel, cuya composición y modus operandi están sujetos a la discreción del poder Ejecutivo y formada para obtener conclusiones operativas sobre el ataque llevado a cabo mediante el lanzamiento de una bomba de 1000 kilogramos con el resultado de la muerte de civiles inocentes.

Y en segundo lugar, porque en ninguna de las decisiones de las distintas Fiscalía, o en la del Tribunal Supremo se entra a valorar jurídicamente los hechos denunciados.

La Fiscalía Militar, a la que se adhiere la Fiscalía General De Israel, entiende que, a la vista de las conclusiones efectuadas por los Servicios de Seguridad del Ejército, no procede abrir una investigación penal. La exigencia derivada de la aplicación a la tutela judicial efectiva requiere que la existencia o no de una infracción penal sólo pueda ser determinada en el marco de un proceso penal (arts. 9.3, 10, 44 LOPJ, art. 3 CP), de manera que la mera hipótesis de considerar satisfecha la pretensión de investigación penal en un procedimiento administrativo o de una investigación interna de los servicios de seguridad conllevaría la

eventual vulneración del derecho al juez predeterminado por la ley, pues debe ser siempre una autoridad dotada de independencia, imparcialidad y estricta separación orgánica y funcional para con el poder ejecutivo, debiendo estar integrado en el ejercicio jurisdiccional.

Afirmar la posibilidad de que un procedimiento penal pierda su objeto por haberse resuelto la falta de responsabilidad en una investigación interna realizada por aquellos a quienes la justicia pretendería investigar implica la subversión de la prioridad y supremacía del orden y de la jurisdicción penal que se desprende del diseño constitucional (art. 25 CE).

Por otra parte, numerosa jurisprudencia constitucional viene a establecer los requisitos necesarios que las resoluciones deben contener para evitar producir indefensión, y así se establece que: *"El ejercicio de la acción penal no comporta en el marco del art. 24.1 CE un derecho incondicionado a la apertura y plena substanciación del proceso penal, sino sólo a obtener un pronunciamiento motivado del Juez en la fase instructora sobre la calificación jurídica que le merecen los hechos, expresando las razones por las que inadmite su tramitación, o acuerda el sobreseimiento y archivo de las actuaciones. De modo que las exigencias derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva se verán satisfechas por la resolución de inadmisión si se fundamenta de forma razonable en la exclusión «ab initio» del carácter delictivo de los hechos imputados, y, si se admite la querella, por la resolución que acuerda la terminación anticipada del proceso penal, sin apertura de la fase de plenario, en caso de que se sustente razonablemente en la concurrencia de los motivos legalmente previstos de sobreseimiento libre o provisional de conformidad con los arts. 637, 641 y 789.5.1 LECrim [entre otras muchas, SSTC 148/1987, de 28 de septiembre; 175/1989, de 30 de octubre; 297/1994, de 14 de noviembre; 111/1995, de 4 de julio; 31/1996, de 27 de febrero; 177/1996, de 11 de noviembre; 138/1997, de 4 de junio; 115/2001, de 10 de mayo; 129/2001, de 4 de junio, y 178/2001, de 17 de septiembre]."*

Y en el presente caso, las decisiones de la Fiscalía de Israel no contienen motivación ni razonamiento alguno que venga a justificar la inactividad en la incoación de un proceso judicial en averiguación de la naturaleza de los hechos denunciados, y el Tribunal Supremo, remitiéndose a otra Sentencia, valida esta inacción, remitiéndose a las

recomendaciones que, en su día, puedan realizarse en el seno de la Comisión de Investigación nombrada por el Primer Ministro de Israel.

En definitiva: desde la fecha de comisión de los hechos, en el mes de julio de 2.002, las autoridades judiciales de Israel no han incoado ningún procedimiento criminal que tenga por objeto de determinar si de los hechos denunciados puede derivarse la existencia de algún tipo de responsabilidad penal. Buena prueba de ello es que los aquí querellantes, víctimas del "ataque preventivo" se han visto obligados a acudir a la jurisdicción española para que se proceda a la apertura de una investigación judicial.

En atención a lo expuesto.

PARTE DISPOSITIVA

ACUERDO.- Que, desestimando las pretensiones formuladas por el Ministerio Fiscal, no ha lugar a declarar la incompetencia de la jurisdicción española para el conocimiento objeto de la querella iniciador del presente procedimiento, ni al archivo provisional del mismo.

Notifíquese la presente resolución a las partes personadas, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de reforma y/o subsidiario de apelación en el plazo del tercer o quinto día, respectivamente.

Así lo acuerda, manda y firma el Ilmo. Sr. D. FERNANDO ANDREU MERELLES, Magistrado-Juez del Juzgado Central de Instrucción nº CUATRO de la AUDIENCIA NACIONAL, doy fe.

E./