



JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCIÓN Nº 5
AUDIENCIA NACIONAL
MADRID

DILIGENCIAS PREVIAS 197/10

AUTO

En Madrid, a diecisiete de junio de dos mil catorce.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las presentes actuaciones comenzaron por virtud de querrela criminal presentada por el Procurador Don Javier Fernández Estrada en nombre y representación de la Asociación "COMITÉ DE SOLIDARIDAD CON LA CAUSA ÁRABE", bajo la dirección de las Letradas Doña Isabel Elbal Sánchez y Doña Sofía Duyos Álvarez-Arenas, en ejercicio de la acusación popular, estando dirigida, como querrellados, contra el Primer Ministro israelí Benjamín Netanyahu, el Ministro de Defensa israelí Ehud Barak, el Ministro de Asuntos Exteriores israelí Avigdor Lieberman, el Ministro de Inteligencia y Asuntos Atómicos israelí Moshe Ya'alon, el Ministro del Interior israelí Eli Yishai, el Ministro sin cartera israelí Benny Begin y el vicealmirante del ejército israelí Eliezer "Chiney" Marom, por delitos que se califican en el escrito de querrela como de lesa humanidad y contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado.

Igualmente fueron repartidas a este Juzgado, por antecedentes, la querrela criminal presentada por el Procurador Don José Miguel Martínez-Fresneda Gamba en nombre y representación de la Asociación "CULTURA, PAZ Y SOLIDARIDAD, HAYDÉE SANTAMARÍA", bajo la dirección letrada de Doña Amanda Meyer Hidalgo, en ejercicio de la acusación popular; la presentada por el Procurador Don Javier Fernández Estrada en nombre y representación de DON DAVID SEGARRA SOLER, bajo la dirección de letrada de Don Antonio Segura Hernández, en ejercicio de la acusación particular; la presentada por el Procurador Don Javier Fernández Estrada en nombre y representación de DON MANUEL ESPINAR TAPIAL, bajo la dirección del Letrado Don Enrique Santiago Romero, en ejercicio de la acusación particular; y la presentada por el Procurador Don Javier Fernández Estrada en nombre y representación de DOÑA LAURA ARAU CRUSELLAS, bajo la dirección del Letrado Don Gonzalo Boyé Tuset, en ejercicio de la acusación particular.



Todas las querellas estaban basadas en idéntico relato de hechos, aportando la misma documentación, y aparecían dirigidas contra las mismas personas como querellados.

SEGUNDO.- Por auto de fecha 30 de julio de 2010 se acordó la incoación de las presentes Diligencias Previas, y con carácter previo al pronunciamiento sobre la admisión a trámite de las querellas presentadas, la práctica, entre otras, de las diligencias siguientes:

1º.- Recabar informe del Ministerio Fiscal sobre la competencia de este órgano judicial para conocer de la presente instrucción, y la concurrencia de los presupuestos, ex artículo 23.4 LOPJ, habilitantes para la apertura y tramitación del presente procedimiento.

2º.- Dirigir Comisión Rogatoria a los Estados de ISRAEL y TURQUÍA, al amparo del Convenio Europeo de Asistencia Judicial en materia Penal, de 20 de abril de 1959, a fin de que se informe a este Juzgado sobre la existencia, bajo su jurisdicción, de procedimiento alguno que suponga una investigación y persecución efectiva de los hechos objeto de las presentes actuaciones, con remisión, en su caso, de copia testimoniada íntegra de las actuaciones iniciadas a raíz de tales hechos.

3º.- Dirigir solicitud de cooperación a la CORTE PENAL INTERNACIONAL, así como a la FISCALÍA ADSCRITA A LA CORTE, a fin de que se informe a este Juzgado si, dentro de su ámbito competencial, se ha iniciado investigación o procedimiento alguno en relación a los hechos que motivan las presentes querellas.

4º.- Dirigir atenta comunicación al Excmo. Sr. Presidente del Consejo de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas (ONU), a fin de que se ponga en conocimiento de este Juzgado el resultado de la misión internacional independiente creada para la investigación de los hechos relatados en los escritos de querella, remitiendo, en su caso, a este órgano judicial, copia de los informes que se presentaren, una vez finalizada la misión encomendada.

TERCERO.- En ejecución de las distintas comisiones rogatorias cursadas por el Juzgado, se ha obtenido el siguiente resultado:

1.- Comisión Rogatoria a Israel: se ha recibido contestación mediante comunicaciones de fechas 12 de enero de 2011, 14 de marzo de 2011, 9 de agosto de 2011 y 7 de julio de 2011, alegando que ningún ciudadano español sufrió daño físico como consecuencia de los hechos, y que los mismos se están investigando por las autoridades israelíes a través de las siguientes vías: a) Comisión Pública Independiente para



Investigar el Incidente Marítimo de 31 de mayo de 2010 (la "Comisión Turkel"), cuyo informe obra unido a las actuaciones; b) Procedimientos de investigación adicionales seguidos en Israel: formación de un panel de expertos militares israelíes, obrando en la causa informe sobre las investigaciones llevadas a cabo por las Fuerzas de Defensa de Israel sobre los hechos ocurridos el 31 de mayo de 2010; c) Tribunal Supremo de Israel; d) Colaboración con el Comité/Panel de Investigación de Naciones Unidas. Según informan, la Comisión Turkel está investigando las cuestiones de hecho y de derecho, y la Oficina de la Fiscalía Militar investiga las denuncias individuales sobre supuestas conductas criminales.

Señalan las autoridades israelíes que es en el ámbito de los tribunales de Israel donde se han de llevar las investigaciones de los hechos, indicando que cualquier persona, independientemente de su nacionalidad o residencia, denuncie haber sufrido daños como consecuencia de acciones militares llevadas a cabo por las fuerzas de defensa israelíes, pudiendo incluso reclamar ante los tribunales civiles una compensación por daños. Se hace también una descripción de la actuación de su Tribunal Supremo, el cual proporciona un mecanismo de revisión judicial que garantiza el funcionamiento efectivo e independiente de la Comisión Turkel nombrada por el gobierno para la investigación y valoración del incidente de la Flotilla, haciendo hincapié en que todas las actuaciones emprendidas por las autoridades israelíes se encuentran sujetas a la revisión y al control de dicho Tribunal.

Con posterioridad, a través de comunicación fechada el 20 de septiembre de 2012, se completa la información remitida por Israel en respuesta a la solicitud complementaria de asistencia judicial internacional remitida por este Juzgado en fecha 29 de noviembre de 2011. En la nueva comunicación se ofrece información sobre las investigaciones adicionales llevadas a cabo en Israel tras el informe de la Comisión Turkel, ordenadas por el Abogado General Militar el 1 de marzo de 2011 sobre seis casos identificados por la Comisión; sobre los procedimientos seguidos por el Abogado General Militar tras la publicación del informe del Panel de Investigación de las Naciones Unidas sobre los hechos; sobre los procedimientos penales militares en relación a las denuncias por robos en los buques de la Flotilla; sobre las investigaciones llevadas a cabo por el Controlador del Estado y Defensor del Pueblo; y finalmente, sobre la vía abierta por el Ministro de Defensa israelí consistente en indemnizar *ex gratia* a los participantes de la flotilla que hubieran solicitado previamente la devolución de sus pertenencias. Resaltando finalmente que los querellantes españoles no han ejercitado ninguno de los medios legales de reparación que el ordenamiento jurídico israelí pone a su disposición.

2.- Comisión Rogatoria a Turquía: habiendo sido ampliada la misma por auto de 15 de noviembre de 2012, en el sentido de que al constar la existencia, bajo la jurisdicción turca, de procedimiento que supone una investigación y persecución efectiva de los hechos objeto de las presentes actuaciones, remitiesen escrito que supusiese acusación, así como la resolución judicial en que se acordase formalizar la acusación y en la que constase relación completa de personas sobre las que se ha dirigido la misma, se recibe contestación de las Autoridades judiciales turcas, unida en fecha 21 de enero de 2014, adjuntándose las copias legalizadas de las actas de la audiencia y la acusación del caso número 2012/264 relativo al buque Mavi Marmara, que está llevando a cabo el Juzgado de lo Penal número 7 de Estambul. Siendo unida a las actuaciones y puesta a disposición de las partes la traducción de la documentación el pasado 7 de mayo de 2014.

De la documentación remitida se constata cómo: el proceso seguido en torno a los soldados autores del altercado se encuentra actualmente en trámite; entre los acusados en el procedimiento turco se encuentra Eliézer Alfred Marom, comandante en jefe de la Armada israelí en la fecha de los hechos, y que también se encuentra entre los querellados en el presente procedimiento; entre las víctimas demandantes recogidas en el auto de procesamiento se encuentran las de nacionalidad española, y querellantes en las presentes actuaciones, Laura Arau Crusellas, Manuel Espinar Tapial y David Segarra Soler.

3.- Comisión Rogatoria dirigida a la Corte Penal Internacional: obra contestación al folio 1399 de las actuaciones, indicando que la solicitud se remite a la Fiscalía de la CPI.

4.- Comisión Rogatoria a la Fiscalía de la Corte Penal Internacional: Contestación obrante al folio 1399, a fecha de 28/01/2011 se informa de que aún no se había tomado ninguna decisión sobre si se cumplen los requisitos necesarios para iniciar una investigación en el ámbito de sus competencias, habiéndose iniciado por parte de la Fiscalía el correspondiente Estudio Preliminar al efecto, dándose por cumplimentada la Comisión rogatoria por providencia de 22.02.11.

5.- Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas: recibida información demanda en fecha 14.02.11, obrando en el procedimiento las conclusiones alcanzadas.

CUARTO.- En el curso de las presentes actuaciones, por el Ministerio Fiscal se emitió informe con entrada en el Juzgado el 16.11.12.



"El Fiscal en el traslado conferido sobre la competencia de los Tribunales españoles o en su caso la existencia de fueros concurrentes y/o preferentes al ejercicio de la acción penal en España, DICE:

1.- En primer lugar es necesario calificar los hechos a fin de determinar de manera al menos indiciaria el tipo delictivo aplicable lo que permitirá un pronunciamiento sobre las reglas de competencia.

Para ello el Instructor en la resolución de fecha 30 de Julio del 2010 describió de forma sucinta los hechos contenidos en las querellas presentadas y que en esta fase inicial de la investigación servirá de punto de partida para el posterior análisis jurisdiccional. Así el Instructor señala:

"El pasado día 27 de mayo de 2010 los pasajeros de la embarcación Mavi Mármara, activistas de la llamada "Flotilla de la Libertad", embarcaron en Turquía, previos exhaustivos controles de seguridad portuarios, que incluían registros personales y de las pertenencias, y salieron rumbo a Gaza en la noche del mismo día.

El día 31 de mayo del presente, el ejército israelí abordó violentamente los seis barcos de la llamada "Flotilla de la Libertad" que se dirigía a Gaza para llevar ayuda humanitaria, con 750 personas a bordo, tres de ellas eran españolas (los querellantes Laura Arau, David Segarra y Manuel Espinar, acreditados como periodistas). La actuación del ejército israelí se saldó con 9 activistas fallecidos en la embarcación Mavi Mármara (ALI HEYDER BENJUÍ, CENGIZ AKYÜZ, CENGIZ SONGÜR, CEVDET KILIQLAR, QETIN TOPQUOGLU, FURKAN DOGAN, IBRAHIM BILGEN, FAHRI YALDIZ y NECDET YILDIRIM), 38 heridos y otros tantos desaparecidos; así mismo se detuvo y trasladó por la fuerza al resto de los pasajeros hasta el puerto de Ashdot, en territorio israelí, más tarde fueron encarcelados en la prisión de Beer Shiva para luego ser deportados y expulsados desde el aeropuerto de Ben Gurión con destino a Estambul.

Días antes de producirse los abordajes y la masacre, siete ministros israelíes se reunieron para concretar la operación. El Primer Ministro Israelí Benjamín Netanyahu, el ministro de Defensa Ehud Barak, el ministro de Asuntos Exteriores Avigdor Lieberman, el ministro de Inteligencia y Asuntos Atómicos Dan Meridor, el ministro de Asuntos Estratégicos Moshe Ya'alon, el ministro del Interior Eli Yishai y el ministro sin cartera Benny Begin. Estos siete ministros planificaron la operación y dieron la orden para dar el ataque.

El día 30 de Mayo, sobre las 22h, se avistó en el radar varios barcos de la flota israelí y varias lanchas cerca de la embarcación Mavi Mármara. En ese momento, el barco se encontraba a unas 100 millas de la costa. (...)

Se recibieron llamadas y un fax de la armada israelí amenazando y exigiendo la detención de la Flota.

A las 02:00 horas del día 31 de Mayo se confirmó la presencia de dos barcos de guerra israelíes, así como helicópteros siguiendo a la Flota.

A las 04:00 horas, aproximadamente, se cortaron por completo las comunicaciones y dejó de funcionar la sala de prensa.

Sobre las 04.15h. de la madrugada del día 31 de Mayo, los soldados israelíes comenzaron el ataque; así, siguiendo las órdenes dictadas en la reunión celebrada días antes por los siete ministros israelíes, se efectuó el ataque. El abordaje se produjo en aguas internacionales, como ha confirmado el Gobierno israelí y donde éste no tiene jurisdicción alguna para actuar.

En el momento del ataque la flotilla se encontraba a 70 millas náuticas de la costa, lejos de las 20 millas que marcan las aguas territoriales que Israel considera suyas y las 12 que establece el Derecho Internacional. En esos momentos se cortaron las comunicaciones de los tripulantes y pasajeros de la flotilla. Instantes después el vicealmirante al mando de la operación, Eliezer "Chiney" Marom dio la orden y comenzaron los ataques.

El ataque se produjo por el ejército israelí sobre los ocupantes del Mavi Mármara y sobre sus bienes en aguas internacionales (...)"

La resolución califica los hechos de un delito de lesa humanidad del artículo 607 bis) 1.2º y 2.4º, 6º, 7º y 8º, con detención ilegal, deportación y tortura, del Código Penal, y de un delito contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado de los artículos 609 y 610, en relación con el artículo 608, apartados 1º, 3º, y 7º, todos del Código Penal. Calificación que coincide con las conclusiones del Informe del Consejo de DDHH de la ONU de fecha... emitido y aportado a las actuaciones que considera que los hechos son constitutivos de delitos de Crímenes de Guerra previstos en el art. 147 del Cuarto Convenio de Ginebra en las modalidades de:

- Homicidio intencional;
- Tortura o tratos inhumanos;
- El hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud.

La Misión Internacional independiente de determinación de los hechos relativos al incidente de la flotilla humanitaria nombrada por el Consejo de los Derechos Humanos de Naciones Unidas elaboró un informe que se aportó a las actuaciones en virtud de Comisión Rogatoria acordada por el Juzgado. También se unió a las actuaciones el informe con las conclusiones sobre los hechos acaecidos emitido por la denominada Comisión Turkel, órgano designado por las



autoridades israelíes para depurar las responsabilidades penales en el ataque a la Flotilla de la Libertad, cuyas conclusiones son radicalmente contrarias a las alcanzadas por el Comité de DDHH de ONU. Pero es preciso señalar que se mencionan ambos informes en cuanto que pueden ayudar a la exposición de la situación clarificando en lo posible los hechos a investigar y su tipificación penal por su incidencia en el pronunciamiento sobre la jurisdicción de nuestros tribunales. Por ello la alusión que se realiza a ambos informes lo es a los efectos de tipificar las conductas enjuiciadas sin entrar a valorar la mayor o menor credibilidad de cualquiera de los informes.

2.- Acreditada la premisa principal procede examinar la concurrencia de la jurisdicción de nuestros tribunales.

En este caso el primer problema que se plantea es determinar el lugar de comisión de las conductas descritas anteriormente. Como se señala en el auto citado y así es admitido en las querellas los hechos acaecen a bordo de los siete barcos que componían la Flotilla de la Libertad cuando navegaban a 70 millas náuticas de las costas de la Franja de Gaza.

Conforme el derecho internacional, la Convención sobre el Derecho del Mar de Montego Bay de 10 de diciembre de 1982 fija las reglas para el ejercicio de la jurisdicción para hechos acaecido en Alta Mar.

Así en su Art. 3 fija la anchura del mar territorial donde el estado ribereño ejercerá la jurisdicción de sus tribunales: Todo Estado tiene derecho a establecer la anchura de su mar territorial hasta un límite que no exceda de 12 millas marinas medidas a partir de líneas de base determinadas de conformidad con esta Convención.

La Convención tras fijar la anterior regla determina la jurisdicción del estado de matrícula o de bandera del buque para los hechos acaecidos en alta mar definiendo la zona de Alta Mar en el art. 96 donde se excluye a estos efectos solamente el mar territorial. Así en el Art. 92 al referirse a la Condición jurídica de los buques establece:

1. Los buques navegarán bajo el pabellón de un solo Estado y, salvo en los casos excepcionales previstos de modo expreso en los tratados internacionales o en esta Convención, estarán sometidos, en alta mar, a la jurisdicción exclusiva de dicho Estado.

Art. 94 Deberes del Estado del pabellón

1. Todo Estado ejercerá de manera efectiva su jurisdicción y control en cuestiones administrativas, técnicas y sociales sobre los buques que enarboles su pabellón.

2. En particular, todo Estado:



a) Mantendrá un registro de buques en el que figuren los nombres y características de los que enarboles su pabellón, con excepción de aquellos buques que, por sus reducidas dimensiones, estén excluidos de las reglamentaciones internacionales generalmente aceptadas; y

b) Ejercerá su jurisdicción de conformidad con su derecho interno sobre todo buque que enarbole su pabellón y sobre el capitán, oficiales y tripulación, respecto de las cuestiones administrativas, técnicas y sociales relativas al buque.

Fijándose una regla de competencia en el Art. 97

Jurisdicción penal en caso de abordaje o cualquier otro incidente de navegación

1. En caso de abordaje o cualquier otro incidente de navegación ocurrido a un buque en alta mar que implique una responsabilidad penal o disciplinaria para el capitán o para cualquier otra persona al servicio del buque, sólo podrán incoarse procedimientos penales o disciplinarios contra tales personas ante las autoridades judiciales o administrativas del Estado del pabellón o ante las del Estado de que dichas personas sean nacionales.

Nuestra legislación en congruencia con la Convención de derechos del Mar que fue ratificada por nuestro país asume la regla de jurisdicción descrita en el art. 23.1 de la LOPJ. Y ello como manifestación de la aplicación extraterritorial de la jurisdicción de los tribunales españoles equiparando territorio nacional a los buques y aeronaves bajo bandera española.

1. En el orden penal corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves españoles, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en los que España sea parte.

Según el informe del Comité de DDHH de ONU las circunstancias de los buques que componían la Flotilla de la Libertad son las siguientes:

- M V Mavi Marmara - un barco de pasajeros registrado en las Islas Cómores y propiedad de IHH.(Fundación para los Derechos Humanos y las Libertades y la Ayuda Humanitaria)
- M V Defne Y - un barco carguero registrado en Kiribati y propiedad de IHH.
- M Gazze 1 - un barco carguero registrado en Turquía y propiedad de IHH.
- M Sfendoni o Sfendonh - un barco de pasajeros registrado en Togo y propiedad de Sfendonh S.A., con base en



las Islas Mashall. Al barco se le dio un nombre alternativo: "Boat 8000", justo antes de que se uniera a la flotilla.

- M Eleftheri Mesogios o Sofia - un barco carguero registrado en Grecia y propiedad de Eleftheri Mesogios Marine Company, con base en Atenas.
- Challenger 1 - un barco de placer registrado en los Estados Unidos de América y propiedad del Movimiento para la Gaza Libre.
- Challenger 2 - un barco de placer registrado en los Estados Unidos de América y propiedad del Movimiento para la Gaza Libre.
- Rachel Corrie - un barco carguero registrado en Camboya y propiedad del Movimiento para la Gaza Libre.

Por lo expuesto puede afirmarse que el ejercicio de la jurisdicción le correspondería a cualquiera de los estados de matrícula de los buques afectados en el ataque. Serían los estados del locus delicti commissi conforme la Convención del Derecho del Mar y nuestra LOPJ. Incluso con preferencia por la jurisdicción de Las Comores al enarbolar el buque Mavi Marmara esa bandera y ello porque a bordo de esa embarcación se produjeron los hechos más graves, las nueve muertes y gran número de heridos algunos de ellos graves.

3.- Una vez establecido el lugar de comisión de los hechos y los estados competentes para su enjuiciamiento conforme las reglas de jurisdicción fijadas en la LOPJ y en la Convención del Mar, procede además analizar si concurre algunos de los criterios establecidos por nuestra legislación para la extensión de la jurisdicción respecto de hechos como en este caso cometidos fuera del territorio nacional.

Los principios de personalidad activa (nacionalidad de los presuntos autores) y el principio de personalidad pasiva (la nacionalidad de las víctimas) justificarían la citada extensión de la jurisdicción española conforme al art. 23 de la LOPJ. Es el principio de jurisdicción universal contemplado en nuestro derecho en el art. 23.4 de la citada ley, el que permitiría esa atribución jurisdiccional. La naturaleza de los hechos delictivos denunciados y sobre todo su gravedad intrínseca es el fundamento de la jurisdicción de nuestros tribunales en estos casos.

A) La calificación jurídica admitida de los hechos nos introduce en el ámbito de la Jurisdicción Universal contemplada por la LOPJ en el art. 23.4. Tras la reforma operada por la LO 1/2009 de 3 noviembre 2009 el art. 23. de la LOPJ ha sido modificado sustancialmente fijando una serie de elementos de conexión para permitir la investigación por los Tribunales españoles de determinados hechos susceptibles de ser calificados como delitos contra la Humanidad (Genocidio, delitos de Lesa Humanidad, delitos de tortura, etc) acaecidos en territorio de otro país.



La exposición de motivos de la L.O. 1/2009, que ha venido a modificar la Ley Orgánica del Poder Judicial, en materia de la competencia de la jurisdicción española en el orden penal señala en su apartado III que "se realiza un cambio en el tratamiento de lo que ha venido en llamarse 'jurisdicción universal' para, de un lado, incorporar tipos de delitos que no estaba incluidos y cuya persecución viene amparada en los Convenios y costumbre del Derecho Internacional, como son los de lesa humanidad y crímenes de guerra. De otro lado, la reforma permite adaptar y clarificar el precepto de acuerdo con el principio de subsidiariedad y la doctrina emanada del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo"

En este caso pese a la desaparición de la mención de los Crímenes de Guerra en la tramitación parlamentaria es unánime la doctrina al afirmar que se incluyen en la cláusula residual del art. citado:

" h) Cualquier otro que, según los tratados y convenios internacionales, en particular los Convenios de derecho internacional humanitario y de protección de los derechos humanos, deba ser perseguido en España."

y en el presente caso el IV Convenio de Ginebra en su art. 146 establece la obligación de los Estados que han suscrito el mismo de investigar, perseguir y condenar a aquellas personas que cometan infracciones graves del Convenio, al establecer: "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", por lo que la jurisdicción española sería competente para el enjuiciamiento de los hechos denunciados.

Así pues los delitos son competencia de nuestros tribunales en virtud de la clasificación competencial que se recoge y además se da uno de los elementos de conexión exigidos por la nueva redacción de la ley: la nacionalidad española de las víctimas acreditada por la identidad de los querellantes como viajeros del buque Mavi Marmara en el momento del ataque. Condición de víctimas sufrida desde el momento en que fueron objeto de un presunto delito de detención ilegal y tratos inhumanos y degradantes en el ámbito de Crimen de Guerra o delito de Lesa Humanidad conforme al análisis expuesto. Ninguna de las víctimas mortales o que sufrieron lesiones graves ostenta la nacionalidad española pero ello no óbice para afirmar nuestra competencia a la vista de que las conductas sufridas están contempladas en el Convenio IV de Ginebra en su art. 147 y ello en lo relativo a la detención de los querellantes por los soldados israelíes y su posterior traslado al puerto de Ashdod, amén del trato dispensado hasta su posterior deportación, conductas que integrarían los delitos de detención ilegal y de tratos inhumanos y degradantes previstos en el art.607 bis.4º del Código Penal.



B) A priori, pues, puede afirmarse la jurisdicción de órganos judiciales españoles pero conforme al derecho internacional es necesario cumplir una segunda condición: 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 commissi*), 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”.

Nuestra jurisprudencia ha analizado este problema. El TC ha estimado la concurrencia de jurisdicciones en el ejercicio de la jurisdicción universal penal que sólo cesará si existe cosa juzgada o litispendencia (STC 237/2005, de 26 de septiembre, FF.JJ. 4 y 5. Los autos del Pleno de la Sala de lo Penal AN, FJ 2, determinaron que: «la jurisdicción de un Estado debería abstenerse de ejercer su jurisdicción sobre hechos, constitutivos de genocidio, que estuviesen siendo enjuiciados por los Tribunales del país en que ocurrieron o por un Tribunal internacional. El Tribunal Constitucional introduce además del concepto de Cosa Juzgada, o en su caso la litispendencia a fin de reflejar el principio vigente en Derecho Internacional ne bis in idem (Art. 17 Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos) El derecho a no ser enjuiciado dos veces por los mismos hechos, principio contemplado en el art. 20 del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Por tanto a priori en el conflicto de jurisdicciones que estamos examinando tanto el derecho internacional como nuestro derecho interno se inclina por dar prioridad a los tribunales del estado de lugar de comisión de los hechos.

Así, el TC en la citada 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".

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 ratificado en las resoluciones emanadas del Pleno de la Sala de lo Penal de fechas posteriores.

C) Una vez expuesta la posición de nuestra jurisprudencia en los conflictos de jurisdicción denominados "horizontales" es preciso analizar si se produce el 2º conflicto de jurisdicción apuntado denominado por la doctrina de concurrencia vertical, es decir si los hechos denunciados son competencia del Tribunal Penal Internacional y cuáles son los criterios fijados en el Estatuto de Roma que regula su



funcionamiento y por la Ley ORGÁNICA 18/2003, DE 10 DE DICIEMBRE DE COOPERACIÓN CON LA CORTE PENAL INTERNACIONAL para dirimir el conflicto fijando la prioridad de uno u otro sistema jurisdiccional nacional o internacional.

En el Estatuto de Roma se fijan los 4 criterios que delimitan la competencia del TPI (material, temporal, personal y espacial) cumpliéndose todos. Desde el punto de vista de la competencia material por la naturaleza de los delitos cometidos conforme a los arts. siguientes del ETPI están contemplados en el mismo.

En su art.5 entre los Crímenes de la competencia de la Corte

1. La competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. La Corte tendrá competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes:

- b) Los crímenes de lesa humanidad;
- c) Los crímenes de guerra;

En su Artículo 7 describe las conductas constitutivas de Crímenes de lesa humanidad:

1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por «crimen de lesa humanidad» cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

- a) Asesinato;
- d) Deportación o traslado forzoso de población;
- e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional;
- f) Tortura;
- k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

Más tarde en el Artículo 8 se refiere expresamente a los crímenes de guerra:

1. La Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra, en particular, cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes.

2. 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;



- ii) La tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos;
- iii) El hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud;
- iv) La destrucción y la apropiación de bienes, no justificadas por necesidades militares, y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente;

Siendo contemplados en el Estatuto como delitos cuya competencia para la investigación y enjuiciamiento a falta del análisis de otros presupuestos corresponde al TPI.

El segundo criterio referido al momento de comisión de los hechos también cumple con las prescripciones del art. 11 del ETPI. al acaecer los hechos el 27 de Mayo del 2010 tras la entrada en vigor del ETPI y además tras la ratificación por parte de la República de la Las Comores del citado Estatuto, ratificación operada el 16 de Agosto del 2006. Conforme al Artículo 11. que fija la Competencia temporal:

"1. La Corte tendrá competencia únicamente respecto de crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto.

2. Si un Estado se hace Parte en el presente Estatuto después de su entrada en vigor, la Corte podrá ejercer su competencia únicamente con respecto a los crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto respecto de ese Estado, a menos que éste haya hecho una declaración de conformidad con el párrafo 3 del art. 12."

Un tercer criterio para delimitar la competencia del tribunal vendría determinado por las personas sujetas al mismo sin que el desempeño de determinados cargos públicos les exima de responsabilidad penal. Según el art. 25 del ETPI la jurisdicción del Tribunal se extiende sobre a cualquier persona física contemplándose tanto los supuestos de autoría de propia mano, cooperación necesaria, complicidad, inducción etc. abarcando todo el abanico de conductas que se despliegan en el fenómeno de la participación delictiva.

Finalmente el criterio espacial al que ya se ha hecho alguna referencia y que ha sido valorado en este informe para determinar el lugar de comisión del delito y el ejercicio de la jurisdicción en virtud del principio de aplicación de la ley penal en el territorio sujeto a la soberanía del estado y por extensión a los buques y aeronaves matriculados bajo su bandera. Baste con reiterar aquí las precisiones efectuadas a esta cuestión conforme al derecho Internacional Marítimo.

Expresamente el ETPI en su art. Artículo 12. contempla este supuesto.



"Condiciones previas para el ejercicio de la competencia

1. El Estado que pase a ser Parte en el presente Estatuto acepta por ello la competencia de la Corte respecto a los crímenes a que se refiere el art. 5.

2. En el caso de los apartados a) o c) del art. 13, la Corte podrá ejercer su competencia si uno o varios de los Estados siguientes son Partes en el presente Estatuto o han aceptado la competencia de la Corte de conformidad con el párrafo 3:

a) El Estado en cuyo territorio haya tenido lugar la conducta de que se trate, o si el crimen se hubiere cometido a bordo de un buque o de una aeronave, el Estado de matrícula del buque o la aeronave;..."

En conclusión: los hechos denunciados constitutivos de delitos de Lesa Humanidad y Crímenes de Guerra están contemplados en el catálogo del ETPI, se han cometido bajo la vigencia del citado estatuto, las personas presuntamente responsables están sometidas a la jurisdicción del TPI y finalmente el lugar de comisión se localiza en el territorio de un país que ha ratificado el Estatuto de Roma lo que permite afirmar la competencia del Tribunal Penal internacional para la investigación de los sucesos acaecidos el 28 de Agosto del 2010 (debe decir 31 de mayo de 2010) en el mar frente a las costas de la Franja de Gaza.

D) Otro problema que es preciso deslindar una vez descrita la situación de concurrencia de jurisdicciones estatal española e internacional del TPI, es el relativo a la preeminencia de la jurisdicción del TPI según nuestro derecho y con respeto a las normas contenidas en el ETPI sobre todo tras su ratificación por nuestro país como señala la Doctrina más autorizada (Profesor Ollé Sesé "Justicia Universal para crímenes internacionales").

La jurisdicción del TPI se basa en el principio de complementariedad, al que hace referencia tanto el Preámbulo ("...la Corte Penal Internacional establecida en virtud del presente Estatuto será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales") como el artículo 1 del Estatuto de Roma ("...la Corte... tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales"), se articula como presupuesto general de procedibilidad o de admisibilidad de la causa en el artículo 17, que delimita las condiciones del ejercicio jurisdiccional del TPI desde su naturaleza supletoria en caso de concurrencia de jurisdicciones. El principio de complementariedad plantea importantes cuestiones, entre otras la relativa a la posible concurrencia entre la propia Corte Penal Internacional y los tribunales nacionales, lo que se ha venido a denominar "mapa de complementariedad". Esta concurrencia de competencias entre la Corte y los tribunales nacionales tendrá lugar cuando, de conformidad con los criterios de competencia mencionados (material, temporal,



personal y espacial), el asunto es competencia del Tribunal Penal Internacional y al mismo tiempo del tribunal del Estado Parte, o no Parte pero que ha aceptado la competencia del Tribunal Penal Internacional, en cuyo territorio ha tenido lugar el hecho o del que es nacional el acusado. En este supuesto de concurrencia y sobre la base de que la jurisdicción del Tribunal Penal Internacional es complementaria o subsidiaria de las jurisdicciones nacionales, éstas tendrán preferencia y podrán ejercer su jurisdicción de acuerdo, no sólo, con los principios tradicionales de territorialidad o personalidad, sino también con arreglo al principio de justicia universal.

A tal efecto, el art. 17 determina que el Tribunal inadmitirá un asunto si existe en curso una investigación o enjuiciamiento en el Estado que tenga jurisdicción sobre él, salvo que no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento no pueda realmente hacerlo (art. 17.1. a); o cuando el asunto haya sido objeto de investigación por el Estado que tenga jurisdicción sobre él y éste haya decidido no incoar acción penal contra la persona que se trate porque no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo (art. 17.1. b).

El ECPI no menciona cuándo otorga preferencia jurisdiccional al Estado que dispone de jurisdicción, ni exige que sea el lugar de comisión del hecho ni cualquier otro Estado con vínculos con el del territorio. Por tanto, la CPI es complementaria respecto de los tribunales españoles cuando éstos conozcan de un caso que también la CPI detente competencia sobre el mismo. Esta afirmación debe ser matizada desde la promulgación de la LO 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional que soluciona los conflictos de jurisdicción con el TPI dado el tenor del art. 7 que regula las relaciones entre el Estado español y la CPI, cuando los presuntos autores no sean nacionales españoles, se trate de hechos cometidos en otros Estados y los delitos sean competencia objetiva de la CPI.

En el apartado segundo del art. 7 de la Ley de Cooperación con la Corte Penal Internacional se prescribe que, cuando se interponga una acción penal ante los tribunales españoles por hechos cometidos en otro Estado y contra ciudadanos que no sean nacionales españoles, siempre que pueda ser competente la CPI, los órganos judiciales españoles se abstendrán de todo procedimiento -salvo, en su caso, de practicar primeras diligencias urgentes- limitándose a informar al denunciante o querellante de la posibilidad de acudir directamente al Fiscal de la CPI.

No obstante, en el último apartado (art. 7.3), permite presentar de nuevo la denuncia o querrela ante los tribunales españoles sólo cuando el Fiscal de la CPI no acuerde la

apertura de la investigación o cuando la Corte acuerde su inadmisibilidad (principio de oportunidad). De acuerdo con este último apartado de la Ley de Cooperación, y de los dispuesto en el art. 15.6 ECPI que estipula que si el «fiscal llega a la conclusión de que la información presentada no constituye fundamento suficiente para una investigación, informará de ello a quienes la hubieren presentado», tan pronto se produzca dicha comunicación expresa o tácita del Fiscal (por inactividad del Fiscal respecto de la denuncia presentada) o se tenga conocimiento de la resolución de la Corte inadmitiendo la denuncia, los tribunales españoles deberán incoar, incluso de oficio, el correspondiente procedimiento penal.

Del repetido apartado segundo del art. 7 se desprende que, en principio, se restringiría el ejercicio de la jurisdicción universal cuando los hechos denunciados fueran competencia de la Corte, se hubieren cometido en el extranjero, y los presuntos agentes sean extranjeros. Esta premisa viene a mantener intacto el ejercicio jurisdiccional universal cuando no concurren los tres elementos de conexión exigidos (competencia de la Corte, comisión en el extranjero y sujetos activos extranjeros).

Dicho de otra forma, los tribunales españoles mantendrían la jurisdicción penal internacional cuando los hechos cometidos no sean competencia de la Corte. Esto sucederá cuando la CPI carezca de competencia *rationae temporis*, -es decir, cuando los hechos hubieren sido cometidos con anterioridad a su entrada en vigor (1 de julio de 2002) (art. 11 ECPI)-, *ratione loci* (art. 12 y 13 ECPI), *rationae personae* (art. 1, 17 c, 25, 26, 27, 28 y 30 ECPI) y *rationae materiae* -es decir cuando sean crímenes distintos a los de genocidio, lesa humanidad, crimen de guerra y agresión-. También evidenciarán su competencia los tribunales españoles cuando, faltando cualquiera de los nexos jurisdiccionales del ECPI señalados, los hechos fueran cometidos por españoles (principio de personalidad activa) o, cuando incluso aún teniendo competencia la CPI, fueran cometidos en territorio español por españoles o extranjeros (principio de territorialidad).

Por otro lado, fortaleciendo el argumento expuesto anteriormente sobre la preeminencia de la jurisdicción de la Corte en caso de conflicto con la jurisdicción de los Tribunales españoles, el art. 8 de la LO 18/2003 introduce el mecanismo para resolver, en favor de la competencia jurisdiccional interna española, un eventual conflicto positivo de jurisdicción en caso de concurrencia efectiva y simultánea en la instrucción y/o enjuiciamiento de estos crímenes por nuestros tribunales y la CPI.

Esta concurrencia que, en su caso, facultaría al Gobierno español a requerir de inhibición a la CPI, de conformidad con



el art. 8.2 de la Ley de Cooperación, se puede producir en tres supuestos: cuando ya se ha ejercido la jurisdicción en España, cuando existe litispendencia porque ya se está ejerciendo la jurisdicción en España o porque como consecuencia de la notificación recibida en España del Fiscal de la Corte -comunicando el inicio en la CPI de una investigación de hechos cuyo conocimiento podría corresponder a la jurisdicción española, por haber acaecido en territorio español (principio de territorialidad) u ostentar sus presuntos responsables nacionalidad española (principio de personalidad activa), (art. 8.1) se iniciara en España una investigación por nuestras autoridades.

Exclusivamente en estos supuestos se faculta al Estado español a requerir de inhibición a la CPI siguiendo lo dispuesto en el art. 18 ECPI; lo que le otorga un carácter preferente respecto de la propia competencia de la CPI. Se excluye en la Ley española de Cooperación con la CPI, por tanto, el esencial criterio de extensión territorial del principio de jurisdicción universal (art. 23.4 LOPJ); esto es, cuando el hecho se ha cometido fuera de nuestras fronteras y concurren los elementos de conexión previstos.

Esta Ley matiza, el alcance del principio de jurisdicción universal -aplicable con independencia del lugar de comisión de los hechos y de la nacionalidad de los sujetos activos; y, por otro lado, amplía el alcance del principio de complementariedad de la propia CPI.

El art. 17 del ECPI en su párrafo 1º afirma al tratar las causas de admisibilidad que "La Corte , teniendo en cuenta el décimo párrafo del preámbulo y el art. 1, resolverá la inadmisibilidad de un asunto cuando:

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

Esta declaración es congruente con la proclamación del principio de complementariedad expuesto en el Preámbulo y en el art. 1º del ECPI y no se contradice con el citado art. 7 de la Ley de Cooperación con la Corte Penal Internacional. Cabe una interpretación integradora que impide considerar que no se trata de normas contrarias y por lo tanto que el art. 7 de la Ley de Cooperación con la CPI devendría inaplicable por el principio de jerarquía normativa y el art. 96 de la Constitución Española al tratarse el ECPI de un tratado ratificado por España e incluido en el ordenamiento jurídico español.

El art. 17 del ECPI permite el ejercicio de la jurisdicción por la CPI en caso de conflicto con un estado bien por el ejercicio de la jurisdicción en virtud del principio de territorialidad bien por el ejercicio de la jurisdicción



universal cuando el estado no quiera o no pueda atender tal acción. Nada impide interpretar la imposibilidad de ejercer la jurisdicción de una forma amplia abarcando tanto supuestos de falta de voluntad política, de incapacidad material de la administración de justicia del estado o incluso como en este caso, por impedimento legal. Por tanto la existencia de una norma orgánica que al describir el ejercicio de la jurisdicción universal establezca determinados límites o condiciones en caso de conflicto de jurisdicciones, no contradice la condición expuesta en el art. 17.1º del ECPI.

En definitiva los Tribunales españoles no ostentan jurisdicción en esta causa al concurrir con la jurisdicción de la CPI y conforme a nuestro derecho interno (art. 7 Ley de Cooperación con la CPI) es preferente esta última debiendo archivar el procedimiento e iniciar el procedimiento previsto en el Art. 7 que establece la competencia exclusiva del Gobierno, mediante Acuerdo del Consejo de Ministros, a propuesta conjunta del Ministro de Asuntos Exteriores y del Ministro de Justicia, en la decisión de presentar denuncia ante el Fiscal de la CPI. En el segundo párrafo añade que los órganos judiciales, Ministerio Fiscal ú órganos administrativos que recibieran una denuncia en esas circunstancias se abstendrán de cualquier actuación y archivarán el expediente, informando al denunciante de la posibilidad de acudir directamente ante el Fiscal de la CPI.

Tras la exposición del conflicto de jurisdicciones, el citado art. 7 de la ley señala el mecanismo a seguir a fin de dar satisfacción a los intereses en conflicto.

La ley regula de forma fragmentaria el procedimiento para el planteamiento de los conflictos de competencia con la CPI.

Respecto del órgano judicial o el Ministerio Fiscal que conozcan de la investigación, considera que debe decretar el archivo y comunicar al denunciante la posibilidad de acudir a la CPI. Por tanto procedería acordar el archivo de la causa y realizar la comunicación pendiente a los querellantes. No obstante el párrafo 1º del citado art. 7 de la Ley regula la legitimación del Gobierno frente al Fiscal de la Corte en los supuestos contemplados en los art. 13ª y 14 del ECPI. Por tanto no se contempla la posible inhibición del órgano judicial español o del Ministerio Fiscal en su caso, al Fiscal de la CPI. Por ello y en aras de una interpretación más acorde con el derecho a la Tutela Judicial efectiva no solamente debe comunicarse a los querellantes la competencia de la CPI sino que procede también la remisión de la causa al Ministerio de Justicia a fin de que el propio Gobierno valore la oportunidad de iniciar el procedimiento del Art. 7 de la ley ante el Fiscal de la CPI. Se evita de este modo la posible indefensión de los querellantes al obligarles a acudir a un Tribunal internacional cuando el propio ordenamiento jurídico permite acudir al procedimiento de denuncia por el Estado firmante del ECPI. Además esta solución es congruente con el sistema establecido por el ECPI donde los estados son las



partes legitimadas para promover la investigación de la Fiscalía y además para actuar ante la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte. Pues bien este sistema se complementa en el ámbito de nuestro sistema penal con la posibilidad de excitar la actuación del Gobierno dando traslado de la notitia criminis donde aparezca la jurisdicción de la CPI. Por ello la ley no impide que una vez acordado el archivo de las actuaciones y tras la comunicación a los querellantes, se remita testimonio de las actuaciones a fin de iniciar el mecanismo contemplado por el art. 7 .1º de la Ley de Cooperación con la CPI.

A mayor abundamiento la Comisión Rogatoria remitida a la Corte comunica que tras la presentación de denuncias por estos hechos se inició por parte de la Fiscalía lo que denomina Estudio Preliminar sobre si se cumplen los requisitos legales para iniciar una investigación. (Folio 1687), por tanto no se ha producido ningún pronunciamiento negativo de la Fiscalía de la Corte sobre esta investigación.

Por lo expuesto el Fiscal interesa: **1) El archivo de la causa en virtud del art. 7 y siguientes de la Ley de Cooperación con la CPI. Y el art. 23.4 de LOPJ. 2) La comunicación a las personas físicas y entidades querellantes de la posibilidad de denunciar ante el Fiscal de CPI y 3) la remisión de testimonio de la causa al Ministerio de Justicia de que valore la posibilidad de actuar conforme el art. 7 de la citada ley".**

QUINTO.- Por providencia de fecha 17 de marzo de 2014 se acordó en el sentido siguiente: "Visto el estado que mantienen las presentes actuaciones, y habiendo entrado en vigor el pasado día 15 de marzo de 2014 la LO 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la LOPJ relativa a la justicia universal, atendida la nueva redacción conferida a los apartados 4º y 5º del artículo 23 de la LOPJ, así como la introducción de un nuevo apartado 6º, y visto también el contenido de la Disposición Transitoria Única de la citada LO 1/2014, según la cual "Las causas que en el momento de entrada en vigor de esta Ley se encuentren en tramitación por los delitos a los que se hace referencia en la misma quedarán sobreesidas hasta que no se acredite el cumplimiento de los requisitos establecidos en ella", con carácter previo a resolver lo procedente sobre el mantenimiento del ejercicio de la jurisdicción en el caso presente (ex. artículo 9.1 y 3 LOPJ), y en la medida en la que los hechos y delitos investigados en la presente causa pudieren resultar afectados por la precitada reforma legal, resulta pertinente, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 124 CE, 541 LOPJ, 1 EOMF y 773.1 LECrim, conferir traslado al Ministerio Fiscal para que emita informe al respecto, trámite que, en aras al principio de igualdad procesal, será también otorgado a las restantes partes personadas en las actuaciones, a fin de que en el plazo de



tres días efectúen las alegaciones que tengan por oportunas, dándose así cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 9.6 LOPJ; y verificado lo anterior se resolverá."

El referido plazo fue ampliado por tres días más, por virtud de nuevo proveído de fecha 24.03.14.

SEXTO.- Evacuando el traslado conferido, se han presentado los siguientes escritos:

a) Por la representación procesal de la Asociación Cultura, Paz y Solidaridad Haydee Santamaría, en ejercicio de la acusación popular, se interesa que se acuerde la continuación en la instrucción de la causa, sin haber lugar a sobreseimiento alguno.

b) Por la representación procesal de Laura Arau Crusellas, David Segarra Soler y Manuel Espinar Tapial se solicita la inaplicación de la LO 1/2014 y la continuación del procedimiento.

c) Finalmente, el Ministerio Fiscal emite informe de fecha 31.03.14 por el que en su apartado SEGUNDO se pronuncia en los términos siguientes:

"La reforma operada por la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal introduce límites al ejercicio de la jurisdicción por los tribunales españoles en determinadas categorías delictivas recogidas fundamentalmente en los apartados 3 y 4 de la LOPJ.

Además la disposición transitoria de la ley citada instaura un trámite especial de revisión de la jurisdicción de las causas en tramitación al establecer:

"Las causas que en el momento de entrada en vigor de esta Ley se encuentren en tramitación por los delitos a los que se hace referencia en la misma quedarán sobreseídas hasta que no se acredite el cumplimiento de los requisitos establecidos en ella."

Corresponde al Juez instructor la decisión del trámite previsto en la Disposición Transitoria Única de la citada Ley conforme al art. 779 LECr. Los delitos de de lesa humanidad y de Crímenes de Guerra denunciados y reflejados en los autos de admisión de las querellas interpuestas son contemplados en el art. 23.4.a) de la LOPJ. lo que implica la apertura del trámite especial previsto en la citada disposición transitoria.

Conforme la reforma operada por la citada norma se reduce notablemente el ejercicio de la jurisdicción Universal por



nuestros Tribunales en los delitos contemplados en el art. 23.4 a) de la LOPJ: delitos de Genocidio, Lesa Humanidad y contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado.

Serán competentes lo Tribunales Españoles para la investigación y enjuiciamiento de los hechos cometidos en el extranjero susceptibles de ser calificados en alguna de las categorías penales enumeradas "siempre que el procedimiento se dirija contra un español o contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España, o contra un extranjero que se encontrara en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas."

Ninguno de los supuestos descritos concurre en este caso. Los querellados no se encuentran en las categorías citadas o reúnen esas características. Ninguno ostenta la nacionalidad española, ni reside en España ni salvo información en contrario se encuentra en territorio nacional y además en este caso debería haberse incoado un expediente de extradición instado evidentemente por otro país y que se hubiera denegado. El procedimiento de extradición deberá referirse a los mismos hechos denunciados en España en congruencia con el principio *Aut dedere aut iudicare* asentado en derecho extradicional y numerosos tratados de extradición.

Por lo expuesto debería acordarse el archivo de la causa conforme lo previsto en la disposición transitoria de la ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal pero con la matización de que esta modificación no altera sustancialmente la situación anterior al menos desde la solicitud formulada del Ministerio Fiscal ya apuntada en este informe. En la causa se solicitó el archivo del expediente y la remisión de testimonio al Gobierno a fin de activar el mecanismo previsto en el art. 7 de la Ley de Cooperación con la Corte Penal Internacional, petición que se reitera en el presente traslado".

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Sobre la calificación jurídica de los hechos objeto de la presente instrucción.

Se ha efectuado en los Antecedentes de Hecho un relato de las diligencias practicadas hasta la fecha en la presente instrucción, al objeto de acreditar la existencia de procedimientos efectivos en investigación de los hechos objeto de las querellas interpuestas, en los Estados de Israel, Turquía, así como en el seno de la Corte Penal Internacional, además de recabarse el informe de la investigación de los



hechos llevada a cabo por el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

Con anterioridad a resolver las distintas cuestiones planteadas por las partes personadas y por el Ministerio Fiscal a las que se ha hecho referencia en los antecedentes de la presente resolución, a la vista de la vigente redacción del artículo 23.4, 5 y 6 de la LOPJ tras la entrada en vigor de la LO 1/2014 de 13 de marzo de modificación de aquélla relativa a la justicia universal, debe partirse de la calificación que provisionalmente ha de otorgarse a los hechos investigados, cuestión ésta que, a tenor de los antecedentes expuestos, resulta pacífica y aceptada tanto por los querellantes como por el Ministerio Fiscal, habiendo sido también asumida por el instructor en el auto de incoación de las diligencias de 30 de julio de 2010, y que viene a ser refrendada por las Conclusiones del Informe del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

De este modo, los hechos investigados en las presentes actuaciones, relativos al asalto por fuerzas militares israelíes de los tripulantes del barco "Mavi Mármara" en fecha 31 de mayo de 2010, dando muerte a determinadas personas y provocando lesiones en otras, con el posterior traslado forzoso de la totalidad de tripulantes de los barcos integrantes de la flotilla hasta territorio de Israel y consiguiente custodia hasta su ulterior liberación, son indiciariamente constitutivos de **un delito de lesa humanidad** del artículo 607 bis)1.2º y 2.4º, 6º, 7º y 8º, **con detención ilegal, deportación y tortura**, del Código Penal, así como de **un delito contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado -crímenes de guerra-** previstos y penados en el Capítulo III del Título XIV -Delitos contra la Comunidad Internacional- de los **artículos 609** (que sanciona con pena de 4 a 8 años de prisión al *"que, con ocasión de un conflicto armado, maltrate de obra o ponga en grave peligro la vida, la salud o la integridad de cualquier persona protegida, la haga objeto de tortura o tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, le cause grandes sufrimientos o la someta a cualquier acto médico que no esté indicado por su estado de salud ni de acuerdo con las normas médicas generalmente reconocidas que la Parte responsable de la actuación aplicaría, en análogas circunstancias médicas, a sus propios nacionales no privados de libertad"*) y **610** (que sanciona con penas de 10 a 15 años al *"que, con ocasión de un conflicto armado, emplee u ordene emplear métodos o medios de combate prohibidos o destinados a causar sufrimientos innecesarios o males superfluos (...)"*, en relación con el **artículo 608, apartados 1º, 3º, y 7º**, (que considera personas protegidas a los efectos del Código a *"Los heridos, enfermos o náufragos y el personal sanitario o religioso, protegidos por el I y II Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 o por el Protocolo I Adicional de 8 de junio de 1977"*, a *"La*

población civil y las personas civiles protegidas por el IV Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 o por el Protocolo I Adicional de 8 de junio de 1977", así como a "Cualquier otra que tenga aquella condición en virtud del Protocolo II Adicional de 8 de junio de 1977 o de cualesquiera otros Tratados internacionales en los que España fuere parte"), todos del Código Penal.

Esta última tipificación viene a coincidir con la contenida en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional aprobado el 17 de julio de 1998, que en su artículo 8 tipifica como "crímenes de guerra" -cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes- las infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, incluyendo entre tales actos el "someter a tortura o a otros tratos inhumanos" (apartado ii), así como el "infligir deliberadamente grandes sufrimientos o atentar gravemente contra la integridad física o la salud" (apartado iii), cuando los mismos se dirijan "contra personas o bienes protegidos por las disposiciones del Convenio de Ginebra pertinente". A su vez, el Estatuto de Roma sanciona en su artículo 7, como crímenes de lesa humanidad, los actos -entre otros- de asesinato, privación grave de libertad física y tortura, "cuando se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque".

Asimismo, y como ya se ha anticipado, el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas concluye en su Informe unido a las presentes actuaciones que los hechos investigados son constitutivos de delitos de crímenes de guerra previstos en el artículo 147 del IV Convenio de Ginebra en las modalidades de homicidio intencional, tortura o tratos inhumanos, y el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o atentar gravemente contra la integridad física o la salud.

SEGUNDO.- Sobre la extensión de la jurisdicción española para conocer de los hechos objeto de la presente instrucción tras la entrada en vigor de la LO 1/2014.

Conforme a la **nueva redacción legal operada por LO 1/2014**, el **art. 23.4 LOPJ** regula los supuestos en los que se reconoce la competencia de la jurisdicción española *para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos cuando se cumplan las condiciones expresadas:*

a) Genocidio, lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, siempre que el procedimiento se dirija contra un español o contra un



ciudadano extranjero que resida habitualmente en España, o contra un extranjero que se encontrara en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas.

b) Delitos de tortura y contra la integridad moral de los artículos 174 a 177 del Código Penal, cuando:

1.º el procedimiento se dirija contra un español; o

2.º la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos y la persona a la que se impute la comisión del delito se encuentre en territorio español.

Y seguidamente, en su **actual apartado p)**, otorga competencia a la jurisdicción española para conocer de "Cualquier otro delito cuya persecución se imponga con carácter obligatorio por un Tratado vigente para España o por otros actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea miembro, en los supuestos y condiciones que se determine en los mismos.

En este punto deben invocarse, en el ámbito del derecho internacional humanitario, los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y sus dos Protocolos Adicionales, siendo de aplicación al presente caso el Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (Cuarto Convenio), de 12 de agosto de 1949, así como el Protocolo Primero Adicional a los Convenios de Ginebra de 8 de junio de 1977.

En este sentido, tal y como se deriva del artículo 146 del IV Convenio, "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 -al referido Convenio-, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiere, y según las condiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte contratante interesada, si ésta ha formulado contra ellas cargos suficientes". Mientras que a continuación se especifican como tales infracciones graves "las que implican cualquiera de los actos siguientes, si se cometieran contra personas o bienes protegidos" por el Convenio: "(...) tortura o tratos inhumanos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente a la integridad física o a la salud (...)" (art. 147 IV Convenio).

Por otra parte, destacan por su importancia respecto de los hechos objeto del procedimiento otros tratados internacionales firmados por España, como son: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16.12.1966 y



la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (en adelante Convención contra la Tortura) de 10.12.1984 -entrada en vigor el 26.06.1987-. Habiendo establecido el Comité de Derechos Humanos de la ONU en su Observación general nº 31 (2004) la complementariedad del derecho internacional humanitario y la normativa de derechos humanos en situaciones de conflicto armado.

En consecuencia, y en virtud del análisis normativo que acaba de exponerse, respecto de los concretos hechos a que se contrae el presente procedimiento, debe concluirse:

1º.- Que las condiciones expresadas en los apartados a) -delito contra personas protegidas en caso de conflicto armado- y b) -delitos de tortura y contra la integridad moral- del nuevo apartado 4 del art. 23 LOPJ no se cumplirían en su conjunto, ya que en el presente caso, pese a tener tres de las víctimas y querellantes -Laura Arau Crusellas, David Segarra Soler y Manuel Espinar Tapial- nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos, no concurre el presupuesto de que el procedimiento se dirija contra un español o extranjero habitualmente residente en España, o contra un extranjero que se encontrare en España y se hubiere denegado su extradición.

2º.- Que ello no obstante, la disposición del apartado p) del art. 23.4 LOPJ reconoce la competencia de la jurisdicción española para conocer de *"Cualquier otro delito cuya persecución se imponga con carácter obligatorio por un Tratado vigente para España o por otros actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea miembro, en los supuestos y condiciones que se determine en los mismos"*.

3º.- Que en este sentido, no pueden obviarse las disposiciones antes analizadas contenidas en tratados internacionales suscritos por España, en particular el artículo 146 del IV Convenio de Ginebra, que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico (art. 96.1 CE), y que **impone con carácter imperativo la obligación de persecución en los casos de infracciones graves del Convenio** (*"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"*).

4º.- Que en consecuencia, como ya se dijera por este instructor en auto de 15.04.14 dictado en las Diligencias Previas 150/2009 seguidas ante este Juzgado -hoy Sumario nº 2/2014-, nos encontraríamos ante una evidente **colisión entre la regulación según derecho interno de la norma habilitadora de la extensión de la jurisdicción penal, y las obligaciones contraídas por España en virtud de los Tratados**



internacionales previamente ratificados y que integran nuestro ordenamiento jurídico, de manera que el legislador español habría sometido la institución y extensión de la jurisdicción española para el conocimiento y persecución de hechos como los que constituyen objeto de las presentes actuaciones al cumplimiento de presupuestos y condicionantes que, amén de suponer una restricción a la obligación de persecución asumida internacionalmente por España frente a las más graves violaciones de derechos humanos y del derecho internacional humanitario, al objeto de evitar situaciones de impunidad en tales casos, no resultan en absoluto exigidos por dichos Tratados, y que tampoco se compadecen con el espíritu que según la Exposición de Motivos de la LO 1/2014 inspiraría dicha reforma legal, cuando se señala que *"La extensión de la jurisdicción nacional fuera de las propias fronteras, adentrándose en el ámbito de la soberanía de otro Estado, debe quedar circunscrita a los ámbitos que, previstos por el Derecho Internacional, deban ser asumidos por España en cumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos: la extensión de la jurisdicción española más allá de los límites territoriales españoles debe venir legitimada y justificada por la existencia de un tratado internacional que lo prevea o autorice (...)"*.

No obstante lo anterior, y sin perjuicio de la solución que pudiera darse a tal evidente conflicto normativo, debe analizarse previamente la incidencia que en el caso presente pudiere tener la nueva dicción otorgada por la reforma legal al apartado 5 del artículo 23 de la LOPJ, así como las obligaciones derivadas de la Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional (CPI), en el sentido interesado por el Ministerio Fiscal, a lo que se dedicará el siguiente razonamiento jurídico.

TERCERO.- Sobre la nueva regulación del principio o criterio de subsidiariedad y la aplicación de la LO 18/2003 de Cooperación con la CPI al caso presente.

La LO 1/2014 otorga una nueva regulación al **apartado 5 del artículo 23 de la LOPJ**, modificando la anterior redacción que la LO 1/2009 había conferido al art. 23.4 LOPJ en sus párrafos 2º y 3º, donde se venía a recoger el **criterio o regla de subsidiariedad**, como límite al principio de justicia universal -frente al principio de concurrencia de jurisdicciones consagrado en la legalidad internacional como mecanismo para evitar la impunidad en la persecución de los más graves crímenes de derecho internacional y que había sido reconocido por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional (así, Sentencias 87/2000, 237/2005 y 227/2007)-.

La Exposición de Motivos de la LO 1/2014 establece al respecto:

"También se delimita con carácter negativo la competencia de los tribunales españoles, definiendo con claridad el principio de subsidiariedad. En ese sentido, se excluye la competencia de los tribunales españoles cuando ya se hubiese iniciado un procedimiento en un Tribunal Internacional o por la jurisdicción del país en que hubieran sido cometidos o de nacionalidad de la persona a la que se impute su comisión, en estos dos últimos casos siempre que la persona a que se imputen los hechos no se encuentre en España o, estando en España vaya a ser extraditado a otro país o transferido a un Tribunal Internacional, en los términos y condiciones que se establecen.

En todo caso, los jueces y tribunales españoles se reservan la posibilidad de continuar ejerciendo su jurisdicción si el Estado que la ejerce no está dispuesto a llevar a cabo la investigación o no puede realmente hacerlo. La valoración de estas circunstancias, que por su relevancia corresponderá a la Sala 2.^a del Tribunal Supremo, se llevará a cabo conforme a los criterios recogidos en el Estatuto de la Corte Penal Internacional".

Señala así el actual artículo 23.5 LOPJ lo siguiente:

Los delitos a los que se refiere el apartado anterior no serán perseguibles en España en los siguientes supuestos:

a) Cuando se haya iniciado un procedimiento para su investigación y enjuiciamiento en un Tribunal Internacional constituido conforme a los Tratados y Convenios en que España fuera parte.

b) Cuando se haya iniciado un procedimiento para su investigación y enjuiciamiento en el Estado del lugar en que se hubieran cometido los hechos o en el Estado de nacionalidad de la persona a que se impute su comisión, siempre que:

1.º la persona a la que se impute la comisión del hecho no se encontrara en territorio español; o,

2.º se hubiera iniciado un procedimiento para su extradición al país del lugar en que se hubieran cometido los hechos o de cuya nacionalidad fueran las víctimas, o para ponerlo a disposición de un Tribunal Internacional para que fuera juzgado por los mismos, salvo que la extradición no fuera autorizada.

Lo dispuesto en este apartado b) no será de aplicación cuando el Estado que ejerza su jurisdicción no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o no pueda realmente hacerlo, y así se valore por la Sala 2.^a del Tribunal Supremo, a la que elevará exposición razonada el Juez o Tribunal.

A fin de determinar si hay o no disposición a actuar en un asunto determinado, se examinará, teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el Derecho Internacional, si se da una o varias de las siguientes circunstancias, según el caso:

a) Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal.

b) Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.

c) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.

(...)".

En definitiva, para verificar esta eventual "ausencia de justicia", la nueva regulación establece los mismos estándares que el Estatuto de Roma en su artículo 17.

Acerca del referido principio o criterio de subsidiariedad, como límite al principio de jurisdicción universal, se ha pronunciado de forma reciente nuestro Tribunal Supremo: así el ATS de 4 de marzo de 2010, que establece la obligación de modulación del principio de subsidiariedad en relación al caso concreto, reseñando la ausencia de carácter absoluto del principio de jurisdicción universal; o el ATS nº 1916/2012 de 20 de diciembre 2012 que recuerda la doctrina que venía sosteniendo la ausencia del carácter absoluto del principio de jurisdicción universal, considerando generalmente prioritario el criterio de subsidiariedad sobre el de concurrencia, y la necesidad de que se modulara todo ello en cada caso concreto.

Especialmente interesantes resultan al respecto las consideraciones recogidas por el Voto Particular al Auto de 23 de marzo de 2012 del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en el caso sometido a su examen -si bien con conclusiones que pueden ser aplicadas al caso presente-, señalando que "la única limitación a la jurisdicción española vendría determinada por el bis in ídem o la cosa juzgada, y de reconocerse alguna preferencia a otra jurisdicción, por producirse de facto un conflicto positivo entre ellas (...) deberá resolverse atendiendo a criterios de persecución

efectiva, apreciada según estándares rigurosos, y de mejor posición para la persecución y el enjuiciamiento".

"El TEDH ha establecido que la investigación efectiva no supone en todo caso la apertura de una instrucción penal, pero sí que deberá estimarse vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva si no se abre o se clausura la investigación (Instrucción) "cuando existan sospechas razonables de que se ha podido cometer el delito y cuando tales sospechas se revelen como susceptibles de ser despejadas" (Sentencias de 16 de diciembre de 2003 (Kmetty c/ Hungría ap.37 y de 2 de noviembre de 2004 (Martínez Sala y otros c/ España ap. 156)). (..)"

"Igualmente la Corte Penal Internacional (CPI) se ha pronunciado sobre la aplicación del principio de complementariedad con la Jurisdicción de los Estados que rige sus actuaciones, estableciendo una jurisprudencia clara sobre cuándo debe actuar por complementariedad y sobre las características de la investigación o actuación procesal de un tribunal nacional, para no actuar la complementariedad.

Estos criterios hasta donde han sido desarrollados en la escasa casuística existente hasta el momento, son estándares aplicables al presente caso.

Entre los elementos que exige la jurisprudencia:

a) Identidad del caso ("Same conduct" test). En diversas resoluciones la Sala de Cuestiones Preliminares ha establecido los requisitos de la identidad del caso a efectos de complementariedad, exigiendo que exista una completa Identidad de persona y de conducta (identidad subjetiva y objetiva).

b) Para valorar la existencia o la ausencia de investigaciones o de enjuiciamiento (art 17.1-a y b), el TPI debe tener en cuenta: i) si bajo los principios del debido proceso según la normas internacionales, ii) el proceso o la decisión fue tomada para "proteger" al afectado de responsabilidad penal, iii) existe injustificado retraso en el procedimiento, iv) no se ha llevado a cabo el procedimiento de forma independiente e imparcial.

En definitiva, el TPI determina la admisibilidad del caso (establece su actuación complementaria) con base en: los específicos hechos tal como resultan en el momento en que se le presentan; la ausencia de información o evidencias con suficiente grado de especificidad y valor acreditativo de las alegaciones referidas al proceso seguido ante la jurisdicción nacional; la ausencia de legislación procesal o sustantiva vigente que permitan llevar a cabo la persecución penal; la



falta de constancia de concretas actuaciones investigativas respecto, específicamente, de la misma persona y, sustancialmente, la misma conducta; la constada falta de voluntad de perseguir, investigar o juzgar a determinada persona".

"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 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, y también SSTC 224/07, 34/2008, 52/2008, 63/2008, 69/2008, 107/2008 y 123/2008).

Sentado todo lo anterior, y en lo que respecta al caso presente, **constando -a partir de las comisiones rogatorias practicadas- que tanto en Israel como en Turquía se han llevado a cabo investigaciones sobre los hechos** de diversa índole, en los términos recabados en la instrucción, **resulta preciso**, con antelación, **determinar el lugar en que se entienden cometidos los hechos**, para posteriormente resolver en los concretos términos expresados en el apartado b) del artículo 23.5 LOPJ, y asimismo, analizar la incidencia en el caso presente de la LO 18/2003 de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional, en relación con el apartado a) del artículo 23.5 LOPJ.

A tal efecto se ha recogido en los antecedentes fácticos la literalidad del dictamen del Ministerio Fiscal, que estima que los hechos de mayor gravedad entre los que son objeto de las querellas fueron cometidos a bordo del buque Mavi Marmara cuando el mismo navegaba por alta mar, en consecuencia, bajo la jurisdicción de las Islas Comores, al ser éste el Estado de bandera del buque, y país firmante del Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI), criterio éste sentado tanto por la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar como por el artículo 23.1 LOPJ. Ello sin perjuicio de los demás países de registro del resto de buques que componían la Flotilla - Kiribati, Turquía, Togo, Grecia, Estados Unidos y Camboya-, y que podrían justificar la atribución competencial para conocer de los hechos, por entenderlos sucedidos bajo su jurisdicción, extendiendo tal eventual competencia por conexión al resto de hechos investigados.



De esta forma, siendo lo cierto, como arguye el Ministerio Fiscal, que el conocimiento y posterior enjuiciamiento de los hechos y delitos investigados en la medida en que han sido provisionalmente calificados (delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra) pudiere resultar competencia de la Corte Penal Internacional, conforme el Estatuto de Roma de 17 de julio de 1998 - a tenor de lo dispuesto en los artículos 5, 7, 8, 11, 12 y 25 del mismo-, puede también sostenerse la competencia de alguna de las jurisdicciones directamente afectadas, resultando Israel el Estado de la nacionalidad de las personas querelladas, mientras que Turquía ostenta jurisdicción sobre uno de los buques que componían la "flotilla", resultando además del contenido de la comisión rogatoria remitida cómo al folio 143 de la traducción consideran las Autoridades Turcas que *"Independientemente de que la embarcación Mavi Marmara portara bandera de Comoras, es decir llevara la bandera correspondiente al Estado de las Islas Comoras (...), debido a que estaba dado de alta en el registro de barcos de Turquía y de acuerdo con el artículo 823/2 último del Código de Comercio de Turquía con número 6762, el Mavi Marmara es considerado como un barco turco"*.

A partir de las consideraciones anteriores, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 7 de la LO 18/2003, en cuanto a la obligación de abstención de todo procedimiento *"en relación con hechos sucedidos en otros Estados, cuyos presuntos autores no sean nacionales españoles y para cuyo enjuiciamiento pudiera ser competente la Corte"*, así como del mecanismo de activación del caso ante el Fiscal de la CPI a propuesta del Gobierno o de la posibilidad de los querellantes de acudir directamente ante el Fiscal, **a la vista de las conclusiones antes expuestas respecto de la eventual concurrencia de jurisdicciones con competencia para el conocimiento de los hechos, así como del procedimiento judicial en curso actualmente ante las Autoridades de Turquía,** en el que consta el reconocimiento como víctimas y perjudicados de los particulares querellantes en el presente procedimiento, y de la redacción conferida por LO 1/2014 al artículo 23.5 de la LOPJ, **procederá elevar exposición razonada ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo** a los fines legalmente previstos, **en orden a determinar la existencia de un procedimiento en investigación de los hechos por parte de las Autoridades de Turquía -como país con jurisdicción sobre parte del lugar comisión de los hechos- o de Israel -como país de nacionalidad de los querellados-**, con los datos recabados por comisión rogatoria, **al objeto de determinar su disposición a actuar en relación a los mismos,** valoración que excede del ámbito competencial de este Juzgado, y que deberá recabarse de modo preferente a proceder en el sentido indicado en el artículo 7 LO 18/2003, conforme interesa el Ministerio Fiscal, en cuanto a la remisión de testimonio de la causa al Gobierno español para que active el procedimiento de denuncia de los



hechos ante la Corte Penal Internacional, considerando éste el procedimiento más acorde con la tutela efectiva de los derechos de las víctimas y con la interpretación jurisprudencial sobre la regla o criterio de subsidiariedad, así como sobre la aplicación por la CPI del principio de complementariedad con la Jurisdicción de los Estados que rige su actuación, en los términos previamente expuestos.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

DISPONGO

1. ELEVAR EXPOSICIÓN RAZONADA A LA SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL SUPREMO, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 23.5 LOPJ, en los términos expuestos en el Razonamiento Jurídico Tercero de la presente resolución, en orden a determinar la existencia de un procedimiento en investigación de los hechos por parte de las Autoridades de Turquía -como país con jurisdicción sobre parte del lugar comisión de los hechos- o de Israel -como país de nacionalidad de los querellados-, al objeto de determinar su disposición a actuar en relación a los mismos.

A tal fin, adjúntese como anexo a la referida Exposición Razonada la integridad de los particulares que componen las **Comisiones rogatorias remitidas a Turquía e Israel** obrantes en la causa, y confiérase a las partes trámite de alegaciones por cinco días, con carácter preferente a la remisión a la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

2. No ha lugar por el momento a acordar la abstención del presente procedimiento, con su consiguiente sobreseimiento provisional, en mérito a lo razonado en la presente resolución, estándose a la resolución que se dicte por la Sala Segunda del Tribunal Supremo en el trámite previsto en el apartado anterior.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y demás partes personadas, haciéndoles saber que la misma no es firme y que contra ella podrá interponerse recurso de reforma, en el plazo de los tres días siguientes a su notificación.

Así lo acuerda, manda y firma D. Pablo Rafael Ruz Gutiérrez, Magistrado Juez del Juzgado Central de Instrucción número Cinco de los de la Audiencia Nacional.

DILIGENCIA.- Seguidamente se da cumplimiento a lo ordenado, de lo que doy fe.