



Nº General Fiscalía: 01757/2010

DILIGENCIAS PREVIAS Nº 197/2010

JUZGADO DE CENTRAL DE INSTRUCCIÓN Nº 5

AL JUZGADO:

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 KILICLAR, 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 Marmara 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 Turkey**, 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.607bis.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 comissi), bien que hayan actuado por otros elementos de conexión, o bien por que se trate de un órgano penal internacional.**

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

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 lo 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 al 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 noticia 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 al 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 al posibilidad de actuar conforme el art. 7 de la citada ley.

Madrid, 16 de noviembre de 2012

Fdo: Pedro Martínez Torrijos