

MATERIA : **QUERELLA POR DELITOS Y CRÍMENES DE GUERRA**

QUERELLANTE : **FEDERACIÓN PALESTINA DE CHILE**

RUT : 65.422.190-9

DOMICILIO : Av. Kennedy N° 9351, comuna de Las Condes

REPRESENTANTE : **NADIA ELEN GARIB MUSA**

CÉDULA DE IDENTIDAD : 12.026.961-5

DOMICILIO : Av. Kennedy N° 9351, comuna de Las Condes

ABOGADO QUERELLANTE : **NICOLÁS RAÚL PAVEZ CUEVAS**

CÉDULA DE IDENTIDAD : 13.672.529-7

DOMICILIO : Valentín Letelier 1392, oficina 54, comuna de Santiago

CORREO ELECTRÓNICO : npavez@pqa.cl

QUERELLADO 1 : **ASHER GRONIS**, israelí, cédula de identidad se desconoce, juez de la Corte Suprema de Israel, con domicilio profesional en Sha'arei Mishpat St, Jerusalem, 9195001, Israel.

QUERELLADO 2 : **UZI VOLGEN**, israelí, cédula de identidad se desconoce, juez de la Corte Suprema de Israel, con domicilio profesional en Sha'arei Mishpat St, Jerusalem, 9195001, Israel.

QUERELLADO 3 : **NEAL HENDEL**, israelí, cédula de identidad se desconoce, juez de la Corte Suprema de Israel, con domicilio profesional en Sha'arei Mishpat St, Jerusalem, 9195001, Israel.

EN LO PRINCIPAL: Interpone querrela por delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra; **PRIMER OTROSÍ:** Acompaña documentos; **SEGUNDO OTROSÍ:** Patrocinio y poder; **TERCER OTROSÍ:** Delega Poder; **CUARTO OTROSÍ:** Solicitud de diligencias al Ministerio Público; **QUINTO OTROSÍ:** Forma de Notificación que indica.

JUZGADO DE GARANTÍA DE SANTIAGO (5º)

NICOLAS RAUL PAVEZ CUEVAS, abogado, chileno, soltero, cédula de identidad 13.672.529-7, con domicilio en Valentín Letelier 1392, oficina 54, Santiago, a S.S. respetuosamente digo:

Que, en representación convencional conforme se acreditará, de **FEDERACIÓN PALESTINA DE CHILE**, RUT número 65.422.190-9, con domicilio para estos efectos en Avenida Kennedy número 9351, comuna de Las Condes, ciudad de Santiago, otorgadas en virtud de las facultades de su Presidenta **NADIA ELEN GARIB MUSA**, vengo en interponer querrela criminal en contra de **ASHER GRONIS**, Juez de la Corte Suprema de Israel, con domicilio profesional en Sha'arei Mishpat St, Jerusalem, 9195001, Israel; **UZI VOGELMAN**, Juez de la Corte Suprema de Israel, con domicilio profesional en Sha'arei Mishpat St, Jerusalem, 9195001, Israel; y, **NEAL HENDEL**, Juez de la Corte Suprema de Israel, con domicilio profesional en Sha'arei Mishpat St, Jerusalem, 9195001, Israel; por crímenes de Lesa Humanidad, crímenes de Guerra y de los demás delitos que aparezcan en el transcurso de la investigación, en atención a los fundamentos de hecho y de derecho que a continuación se exponen:

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

I. 1. DEL TRIBUNAL COMPETENTE

a. Competencia de los tribunales chilenos para conocer Crímenes de Lesa Humanidad y Crímenes y Delitos de Guerra. Aplicación en Chile de la Jurisdicción Universal.

Sin perjuicio de lo que se expondrá en los apartados sucesivos, resulta esencial realizar un primer análisis para establecer la competencia de los Tribunales chilenos respecto de los delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra ocurridos fuera del territorio nacional en que se basa la presente querella.

El artículo 6º del Código Penal (CP) establece la regla general referida a la competencia de los Tribunales nacionales para conocer de delitos perpetrados fuera del territorio de la República, al disponer que *“Los crímenes o simples delitos perpetrados fuera del territorio de la República por chilenos o extranjeros, no serán castigados en Chile sino en los casos determinados en la ley”*.

El Código Orgánico de Tribunales (COT) en su artículo 6º establece que *“Quedan sometidos a la jurisdicción chilena los crímenes y simples delitos perpetrados fuera del territorio de la República que a continuación se indican: (...) 8º Los comprendidos en los tratados celebrados con otras potencias;”*. Esta disposición constituye uno de aquellos casos, excepcionales, a que se refiere el ya citado artículo 6 del CP (*“(...) no serán castigados en Chile sino en los casos determinados en la ley”*).

En lo referido a los Tratados, cabe destacar, lo dispuesto en los incisos primero, segundo y tercero del artículo 146 del IV Convenio de Ginebra, suscrito y ratificado por Chile, relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, que establece que *“Las Altas Partes contratantes se comprometen a tomar todas las*

*medidas legislativas necesarias para fijar las sanciones penales adecuadas que hayan de aplicarse a las personas que **cometieren o diesen orden de cometer, cualquiera de las infracciones graves al presente Convenio** que quedan definidas en el artículo siguiente. **Cada una de las Partes contratantes tendrá la obligación** de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, **una cualquiera de dichas infracciones graves, debiendo hacerlas comparecer ante los propios tribunales de ella, fuere cual fuere su nacionalidad.** Podrá también, si lo prefiriese, y según las condiciones previstas en su propia legislación, entregarlas para enjuiciamiento a otra Parte contratante interesada en el proceso, en la medida que esta otra Parte contratante haya formulado contra ellas suficientes cargos.*

Cada Parte contratante adoptará las medidas necesarias para que cesen los actos contrarios a las prescripciones del presente Convenio, aparte de las infracciones graves que son definidas en el artículo siguiente.” (el énfasis es nuestro)

En relación a lo anterior, el artículo 147 del mismo Convenio dispone que son infracciones graves “(...) *las que implican cualquiera de los actos siguientes, **si se cometieren contra personas o bienes protegidos por el Convenio:** homicidio adrede, tortura o tratos inhumanos, incluso experiencias biológicas, causar intencionalmente grandes sufrimientos o atentar gravemente a la integridad física o a la salud, las deportaciones y traslados ilegales, la detención ilegítima, coaccionar a una persona protegida a servir en las fuerzas armadas de la Potencia enemiga, o privarla de su derecho a ser juzgada normal e imparcialmente según las estipulaciones del presente Convenio, la toma de rehenes, **la destrucción y apropiación de bienes no justificadas por necesidades militares y ejecutadas en gran escala de modo ilícito y arbitrario.***” (el énfasis es nuestro), encuadrándose los hechos que fundan la presente querella en esta hipótesis, como se expondrá en detalle en los acápite que siguen.

A este respecto, cabe tener a la vista lo resuelto por la Excelentísima Corte Suprema de Chile en Sentencia Rol 17.393-2015, de fecha 18 de noviembre de 2015, conociendo sobre la apelación del Recurso de Protección caratulado “John Benedict Londregan y otro a favor de Leopoldo López”, a saber:

El fallo reconoce como un principio elemental de la jurisdicción de los Estados, la territorialidad, entendida como un reconocimiento a su soberanía nacional para juzgar los hechos que acontecen en su territorio. No obstante, esto, establece que *“en ciertos casos de singular importancia y trascendencia para la pervivencia de la propia comunidad internacional, ésta ha permitido excepcionalmente la aplicación del principio de extraterritorialidad, o sea, la potestad de juzgar los hechos que acontezcan fuera de los límites políticos de los Estados, **sin que medie un tratado vinculante y sin que existan nexos de otra naturaleza, como el de la nacionalidad.**”* (el énfasis es nuestro)

Así, la Excma. Corte Suprema reconoce en esta sentencia el principio de jurisdicción universal que debe ser especialmente observado dada la gravedad de los delitos que deben ser perseguidos en orden a la necesidad de protección de la comunidad internacional toda, por cualquier Estado y cualquiera sea la nacionalidad de los afectados, lo cual se ve reafirmado al citar dentro de las fuentes de derecho para reconocer validez a la jurisdicción universal, el derecho de los tratados y establecer que *“(...) **la vigencia de los derechos esenciales de la persona humana a que ellos aluden, sólo es posible si se autoriza y hasta obliga a los Estados a su cabal ejercicio a través de sus tribunales nacionales.**”* (el énfasis es nuestro)

En este sentido, es la misma Corte la que no sólo reconoce la obligación de intervenir, como parte del Estado, en la protección de derechos universalmente reconocidos sino que toma por sí misma el ejercicio de esta facultad-deber argumentando que, en conformidad a la doctrina, esto debe responder al cumplimiento de ciertos requisitos como: i) que los Tribunales de otro país sólo pueden actuar cuando los del lugar de los hechos no lo hagan; ii) que la jurisdicción y subsecuente competencia emanen de una fuente idónea del derecho internacional; y, iii) que la legislación nacional a aplicar no contradiga el derecho internacional.

Si se realiza el mismo ejercicio que llevó a cabo la Excma. Corte, contrastando estos requisitos con el caso de autos, es posible concluir que:

- i) Los Tribunales del lugar de los hechos no sólo no han actuado en proteger los derechos, sino que los hechos que se denuncian como constitutivos de delitos y

crímenes de Guerra, han sido llevados a cabo por los tres Ministros del Tribunal Supremo de Israel querellados, actuando con al menos cierta connivencia con los propósitos políticos del gobierno local;

ii) Al igual que en el caso planteado por la Corte, la jurisdicción y competencia que se le atribuye a este Tribunal *“proviene de una fuente reconocida del derecho internacional, como son los tratados señalados y el jus cogens sustrato de toda la normativa mundial.”*; y,

iii) *“La legislación de Chile se encuentra en completa armonía con el señalado derecho internacional.”*

Finalmente, se debe destacar el Considerando Octavo de la sentencia en comento, que establece “Que, en Chile, la referida jurisdicción universal se recoge en el inciso 2 del citado artículo 5° de nuestra Constitución: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.”

De lo expuesto resulta evidente que, si bien como norma general sólo quedan bajo la jurisdicción de los Tribunales chilenos los crímenes y simples delitos cometidos en el territorio de la República, existen excepciones establecidas por la ley como es el caso de aquellos comprendidos en Tratados celebrados con otras potencias.

En el caso que se plantea en la presente querella, como se ha ya señalado, se denuncian crímenes de lesa humanidad y de guerra, que habrían cometido tres jueces de la Corte Suprema de Israel, en conformidad a lo dispuesto a los Convenios de Ginebra, con sus Protocolos Adicionales y al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, vigentes en Chile y, además, a la Ley 20.357 que tipifica los crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes y delitos de guerra, publicada en el Diario Oficial el 18 de julio de 2009.

b. Competencia a nivel nacional

Ahora bien, establecida la competencia de los Tribunales chilenos para conocer de los delitos ya descritos, cabe determinar en específico el tribunal competente (competencia relativa).

El Código Orgánico de Tribunales dispone en el artículo 167 que *“Las competencias propias de los Jueces de Garantía y de los Tribunales Orales en lo Penal respecto de los delitos perpetrados fuera del territorio nacional que fueren de conocimiento de los tribunales chilenos serán ejercidas, respectivamente, por los Tribunales de Garantía y Orales en lo Penal de la jurisdicción de la Corte de Apelaciones de Santiago, conforme al turno que dicho tribunal fije a través de un auto acordado”*.

El referido Auto Acordado, dictado por la Corte de Apelaciones de Santiago con fecha 22 de mayo de 2007, dispone el turno mensual en que los Tribunales de Garantía y de Juicio Oral en lo Penal, de la jurisdicción de dicha Corte, conocerán de los delitos perpetrados fuera del territorio nacional, comenzando en julio de 2007 por el Primer Juzgado de Garantía de Santiago y el Primer Tribunal Oral en lo Penal, para seguir con esta distribución de forma correlativa.

Siguiendo esta forma de turnos y en atención a la fecha de presentación de esta querella, corresponde su conocimiento y fallo al 5º Juzgado de Garantía de Santiago.

I. 2. DE LA TITULARIDAD DE LA ACCIÓN

En conformidad al artículo 108 del Código Procesal Penal, *“Se considera víctima al ofendido por el delito”* y el literal b) del artículo 109 del mismo cuerpo legal dispone que *“La víctima podrá intervenir en el procedimiento penal (...) y tendrá, entre otros, los siguientes derechos: (...) b) Presentar querella;”*.

En este sentido, cabe referirse a la condición de víctima que, en conformidad a los Convenios de Ginebra tienen aquellas personas protegidas por éstos, cuando se ven

alcanzadas por infracciones calificadas de graves, como “(...) ***la destrucción y apropiación de bienes no justificadas por necesidades militares y ejecutadas en gran escala de modo ilícito y arbitrario.***”.

Es decir, **TODA PERSONA PROTEGIDA QUE SE VE ALCANZADA POR AQUELLAS INFRACCIONES GRAVES** que se describen, son víctimas.

En este caso en particular cabe señalar, que desde el año 1985 la **FEDERACIÓN PALESTINA DE CHILE** viene cumpliendo un rol fundamental en la representación de la numerosa comunidad palestina en Chile ante los distintos estamentos nacionales, actuando en los ámbitos político, cultural y social, siempre trabajando la Causa en torno a la construcción de un Estado Palestino y el establecimiento de su autodeterminación frente a la ocupación militar israelí que se ha mantenido por más de seis décadas.

A su vez, la institución actúa como representante de la Comunidad Palestina de Chile ante la Organización para la Liberación de Palestina (OLP), actualmente, único y legítimo representante del Pueblo Palestino, ante la Autoridad Nacional Palestina, en los Territorios Ocupados y ante cualquier otra organización palestina en el mundo.

La Federación Palestina de Chile está dedicada a promover la hermandad entre los pueblos chileno y palestino, como también, a promover la defensa y el respeto de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional en todas partes del mundo y, muy especialmente, en Palestina. A la vez, promueve el mutuo conocimiento, la mantención, el rescate, desarrollo y generación de una adecuada síntesis entre continuidad y transformación entre las identidades culturales palestina y chilena. Dentro de sus federados se encuentran organizaciones sociales, políticas, religiosas, culturales y de beneficencia, que adhieren a los principios y objetivos que promueven.

Así mismo, la labor se centra en realizar acciones concretas que puedan hacer comprender al Pueblo y autoridades Chilenas del inmenso dolor que provoca una ocupación militar extranjera y la colonización de los Territorios Palestinos Ocupados, ello acompañado de miles de palestinos que han perdido la vida o salido al exilio.

Esta parte entiende que posee la legitimación activa que emana no sólo de la descripción de la Federación Palestina como organización social y el rol que ha desempeñado en Chile y el mundo, sino que en el ejercicio de las atribuciones que le mandata el propio Estatuto de la Federación, la que autoriza para ejercer las acciones legales en representación de una comunidad cuyos miembros en su inmensa mayoría tienen descendientes y ascendientes en el Municipio de Beit Jala (Palestina), Valle del Cremisan, donde ocurren los hechos que motivan la presente querella.

En este sentido, los Estatutos de la Federación, que se acompañan en un otrosí de esta presentación, establecen como parte de sus objetivos el difundir y colaborar en forma permanente todo en cuanto diga relación ***“...con las circunstancias actuales del pueblo palestino”*** y, para ello contempla expresamente en su artículo cuarto, que ***“para el logro de los objetivos señalados en la cláusula precedente, la corporación podrá recurrir a todos los medios que sean aptos para ello, dentro del más absoluto e irrestricto respeto a la ley (...)”***

En cuanto a la atribución de la querellante para concurrir con la presente acción, es en virtud de su calidad de Presidenta lo cual se expresa en el artículo cuadragésimo segundo de los Estatutos: ***“corresponde especialmente al presidente: a) representar judicial y extrajudicialmente a la Corporación”***.

Asimismo, nos parece relevante señalar que en el Informe de la Comisión Mixta, Discusión Particular, artículo 135 (108) del Código Procesal Penal, se indicó: ***“Por razones de precisión técnica, es preferible referirse al ofendido por el delito sin anteponerle el adverbio “directamente”, porque hablar de “directamente ofendido” puede hacer pensar que la víctima es un concepto distinto de la noción de ofendido. La supresión de ese término, en cambio, disipa cualquier inquietud en cuanto al sentido de ambas expresiones”***

Esta parte estima que el legislador, de esta forma, contempló una hipótesis de legitimación activa, donde se entiende como ofendido por el delito a una persona jurídica como la Federación Palestina de Chile y en este sentido lo ha indicado la Corte de Apelaciones de Santiago, con fecha 10 de mayo de 2013 (Causa Rol 798-2013), al

señalar que el artículo 108 del Código Procesal Penal designa como “víctima” al “ofendido por el delito”, sin limitar dicha calidad únicamente a las personas naturales, por lo que es perfectamente factible que una persona jurídica detente el carácter de tal.

En el plano internacional ha de tenerse presente la “Declaración sobre los Principios Fundamentales de la Justicia para víctimas del delito y del abuso del poder” proclamada el día 29 de noviembre de 1985 por la Resolución 4034 de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas que establece:

“Víctimas de delitos. Se entenderá por "víctimas" las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera, o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder”.

Es decir, el concepto de víctima según el Derecho internacional y la citada declaración es mucho más amplio que el tradicionalmente aplicado y ello porque en la mencionada Declaración se busca proteger a la sociedad en su conjunto cuando existan manifiestas violaciones de derechos fundamentales que afectan, generando sufrimiento emocional y menoscabo de los derechos fundamentales como de los abusos del poder.

De esta definición, no cabe duda que, “víctima” puede ser un individuo **o colectividad**, incluyendo grupos, clases **o comunidades de individuos**, corporaciones económicas o comerciales y **grupos u organizaciones** políticas como ocurre en el caso de la Federación Palestina de Chile.

Incluso más, la importancia que comienza a darse al papel de la víctima, en el derecho internacional, permite que esta figura sea contemplada en los procesos penales como **parte esencial para la integración de las investigaciones y para la apreciación del esquema total del crimen**. En el caso que nos ocupa, quien mejor puede ayudar a la “apreciación del esquema total del crimen es, precisamente, la Federación Palestina de Chile que, entre otras cosas, representa a los palestinos de aquí y de allá.

En el Estatuto de Roma y para los fines del mismo, por “víctima” se entiende a las personas naturales que hayan sufrido un daño, como consecuencia de la comisión de algún crimen de la competencia de la Corte.

Y, de acuerdo al propio Estatuto y las directrices emanadas de la Corte Penal Internacional, por “víctimas” también podrán entenderse las organizaciones o instituciones que hayan sufrido daños directos a alguno de sus bienes que esté dedicado a la religión, la instrucción, las artes, las ciencias, o la beneficencia y a sus monumentos históricos, hospitales y otros lugares u objetos que tengan fines humanitarios. Lo cual, sin duda, es de aplicación al presente caso si tenemos en consideración no solo los estatutos de la Federación sino el amplio abanico de actividades que, anualmente, despliegan en el conjunto de los territorios del Estado Palestino Ocupado y, especialmente, en la zona de Cremisán.

Sin perjuicio de lo anterior, la moderna conceptualización ha ampliado el concepto de víctima y, especialmente, cuando se trata de los más graves delitos que conoce el ordenamiento internacional. De los crímenes de guerra y lesa humanidad somos víctimas todos los ciudadanos e incluso aquellos que no los hemos sufrido directamente; en el caso que nos ocupa nadie puede negar la condición de víctima a la Federación Palestina de Chile porque en el conjunto de sus miembros sufren desde, como mínimo, un perspectiva emocional los hechos que se perpetran en contra del pueblo palestino; en el caso de Cremisán víctimas son los propietarios de las tierras, los estudiantes que se ven impedidos de acudir a la escuela, los feligreses que ven

restringido su acceso a la Iglesia y todo aquel que siente y padece lo que allí sucede como propio.

I. 3. DE LOS QUERELLADOS

La **letra c) del artículo 113 del Código Procesal Penal** dispone que será requisito de la querella contenga *“El nombre, apellido, profesión u oficio y residencia del querellado o una designación clara de la persona, si el querellante ignorare aquellas circunstancias. Si se ignoraren dichas determinaciones, siempre se podrá deducir querella para que se proceda a la investigación del delito y al castigo del o de los culpables;”*.

El Estatuto de Roma (Estatuto) dispone que serán responsables de los crímenes que en él se tipifican, las autoridades políticas y militares sin consideración o inmunidad alguna; a ese respecto ha de tenerse presente las siguientes normas:

Artículo 25:

1. De conformidad con el presente Estatuto, la Corte tendrá competencia respecto de las personas naturales.

2. Quien cometa un crimen de la competencia de la Corte será responsable individualmente y podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto.

3. De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien:

a) Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable;

b) Ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa;

c) Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión;

d) Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. La contribución deberá ser intencional y se hará:

i) Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte; o

ii) A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen;

e) Respecto del crimen de genocidio, haga una instigación directa y pública a que se cometa;

f) Intente cometer ese crimen mediante actos que supongan un paso importante para su ejecución, aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a su voluntad. Sin embargo, quien desista de la comisión del crimen o impida de otra forma que se consume no podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto por la tentativa si renunciare íntegra y voluntariamente al propósito delictivo.

4. Nada de lo dispuesto en el presente Estatuto respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales afectará a la responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional.

Por su parte el artículo 27 establece que:

1. El presente Estatuto será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial. En particular, el cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá per se motivo para reducir la pena.

2. Las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella.

Así las cosas S.S., atendidas las calidades – que señalamos respectivamente - de las personas que estimamos responsables de los delitos señalados, a continuación, hacemos designación clara de las personas en contra quienes ejercemos esta acción y los domicilios a efectos de localización, de que disponemos:

- **ASHER GRONIS**, Juez de la Corte Suprema de Israel, con domicilio profesional en Sha'arei Mishpat St, Jerusalem, 9195001, Israel.
- **UZI VOGELMAN**, Juez de la Corte Suprema de Israel, con domicilio profesional en Sha'arei Mishpat St, Jerusalem, 9195001, Israel.
- **NEAL HENDEL**, Juez de la Corte Suprema de Israel, con domicilio profesional en Sha'arei Mishpat St, Jerusalem, 9195001, Israel.

Y todos aquellos otros que resulten responsables de los delitos objeto de la presente querella y que se logren determinar en el curso de la investigación.

I. 4. RESUMEN EJECUTIVO

Por razones de claridad expositiva, hemos considerado necesario realizar una breve exposición del contenido de la presente querella con una sumaria descripción de los hechos, sus responsables y la calificación jurídica que, a nuestro mejor entender, les correspondería y, ello, sin perjuicio del desarrollo detallado y sistemático que realizaremos a lo largo de la presentación.

Dentro de un plan sistemático ideado por el Estado de Israel para la completa anexión de los territorios propios del Estado Palestino Ocupado y, en el marco y contexto de la ocupación de ejecuta Israel sobre el territorio y la población palestina, la construcción de un Muro ilegal ha servido como excusa para, paulatinamente anexionarse más y más terrenos y, al mismo tiempo, ir segregando y aislando a la población palestina en reducidas zonas, privándola de sus más esenciales derechos.

Parte fundamental de esta política de ocupación y anexión de territorios se ha venido realizando con la participación activa no solo de las autoridades políticas y militares sino, también y especialmente, con la de las autoridades judiciales israelíes que son, en definitiva, quienes dan una apariencia de sustento o amparo legal a actos que, a ojos vista del Derecho Internacional, resultan constitutivas de crímenes de guerra y lesa humanidad.

En el caso en particular, son los querellados quienes crean, mediante sus resoluciones, un andamiaje jurídico que pretende dar imagen de legal a aquello que es claramente criminal.

En ese contexto, y en virtud de ese papel activo que desempeñan jueces y fiscales a la hora de amparar los más atroces crímenes que conoce el ordenamiento jurídico internacional, se enmarcan los hechos objeto de la presente querella.

Las autoridades encargadas de materializar la ocupación de los territorios del Estado Palestino Ocupado procedieron a ordenar la incautación de una serie de tierras, bienes

e instalaciones pertenecientes a un elevado número de habitantes de la zona de Cremisan, en Beit Jala (Palestina) así como de la propia Iglesia Católica y Monasterio de dicha localidad.

Tal decisión fue recurrida por aquellos afectados que viven en Palestina y, a través de un extenso y tortuoso proceso legal (cuyos detalles se incluyen en los Hechos de la presente querella) sustentado ante la Corte Suprema de Israel y compuesta por los aquí querellados (los jueces Asher Gronis, Uzi Vogelman y Neal Hendel), se determinó que dichas incautaciones de tierras, bienes y derechos podía llevarse a efecto.

El objetivo de dichas incautaciones, como se acreditará en esta querella, no era otro que poder levantar un muro ilegal en territorio del Estado Palestino Ocupado para, posteriormente, construir una autopista que permita una rápida y constante comunicación entre dos asentamientos de colonos israelíes ilegalmente establecidos en el citado territorio del Estado Palestino Ocupado¹

Por tanto, se trata de la incautación y construcción de infraestructuras permanentes, carentes de cualquier valor militar o defensivo, cuya finalidad no sólo es dar mayores comodidades a la población ocupante sino, al mismo tiempo, privar de derechos fundamentales - de sus más básicos Derechos Humanos - a la población ocupada.

Mediante la construcción de dichas edificaciones se ha procedido a la incautación de propiedad privada – de palestinos y de chilenos - por parte de la potencia ocupante, a la restricción de la libertad de movimiento de la población ocupada, a la privación de las posibilidades laborales y de desarrollo económico de la población ocupada, a la destrucción de infraestructuras civiles propiedad de palestinos, a la destrucción de bienes de interés cultural y económico así como a la restricción de los derechos de paso y de acceso a la educación de un amplio sector de la población civil palestina en dicha zona.

¹ Usamos el término Estado Palestino Ocupado, porque Palestina ha sido admitida como Estado observador en Naciones Unidas y diversas resoluciones de Naciones Unidas definen estos territorios como propios del Estado Palestino Ocupado

Como si lo anterior no fuese bastante, la autorización dada por los querellados para realizar tales acciones ha conllevado, igualmente, una seria restricción para el desarrollo de las actividades religiosas de la población palestina de la zona, mayoritariamente cristiana y cuyo centro de culto lo constituyen la Iglesia y el Monasterio de Cremisán.

La consecuencia, y objetivo final, de tales medidas no es otra que provocar directa o indirectamente el desplazamiento forzado de la población civil del Estado Palestino Ocupado a favor del constante y paulatino asentamiento de la población civil de la potencia ocupante en esos territorios.

Cremisán se enmarca dentro del ámbito del Municipio de Beit Jala, uno de los lugares de procedencia de la mayor parte de los palestinos afincados en Chile y que, por razones obvias y de lazos afectivos, familiares, culturales, religiosos y económicos, se ven igualmente afectados por los hechos objeto de la presente querella.

Los hechos, como se podrá comprobar en el cuerpo de la presente querella y de los documentos acompañados, son constitutivos de crímenes de guerra y lesa humanidad de los cuales, y sin perjuicio de posteriores investigaciones, serían responsables, entre otros, los jueces Asher Gronis, Uzi Vogelmann y Neal Hendel que han dado apariencia de legalidad a algo que, como se podrá comprobar, no son más que unos actos que tanto el ordenamiento jurídico chileno como el internacional califican como crímenes de guerra y lesa humanidad y todo ello sin perjuicio de que parte de los mismos, igualmente, serían constitutivos de un crimen de apartheid según establece el Estatuto de Roma.

II. DE LOS HECHOS

II. 1. HECHOS

El 19 de marzo de 2006 el Director General del Ministerio de Defensa de Israel dictó una orden de incautación (Orden 490-06-62) sobre varios terrenos agrícolas del Valle de Cremisán para permitir la construcción de una valla de 1,5 kilómetros de largo que permitiera conectar otras secciones del Muro ilegal construido por Israel en Cisjordania, es decir conectar distintos asentamientos ilegales ubicados en Cisjordania, específicamente, en territorio del Estado Palestino Ocupado.

Según la orden militar original, el Muro debía pasar frente al Convento, lo que dejaba al Convento cristiano y al colegio de la ciudad del lado israelí del muro y a la comunidad a la que sirven, del lado Palestino del muro.

Igualmente, la orden emitida por las autoridades militares israelíes establecía que el Muro debía contar con una zona de paso dotada de vigilancia militar a la entrada del Convento y del colegio para permitir el paso de alumnos, profesores y otros empleados del complejo religioso.

Ello implicaba dejar bajo completo control militar israelí la asistencia de los alumnos al colegio ya que hubieran requerido de un permiso especial para asistir al colegio además de verse sometido a los controles y horarios de las zonas de paso habilitadas, así como una indebida e ilegal limitación del derecho de culto de los cristianos de la zona.

El trazado del Muro previsto en dicha orden militar se separaba de la denominada "Línea Verde"² correspondiente a la frontera establecida en 1967 varios metros, situándose plenamente en territorio del Estado Palestino Ocupado. En total, una serie de hectáreas de terrenos de cultivo quedarían del lado israelí, varias de ellas pertenecientes al complejo religioso de Cremisán y el resto a distintos habitantes de

² Este término se corresponde, en realidad con la frontera de 1967 que es el marco territorial, que, desde esa fecha, corresponde al Estado Palestino Ocupado.

Beit Jala, municipio colindante con la histórica ciudad de Belén, afectando no solo a dichos individuos sino al conjunto de la comunidad cristiana de Beit Jala. La sección del Muro estaría compuesta de una construcción de hormigón y de una valla metálica.

Aunque Israel siempre ha sostenido que el principal motivo de su construcción eran cuestiones de seguridad, lo cierto es que su principal o único objetivo **no es otro que el de unir los asentamientos ilegales de Gilo y Har Gilo, anexionando a su paso todo el territorio entre éstos, de gran valor ecológico y rico en recursos naturales, todo ello violando la legalidad internacional**. Es decir, se trata de la construcción de unas determinadas infraestructuras permanentes, en territorio por la potencia ocupante a fin de establecer, de manera definitiva, unos asentamientos ilegales dentro del territorio del Estado Palestino Ocupado.

La decisión afectó a un sin número de personas y, de ellas, hay un total de 144 propietarios de terrenos de cultivo³, que recurrieron la decisión militar y unilateral israelí ante el Comité de Apelación de la autoridad ocupante. Obviamente, **muchos de los afectados, y aquí querellantes, no pudieron recurrir las decisiones por residir de forma permanente en Chile y no permitírsele dicho ejercicio legal en la Jurisdicción de Israel** que, como se verá, tampoco es que sea garantía de nada.

Si bien la lista de afectados directos por estos hechos es muy extensa, incluyendo a mi mandante, hemos considerado oportuno, en este punto y momento, establecer cuáles de ellos han sido los que pudieron recurrir las decisiones lo cual hicieron en la confianza de conseguir una resolución judicial ajustada a las normas de derecho internacional aplicables a un caso como este, fueron⁴:

1. Hanna Abu Shaybeh
2. Ibrahim Saliba Abu Awad
3. Omar Al J'eidi
4. Nuha Sliman Kaplanyan
5. Hanna Yaqoub Qysieh
6. Mahmoud Muhammad Hamamra

³ The Last Nail in Bethlehem's Coffin: The Annexation Wall in Cremisan (2015), Anex 3.

⁴ Según datos aportados por la Municipalidad de Beit Jala.

7. Ahmad Muhammad Hamamra
8. Yaqoub Saleem Abu 'Amsha
9. Khadir Jabra Ruzqallah
10. Layla Awad Ghniem
11. Emyl Jaddalah Khamashta
12. Samer George Abu Awad
13. Jeries Jabra Al Hadweh
14. Jabra Jeries Al Hadweh
15. Saqir Muhammad Ramadan
16. Ryad Faryd Abu Muhor
17. Ni'meh Napoleon Abu Muhor
18. Judeh Sim'an Al A'raj
19. George Eid Al Hadweh
20. Saba Anton Al Hadweh
21. Geroge Issa Al Hadweh
22. Kareem Saba Al Hadweh
23. Carlos Andrwos Al Hadweh
24. Adieb Iskandar Al Hadweh
25. Na;iem Jeris Al Hsyn
26. Maria Jameel Al Hsynat
27. Issa Jameel Khalilyeh
28. Yusif Elias Al Shatleh
29. Odeh Salem Khalilyeh
30. Anton Yusif Duqmaq
31. Sami Zakharia Zryneh
32. Nakhleh Elias Zryneh
33. Mussa Emyl Saba
34. Nael Anton Salman
35. Waleed Na'iem Salman
36. Jadallah Hanna Shhadeh
37. Rami Ibrahim Al Saras
38. Jamal Naji Al 'Arja

39. Fakhri Habeeb Ghniem
40. Femya Andrawos Qusta
41. George Bishara Lolas
42. Murqos Fuad Al Mukarkir
43. Johnny Nikola Al Mukarkir
44. Sami Farah AL Mukarkir
45. Farah Yusif Al 'Alam
46. Nikola Saleem Al 'Alam
47. Demyan Hanna Al 'Alaam
48. Khalil Ibrahim Hamideh
49. Nikola Khristo Vazdiki
50. Khristo Nikola Vazdiki
51. Salih Muhammad Yaghmour
52. Sa'di Ibrahim Hmydan
53. Jihad Ibrahim Hmydan
54. Sameer Muhammad Yaghmour
55. Hanneh Khalil Al Tyet
56. Ra'ouf Hanna Al Tyet
57. Victor Hanna Hani (Jwyjat)
58. Nader Zakaria Abu Ghattas
59. Jameel Jadallah Khalilyeh
60. Loryes Jameel Khaliliyeh
61. Saliba Zydan Zydan
62. Issa Yusef Al Shatleh
63. Nakleh Farah Abu Eid
64. Dahoud Hanna Ghniem
65. Yusef Saleem Al Masou
66. Violet Yusef Awwad
67. Elias Mikhael Abed Rabo
68. Anton Hanna Al Tyet
69. Sameer (Nasri) Hanna Al Najjar

70. Issa Basiel Zu'orob
71. Antn Jabra Al Hadweh
72. George Mussa Mitwasi
73. Nadeem Jeris Al Hadweh
74. Naseem Jeris Al Hadweh
75. Khalil Elias Ruzqallah
76. Khadir Anton Jwyjat
77. Nabeel Jabra Rabi'
78. Fuad Zakharia Zryneh
79. Layla Jabra Khalilyeh
80. Mussa Jameel Saba
81. Geroqe Mikhael Rishmawi
82. Waleed Naiem Qysieh
83. Imad Geroqe Qysieh
84. Yusri Salem Qysieh
85. Taghreed Qysieh
86. Rami Issa Qysieh
87. Mussa Nabih Qysieh
88. Salmyeh Nakhleh Khalilyeh
89. Elias Mitri Abu Ghattas
90. Khadir Nikola Al Alam
91. Ricardo Hani
92. Elias Fatouleh
93. Naiem Al Qsasfeh
94. Iskandar Fareed Abu Rumman
95. Abed Hajhjah
96. Simon Al Hadweh
97. Lamya Al 'Araj Al Arja
98. Tariq George Al Mitwasi
99. Khader Saliba Zidan
100. Bishara Kharoufeh

- 101.Toni Hani
- 102.Victor Hani
- 103.Issa Wahbeh Musleh
- 104.Khristo Al 'Araj
- 105.Bishara Awad
- 106.Majid Mubarak
- 107.Nidal Mubarak
- 108.Carlos Barham
- 109.Issa Myna Zidan
- 110.Abdallah Abu Eid
- 111.Ratib 'Adawi
- 112.Mahmoud 'Adawi
- 113.Hanna 'Amer
- 114.Issa Abu Hanak
- 115.Nader Anton Abu 'Amsha
- 116.Hanna Khalil Al 'Alaam
- 117.Saleh Yusef Kharoufeh
- 118.Hanneh Issa Al Hadweh
- 119.Nikola Anton Kharoufeh
- 120.Eli Idmon Shhadeh
- 121.Idmon Habeeb Shhadeh
- 122.Imad Sliman Al Mukarkir
- 123.Issa Jameel Al 'Alam
- 124.Hanna Yusef Al Tarih
- 125.Sliman Salameh Al Mukarkir
- 126.Jabra Roki Salah
- 127.Na'ela Saba Murad
- 128.Ibrahim Jeris Lolas
- 129.Iskandar Nikol Bader
- 130.Madlain Hanna Mukarkir
- 131.Majid Naji Al 'Arja

- 132. George Farah Al 'Araj
- 133. Pedro Butros Al 'Araj
- 134. Khadir Nikola Al Shatleh
- 135. Mu'ayad Jabra Mitwasi
- 136. Raed Kamil Zryneh
- 137. Jeris Na'iem Zryneh
- 138. Samih Nasyef Zryneh
- 139. Sameer Bishara Kharoufeh
- 140. Sofi Elias Kharoufeh
- 141. Yaqoub Wadee' Al Hsyen
- 142. Usamma Nikola Al Shatleh
- 143. Issa Nakhleh Matar
- 144. Yaqoub Nakhleh Matar

Hemos de insistir, **esta lista no refleja a todos los afectados sino sólo a aquellos que pudieron y ejercitaron los recursos que fueron desestimados por los aquí querellados.**

En 2007 se dictó una nueva orden de incautación (Orden 490-75-07) modificando el trazado del Muro ya descrito. Esta orden fue dictada por las mismas autoridades militares de la potencia ocupante.

A finales de 2010 las monjas del Convento se adhirieron al procedimiento pidiendo un cambio en el trazado del Muro, pues no existía impedimento para que este se construyese en territorio israelí, si se tomaba como cierta la finalidad de su construcción argumentada por los ocupantes.

En 2011 el Ministerio de Defensa Israelí dictó una nueva orden de incautación (Orden 490-11-02) cambiando, una vez más, el trazado del Muro, pero manteniéndolo, siempre, dentro del territorio del Estado Palestino Ocupado.

El nuevo trazado dejaba al Convento del lado Palestino del Muro, pero, sin embargo, seguía separando una gran parte del complejo religioso, al quedar el Monasterio y

parte de las tierras de cultivo del lado Israelí. El Comité de Apelación - órgano interno de revisión, dentro del sistema militar de ocupación - denegó el recurso ante el nuevo trazado ya que éste se había establecido basándose en “*consideraciones operativas*” y el *daño causado era proporcional*.

Ante esta respuesta, el Municipio de Beit Jala y los propietarios afectados interpusieron recurso ante la Corte Suprema de Israel solicitando la revocación de la orden de incautación, la anulación del fallo de la Comisión de Apelación, así como que el Tribunal ordenase el examen de trazados alternativos a la última propuesta ya que ésta no cumplía con los requisitos de razonabilidad ni de proporcionalidad conforme a la legislación internacional.

El municipio y los afectados alegaron que, de mantenerse el trazado del Muro, se provocarían importantes daños: **numerosas casas del municipio quedarían cercadas por el Muro, se dificultaría el paso a los agricultores que verían en peligro su principal fuente de ingresos y medio de subsistencia, el municipio y sus habitantes quedarían desconectados del complejo religioso de Cremisán al cual les unen unos fuertes vínculos tanto culturales como religiosos, además de los daños medioambientales que acarrearía la construcción del Muro, entre otros la tala de olivos milenarios, algunos de ellos de la época romana.**

La “Peace and Security Association”⁵ (PSA) emitió un informe de seguridad ante la Corte Suprema en el que establecía que el trazado propuesto por el Estado de Israel **no reunía los requisitos de proporcionalidad y tampoco proporcionaba la seguridad adecuada**. La PSA proponía en su informe una ruta alternativa argumentando que ofrecería unos mejores niveles de seguridad a la vez que causaría un menor daño y un perjuicio más proporcionado a los habitantes de Beit Jala ya que no les separaría de sus tierras de cultivo (que constituyen su principal sustento) y no tenían por lo tanto

⁵ Peace and Security Association es una asociación que representa a cientos de expertos en seguridad, veteranos del Ejército de Israel, del Mossad (servicio secreto), del Shin Bet (servicio de seguridad) y de la Policía Israelí y que, por tanto, es una entidad nada sospechosa a la hora de citarla como fuente en un caso de estas características. www.peace-security.org.il

que someterse al restrictivo régimen de permisos que hubiera implicado el trazado elaborado por el Ministerio de Defensa.

La Corte Suprema, de forma absolutamente acrítica, aceptó las objeciones/oposición de la Fiscalía de Israel - no apoyadas en ningún tipo de dato objetivo o informe independiente - a la propuesta de la PSA, sobre la base de que el trazado no reuniría los requisitos de seguridad que originaron la construcción del Muro de ilegal (prevenir ataques terroristas), ataques que nunca se han producido en dicha zona como cualquiera puede contrastar en fuentes abiertas, ya que es un hecho público y notorio.

El Monasterio y el Convento, bajo representación letrada de Zvi Avni de la Sociedad de Saint Yves⁶, se sumaron al recurso presentado ante la Corte Suprema por el municipio de Beit Jala y los propietarios afectados.

Además de sumarse a las consideraciones realizadas por éstos, **alegaron que el trazado propuesto separaba a las dos órdenes religiosas entre sí, de sus propias comunidades y de sus tierras de cultivo violando el acuerdo entre Israel y el Vaticano**⁷. Es decir, no sólo existía una violación del Derecho Internacional, *stricto sensu*, sino que, además, una violación de un tratado como el referido entre el Vaticano e Israel.

El 21 de Julio de 2013 la Corte Suprema rechazó, de forma inopinada y saltándose cualquier norma de Derecho Internacional aplicable a un caso de ocupación militar, los argumentos esgrimidos por los propietarios y el municipio de Beit Jala, aunque aceptó - de forma matizada - los expuestos por la comunidad religiosa. Por ello, emitió una orden de suspensión cautelar de los trabajos de construcción del Muro en la zona hasta que se pronunciara de manera definitiva el Tribunal.

El 3 de Febrero de 2014 la Corte Suprema dictó una orden provisional y condicionada (denominada "*order nisi*") pidiendo al Ministerio de Defensa que presentara sus argumentos en contra del diseño de un trazado alternativo al aprobado.

⁶ La Sociedad de St. Yves es el Centro Católico para los Derechos Humanos dependiente del Patriarcado Latino de Tierra Santa.

⁷ Acuerdo de 20 de diciembre de 1993.

El 4 de Agosto de 2014 la Corte Suprema concluyó que tanto el Monasterio como el Convento debían de permanecer en la parte Palestina del Muro y por lo tanto era necesario modificar el trazado del Muro.

El 7 de Agosto de 2014 el Tribunal "*pidió*" al Ministerio de Defensa que considerara varias opciones que permitían al Monasterio y el Convento permanecer en el lado palestino del Muro.

El 4 de Septiembre de 2014 el Ministerio de Defensa presentó dos trazados alternativos (conocidos como la "*sleeve and envelope alternatives*" - "manguito y sobre"). El primero, dejaba al Monasterio del lado anexionado por Israel y al Convento del lado palestino, pero estableciendo un paso en el Muro para conectar ambos edificios religiosos. El camino que conectaría el Monasterio y el Convento estaría rodeado de alambre de púas.

El segundo trazado dejaba al Monasterio y al Convento del lado palestino, pero a su vez separaba a los Monjes de los viñedos que rodean al Monasterio - principal símbolo del Monasterio y de gran valor ecológico y paisajístico, parte ineludible de su patrimonio histórico-cultural y única fuente de ingresos- que quedaban del lado israelí del Muro.

El **30 de Noviembre de 2014** la Corte Suprema celebró una audiencia para escuchar la opinión de los demandantes acerca de estos dos trazados alternativos y **obligarles a decidir entre uno de ellos**. Es decir, la Corte Suprema de Israel, por vía de los aquí querellados, sucumbió a los intereses de la fuerza ocupante y estableció que las alternativas para los civiles palestinos eran una de las dos propuestas realizadas por la autoridad militar israelí, ninguna de las cuales respetaba el Derecho Internacional aplicable al caso.

Tanto el municipio de Beit Jala y los propietarios de las tierras de cultivo, como el Monasterio y el Convento rechazaron rotundamente ambas propuestas por no ajustarse a la legalidad internacional. La Corte Suprema de Israel, en violación de las normas que debía aplicar, en ningún momento barajó la posibilidad de que la construcción de esta parte del Muro fuese completamente ilegal y obligó a los

afectados a decantarse por una u otra solución, ambas ilegales y contrarias a los Convenios de Ginebra, al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y del tratado suscrito entre Israel y el Vaticano.

El 8 de Enero de 2015 se elevó una petición a la Corte Suprema para aportar nuevas pruebas sobre el caso, consistente en una entrevista emitida en televisión en que el alcalde de Gush Eztion y director del colegio de la misma localidad mostraban un cambio en su postura sobre el trazado aprobado sobre el Muro, con el que ya no estaban de acuerdo. **El tribunal rechazó la prueba.**

El 2 de Abril de 2015 la Corte Suprema emitió su fallo definitivo sobre este asunto (HCJ 5163/13). **El Tribunal estaba compuesto por los jueces Asher Gronis, Uzi Vogelman y Neal Hendel** que se decantaron por mantener el Convento y el Monasterio del lado palestino del Muro permitiéndoles el acceso a través del Muro a sus tierras de cultivo (viñedos y olivares) a la vez que instaba al Ministerio de Defensa reconsiderar el trazado para la sección del Muro objeto de recurso. **Solo un Tribunal sometido o partícipe del régimen de ocupación "insta" a una autoridad civil o militar; un auténtico tribunal resuelve y ordena ejecutar lo resuelto.**

El 29 de Abril de 2015 el Ministerio de Defensa hizo públicos sus planes para la construcción de esta sección del Muro y puntualizó que hasta que el proceso de examen de trazados alternativos en los alrededores del complejo religioso finalizara, se dejaría un espacio de 225 metros sin construir, equivalente al camino que conecta los distintos edificios religiosos.

El municipio de Beit Jala y los propietarios de las tierras de cultivo interpusieron un recurso de urgencia a la Corte Suprema solicitando el cumplimiento de la resolución dictada el 2 de Abril así como que se interpusiera una medida cautelar que prohibiera la continuación de los trabajos de construcción de la sección del Muro objeto de recurso.

El 21 de Junio de 2015, en respuesta a los argumentos del municipio y los propietarios, el fiscal sostuvo que ***“el acceso a la tierra permanecerá libre y tal como se encuentra***

en la actualidad” cosa que dista mucho de ampararse en la legalidad internacional que, en definitiva, es la violada por la resolución de la Corte Suprema de Israel.

El 6 de Julio de 2015 la Corte Suprema denegó el recurso sobre la base de que el trazado y los trabajos de construcción planificados no vulneraban la decisión del Tribunal. Para los querellados lo auténticamente importante no era la legalidad internacional sino el respeto a su propia decisión que, *per se*, vulnera la legalidad internacional. Dicho en otros términos los querellados, como parte fundamental de un régimen ilegal de ocupación, se aseguraron de que su resolución se ejecutase en sus propios términos con omisión de si la misma se ajustaba o no a las normas aplicables a un caso como el que aquí nos ocupa.

El 23 de Julio de 2015 el municipio y los propietarios recurrieron la decisión alegando no haber sido debidamente oídos.

El 30 de Julio de 2015 el Monasterio y el Convento solicitaron que el Tribunal emitiera una orden provisional (*order nisi*, suspensión cautelar) para que dictara una medida cautelar de paralización de las tareas de derribo y construcción de la sección del Muro afectada hasta conocer el trazado completo de dicha sección.

El 9 de Noviembre de 2015 la Corte Suprema celebró la vista de ambos recursos. La fiscalía clarificó que de los 1,2 kilómetros de Muro planificado (sin incluir el espacio de 225 metros sin construir), 500 metros ya habían sido construidos y los trabajos continuarían hasta completar los 700 metros restantes.

El 21 de Enero de 2016 la Corte Suprema denegó ambos recursos contra la construcción del Muro, como no podía ser de otra forma, pues fue la propia Corte Suprema la encargada de establecer que dicho Muro pudiese ser construido. Este, como los anteriores, es un claro ejemplo de que los querellados forman parte del propio sistema de ocupación y que, por tanto, sus decisiones solo irán en una única dirección: justificar y avalar lo injustificable desde la perspectiva del Derecho Internacional.

La sección del Muro terminó de construirse en 2016 con los resultados que se apreciarán en la documentación adjunta.

Sin el amparo legal de la Corte Suprema de Israel, los hechos objeto de querella no habrían sido posibles porque han sido los querellados los que han revestido de la apariencia de legalidad a una acción que, como se fundamentará *ut infra*, **es contraria al Derecho Internacional Humanitario, contraria a las normas contenidas en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y, también, contrarias a las propias normas penales de la República de Chile.**

II. 2. ACTIVIDAD DIPLOMÁTICA

Entendemos que una breve visión sobre la actividad diplomática desplegada en torno a estos hechos permitirá una mejor visión de la irracionalidad de los mismos y la repulsa internacional que estos generan.

La construcción de la sección del Muro que separa el Valle de Cremisán ha provocado una gran preocupación en la comunidad internacional con la consiguiente actividad diplomática al respecto para tratar de incidir en el trazado y evitar que un bien patrimonio histórico-cultural se viera seriamente dañado.

En 2013 la Unión Europea emitió un comunicado expresando su gran preocupación acerca de la construcción del Muro en el Valle de Cremisán y recordando que la Unión respalda la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia.⁸

Los Cónsules en Jerusalén de distintos países Europeos (España, Francia e Italia entre otros) han seguido de cerca todo el proceso y han mostrado en diversas ocasiones su preocupación por el asunto, llevando a cabo diversas gestiones diplomáticas para tratar de reconducir el tema a un marco de respeto del Derecho Internacional.

Igualmente, el Cónsul General Estadounidense en Jerusalén, Michael Ratney, en sus visitas a la zona expresó su sorpresa sobre la decisión del Tribunal Supremo de Israel y

⁸ The Last Nail in Bethlehem's Coffin: The Annexation Wall in Cremisan (2015), Anex 9.

manifestó que haría cuántas gestiones diplomáticas estuvieran en su mano para evitar que el Monasterio y el Convento se convirtieran en una cárcel tanto para las órdenes religiosas como para la comunidad local.

La Conferencia Episcopal en apoyo a la Iglesia en Tierra Santa emitió un comunicado en enero de 2015 mostrando su rechazo al trazado del Muro en Cremisán, así como al programa de expansión de los asentamientos israelí por violar la legalidad internacional, y finalmente haciendo un llamamiento a la resolución pacífica del conflicto.⁹

La Conferencia Estadounidense de Obispos Católicos (US Conference of Catholic Bishops) remitió en Agosto de 2015 una carta al Secretario de Estado Estadounidense, John Kerry, mostrando su gran preocupación sobre el asunto y solicitando que Estados Unidos utilizara todos los medios a su alcance para encontrar una solución.¹⁰

En Febrero, la alcaldesa de Belén, Vera Baboun, se entrevistó con el Papa Francisco. Posteriormente, la delegación de alcaldes del llamado “triángulo cristiano” de Cisjordania (compuesta por la alcaldesa de Belén, el alcalde de Beit Jala y el alcalde de Beit Sahour) fue recibida por el Cardenal Secretario de Estado, Pietro Parolin, a quien le mostraron su extrema preocupación por los efectos de la construcción del Muro en las comunidades cristianas de la zona.

A la fecha actual, el muro no solo se encuentra construido, sino que, de las pruebas que se aportan junto con esta querella, queda evidenciado que el único objetivo de la construcción del mismo era el establecimiento de una autopista que permita unir dos asentamientos israelíes en territorio del Estado Palestino Ocupado que, por definición, constituyen crímenes de guerra.

La construcción del Muro, específicamente en lo que a los hechos de esta querella respecta, se ha producido porque los tres jueces integrantes de la Corte Suprema de Israel - compuesta por los jueces **Asher Gronis, Uzi Vogelman y Neal Hendel**, así lo han

⁹ The Last Nail in Bethlehem's Coffin: The Annexation Wall in Cremisan (2015), Anex 10.

¹⁰ The Last Nail in Bethlehem's Coffin: The Annexation Wall in Cremisan (2015), Anex 8.

permitido dotando de un marco de seudolegalidad a una acción que, sin ambages, representa un crimen de guerra.

El resultado, es decir de la comisión del crimen de guerra, es inescindible de la actuación llevada a cabo por los jueces de la Corte Suprema de Israel - **compuesta por los jueces Asher Gronis, Uzi Vogelmann y Neal Hendel** - quienes, en definitiva, estaban llamados a garantizar la legalidad internacional en los territorios ocupados por el propio Israel.

Son estos tres jueces - **Asher Gronis, Uzi Vogelmann y Neal Hendel** - los que han dotado de un andamiaje de apariencia legal a hechos que constituyen crímenes de lesa humanidad y de guerra, tal cual fundamentaremos *ut infra*.

Asher Gronis no es cualquier Juez, de hecho, habiendo cumplido la edad de jubilación se aprobó una Ley especial que le ha permitido seguir presidiendo la Corte Suprema de Israel. Concretamente, Gronis está jubilado obligatoriamente desde enero de 2015, cuando cumplió 70 años. Al quedar vacante la presidencia del Tribunal Supremo, Gronis ya era demasiado mayor para convertirse en el presidente del Tribunal. Bajo la ley israelí, que entonces existía, un juez del Tribunal Supremo no puede convertirse en el presidente del Tribunal cuando llega el momento de su retiro final o está demasiado cerca. Pero el partido Likud estaba ansioso por tenerle que aprobar una ley especial de habilitación para permitir que se convirtiera en el presidente el Tribunal con las consecuencias que aquí estamos viendo. Sus razones tendrían para tal modificación legal y las mismas han de buscarse en la biografía de este Juez que siempre se ha posicionado a favor de la colonización del Estado Palestino Ocupado y en contra del Derecho Internacional.

A **Uzi Vogelmann** también le avala su trayectoria profesional como persona vinculada a las más duras e injustas condenas pronunciadas en Israel en contra de los palestinos; fue uno de los miembros del Tribunal que en 2015 condenó, en firme, a una serie de palestinos a penas de hasta siete años de prisión por recaudar fondos para programas de bienestar social a realizar en los territorios del Estado Palestino Ocupado. Se trata de un Juez que también ha tenido un papel activo en la política judicial de derribo de

casas palestinas como medida de castigo colectivo frente a actos individuales de determinados ciudadanos palestinos.

Neal Hendel, nacido en Estados Unidos y emigrado a Israel, este juez se ha caracterizado por avalar, de forma sistemática, las llamadas "detenciones administrativas" de ciudadanos palestinos, medida que vulnera el artículo 3 común de las Convenciones de Ginebra. Algunos medios de comunicación conservadores le vinculan, directamente, con una clara postura a favor de los "colonos" israelíes en territorio del Estado Palestino Ocupado.

En definitiva, y tal cual ocurría durante el régimen Nacionalsocialista en la Alemania de Hitler, la Corte Suprema de Israel ha pasado a formar parte del sistema de ocupación transformándose en un elemento esencial del mismo de cara a justificar, dotando de apariencia de legalidad, hechos que, bajo cualquier perspectiva jurídica, son auténticos crímenes de lesa humanidad y de guerra.

III. DEL DERECHO

Hemos considerado oportuno dividir este apartado en dos secciones en función de aquellos fundamentos jurídicos de ámbito internacional y nacional que son de aplicación al caso que nos ocupa.

III. 1. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE DERECHO INTERNACIONAL

Obligación de perseguir e investigar los crímenes internacionales.

La razón de ser de la jurisdicción universal es la de evitar la impunidad de estos crímenes, impunidad que en buena medida se debe a la posición que los autores ocupan en la estructura de poder del Estado; porque **los crímenes de guerra, los de genocidio y de lesa humanidad, la tortura y las desapariciones forzadas comparten una nota común: son crímenes de Estado, en su peor acepción**. De ahí la dificultad, que muchas veces deviene en imposibilidad, de la persecución de los graves crímenes internacionales, ya porque sus autores ejercen el poder, ya porque tienen la capacidad de neutralizar la acción judicial o, **como en el caso que nos ocupa, porque tienen importantes posiciones dentro del aparato judicial del Estado de Israel**.¹¹

Por otra parte, el alcance de los tribunales internacionales es lamentablemente muy limitado, especialmente en relación con los Estados más poderosos que se blindan frente a la acción del derecho internacional para evitar responder de sus crímenes más atroces contra los derechos humanos, cosa que sucede en el presente caso donde Israel no es parte del Estatuto de Roma aún cuando sí lo son tanto Palestina como Chile.

¹¹ Audiencia Nacional, *Caso Al-Daraj*, Voto Particular de 17 Julio 2009.

El ejemplo más significativo son las limitaciones a la jurisdicción de la Corte Penal Internacional que ha provocado que, *de facto*, prácticamente solo actúe en África en relación con las situaciones producidas en los países más pobres del mundo.

Otras posibilidades como los tribunales *ad hoc* requieren de amplios consensos internacionales imposibles de obtener cuando a los que se pretende investigar o perseguir es a los Estados más poderosos o influyentes internacionalmente que se procuran su impunidad a través del uso abusivo de las relaciones internacionales, cosa que ocurre, igualmente, en el caso de Israel.

Por ello, la importancia decisiva de la jurisdicción universal ejercida desde los estados. El derecho internacional obliga a todos los estados, sin excepción, a perseguir los crímenes internacionales más graves, se hayan producido o no en su territorio. Esta obligación de investigar graves violaciones a los derechos humanos es uno de los deberes elementales del Estado para garantizar la tutela de los derechos fundamentales y evitar la impunidad de sus autores.

La investigación judicial permite esclarecer las circunstancias en las que ocurrieron los hechos que generan, además de responsabilidad estatal, responsabilidad penal individual de quienes los cometieron, constituyendo un paso imprescindible para el esclarecimiento de la verdad por parte de las víctimas y la sociedad, así como el castigo de los responsables, la reparación y el establecimiento de medidas que prevengan la repetición de las violaciones a los derechos humanos.¹²

La obligación de perseguir y, en su caso, castigar está reconocida de manera unánime en el derecho internacional en relación con los crímenes internacionales más graves (*international core crimes*) y se extiende a los crímenes de guerra en conflictos armados de carácter internacional, lo mismo en derecho internacional estatutario

¹² Corte IDH. Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124, párr. 153; Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99, párr. 134, y Caso Trujillo Oroza Vs. Bolivia. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2002. Serie C No. 92, párr.s. 99 a 101 y 109.

como consuetudinario. La mayoría de los Convenios Internacionales que conforman el llamado Derecho Internacional Humanitario convencional tienen una aceptación universal, ya que han sido suscritos por la inmensa mayoría de los Estados. Es un dato ineludible, que diferencia de manera clara el caso que nos ocupa de otros supuestos.

Pero además, la obligación de investigar y perseguir los crímenes internacionales más graves contra los derechos humanos se deriva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, tanto de los instrumentos universales de Naciones Unidas, como del derecho consuetudinario, y también especialmente de los instrumentos de salvaguarda y protección de los derechos humanos de ámbito regional. Así, esta obligación ha sido ampliamente reconocida tanto en el texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y cobra especial relevancia en casos de graves violaciones a derechos humanos como lo son las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada o la tortura. A este respecto **la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reiteradamente manifestado:**

*"La investigación de la violación de determinado derecho sustantivo puede ser un medio para amparar, proteger o garantizar ese derecho. **La obligación de investigar "adquiere particular intensidad e importancia ante la gravedad de los delitos cometidos y la naturaleza de los derechos lesionados"**, incluso hasta alcanzar esa obligación, en algunos casos, el carácter de jus cogens. En casos de ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas, tortura y otras graves violaciones a los derechos humanos, el Tribunal ha considerado que la realización de una investigación ex officio, sin dilación, seria, imparcial y efectiva, es un elemento fundamental y condicionante para la protección de ciertos derechos afectados por esas situaciones, como la libertad personal, la integridad personal y la vida. Se considera que en esos casos la impunidad no será erradicada sin la determinación de las responsabilidades generales –del Estado- e individuales –penales y de otra índole de sus agentes o de particulares-, complementarias entre sí. Por la naturaleza y gravedad de los hechos, más aún si existe un contexto de violación sistemática de derechos humanos, los Estados se hallan obligados a*

realizar una investigación con las características señaladas, de acuerdo con los requerimientos del debido proceso. El incumplimiento genera, en tales supuestos, responsabilidad internacional del Estado".¹³

Aunque después del innegable éxito de la jurisdicción universal en Europa en la década de los '90 del siglo pasado y principio de éste, ha existido una ofensiva contra ella por parte de los Estados más poderosos e influyentes (véanse los casos de Bélgica y España) que la han puesto en peligro, su utilidad actual resulta incuestionable y sigue siendo imprescindible para evitar la impunidad y la tutela universal de los derechos humanos frente a las violaciones más graves de los mismos.

Recordemos que en virtud del principio de jurisdicción universal cualquier Estado puede, y debe, ejercer la jurisdicción ante las ofensas más graves a los intereses de la Comunidad Internacional, que no son otras que los derechos humanos de los ciudadanos, al margen del lugar de ejecución del crimen y de la nacionalidad del autor o de la víctima. Ello marca un paradigma de civilización que afortunadamente algunos estados tienen la valentía de seguir manteniendo, entre ellos, el que alberga el Tribunal al que nos dirigimos en demanda de esta tutela internacional de los derechos humanos.

En todo caso, y a los efectos de lo que aquí interesa, creemos oportuno traer a colación la opinión jurídica emitida por el Profesor Dr. Florian Jessberger¹⁴ respecto a la concurrencia de jurisdicciones al plantearse el presente caso sobre la base del principio de Jurisdicción Universal en otro caso de similares características investigado en España; sobre ello, se pronuncia Jessberger en los siguientes términos:

"En primer lugar, debemos indicar que el Derecho Internacional reconoce distintas formas de jurisdicción criminal. Además del principio de territorialidad, que activa la jurisdicción del lugar donde se cometió el delito, existen diversos principios de jurisdicción extraterritorial, de entre los que debemos destacar el

¹³ Corte IDH. *Caso Ríos y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C, No. 194, párr. 298.

¹⁴ El Profesor Jessberger es catedrático de Derecho Penal Internacional y Comparado en la Universidad Humboldt de Berlín (Alemania) y Co-director del Instituto Franz-von-Liszt de Justicia Criminal Internacional en la misma universidad.

*principio protector, el principio de personalidad activa (o nacionalidad), el principio de personalidad pasiva y el principio de universalidad.*¹⁵

La invocación del principio de personalidad pasiva, es decir, el ejercicio de la jurisdicción basada en la nacionalidad de la víctima, es una cuestión controvertida en Derecho Internacional. Este principio ha sido establecido por numerosos sistemas jurídicos nacionales, así como por tratados internacionales¹⁶, sin embargo, aún no ha sido incluido por algunos Estados en sus legislaciones nacionales. De acuerdo a la opinión mayoritaria, compartida por los autores del presente documento, el hecho de que la víctima posea la nacionalidad de un Estado determinado, es un argumento suficiente para el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial de ese Estado.¹⁷ Sin embargo, debe tenerse en cuenta que en algunos casos, desde el punto de vista del Derecho Internacional, será de aplicación el ejercicio el principio de personalidad pasiva, mientras que de acuerdo con las legislaciones nacionales específicas, puede que sea aplicable el ejercicio de otro principio, como el principio de universalidad.

A diferencia de otros principios de jurisdicción extraterritorial, el principio de universalidad no requiere un nexo específico entre el delito y el Estado de foro, puesto que su activación está únicamente basada en la naturaleza del crimen, sin importar dónde fue cometido, la nacionalidad del (presunto) autor, la nacionalidad de la víctima, o cualquier otra conexión con el Estado que ejerce dicha jurisdicción.¹⁸ Este principio, cuyo origen se encuentra en el Derecho

¹⁵ Cedric Ryngaert, *Jurisdicción en Derecho Internacional*. Oxford: Oxford University Press (2008), pp. 85-133.

¹⁶ Ej., la ley española recoge el principio de personalidad pasiva en el artículo 23.4 y 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) 1/1985, por medio de la Ley Orgánica 1/2009 de 3 de Noviembre; de acuerdo con el artículo 5.1.c) de la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, los Estados están autorizados pero no obligados a establecer su jurisdicción penal basándose en el principio de personalidad pasiva

¹⁷ Ver p.ej., Tom Vander Beken et al., *Finding the Best Place for Prosecution*. Antwerp: Maklu (2002), p. 14; *Bundesverfassungsgericht, Juristenzeitung* 2001, pp. 975, 979; ver también *Restatement (Third) of Foreign Relations Law (1987)*, § 402

¹⁸ Ver, p.ej., ver, Programa de Derecho y Asuntos Públicos de la Universidad de Princeton, Principios sobre Jurisdicción Universal de la Universidad de Princeton de 2001, cuyo comité directivo estuvo compuesto por los Profesores Macedo, Bass, Falk, Flinterman, Butler, Oxman y Lockwood; ver también la definición del *Instituto de Derecho Internacional* de 26 de

*Internacional Consuetudinario*¹⁹, reconoce la autoridad de **cada Estado para perseguir aquellos crímenes especialmente atroces, que, debido a sus especiales características, afectan a la Comunidad Internacional en su conjunto**. Permitiendo a los Estados perseguir aquellos crímenes internacionales tales como genocidio, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, así como tortura, el principio de jurisdicción universal protege y confirma los valores fundamentales de la Comunidad Internacional.

Entrando en el fondo de este asunto, la presente Opinión de Experto se referirá a las siguientes cuestiones:

- *¿Establece el Derecho Internacional la prioridad de la jurisdicción territorial sobre la extraterritorial, en particular, la jurisdicción universal?*
- *¿Prohíbe el principio de ne bis in idem/cosa juzgada la persecución y enjuiciamiento por parte de una jurisdicción extranjera, de acuerdo con el Derecho Internacional?*

¿Establece el Derecho Internacional la prioridad de la jurisdicción territorial sobre la extraterritorial, en particular la jurisdicción universal?

El Derecho Internacional prevé un sistema de jurisdicciones concurrentes. No existe ninguna norma que prohíba a los Estados que determinen su jurisdicción penal nacional basándose en los principios de la personalidad activa o pasiva, o de universalidad sobre una situación extraterritorial de la que ya conoce la jurisdicción de otro Estado, especialmente la del Estado en cuyo territorio se cometieron los actos.²⁰ Tal y como establece la Corte Permanente de Justicia Internacional en su famoso caso Lotus:

agosto de 2005 en Cracovia, en su decimoséptima comisión sobre jurisdicción penal universal respecto al crimen de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra párrafo 1, compuesta por los Profesores Ando, Barberis, Bennouna, Caflisch, Cassese, Conforti, Crawford, Dinstein, Lee, Momtaz, Orrego Vicuna, Rozakis, Salmon, Tomuschat, Torres Bernárdez, Vinuesa y Yusuf.

¹⁹ Ver Los Principios de Princeton, *supra* nota 6; ver también Claus Kress, Jurisdicción Universal en Crímenes Internacionales y el *Instituto de Derecho Internacional*, en su Diario de Justicia Penal Internacional 4 (2006), 561-585 (566)

²⁰ Ryngaert, *supra* nota 3, en 129.

“Sin embargo, no puede deducirse que la ley internacional prohíba a un Estado el ejercicio de la jurisdicción en su propio territorio, con respecto a cualquier caso relacionado con actos que hayan tenido lugar en el exterior y que no puedan contar con alguna ley internacional permisiva (que le permita el ejercicio de su jurisdicción fuera de su propio territorio). (...) La territorialidad del derecho penal (...) no es un principio absoluto de derecho internacional y de ninguna manera coincide con la soberanía territorial.”²¹

Además, el Cuarto Convenio de Ginebra, en su artículo 146, incluso obliga a todos los Estados a tomar las medidas legislativas oportunas para determinar las sanciones penales adecuadas por actos que supongan una grave violación del mismo, tal y como se define en su artículo 147.

El Derecho Internacional Consuetudinario no reconoce una jerarquía entre los distintos tipos de jurisdicciones anteriormente mencionadas, sin que exista ninguna prueba concluyente que indique una prioridad del principio de territorialidad. Así, se puede deducir que de acuerdo con el Derecho Internacional, en lo concerniente a investigaciones y enjuiciamiento, un Estado que reconozca y aplique la jurisdicción universal -también llamado tercer Estado- no está bajo la obligación legal de dar prioridad al Estado donde los delitos fueron cometidos.²²

Igualmente, el Cuarto Convenio de Ginebra en su artículo 146 no establece, en absoluto, ningún orden de prioridad entre las distintas formas de jurisdicción ya que simplemente obliga a los Estados parte a que apliquen sanciones personales efectivas para aquellas personas que incumplan gravemente la Convención, evitando así un refugio seguro para los autores de tales violaciones.

²¹ Corte Permanente de Justicia Internacional, Series A, Nº 10 de 7 de septiembre de 1927, “Caso Lotus”, pp. 18-20.

²² Ver el Informe AU-EU realizado por el Grupo de Expertos Técnicos Ad hoc sobre el Principio de Jurisdicción Universal, (2009), 8672/1/09 Rev 1 Anexo, párrafo 14, en 11.

*Para concluir, **debemos señalar que un Estado, en el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial, al investigar y enjuiciar un crimen basado en los principios jurisdiccionales reconocidos, no está violando el Derecho Internacional, incluso si el mismo es investigado o enjuiciado por las autoridades del Estado donde fue cometido.***

A pesar de la ausencia de una norma positiva de Derecho Internacional Consuetudinario que otorgue prioridad a la jurisdicción territorial, el ejercicio de la misma viene conferido por el lugar especial de comisión del delito, no siendo, por tanto, consecuencia de una norma firme de Derecho Internacional, sino más bien, una cuestión de política criminal. De hecho, podemos afirmar que los Estados que persiguen crímenes internacionales basándose en el principio de universalidad deberían, por razones de política criminal, otorgar prioridad a la territorialidad a la hora de determinar la jurisdicción.²³ La práctica de los Estados acompañada de lo que parece ser un sentido emergente de la opinio iuris, muestra el esfuerzo en la persecución y enjuiciamiento por parte del Estado del locus delictii impidiendo así la posibilidad de persecución y enjuiciamiento por parte de otros Estados, en virtud de la jurisdicción universal.²⁴

Existen varias razones de peso tanto procesales como político-criminales que avalan la preferencia de la jurisdicción territorial, reconociéndose la existencia de un interés prioritario de aquellos Estados directamente conectados con la comisión del delito. Mientras los terceros Estados actúan como agentes de la Comunidad Internacional en su conjunto, el Estado territorial, mediante la prioritaria persecución de los presuntos responsables de dichos crímenes, alcanza el cumplimiento de sus propios intereses.

²³ Ver el Informe AU-EU realizado por el Grupo de Expertos Técnicos Ad hoc *supra* nota 10, recomendación R9, en 42.

²⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional 237/2005, de 26 de Septiembre. Fundamentos Jurídicos párrafo 4; Anthony J. Colangelo, Cosa Juzgada y Multiplicidad de Soberanías: Una teoría Jurisdiccional, 86 Wash. U. L. Rev. (2009), 769 (835)

Respecto a la ya mencionada prioridad de la jurisdicción territorial, debemos destacar tres puntos:

1. ***En primer lugar, debemos resaltar que la prioridad de la jurisdicción territorial se debe a razones de política-criminal sin ser consecuencia del Derecho Internacional.***
2. ***En segundo lugar, dicha prioridad no existe respecto a otros principios de extraterritorialidad, como por ejemplo el principio de personalidad pasiva, sino únicamente respecto al principio de universalidad, donde no existe conexión alguna entre el delito y el tercer Estado.***
3. ***En tercer lugar, la prioridad está sujeta a determinadas condiciones relativas al ejercicio de la jurisdicción por el Estado territorial y sus autoridades. Estas condiciones serán desarrolladas en los apartados siguientes.***

Tal y como hemos indicado, la posición de la que la jurisdicción territorial goza en Derecho Internacional no supone una absoluta e ilimitada subsidiariedad de la jurisdicción universal, es más, se trata de una forma de subsidiariedad condicionada, cuyas naturaleza y contenido aún no han sido determinadas de modo concluyente.

*Sin embargo, es opinión extendida la posibilidad de que un tercer Estado pueda iniciar un procedimiento criminal, así como dar los pasos necesarios para la persecución de un delito, en caso de que sus autoridades y tribunales tengan serias y fundadas razones para creer que existe una total falta de voluntad o de capacidad por parte del Estado territorial para la persecución efectiva de dicho crimen.*²⁵ *Dicho de otro modo, el argumento de que los esfuerzos en la persecución y enjuiciamiento de esos crímenes por parte del Estado territorial, que impiden la posibilidad del ejercicio de la jurisdicción universal por parte de terceros Estados, depende de la condición de que la*

²⁵ Informe AU-EU realizado por el Grupo de Expertos Técnicos Ad hoc, *supra* nota 10, recomendación 10, en 43; ver también la Sección 3.c de la Resolución del Instituto de Derecho Internacional (2005), *supra* nota 6.

jurisdicción territorial esté real y seriamente ejercida de “buna fe”.²⁶ Por otro lado, sería difícil afirmar que el principio de subsidiariedad es de aplicación ya en el inicio de las investigaciones en relación con la situación existente tras la conclusión de las mismas,²⁷ pues éstas pueden iniciarse simultáneamente en distintos Estados, cuyos resultados deberán ser compartidos y serán de utilidad para el Estado donde finalmente se inicien los procedimientos correspondientes.²⁸

La necesidad de imponer la condición de subsidiariedad en la persecución del delito tiene su origen en la base lógica de la jurisdicción universal, que debe ser ejercida únicamente en casos que afecten a la comunidad internacional en su conjunto, para poner prevenir y poner fin a los vacíos legales que dan lugar a la impunidad, puesto que en los casos en los que la jurisdicción venga determinada por otras formas, no será necesaria la activación de la jurisdicción universal. Sin embargo, la falta de “buena fe” en la investigación y persecución de estos crímenes significa el ejercicio de la jurisdicción universal por parte de terceros Estados en aras de evitar y poner fin a la impunidad.

Para poder determinar de qué se trata la “buena fe” en la investigación y persecución de estos crímenes por parte de los Estados territoriales, debemos tener en cuenta una serie de estándares universales establecidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. De este modo, no sólo los tribunales internacionales de Derechos Humanos sino también las cortes nacionales pueden determinar si un Estado territorial lleva a cabo investigaciones serias y reales o si por el contrario, es un tercer Estado quien deberá proceder.

Diversas decisiones de tribunales internacionales de Derechos Humanos reconocen los principios universales de independencia, eficacia, celeridad e

²⁶ Ver Anthony J. Colangelo, *supra* nota 12, 769 (835), para un enfoque similar, ver el Voto Particular de los Jueces Higgins, Kooijmans y Buergenthal del Tribunal Penal Internacional, Orden de Arresto del 11 de abril de 2000 (*República Democrática del Congo vs. Reino de Bélgica*) Sentencia T.P.I Informes 2002 pp. 64-91.

²⁷ Ver Kress *supra* nota 7 en 580.

²⁸ Ver Informe AU-EU realizado por el Grupo de Expertos Técnicos Ad hoc, *supra* nota 10, recomendación R 10 en 43.

imparcialidad a la hora de llevar a cabo investigaciones.²⁹ **La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam, determinó que el Estado tiene la obligación de iniciar ex officio e inmediatamente, de forma real y seria, investigaciones imparciales y eficaces, que no deben ser realizadas como una mera formalidad que de lugar a una ineficacia de las mismas.**³⁰ Por su parte, la Corte Europea de derechos Humanos, en su sentencia del caso *Finucane*, de 1 de julio de 2003, señala la existencia de ciertos derechos concretos que exigen la puesta en marcha de una investigación oficial efectiva que permita asegurar el disfrute de los mismos por parte de los individuos.³¹ La Corte confirma su jurisprudencia al afirmar que “para que una investigación sea considerada efectiva, es necesario que las personas responsables de llevarla a cabo sean independientes de aquellas implicadas con los hechos. Esto no sólo significa una ausencia de jerarquía o conexión institucional sino también una independencia en la práctica.”³² En cuanto al contenido de la investigación, la Corte indica, además, que “ las autoridades deben haber realizado todo aquello que, de forma razonable esté a

²⁹ Sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso *Finucane vs. Reino Unido*, de 1 de julio de 2003; caso *Hugh Jordan; Kelly y otros; Shanaghan; Mckerr vs. Reino Unido* de 4 de mayo de 2001, *Fatma Kaçar vs. Turquía*, de 15 de julio de 2005; *Isayeva (I) y (II) vs. Rusia*, de 24 de febrero de 2005; La Corte Interamericana de Derecho Humanos ha sentado jurisprudencia en un sentido similar en sus Sentencia del caso *Masacres de Ituango vs. Colombia*, de 1 de julio de 2006 Serie C nº 148 en 296 y del caso *Masacre de Maripán vs. Colombia*, de 15 de septiembre de 2005, Serie C nº 134, párrafo 223; ver también Harmen van de Wilt y Sandra Lyngdorf, *Obligaciones Procesales en la Convención Europea de Derechos Humanos: Directrices Útiles para la Evaluación de la falta de voluntad e incapacidad en el contexto del Principio de Complementariedad*, Revista de Derecho Penal Internacional 9 (2009), en 50 *et seq.*

³⁰ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Comunidad Moiwana*, de 15 de junio de 2005, Serie C nº 124, párrafos 145-146; caso *Masacres de Ituango vs. Colombia*, *supra* nota 17; caso *Masacre de Pueblo Bello*, de 31 de enero de 2006, Serie C nº 140 párrafo 143; caso *Masacre de Mapiripán*, *supra* nota 17.

³¹ Caso *Finucane vs. Reino Unido*, *supra* nota 17, p. 67; ver, *mutatis mutandi*, Sentencia *McCann y Otros vs. Reino Unido*, de 27 d Septiembre de 1995, Serie A nº324, p. 49 párrafo 161; *Kaya vs. Turquía*, de 19 de febrero de 1998, *Informes de Sentencias y Decisiones*, 91998-I, p. 324, pár.86; la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sentado jurisprudencia en el mismo sentido en el caso *Masacre de Ituango*, *supra* nota 17.

³² Caso *Finucane vs. Reino Unido*, *supra* nota 17, p. 68; ver, Sentencia *Güleç vs. Turquía*, de 27 de julio de 1998. *Informes* 1998-IV, p. 1733, párr. 81-82; *Ogur v. Turquía*(GC), nº 21594/93, párr. 91-92. CEDH 1999-III; ver *Ergi vs. Turquía*, de 28 julio de 1998 *Informes* 1998-IV, pp. 1778-1779, párr. 83-84, ya los recientes casos norirlandeses previamente citados, *supra* nota 17, por ejemplo *Mckerr*, párr. 128, *Hugh Jordan*, párr. 120 y *Kelly y otros*, párr. 114.

su alcance para asegurar que las pruebas relativas a los hechos concretos, incluidas *inter alia*, los testimonios de testigos oculares, pruebas forenses y, en caso de que fuera necesario, autopsias que proporcionen un registro completo y exacto de la lesión así como un análisis objetivo de los hallazgos clínicos (...).³³ Volviendo al requisito de la celeridad, la Corte considera que ésta “está implícita en este contexto. (...) Una pronta respuesta por parte de las autoridades en la investigación sobre el uso de una fuerza letal, por lo general puede considerarse como esencial para mantener la confianza pública en su adhesión al imperio de la ley y en la prevención de cualquier apariencia de connivencia o tolerancia con actos ilegales.”³⁴

A nivel interestatal, a la hora de determinar la existencia de “buena fe” en la investigación y persecución por parte de los Estados territoriales, debemos reconocer la importancia y utilidad del principio de complementariedad recogido en el artículo 17 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI), toda vez que en el mismo vienen establecidas las condiciones previas que un Estado debe cumplir para evitar el ejercicio por parte de la CPI de su jurisdicción. A pesar de que la relación horizontal existente entre dos Estados es distinta a la relación vertical establecida entre un Estado y la CPI,³⁵ el modelo constituido por el principio de complementariedad puede ser considerado como un principio rector transferido a las relaciones entre Estados. Sin embargo, debemos señalar que el propio principio de complementariedad, aplicable a las relaciones Estado-CPI, no existe en las relaciones Estado-Estado

³³ Caso *Finucane vs. Reino Unido*, *supra* nota 17, p. 69; ver *Salman vs. Turquía* nº 21986/93, párr. 106, CEDH 2000-VII; *Tanrikulu vs. Turquía* nº 23763/94 párr. 109, CEDH 1999-IV; *Güleç vs. Turquía*, 22676/93, párr. 89 de 14 diciembre de 2000.

³⁴ Caso *Finucane vs. Reino Unido*, *supra* nota 17, p.70; ver Sentencia del caso *Yasa vs. Turquía*, de 2 de septiembre de 1998, *Informes* 1998-VI, pp. 2439-2440, párr. 102-104; *Çakici vs. Turquía*, nº 23657/94, párr. 80, 87 y 106-107, CEDH 1999-IV; *Tanrikulu vs. Turquía* *supra* nota 21, párr. 109; *Mahmut Kaya vs. Turquía* nº 22535/93, párr. 106-107, CEDH 2000-III; ver *Hugh Jordan*, *supra* nota 17 párr. 108, 136-140.

³⁵ Florian Jessberger, Universalidad, Complementariedad y el deber de perseguir crímenes bajo el Derecho Internacional en Alemania, en : W. Kaleck, M. Ratner, T. Singelsnstein y P. Weiss (eds.), *Persecución Internacional de los Crímenes contra los Derechos Humanos* (2007), 213 (221).

donde prevalece la concurrencia de jurisdicciones con subsidiariedad condicionada.

El artículo 17.1.a) del Estatuto de Roma reconoce la inadmisibilidad de un asunto ante la CPI cuando “sea objeto de una investigación o enjuiciamiento en el Estado que tiene jurisdicción sobre él salvo que éste no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo.” En virtud de lo mismo, la falta de voluntad a la hora de realizar investigaciones reales y serias debe ser definida de forma positiva, así, no bastaría con que las investigaciones o el enjuiciamiento sólo pudieran llevarse a cabo con más eficacia por la CPI, o, en caso de enjuiciamiento por parte de un tercer Estado, por otros Estados³⁶, tal y como se desprende del artículo 17.2 del Estatuto de Roma:

“A fin de determinar si hay o no disposición a actuar en un asunto determinado, la Corte 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 sido puesto o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes cuya competencia corresponde a la Corte, según lo dispuesto en el artículo 5;

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;

i) Que el proceso no haya sido o no se esté llevando a cabo de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma tal que, dadas las circunstancias, sea

³⁶ Comparar Cryer et al., Una Introducción al Derecho Penal Internacional y su procedimiento (2007), pp. 127-128.

incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.”

De este modo, también a nivel interestatal debería realizarse una determinación positiva sobre si un Estado está realmente llevando a cabo investigaciones o enjuiciamientos. Un Estado no puede rechazar la puesta en marcha de la instrucción por el mero hecho de que otro Estado ya la esté llevando a cabo, ya que debe evaluarse si quien está investigando lo hace de acuerdo con los estándares universales. Únicamente en caso afirmativo podrá invocarse por razones de política criminal la prioridad de la jurisdicción territorial de ese Estado.

Finalmente, es preciso señalar que, tal y como venimos indicando, el Derecho Internacional no otorga a la jurisdicción territorial prioridad sobre la extraterritorial, en particular, sobre la jurisdicción universal, únicamente por razones político-criminales el principio de territorialidad se activa en favor del principio de universalidad una vez que las investigaciones han concluido. Esta subsidiariedad condicionada requiere el cumplimiento y respeto de los estándares de Derechos Humanos Internacionales.

¿Prohíbe el principio de ne bis in idem/cosa juzgada la persecución y enjuiciamiento por parte de una jurisdicción extranjera, de acuerdo con el Derecho Internacional?

De acuerdo con el principio de ne bis in idem un individuo no puede ser juzgado dos veces por un mismo delito. Este principio ha sido integrado en la mayoría de sistemas jurídicos nacionales así como en varios tratados internacionales tanto en el área de cooperación en justicia penal como en Derechos Humanos.³⁷ Pese a ser, en principio, reconocido por la mayoría de los Estados, existen tantas y tan distintas condiciones y restricciones que es complicado determinar cuál es

³⁷ Ver Artículo 14.7 PIDCP.

su calificación dentro del Derecho Internacional o del Derecho Penal Comparado³⁸.

La primera condición o reserva que señalaremos se refiere a la extensión y alcance del ne bis in idem. Con la posible excepción de lo regulado en los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales, parece evidente que este principio es por lo general una mera garantía contra la doble incriminación por las instituciones del mismo poder político organizado, siendo un claro ejemplo de ello la redacción del artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP):

“Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”.

Con motivo del proceso de integración europea esta limitación del ne bis in idem a decisiones provenientes de una misma soberanía fue parcialmente abandonada, tal y como se desprende del artículo 54 del Convenio Schengen³⁹ (1990), extendiéndose a decisiones dictadas por otras partes firmantes del Convenio. Este avance, sin embargo, no es indicativo de una interpretación más amplia del principio ne bis in idem en el Derecho Internacional más allá del contexto de la Unión Europea.

La segunda condición que debemos mencionar es que el principio de ne bis in idem simplemente protege de la doble incriminación una vez se ha dictado una sentencia firme. La mayoría de los Estados invocarán el principio de res iudicata únicamente para los dictámenes que versen sobre el fondo del asunto, mientras que, por lo general, no tendrá efectos sobre las sentencias no firmes o provisionales. Esto significa que el efecto de cosa juzgada está, normalmente,

³⁸ Christine Van den Wyngaert y Tom Ongena, Principio de *Ne bis in idem*, incluyendo el asunto de la Amnistía en : Cassese/Gaeta/Jones (eds.), Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. (2002), 705-729 (706).

³⁹ Convenio de 19 de junio de 1990 por el que se aplica el Acuerdo Schengen de 14 de junio de 1985, entre los gobiernos de los Estado de la Unión Económica de Benelux, la República Federal de Alemania, y la República de Francia sobre la abolición gradual de las fronteras y bordes comunes. *ILM* (1991), p. 84.

vinculado a la condición de que el individuo haya sido absuelto o condenado, en cuyo caso, la pena debe estar cumpliéndose o haberse ya cumplido. Obviamente, el mero inicio de investigaciones por parte de otro Estado no satisface estos criterios, pues no pone fin al procedimiento. De este modo, no existe efecto de res iudicata, puesto que la existencia de una sentencia, ya sea absolutoria o condenatoria, es imprescindible para poder invocar la excepción de cosa juzgada. Tal y como ya hemos señalado, la mera existencia de investigaciones en curso únicamente supondrá un conflicto de jurisdicciones o litis pendencia, que, a diferencia del ne bis in idem, no prohíbe que otra jurisdicción investigue o enjuicie por un mismo caso.

Conclusiones:

El Derecho Internacional prevé un modelo de jurisdicciones concurrentes, que posibilita a los Estados su ejercicio en diferentes formas sin que exista un orden jerárquico.

Sin embargo, puede reconocerse, debido a razones político-criminales, el acuerdo de otorgar prioridad al principio de territorialidad en combinación con un modelo de subsidiariedad condicionada de jurisdicción universal, una vez que una investigación ha llegado a su fin. El condicionamiento del ejercicio de la jurisdicción universal, mientras no se resuelva definitivamente, puede basarse en el ejercicio de “buena fe” por parte de la jurisdicción territorial, y puede ser interpretado según la jurisprudencia de los Tribunales de Derechos Humanos y el concepto básico sobre la relación vertical Estado-CPI recogido en el artículo 17 del Estatuto de Roma. De ello se deduce que, si el Estado donde se cometió el delito no tiene voluntad o capacidad para llevar a cabo una investigación seria y real, o que las investigaciones o enjuiciamientos son simples farsas para proteger al autor, un tercer Estado puede iniciar su propio procedimiento penal. Para que una investigación sea considerada seria y real, debe reunir los estándares internacionales de eficacia, celeridad o prontitud, independencia e imparcialidad.

Por último, es necesario señalar que el previamente citado precepto basado en razones de política criminal no puede extenderse al ejercicio de otra de las formas de jurisdicción extraterritorial que no sea la jurisdicción universal. Así, en Derecho Internacional, los Estado que ejercen la jurisdicción en función de los principios de nacionalidad o personalidad pasiva, no necesitan, ni siquiera por razones político-criminales otorgar prioridad a la jurisdicción del Estado del territorio donde se cometió el delito.

Es decir, Chile tiene la posibilidad y la obligación de investigar los hechos objeto de la presente querella y ello por las razones antes expuestas y por un hecho fundamental: Israel no investiga este tipo de crímenes, que son de Estado, y mucho menos la Corte Suprema de Israel investigará hechos cometidos por sus propios Jueces. Todo ello sin perjuicio de un hecho fundamental: la aquí querellante es víctima de estos hechos y es chilena con lo que ello representa a la hora de asumir la investigación de estos crímenes.

1. Crímenes de Lesa Humanidad

En el presente caso, y dentro de lo que sería un Crimen de Lesa Humanidad, partiremos analizando el crimen de Apartheid que, si bien no está tipificado como forma específica de cometer crímenes de lesa humanidad pero "*se prevé sin embargo que si en la comisión de las conductas tipificadas como formas de cometer crímenes de lesa humanidad concurriera el requisito subjetivo de ese delito —la finalidad de oprimir y dominar sistemáticamente a un grupo racial o mantener ese estado— eso tendrá incidencia en la pena aplicable (artículo 10 de la Ley N° 20.357)*"⁴⁰, todo ello sin perjuicio que pueda alcanzar una relevancia sustantiva en el devenir del presente procedimiento.

⁴⁰ Los crímenes de lesa humanidad en el derecho chileno y en el derecho internacional. Sus requisitos comunes, además de referencias a los actos inhumanos en particular. Claudia Cárdenas Aravena. p. 183.

- **Crimen de Apartheid**

Israel no es un estado parte de los tratados principales referidos al apartheid (la Convención sobre el Apartheid y el Estatuto de Roma). Aunque acepta la prohibición general contra el apartheid contenido en el Convenio sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, no ha ratificado la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid (Convención sobre el Apartheid).

Sin embargo, el carácter consuetudinario de la prohibición del apartheid no puede ser puesto en duda, ya que pertenece a la lista de objetivos de la ONU en sus esfuerzos por eliminar todas las formas de discriminación racial.

Además, la Comisión de Derecho Internacional de la ONU entiende que la prohibición del apartheid es una norma imperativa de derecho internacional y enfatiza que la práctica del apartheid asciende la categoría de **“violación grave y a gran escala de una obligación internacional de gran importancia para salvaguardar al ser humano”**.⁴¹

Por su Parte, la Corte Internacional de Justicia en el caso *"Barcelona Traction"*⁴² considera la prohibición de discriminación racial una norma de *ius cogen* y por lo tanto, la prohibición de una forma particularmente grave de discriminación racial como es el apartheid ascendería a la categoría de norma imperativa, conllevando en consecuencia una obligación *erga omnes*. Por tanto, el crimen de apartheid es un delito sobre el que impera el *ius cogen*.

Además, como tal queda cristalizado en el Estatuto de Roma constitutivo de la CPI:

El Artículo 7, numeral 1, del Estatuto de Roma establece,

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

⁴¹ International Law Commission, “Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries” (2001) II(2) Yrbk Int’l L Comm, p.112

⁴² *Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company (Belgium v. Spain)*, Limited Second Phase, Final Judgment [1970] ICJ Rep 3, at 32, paras 33–34.

con conocimiento de dicho ataque:

j) El crimen de apartheid

El Convenio para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial no define con precisión el término apartheid. En cambio, el Estatuto de Roma y la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid (Convención sobre el Apartheid) arrojan más luz sobre qué debemos entender como apartheid.

El **Artículo 2 de la Convención sobre el Apartheid** elabora una lista de actos inhumanos que deben considerarse como apartheid en el caso de que fueran **“cometidos con el fin de instituir y mantener la dominación de un grupo racial de personas sobre cualquier otro grupo racial de personas y de oprimirlo sistemáticamente”**.

La lista de la Convención es de las más detalladas sobre las prácticas que, cometidas de manera sistemática y con el propósito de mantener la dominación de un grupo racial sobre otro, constituyen actos de apartheid:

a) La denegación a uno o más miembros de uno o más grupos raciales del derecho a la vida y a la libertad de la persona:

i) Mediante el asesinato de miembros de uno o más grupos raciales;

ii) Mediante atentados graves contra la integridad física o mental, la libertad o la dignidad de los miembros de uno o más grupos raciales, o su sometimiento a torturas o a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes;

iii) Mediante la detención arbitraria y la prisión ilegal de los miembros de uno o más grupos raciales;

b) La imposición deliberada a uno o más grupos raciales de condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial:

c) Cualesquiera medidas legislativas o de otra orden destinadas a impedir a uno o más grupos raciales la participación en la vida política, social, económica y cultural del país y a crear deliberadamente condiciones que impidan el pleno desarrollo de tal grupo o tales grupos, en especial denegando a los miembros de uno o más grupos raciales los derechos humanos y libertades fundamentales entre ellos el derecho al trabajo, el derecho a formar asociaciones sindicales reconocidas, el derecho a la educación, el derecho a salir país y a regresar al mismo, el derecho a una nacionalidad, el derecho a la libertad de circulación y de residencia, el derecho a la libertad de opinión y de expresión y el derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas;

d) Cualesquiera medidas, incluidas las de carácter legislativo, destinadas a dividir la población según criterios raciales, creando reservas y ghettos separados para los miembros de uno o más grupos raciales, prohibiendo los matrimonios mixtos entre miembros de distintos grupos raciales y expropiando los bienes raíces pertenecientes a uno o más grupos raciales miembros de los mismos;

e) La explotación del trabajo de los miembros de uno o más grupos raciales, en especial sometiéndolos a trabajo forzoso;

f) La persecución de las organizaciones y personas que se oponen al apartheid privándolas de derechos y libertades fundamentales

Por su parte, el **Estatuto de Roma en su Artículo 7, numeral 2, literal h)**, elabora el concepto de crimen de apartheid y entiende que son aquellos actos “*cometidos en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen*”.

A continuación, pasaremos a analizar varios aspectos esenciales para determinar la comisión del crimen de apartheid según el derecho penal internacional como son:

- (1) si palestinos y judíos constituyen “grupos raciales” distintos,
- (2) si los actos inhumanos prohibidos se han perpetrado contra un grupo racial, y
- (3) y si se ha producido dentro de un contexto de dominación sistemática e institucionalizada.

(1) Definición de “raza” / “grupo racial”

El Convenio para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial aportad una definición amplia dentro del Artículo 1, referido a la discriminación racial:

"discriminación racial" denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.

De esta definición se infiere que el linaje u origen nacional o étnico están incluidos dentro del término “racial”. Por su parte, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial también ha incorporado en el concepto de “raza” a grupos que podrían no encajar dentro del término entendido dentro de su acepción más tradicional. El Comité incluye a trabajadores migrantes, grupos etno-culturales como tribus nómadas, y las castas Indias.⁴³

Los Tribunales Penales *ad-hoc* de Ruanda y la Antigua Yugoslavia también se tuvieron que enfrentar a esta dificultad. La jurisprudencia de ambos tribunales concluye que **no hay un método científico o imparcial de determinar si un grupo es un grupo racial, quedando el asunto en gran medida en manos en las percepciones locales.** La

⁴³ Ver por ejem. Committee on the Elimination of Racial Discrimination, ‘Concluding Observations: India’, UN Doc. CERD/C/IND/CO/19, 5 May 2007, at para. 8.

Jurisprudencia del tribunal *ad-hoc* de Ruanda establece que resulta de especial importancia que las víctimas sean consideradas por el victimario o por sí mismas como pertenecientes a uno de los grupos protegidos.⁴⁴

En el caso *Jelšić*, el tribunal sostuvo que intentar definir a un grupo racial utilizando criterios objetivos y científicos sería un ejercicio peligroso cuyo resultado no tenía por qué coincidir con las percepciones de las personas involucradas y que por lo tanto resulta más conveniente evaluar el estatus de un grupo en función de la percepción de las personas que buscan diferenciar al grupo del resto de la comunidad.⁴⁵

Esta abundante jurisprudencia de los tribunales *ad-hoc* provocó que en 1990 el Comité de la ONU para la Eliminación de la Discriminación Racial aceptara la auto-identificación como una fórmula válida de verificación de pertenencia a un grupo racial.⁴⁶

Según los tribunales *ad-hoc* y el Convenio, las identidades de grupo son estables y permanentes en el tiempo, adquiriéndose la pertenencia al grupo normalmente de manera automática al nacer y permaneciendo durante la vida de la persona.

Podemos concluir que la definición de grupo racial según el derecho internacional nos permite inscribir a Palestinos Árabes y Judíos Israelíes como dos grupos raciales distintos. Son grupos contruidos y percibidos tanto por ellos mismos como por los demás como grupos estables y permanentes en el tiempo, diferenciados entre sí, y por lo tanto considerados grupos raciales distintos según el derecho internacional.

(2) Actos inhumanos

⁴⁴ *Prosecutor v. Rutaganda*, Case No. ICTR-96-3, Trial Judgment, 6 Dec. 1999, ara. 55: 'membership of a group is, in essence, a subjective rather than an objective concept. The victim is perceived by the perpetrator of genocide as belonging to a group slated for destruction. In some instances, the victim may perceive himself/herself as belonging to the said group.'

⁴⁵ *Prosecutor v. Jelšić*, Case No. IT-95-10, Trial Judgment, 14 Dec. 1999, at para. 70.

⁴⁶ UN Committee on the Elimination of Racial Discrimination General Recommendation VIII, 'Identification with a particular racial or ethnic group', UN Doc. A/45/18, 22 Aug. 1990. Texto Original: "The Committee on the Elimination of Racial Discrimination, Having considered reports from States parties concerning information about the ways in which individuals are identified as being members of a particular racial or ethnic groups or groups, Is of the opinion that such identification shall, if no justification exists to the contrary, be based upon self-identification by the individual concerned."

El Muro y su régimen administrativo constituyen una violación del **Artículo 2, literal c, de la Convención sobre el Apartheid** ya que las medidas implementadas por Israel suponen la privación a un grupo racial, los Palestinos, en:

“la participación en la vida política, social, económica y cultural del país y a crear deliberadamente condiciones que impidan el pleno desarrollo de tal grupo o tales grupos, en especial denegando a los miembros de uno o más grupos raciales los derechos humanos y libertades fundamentales entre ellos el derecho al trabajo, el derecho a formar asociaciones sindicales reconocidas, el derecho a la educación, el derecho a salir país y a regresar al mismo, el derecho a una nacionalidad, el derecho a la libertad de circulación y de residencia, el derecho a la libertad de opinión y de expresión y el derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas”.

En concreto, y únicamente en relación con los aspectos vulnerados por los hechos expuestos:

- (i) El propio Muro, los controles fronterizos con Cisjordania (incluido Jerusalén Este) y Gaza, el sistema de puertas y *checkpoint* y de permisos de accesos a determinadas áreas producen un severo impedimento de la libertad de movimiento de carácter endémico y generalizado en todos los Territorios Palestinos Ocupados.
- (ii) Las restricciones administrativas impuestas por Israel a raíz de la construcción del Muro en relación con los permisos de residencia y construcción en determinadas zonas, así como el sistema de carnets de identidad impuesto a los ciudadanos Palestinos restringen de manera severa la libertad de residencia.
- (iii) La mayoría de los Palestinos residentes en el territorio del Estado Palestino Ocupado requieren de permisos de las autoridades israelíes para poder abandonar el territorio y a aquellos que viajan al extranjero por razones de

trabajo o bien personales se les retira el carnet de identidad y se les prohíbe el retorno, obstaculizando su derecho a entrar y salir libremente del país.

- (iv) Las políticas de asentamientos llevadas a cabo por el Estado de Israel al igual que la anexión de gran parte del territorio ocupado que están llevando a cabo a través de la construcción del Muro y su propio trazado, inciden de manera determinante en el derecho de los Palestinos a la autodeterminación, impidiendo que puedan formar un estado independiente en los territorios ocupados hasta la actualidad por Israel. Recordemos que en 1970 la Asamblea General de la ONU reconoció el derecho de autodeterminación a todos los pueblos que sufrieron el colonialismo o un régimen de dominación extranjero el derecho a la autodeterminación, y en concreto a Palestina.⁴⁷
- (v) Israel obstruye el derecho al trabajo de los palestinos con el Muro y su régimen administrativo asociado. Al obstruir su libertad de movimiento también se impide a los ciudadanos Palestinos poder acceder a sus puestos de trabajo o buscar empleo en otras zonas. Los agricultores también sufren la misma situación al impedírseles o restringirse severamente las condiciones de acceso a sus tierras de cultivo. Como resultado, el desempleo en el Estado Palestino Ocupado llega al cincuenta por ciento en el caso de los palestinos.
- (vi) El derecho a la educación también se ha visto gravemente vulnerado cuando alumnos, trabajadores y profesores de los centros educativos se ven afectados por la restricción de movimientos y las instalaciones perturbadas por las limitaciones de los permisos de construcción en determinadas zonas.
- (i) **La construcción del Muro en Cremisán, con la forzosa incautación de tierras, bienes y daños descritos en el cuerpo de esta querella y los impedimentos generados a partir de entonces, afectan directamente al**

⁴⁷ GA Res 2649(XXV), 30 Nov 1970.

desarrollo social, cultural y religioso de una amplia comunidad por razón, exclusivamente, de su origen étnico; es decir, el Tribunal Supremo de Israel, los querellados más concretamente, fallaron a favor de los intereses de un grupo étnico - del que forman parte - y en perjuicio de otro como parte de una ofensiva institucional de beneficiar a unos en perjuicio de otros.

También constituye una violación **del Artículo 2, literal d) de la Convención sobre el Apartheid**, que prohíbe las medidas destinadas a dividir a la población según su raza.

Las políticas mantenidas por el gobierno de Israel desde los años 70 han ido encaminadas en esta línea hasta su culminación con la construcción del Muro de separación que divide al Estado Palestino Ocupado, en una serie de enclaves o “reservas” aisladas entre sí y en las cuales se encuentra confinada de manera efectiva la población Palestina.

Cisjordania ha sido dividida y fragmentada en zonas de uso exclusivo para judíos israelíes, a las cuales tienen el acceso prohibido los Palestinos. Las zonas más fértiles de Cisjordania, que albergan la gran mayoría de fuentes de agua (un bien escaso en la zona) han sido expropiadas a los palestinos para abastecer los asentamientos ilegales de colonos judíos. Esto se demuestra fácilmente con datos: el Valle del Jordán, una de las zonas más fértiles de Cisjordania, en la actualidad es controlada prácticamente en su totalidad -78.3 por ciento- por Israel. El 15 por ciento de esta zona está bajo el control directo de Israel a través de sus asentamientos, el 40 por ciento han sido designadas por Israel “*zonas militares cerradas*” y el restante 20 por ciento han sido catalogadas “*reservas naturales*” de acceso restringido para la población Palestina.

En el concreto caso de Cremisán, queda patente que estamos ante un acto inhumano cuyo único motor consiste en la sistemática dominación de un grupo sobre otro (el de los israelíes por sobre el de los palestinos) afectando a derechos tan fundamentales como el de la libertad de movimiento, el pleno desarrollo personal, el derecho al trabajo, el acceso a la educación y el derecho a la libertad religiosa.

(1) Contexto de dominación sistemática e institucionalizada

Todo ello nos lleva a señalar la generalidad y sistematicidad de dichas violaciones que se han institucionalizado por parte del Estado de Israel generando un complejo régimen de exclusión, aislamiento y dominación de los ciudadanos Palestinos que abarca todos los aspectos de su vida cotidiana.

A diferencia del régimen de apartheid de Sudáfrica, explícitamente racista, la discriminación sistematizada dirigida hacia los Palestinos se enmascara a través de órdenes militares (camufladas por motivos de seguridad) y normas combinadas con restricciones de tipo administrativo con un claro sesgo racial destinado a controlar y dominar a la población Palestina; **esta dominación sistemática no podría llevarse a efecto sin la cooperación necesaria, en grado de autores, de aquellas autoridades judiciales que, como en el caso que nos ocupa, dan pleno respaldo a unas medidas contrarias a la legalidad internacional.**

En este sentido conviene recordar la ya famosa sentencia dictada en Núremberg en el procedimiento "*Los Estados Unidos de América contra Josef Altstotter y otros*" donde los enjuiciados fueron abogados, jueces y juristas alemanes cuyos cargos acusatorios consistieron en la aplicación y ejecución de todas aquellas Leyes promulgadas por Adolf Hitler y relativas al Programa de Pureza Racial que, mediante métodos eugenésicos, segregaba a enfermos mentales, discapacitados físicos, esquizofrénicos, ciegos, sordos, etc. para ser esterilizados llegando, en muchos casos, a firmar sus sentencias de muerte.

También firmaron sentencias condenatorias contra personas acusadas de mantener relaciones sexuales cuando una de ellas era de ascendencia judía. Aquí es al revés, se trata de jueces israelíes que dictan resoluciones que amparan, confirman y validan actos ilegales propuestos por las autoridades militares israelíes.

Esos jueces, sabedores de que las leyes raciales establecidas por Adolf Hitler eran incompatibles con los derechos fundamentales de sus víctimas, firmaron las órdenes de esterilización o de muerte despreciando totalmente la ilegalidad del objeto de sus sentencias; **en el caso que nos ocupa, los tres jueces sujetos de la presente querella,**

han dictado, firmado y ordenado ejecutar unas resoluciones contrarias al Derecho Internacional, siendo sabedores de la ilegalidad de sus resoluciones.

A mayor abundamiento, en 2009 el informe de la "*Fact Finding Mission*" de la ONU sobre el conflicto en la zona de Gaza, consideró que los hechos constatados durante la misión apuntaban a la existencia de un régimen de apartheid en los Territorios Palestinos Ocupados en clara violación con los Artículos 2, literales a) y c) de la Convención sobre el Apartheid.⁴⁸

La construcción del Muro y su régimen administrativo asociado supone un ejercicio de injerencia social y fragmentación territorial bajo la apariencia de unas ficticias necesidades de seguridad. La clara intencionalidad del Estado de Israel - amparada, avalada y legitimada por los aquí querellados - no es otra que la anexión de territorio perteneciente a Cisjordania y Jerusalén Este. Más del 40 por ciento del territorio de Cisjordania ha sido apropiado por Israel para sostener y dotar de infraestructuras a los asentamientos judíos, infraestructuras por supuesto a las que no tienen acceso los ciudadanos Palestinos, siendo un claro ejemplo el sistema de carreteras.

El régimen creado por Israel está basado en una clara ideología discriminatoria que eleva a los ciudadanos judíos por encima del resto, dotándolos de un estatus superior y un tratamiento desigual en relación con los palestinos. Es inevitable pensar en el régimen de apartheid sudafricano, en el que la discriminación resultaba en la dominación de un grupo, considerado "superior", sobre otro grupo "inferior".

El sistema legal y la construcción de la "nacionalidad judía" llevada a cabo por Israel, privilegia a los nacionales judíos sobre los "no-judíos" bajo la jurisdicción israelí, tal cual hacen los tres querellados cuando resuelven y autorizan la construcción del Muro en Cremisan con las consecuencias descritas en el cuerpo de esta querella.

La Misión Internacional Independiente de Investigación promovida por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, encargada de investigar las implicaciones de los asentamientos israelís en los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y

⁴⁸ Report of the United Nations Fact Finding Mission on the Gaza Conflict, *supra* note 141, at paras 113, 206, 208, 938, 1427, 1577, 1579, and 1616 respectively.

culturales de los Palestinos en los Territorios Ocupados concluyó en su informe de febrero de 2013 que el régimen legal de segregación que opera en los Territorios Palestinos Ocupados ha permitido el establecimiento y la consolidación de los asentamientos a través de la creación de un régimen legal privilegiado para los asentamientos y los colonos.⁴⁹

De ello, resultan violaciones constantes de derechos humanos en el día a día propias del sistema creado por Israel. Un sistema basado en la segregación institucional, con un sistema legal dual en Cisjordania, en el que a los ciudadanos judíos se les aplican unas leyes y acceden a unos tribunales distintos de los ciudadanos Palestinos, un sistema civil para unos y militar para otros. El sistema se encargan de aplicarlo y perpetuarlo los funcionarios israelís, y en particular sus jueces que a través de sus resoluciones perpetúan el régimen de control y dominación diseñado.

El caso de Cremisán es un fiel reflejo de esta política de apartheid y de cómo la misma se sustenta en normas contrarias al Derecho Internacional aplicadas y defendidas por quienes estaban llamados a defender los derechos de los sin derechos, es decir los derechos de las víctimas, en este caso de los palestinos de Cremisán y su comunidad católica allí afincada por siglos.

2. Crímenes de Guerra (contra el Derecho Internacional Humanitario)

Junto con lo anterior, los hechos descritos en el cuerpo de la presente querella, son, también, constitutivos de varios delitos tipificados en los instrumentos internacionales como crímenes de guerra, tales como apropiación de bienes, destrucción de bienes histórico-culturales, instalación de infraestructuras civiles de carácter permanente y traslados forzosos de población por parte de la potencia ocupante.

⁴⁹ 'Report of the independent international fact- nding mission to investigate the implications of the Israeli settlements on the civil, political, economic, social and cultural rights of the Palestinian people through- out the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem', UN Doc. A/HRC/22/63, 7 Feb. 2013, at para. 49.

Hemos de decir que Israel ha denegado en numerosas ocasiones que sea de aplicación el Derecho Internacional Humanitario en relación con la construcción del Muro.

En contra de esta particular e interesada opinión se encuentran números Estados Parte de la IV Convención de Ginebra o el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) - entre ellos Chile - y, también, la propia Corte Internacional de Justicia como veremos a continuación.

La Corte Internacional de Justicia concluyó, en su Opinión Consultiva sobre el Muro, que a pesar de que Israel no es Parte del IV Convenio de la Haya de 1907, al cual está anejo el Reglamento de la Haya (referido como Reglamento en lo sucesivo), las provisiones del Reglamento son parte del derecho consuetudinario y por lo tanto de aplicación al caso.⁵⁰

Por otro lado, Israel ratificó el IV Convenio de Ginebra el 6 de Julio de 1951 y es un Estado Parte del Convenio. Jordania también es Estado Parte y ninguno de los dos ha realizado ninguna reserva en relación con el caso que nos ocupa. Además, Palestina emitió una declaración el 7 de junio de 1982 mostrando su compromiso por suscribir el IV Convenio de Ginebra, que Suiza como Estado depositario del Convenio lo dio por válida.

Israel ha indicado en varias ocasiones que aplica de manera general el IV Convenio de Ginebra en los territorios del Estado Palestino Ocupado aunque niega que el Convenio sea aplicable *de iure*, ya que según el Artículo 2 párrafo segundo, éste se aplicará en caso de ocupación del territorio de una Alta Parte Contratante que se encuentre inmersa en un conflicto armado.

⁵⁰ Opinión Consultiva CIJ (2004) párr. 89. Ver: las conclusiones del Tribunal Militar de Núremberg “rules laid down in the Convention were recognised by all civilised nations, and were regarded as being declaratory of the laws and customs of war” (Judgement of the International Military Tribunal of Nuremberg, 30 September and 1 October 1946, p.65). Ver también: las conclusiones de la CIJ en el la Opinión Consultiva sobre la *legalidad de la amenaza del uso de armas nucleares* de 1996 (*legality of the threat of use of nuclear weapons* (1996) parr. 76).

Israel sostiene que los territorios ocupados con posterioridad a 1967 no fueron con anterioridad de soberanía Jordana y por lo tanto el Convenio no es aplicable *de iure* a la ocupación de tales territorios.

La postura generalizada, ampliamente aceptada por los organismos internacionales y por las altas partes signatarias de los convenios de aplicación, es sin embargo contraria a la de Israel.

El CICR, la Conferencia de las Altas Partes Contratantes del IV Convenio de Ginebra de 2001, la Asamblea y Consejo de Seguridad de Naciones Unidas y la Corte Internacional de Justicia coinciden en que el convenio es de aplicación a los Territorios Palestinos Ocupados.

Así, la Corte establece en el párrafo 101 de su Opinión Consultiva:

[...] El Cuarto Convenio de Ginebra es de aplicación en cualquier territorio ocupado durante un conflicto armado entre dos o más Altas Partes Contratantes. Israel y Jordania eran parte del Convenio cuando se desató el conflicto de 1967. La Corte sostiene que el Convenio es aplicable en los territorios Palestinos que antes del conflicto se situaban al este de la Línea Verde (Green Line) y que durante el conflicto fueron ocupados por Israel, sin ser necesaria ninguna consulta sobre el estatus anterior de dichos territorios.

A mayor abundamiento, la propia postura de la República de Chile es clara respecto al reconocimiento tanto del Estado Palestino Ocupado como de la situación de ocupación ilegal que le afecta, bastando remitirse al voto que realizó Chile en Naciones Unidas al momento de decidir, favorablemente, la incorporación de Palestina como Estado Observador en Naciones Unidas y los diversos votos realizados por Chile ante una serie de resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas respecto a la situación de ocupación de sufre el Estado Palestino.

Sin perjuicio de lo anterior, basta decir que Chile mantiene relaciones diplomáticas del más alto nivel con Palestina lo que implica un reconocimiento explícito de su existencia como Estado.

2.1. Crímenes de guerra contra la propiedad

Los **artículos 8, numeral 2, literal a) iv) y literal b) xiii) del Estatuto de Roma** se refieren a la destrucción o apoderamiento de bienes en caso de conflicto armado, establecen respectivamente la prohibición sobre:

*La destrucción **y la apropiación de bienes, no justificadas por necesidades militares, y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente;***

Destruir o apoderarse de bienes del enemigo, a menos que las necesidades de la guerra lo hagan imperativo.

Israel justifica la apropiación de bienes para la construcción del Muro en base a:

- (1) Artículo 23, literal g) del Reglamento de la Haya, 18 de Octubre de 1907, que permite la toma de propiedades por necesidades de guerra; (2)
- (2) Artículo 51 de la Carta de la ONU;
- (3) Resoluciones del Consejo de Seguridad 1368(2001) y 1373(2001); todas ellas han probado no ser aplicables al caso.

Sin perjuicio de ello, es importante tener en consideración que en el caso de Cremisán no existe ningún tipo de necesidad militar y que se ha tratado de una incautación de propiedades con el exclusivo fin de facilitar la vida, hacerla más

cómoda para los colonos, y el transporte entre dos asentamientos ilegales construidos por Israel en el territorio del Estado Palestino Ocupado.

El Artículo 51 de la Carta reconoce el derecho a la autodefensa en caso de ataque armado de un Estado contra otro Estado, sin embargo, no ha habido ningún ataque armado contra Israel imputable a otro Estado por lo que este precepto no es de aplicación al caso que nos ocupa.⁵¹

Tal y como expuso la Corte Internacional de Justicia en su Opinión Consultiva relativa a la legalidad del Muro, tampoco son de aplicación las mencionadas Resoluciones del Consejo de Seguridad, puesto que Israel ejerce el control de los Territorios Palestinos Ocupados (al ser la fuerza ocupante) y la amenaza a la que se refiere Israel para justificar la construcción del Muro se originó dentro y no fuera del territorio.⁵²

En cuanto al Artículo 23, literal g) del IV Reglamento de la Haya, tampoco es relevante, ya que se encuentra enmarcado en la Sección II (Hostilidades) y no en la Sección III (de la Autoridad Militar sobre el Territorio del Estado Enemigo) que es la aplicable al caso tal y como concluye la Corte Internacional de Justicia.⁵³

Israel también podría intentar justificar la apropiación de bienes en base al estado de necesidad, sin embargo la Corte Internacional de Justicia concluyó en el caso *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)* que el estado de necesidad está reconocido en el derecho internacional consuetudinario aunque **solo puede ser invocado en situaciones excepcionales como que sea la única forma que el Estado**

⁵¹ Opinión Consultiva CIJ (2004), parr. 139; Declaración Escrita de Jordania ante ICJ (2004), p140 parr. 5270.

⁵² Opinión Consultiva CIJ (2004) parr. 139.

⁵³ Opinión Consultiva CIJ (2004) parr. 124 “[...] only Section III is currently applicable in the Est Bank and Article 23(g) of the [Hague] Regulations, in Section II, is thus not pertinent.” También resulta de especial relevancia el análisis que realizó el Tribunal Penal Especial de la Haya en el caso *In re Fiebig* (1949): “it was evident that the provisions of Section II remained in operation so long as there was still active war between the invading forces and the forces of the invaded country, a period which ends with a capitulation or an armistice... After such a capitulation or armistice, while the war may continue elsewhere, it is Section III and no longer Section II which regulates the rights and obligations of the invader as Occupant.”

tiene para poder salvaguardar un interés que se encuentre bajo un grave e inminente peligro⁵⁴ lo cual, bajo ningún concepto, se da en el caso que nos ocupa.

En el caso de la construcción del Muro, la Corte Internacional de Justicia concluye que **Israel no puede escudarse en su derecho a la autodefensa o al estado de necesidad para evitar el daño que supone la construcción del Muro**,⁵⁵ si no puede en términos generales mucho menos podrá en el concreto caso que afecta a la comunidad de Cremisán por las propias características expuestas *ut supra*.

A mayor abundamiento, tampoco sería de aplicación en el caso que nos ocupa de Cremisán porque los propios desarrollos del tema, a lo largo de varios años, así como el auténtico motivo de la expropiación (facilitar las comunicaciones entre distintos asentamientos ilegales para la población civil israelí), hacen inviable esta argumentación.

Son por lo tanto de aplicación al caso los Artículos 43, 46 y 52 de la Sección III del IV Reglamento de la Haya, que establecen respectivamente:

Artículo 43

Desde el momento en que la autoridad legítima pase de hecho a manos del ocupante, éste tomará todas las medidas que estén a su alcance a fin de restablecer y conservar, en cuanto sea posible, el orden y la vida públicos, respetando, salvo impedimento absoluto, las leyes vigentes en el país.

Artículo 46

El honor y los derechos de la familia, la vida de los individuos y la propiedad privada, así como las creencias religiosas y la práctica de los cultos, deben ser respetados.

La propiedad privada no puede ser confiscada.

⁵⁴ CIJ *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)* 1997, p. 40, parr. 51.

⁵⁵ CIJ Opinión Consultiva (2004), parr 140.

Artículo 52

No podrán exigirse empréstitos en especie y servicios del común o de los habitantes sino para atender a las necesidades del ejército que ocupe el territorio. Serán proporcionados a los recursos del país y de tal naturaleza que no impliquen para los habitantes la obligación de tomar parte en las operaciones de la guerra contra su país.

Esos empréstitos y servicios no serán exigidos sino con la autorización del Comandante de la localidad ocupada.

Los empréstitos en especie serán, en cuanto sea posible, pagados de contado; en caso contrario se dejará constancia de aquellos por medio de documentos, y el pago se hará lo más pronto posible.

El Artículo 46 del IV Reglamento de la Haya protege contra la confiscación de la propiedad, concepto que habrá de extenderse no solo a la propiedad privada *stricto sensu* sino, también, a la propiedad comunitaria, a las servidumbres de paso y a las riquezas en ellas existentes.

Continuando con el análisis de lo ya resuelto por la Corte Internacional de Justicia en su tan mencionada opinión consultiva sobre el Muro, debemos recordar que, tal y como expone Jordania en su declaración escrita ante la Corte:

*La expropiación según el derecho internacional connota la privación del uso y disfrute de una propiedad a su propietario, como resultado de un acto formal con dicha consecuencia, o bien a través de otras acciones que tienen de facto el mismo efecto. La expropiación implica la privación por parte de los órganos del Estado del derecho a la propiedad como tal o a través de la cesión permanente de sus poderes de gestión y control.*⁵⁶

⁵⁶ Declaración Escrita de Jordania ante la CIJ, parr 5254 (Traducción propia).

Con esto Jordania concluye que a pesar de que no ha habido una expropiación formalmente hablando por parte de Israel (al no hablar de apropiación y no conllevar el cambio de propiedad) ello no significa que no exista una expropiación según el derecho internacional.⁵⁷

Sin embargo, y hablando siempre en términos de la propia opinión consultiva emitida por la Corte Internacional de Justicia, pero aplicándola al caso de Cremisán ni tan siquiera se ha llegado a dicho nivel de pronunciamiento como se puede comprobar de la documentación adjunta al presente escrito de querella, es decir en las resoluciones dictadas por los aquí querellados.

La clave es determinar si la interferencia en los derechos de propiedad es tan exhaustiva que ya no reporta ningún beneficio para el propietario. Esto ocurre cuando el propietario es privado de su uso efectivo, control y beneficio, en cuyo caso debemos entender que a todos los efectos se ha expropiado.⁵⁸

Obviamente, este razonamiento sí que se da en el caso de Cremisán porque lo apropiado no es otra cosa que la tierra de cultivo, el derecho de paso, las servidumbres de las mismas, sus frutos y, sobre todo, el acceso en libertad a la práctica de las obligaciones religiosas que los cristianos de la comunidad de Beit Jala tienen con respecto al Monasterio de Cremisán.

Nada puede compensar las privaciones que generan las resoluciones criminales dictada por los querellados.

La Corte Internacional de Justicia en el párrafo 132 de la Opinión Consultiva concluye que existe una violación del Artículo 46 del IV Reglamento de la Haya por parte del Estado de Israel. Esta conclusión es de aplicación directa al caso que nos ocupa y, específicamente, a los efectos de la calificación jurídica que proponemos.

En cuanto a la apropiación de terrenos, ninguno de estos preceptos justifica su apropiación para la construcción del Muro ya que Israel expresamente considera que

⁵⁷ ibid. Parr 5257.

⁵⁸ ibid. Parr.5259.

las razones para su construcción son de autodefensa y en protección de la población civil.

Es más, la Corte Suprema de Israel - con otra composición y distintos jueces - en el caso *Elon Moreh* estableció que las necesidades militares expresadas en el Artículo 52 del Reglamento no pueden incluir las necesidades de seguridad nacional entendidas en su sentido más amplio⁵⁹, sin embargo en el caso que nos ocupa, el de Cremisán, la misma Corte Suprema - pero, como decimos, con distintos jueces - llega a una conclusión diametralmente opuesta o, mejor dicho, ni siquiera se interesó por reparar en tales aspectos.

La Corte Internacional de Justicia en el párrafo 132 de la Opinión Consultiva también ve una violación del Artículo 52 del Reglamento de la Haya por parte del Estado de Israel. Lo cual también tiene su reflejo directo en el caso que nos ocupa y a los efectos de determinar la responsabilidad criminal de los querellados que eran, sin duda, o debían ser, por la propia posición que ocupan, conocedores del tan citado dictamen de la Corte Internacional de Justicia.

También debemos acudir a los preceptos del IV Convenio de Ginebra ya que son complementarios a los Reglamentos de la Haya, según el Artículo 154 del Convenio.

El Artículo 53 del IV Convenio de Ginebra establece,

Está prohibido que la Potencia ocupante destruya bienes muebles o inmuebles, pertenecientes individual o colectivamente a personas particulares, al Estado o a colectividades públicas, a organizaciones sociales o a cooperativas, excepto en los casos en que tales destrucciones sean absolutamente necesarias a causa de las operaciones bélicas.

En el caso de Cremisán es evidente que no existen operaciones bélicas ni necesidades militares que justifiquen las apropiaciones de terrenos, la construcción

⁵⁹ (Traducción Propia) Texto Original: “[...] the military needs mentioned in [Article 52] cannot include, according to any reasonable interpretation, national-security need in their broad sense”.

del Muro, ni las privaciones a las que se somete a la población de Cremisás y Beit Jala.

En cuanto a la destrucción, los terrenos, en especial aquellos de uso agrícola, se deben considerar como destruidos ya que, tras haberse desarraigado y/o talado los árboles fruto de explotación (muchos de ellos de crecimiento lento, como el caso de los milenarios olivos que allí existían), las tierras no pueden ser utilizadas para su principal fin: la agricultura.

Por si todo lo anterior no fuese suficiente, entendemos que queda por determinar si todo ello se llevó a cabo por causas absolutamente necesarias a causa de las operaciones bélicas.

El Convenio no establece una definición de “operaciones bélicas” y el Comentario del CICR tampoco ha arrojado luz sobre este extremo. Si bien es cierto que el Artículo 51, numeral 1) del Protocolo Adicional I, del cual Israel no es parte pero que el Comentario del CICR concluye que forma parte del derecho consuetudinario,⁶⁰ establece:

La población civil y las personas civiles gozarán de protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares. Para hacer efectiva esta protección, además de las otras normas aplicables de derecho internacional, se observarán en todas las circunstancias las normas siguientes.

El comentario del CICR sobre este precepto observa que según los diccionarios el término “operación militar” se refiere a los movimientos y actividades llevadas a cabo por las fuerzas armadas en relación con las hostilidades.⁶¹

En el caso de Cremisán, como hemos dicho en múltiples ocasiones, solo se trata de construir una carretera que facilite la vida, la movilidad y el asentamiento definitivo de dos colonias ilegales israelíes en territorio del Estado Palestino Ocupado.

No existen ni han existido "hostilidades" en la zona ni causa alguna que haga prever que las mismas se vayan a generar; es obvio que en un país ocupado las hostilidades, como tales, dejaron de existir desde el momento mismo de la definitiva ocupación.

⁶⁰ Sandoz Y et al (Eds), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949* (ICRC: Geneva: 1987) 615, para.1923.

⁶¹ *ibid*, parr, 1936.

Cosa distinta sería la existencia de algún foco de resistencia, comprendida y admitida también en el Derecho Internacional, pero resulta que en el caso de Cremisán tampoco se dan tales circunstancias ni existen antecedentes de algo de esas características.

Por tanto, y siguiendo el análisis de las normas y doctrina aplicables al caso, tenemos que ello conlleva la destrucción de la propiedad en relación con una operación en la cual se utilizó la violencia⁶² y jamás una de carácter preventivo; argumentar, como podría hacerlo la defensa de los querellados, unas supuestas razones de seguridad, sería tanto como justificar una apropiación y destrucción de carácter preventivo que, por cierto, nos volvería a llevar al núcleo del ilícito imputado.

Todo ello nos lleva a concluir que no nos encontramos ante una operación militar en este caso. Pero aunque así fuera quedaría por determinar si dicha destrucción era “absolutamente necesaria”. No parece ser el caso, pues bien podía el Estado de Israel haber construido el Muro dentro de su propio territorio.

En este sentido conviene recordar la declaración escrita de Irlanda ante la Corte Internacional de Justicia,

*[Israel] no ha demostrado que su principal finalidad a la hora de construir el Muro, principalmente la seguridad de Israel, no podía ser alcanzado por medios alternativos, como la construcción del muro dentro del territorio israelí. Es más, el trazado del muro indica que su propósito es proteger a los ciudadanos ilegalmente asentados en los Territorios Palestinos Ocupados, contraviniendo los Artículos 49 y 147 del Cuarto Convenio de Ginebra. Tampoco ha demostrado que cualquier destrucción o apropiación fuera necesario por operaciones militares. Es por tanto claro que estas medidas no se han tomado de acuerdo con el derecho internacional humanitario.*⁶³

⁶² ibid, parr. 1875

⁶³ Declaración Escrita de Irlanda ante la CIJ, parr.2.9 (Traducción propia). Texto Original: “[Israel] has not shown that its stated goal in constructing the wall, namely the security of Israel, could not be achieved by alternative means, such as constructing the wall within Israeli

La Corte Internacional de Justicia en el párrafo 132 de la Opinión Consultiva también ve una violación del Artículo 53 del IV Convenio de Ginebra por parte del Estado de Israel.

Todo ello nos lleva a indicar por lo tanto que Israel incurre en una violación del Artículo 53 del IV Convenio de Ginebra en términos generales y respecto de la construcción del Muro; ahora bien, en términos específicos del caso que aquí nos ocupa y preocupa es evidente que se dan los mismos y más acentuados indicios de la comisión de un crimen de guerra por las razones expuestas *ut supra*.

2.2. Crímenes de Guerra contra bienes patrimonio histórico, religioso o cultural

El Artículo 8, numeral 2), literal b) ix) del Estatuto de Roma prohíbe,

*Dirigir intencionalmente **ataques contra edificios dedicados a la religión, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos históricos**, los hospitales y los lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, siempre que no sean objetivos militares.*

La protección de los bienes histórico-culturales se desarrolla en varios instrumentos internacionales. El IV Reglamento de la Haya en su artículo 56 establece,

Los bienes de las comunidades, los de establecimientos consagrados a los cultos, a la caridad, a la instrucción, a las artes y a las ciencias, aun cuando pertenezcan al Estado, serán tratados como propiedad privada.

Se prohíbe y debe perseguirse toda **ocupación, destrucción, deterioro intencional de tales edificios**, de monumentos históricos y de obras artísticas y científicas.

territory. Indeed, the route taken by the wall indicates that its purpose is to protect Israeli citizens illegally settled in the Occupied Palestinian Territory, contrary to Articles 49 and 147 of the Fourth Geneva Convention. Nor has it been shown that any destruction or appropriation is necessitated by military operations. It is thus clear that these measures have not been taken in accordance with international humanitarian law.”

Claramente los daños sufridos por el complejo religioso de Cremisán, los terrenos de cultivo adyacentes y los impedimentos a la circulación a los ciudadanos de Beit Jala entrarían dentro de la catalogación, según el Artículo 56, de “deterioro intencional” puesto que de la propia ilegalidad internacional que constituye el Muro, su trazado, como ya se ha expresado, bien podía haber discurrido por otra vía, evitando de este modo el daño al patrimonio histórico-cultural y económico de la zona.

Por su parte, el Convenio Adicional sobre la Protección de Bienes Culturales, del cual son parte Israel y Jordania y al cual se ha adherido Palestina, establece en su Artículos 4, numeral 1) la obligación de respetar los bienes culturales situados en su territorio como en el de las otras partes con la única excepción de que se dé una situación de necesidad militar que impida de manera imperativa el cumplimiento de dicha obligación (Artículo 4, numeral 2)).

En el caso que nos ocupa la excepción del párrafo segundo no es de aplicación pues no parece que el Estado de Israel se encontrara en tal situación cuando decidió el trazado del Muro y más aún sabiendo que podía haber sorteado de diversas maneras el complejo religioso de Cremisán, el daño a las tierras de cultivo y el acceso a las mismas y a los centros religiosos de los habitantes de Cremisán y Beit Jala.

Por otro lado el Artículo 5, numeral 1) del Convenio Adicional establece:

Las Altas Partes Contratantes que ocupen total o parcialmente el territorio de otra Alta Parte Contratante deben, en la medida de lo posible, prestar su apoyo a las autoridades nacionales competentes del territorio ocupado a fin de asegurar la salvaguardia y la conservación de los bienes culturales de ésta.

Se impone, por lo tanto, una obligación sobre el Estado Ocupante de apoyo a la conservación, que no solo Israel desoye, sino que incumple manifiestamente al promover acciones contrarias a la conservación y que suponen la destrucción del bien cultural al seccionar en dos el complejo histórico-religioso.

Los magistrados de la Corte Suprema de Israel son responsables del daño al patrimonio cultural del complejo histórico-religioso de Cremisán pues en sus manos estaba impedir al Ministerio de Defensa llevar a efecto tal construcción e, incluso, el

obligarles a adoptar un trazado del Muro que no produjera tal daño como solicitaban el Monasterio, el Convento y la propia comunidad de afectados y la ciudad de Beit Jala.

Es más, los jueces de la Corte Suprema de Israel son responsables del daño causado al patrimonio cultural, así como al resto de la zona, porque es su decisión la que ha permitido que todo este ilícito penal sea cometido. No solo pudieron impedirlo, sino que, además, y con su propia resolución lo fomentaron, justificaron y avalaron.

2.3. Traslado de población

El **Artículo 8, numeral 2), literal a) del Estatuto de Roma** dispone,

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:

iv) La destrucción y la apropiación de bienes, no justificadas por necesidades militares, y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente;

vi) El hecho de privar deliberadamente a un prisionero de guerra o a otra persona protegida de su derecho a ser juzgado legítima e imparcialmente;

El **Artículo 8, numeral 2), literal b) del Estatuto de Roma** dispone,

viii) El traslado, directa o indirectamente, por la Potencia ocupante de parte de su población civil al territorio que ocupa o la deportación o el traslado de la totalidad o parte de la población del territorio ocupado, dentro o fuera de ese territorio.

xiii) Destruir o apoderarse de bienes del enemigo, a menos que las necesidades de la guerra lo hagan imperativo;

Por su parte, el **Artículo 49 del IV Convenio de Ginebra** en relación con los traslados de población, expresamente prohíbe,

Los traslados en masa o individuales, de índole forzosa, así como las deportaciones de personas protegidas del territorio ocupado al territorio de la Potencia ocupante o al de cualquier otro país, ocupado o no, están prohibidos, sea cual fuere el motivo.

Sin embargo, la Potencia ocupante podrá efectuar la evacuación total o parcial de una determinada región ocupada, si así lo requieren la seguridad de la población o imperiosas razones militares. Las evacuaciones no podrán implicar el desplazamiento de personas protegidas más que en el interior del territorio ocupado, excepto en casos de imposibilidad material. La población así evacuada será devuelta a sus hogares tan pronto como hayan cesado las hostilidades en ese sector.

La Potencia ocupante deberá actuar, al efectuar tales traslados o evacuaciones, de modo que, en la medida de lo posible, las personas protegidas sean acogidas en instalaciones adecuadas, que los desplazamientos se lleven a cabo en satisfactorias condiciones de salubridad, de higiene, de seguridad y de alimentación, y que no se separe, unos de otros, a los miembros de una misma familia.

Se informará a la Potencia protectora acerca de los traslados y de las evacuaciones tan pronto como tengan lugar.

La Potencia ocupante no podrá retener a las personas protegidas en una región particularmente expuesta a los peligros de guerra, a no ser que la seguridad de la población o imperiosas razones militares así lo requieran.

La Potencia ocupante no podrá efectuar la evacuación o el traslado de una parte de la propia población civil al territorio por ella ocupado.

Junto con todo lo expuesto *ut supra*, en el caso que nos ocupa, la potencia ocupante – Israel, con el amparo, aval y revestimiento de pseudolegalidad otorgado por los

querellados - organiza y fomenta traslados de su propia población a los Territorios Palestinos Ocupados, de hecho la Corte Suprema, por mano de los aquí querellados, da carta de naturaleza y reviste de legalidad, unos actos típicos, antijurídicos y culpables subsumibles en las conductas típicas alegadas, mediante la incautación y destrucción de bienes de la población palestina para garantizar mejores condiciones de vida a los habitantes de los asentamientos ilegales descritos *ut supra*.

El Estado de Israel ha desarrollado e implementado una serie de políticas y prácticas dirigidas a fomentar el establecimiento de asentamientos en los territorios del Estado Palestino Ocupado que contravienen la legalidad internacional.

A mayor abundamiento, toda la "lógica" existente detrás de los hechos objeto de la presente querella son, claramente, vulneradores del Estatuto de Roma y de la citada Convención de Ginebra porque **no se pretende otra cosa que facilitar y perpetuar el asentamiento de población civil ocupante en el territorio del Estado Palestino Ocupado amparándose, para ello, en el beneplácito generado por la criminal resolución dictada, a sabiendas, por los tres querellados.**

Incluso más, así lo ha dispuesto el Consejo de Seguridad de la ONU que considera que estas políticas y prácticas puestas en marcha por Israel no tienen "*validez legal*" y ha solicitado formalmente a Israel en repetidas ocasiones que rescinda tales medidas y ceje en su propósito de cambiar el estatus legal, la geografía y la composición demográfica de los territorios que ocupa desde 1967 incluida Jerusalén, y que por lo tanto deje de transferir parte de su población a dichos territorios ocupados.⁶⁴

Es decir, **el Consejo de Seguridad de la ONU ha dictaminado la ilegalidad de dichas prácticas y los tres querellados, por su propia posición como autoridades judiciales al más alto nivel en Israel, conocían o debían conocer la ilegalidad de sus actos y la criminalidad que la concesión de tales autorizaciones conllevaba.**

Igualmente, las políticas llevadas a cabo por el Estado de Israel, y en concreto la construcción del Muro de separación y su régimen administrativo, han contribuido al

⁶⁴ UNSC Res 446(1979), de 22 de Marzo de 1979, UNSC Res 452(1979) de 20 de Julio de 1979 y UNSC Res 465(1980) de 1 de Marzo de 1980.

éxodo de numerosa población Palestina, que se ha visto obligada a abandonar ciertas áreas, que ha provocado a su vez un gran cambio demográfico. El caso de Cremisán es un fiel reflejo de dicha situación con el agravante que, además, se está afectando a la libertad religiosa de la comunidad cristiana de Beit Jala y Cremisán.

Si bien es cierto que el **Artículo 49 en su párrafo segundo alberga una excepción por razones de “seguridad de la población o imperiosas razones militares”**, no parece que pueda resultar de aplicación al caso de una ocupación tal cual hemos razonado anteriormente y que, recordemos, se trata de una decisión que lo que viene a permitir no es otra cosa que la construcción de una autopista para facilitar las comunicaciones entre dos colonias en territorio ocupado a fin de consolidar una política criminal consistente en la construcción de asentamientos israelíes en territorio del Estado Palestino Ocupado.

En este mismo sentido resuelve la Corte Internacional de Justicia en su Opinión Consultiva, al rechazar la excepción y concluir que existe una violación del Artículo 49 párrafo sexto.⁶⁵

Al fomentar las mencionadas políticas a través del trazado del Muro la Corte Suprema de Israel cometió una violación del Artículo 49 párrafo sexto del IV Convenio de Ginebra.

III.2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE DERECHO INTERNO

La Constitución Política de la República de Chile en su artículo 5, inciso segundo, establece que *“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”*. Lo anterior, se ve reforzado por lo expresado por el Estado de Chile, en el literal C, numeral 18, del Informe Nacional presentado en conformidad con el párrafo 15 a) anexo a la resolución 5/1 del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, A/HRC/WG.6/5/CHL/1, del 16 de febrero de 2009, en que señala que de acuerdo a la

⁶⁵ CIJ Opinión Consultiva (2004), Parr. 139 y 120.

reforma introducida al inciso segundo del artículo 5 de la Constitución, los derechos humanos establecidos en los tratados internacionales de derechos humanos tienen rango constitucional, lo que vendría siendo reconocido por los tribunales internos al recurrir a la normativa internacional para fundamentar sus fallos. Señala asimismo, que *“la Corte Suprema ha citado el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el “Caso Almonacid”, reafirmando que la prohibición de crímenes de lesa humanidad es una norma de ius cogens.”*

Sólo a modo ilustrativo y en relación a lo extensamente expuesto en los apartados anteriores, se mencionan algunos instrumentos internacionales de protección, vigentes a la fecha en nuestro país:

Los Convenios I, II, III y IV de Ginebra, promulgados por Decreto Supremo N° 752, de 1950, publicado en el Diario Oficial de los días 17, 18, 19 y 20 de abril de 1950.

La Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio, promulgada por Decreto Supremo N° 316, de 05 de junio de 1953, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el diario oficial el 11 de diciembre de 1953.

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, promulgado por decreto supremo N° 104, de 6 de julio de 2009, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial del 1 de agosto de 2009.

Los Protocolos Adicionales I y II a los Convenios de Ginebra de 1949, relativos a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales y a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, promulgados por Decreto Supremo N° 752, de 17 de junio de 1991, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial el 28 de octubre de 1991.

La Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, el reglamento para la aplicación de la convención, su protocolo y el segundo protocolo, promulgados por Decreto Supremo N° 240, de 03 de octubre de 2008, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial el 05 de enero de 2009.

Protocolo Adicional III a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la aprobación de un signo distintivo adicional, promulgado por Decreto Supremo N° 152, de 29 de septiembre de 2009, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial el 06 de Enero de 2010.

Además, se debe tener en cuenta lo ya señalado respecto de la opinión mayoritaria en relación a ciertos delitos que afectan a la comunidad internacional toda, que encontrándose protegidos por normativa internacional no suscrita han adquirido la categoría de *ius cogens*.

Cabe destacar, la Ley 20.357, que tipifica los crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes y delitos de guerra, del Ministerio de Relaciones Exteriores, promulgada el 26 de junio de 2009 y publicada en el Diario Oficial el 18 de julio de 2009, que introduce en nuestra legislación la tipificación y penas asociadas a éstos, además de otras consideraciones como la imprescriptibilidad de las acciones que los persiguen.

De esta forma es dable concluir que todo lo descrito con anterioridad a lo largo de la presente querella, todas las normas que se han indicado y señalado como fundamentos en los diversos casos planteados, es legislación vigente en nuestro país.

Señalado esto, cabe hacer mención a algunas disposiciones específicas.

El Cuarto Convenio de Ginebra, establece en su artículo 146 que cada Estado Parte *“tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad”*.

Asimismo, el Preámbulo del **Estatuto de Roma** señala que:

*“Los Estados Partes del presente Estatuto, (...) Afirmando que los **crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo** y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e **intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia,***

Decididos a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes,

Recordando que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales (...)”.

Con esto, queda de manifiesto que la obligación de perseguir y, en su caso, castigar está reconocida de manera unánime en el derecho internacional en relación a los crímenes de guerra y de lesa humanidad en conflictos armados de carácter internacional, los cuales, sin perjuicio de ampliar la calificación a cualquier otro delito que se pueda derivar del transcurso de la investigación, esta parte considera que constituyen los tipos penales que se ajustan a los hechos descritos.

Como se ha señalado, Chile, mediante la promulgación de la Ley 20.357, vigente a partir del 18 de julio de 2009, ha tipificado los crímenes de lesa humanidad y genocidio y crímenes y delitos de guerra, con el *“objeto perfeccionar y adecuar la legislación chilena tipificando conductas constitutivas de delitos y crímenes contenidos en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”* de acuerdo a lo señalado en la Moción Parlamentaria, de fecha 11 de marzo de 2009, cuenta en Sesión 01, Legislatura 357, Proyecto de Ley que tipifica crímenes de lesa humanidad y genocidio y crímenes y delitos de guerra.

En el **Título II** de la Ley 20.357 se establecen los preceptos legales aplicables a los Crímenes y Delitos de Guerra, de acuerdo a lo que sigue:

Artículo 16. *Las disposiciones del presente Título se aplicarán a la **comisión de cualquiera de los hechos señalados en los artículos siguientes**, cometidos en el contexto de un conflicto armado, sea éste de **carácter internacional** o no internacional.*

Artículo 17. *Para los efectos de lo dispuesto en el presente Título, se entenderá por:*

*a) **Conflicto armado de carácter internacional:** los casos de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o más Estados, aunque uno de ellos*

*no haya reconocido el estado de guerra, así como los **casos de ocupación total o parcial del territorio de un Estado por fuerzas extranjeras, aunque tal ocupación no encuentre resistencia militar;***

Respecto de la población civil, la letra c) del mismo artículo, la define como “*conjunto de personas que, **independientemente de su nacionalidad, no hayan participado directamente en las hostilidades, o hayan dejado de participar en ellas, incluidos los ex combatientes que hayan depuesto sus armas y personas que estén fuera de combate***”.

El **artículo 17, literal d), numeral 3** establece que son Personas Protegidas “*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***”.

En lo referido a los crímenes cometidos en caso de conflicto armado de carácter internacional y sus penas, el **artículo 29** indica: “*Será castigado con la pena de presidio mayor en cualquiera de sus grados, el que lance un ataque contra:*

*a) Una **población civil o personas civiles;***

*b) Ciudades, aldeas, **viviendas o edificios que no estén defendidos y que no sean objetivos militares;***

*c) **Bienes de carácter civil, esto es, bienes que no son objetivos militares;***

d) Un enemigo que haya depuesto las armas o que, al no tener medios para defenderse, se haya rendido;

*e) **Obras o instalaciones que contengan fuerzas peligrosas, a sabiendas de que tal ataque causará muertos o heridos entre la población civil o daños a objetos de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente, manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa del conflicto que se prevea;(…)***”.

En virtud del **Título III**, relativo a las Disposiciones Comunes, se señala:

Artículo 35. Serán sancionados como **autores** de los delitos previstos en esta **ley las autoridades o jefes militares o quienes actúen efectivamente como tales**, en su caso, que, teniendo conocimiento de su comisión por otro, no la impidieren, pudiendo hacerlo.

La autoridad o jefe militar o quien actúe como tal que, no pudiendo impedir el hecho, omitiere dar aviso oportuno a la autoridad competente, será sancionado con la pena correspondiente al autor rebajada en uno o dos grados.

Artículo 36. La **orden de cometer** una acción o de **incurrir en una omisión** constitutiva de delito conforme a esta ley, así como la **orden de no impedir las, impartida por una autoridad** o jefe militar o el que actúe efectivamente como tal, a un subalterno, lo hace responsable como **autor**.

Si la orden no fuere cumplida por el subalterno, la autoridad o jefe militar o el que actúe efectivamente como tal, responderá en todo caso como autor de tentativa de dicho delito.

Artículo 38. El que obrando en cumplimiento de una orden superior ilícita hubiere cometido cualquiera de los delitos establecidos en la presente ley, sólo quedará exento de responsabilidad criminal cuando hubiere actuado coaccionado o a consecuencia de un error (...).

Artículo 39. Serán circunstancias **agravantes especiales la extensión considerable del número de personas ofendidas por el delito en lo que fuere procedente**, y en los casos de crímenes de lesa humanidad, el hecho de haber obrado el responsable por motivos de discriminación en razón de nacionalidad, raza, etnia, religión, género o consideraciones políticas o ideológicas.

Será en todo caso circunstancia atenuante calificada la colaboración sustancial con el tribunal que contribuya al esclarecimiento de los hechos, particularmente en lo que respecta al establecimiento de la responsabilidad de las demás personas que intervinieron en el acto punible.

Respecto a la imprescriptibilidad de los delitos perseguidos en esta presentación, el artículo 40 establece que *“La acción penal y la pena de los delitos previstos en esta ley no prescriben”*.

En conformidad a los hechos descritos, estamos ante crímenes de lesa humanidad y de guerra porque los hechos avalados, permitidos y ordenados por los Jueces de la Corte Suprema de Israel son perfectamente subsumibles en dichos tipos penales.

No cabe duda que no existe ningún tipo de justificación militar que autorice a una apropiación de tierras y bienes como la descrita, que permita un recorte impeditivo de la libertad de movimiento, de culto y de acceso a la educación como el que está sufriendo la población de Cremisán y Beit Jala, producto de la criminal resolución dictada por los querellados.

La única y auténtica fundamentación, razón de ser, de las decisiones de las que esta querella trae causa no es otra que la de intentar revestir de legalidad unos hechos ilegales y criminales como son, de una parte, la instalación permanente de población de la potencia ocupante en el territorio de la parte ocupada y, de otra, el desplazamiento forzoso, de la población del Estado Palestino Ocupado.

El conjunto de fundamentaciones jurídicas precedentemente realizadas, nos lleva a concluir que la actuación de los querellados, que han revestido de apariencia de legalidad unos hechos criminales, es perseguible penalmente por las autoridades chilenas por vulnerar las normas nacionales, los tratados y la legislación del derecho internacional humanitario sobre crímenes de guerra, todo ello al transgredir lo descrito, lo especificado en los artículos 50 y 51 numerales 1, 4 y 5 del Protocolo Adicional I de 1977, además de lo establecido en el artículo 8, numeral 2, del Estatuto de Roma, vulneración que es sancionable de acuerdo a los preceptos establecidos en la Ley 20.357.

a) ACCIÓN INJUSTIFICADA:

Como se ha ido exponiendo a lo largo de esta querrela, la actuación de los querellados ha consistido en permitir, dando apariencia de legalidad, un acto de ocupación contrario al ordenamiento jurídico internacional y, por consiguiente y expresamente, también contrario al ordenamiento jurídico chileno.

La normativización, plasmada en derecho internacional, del concepto de crimen de lesa humanidad y crimen de guerra es relativamente *joven* en la legislación internacional, y está recogida de forma autónoma y específica desde que se redactó el Estatuto de Roma en el año 1998 y más genéricamente en el artículo 51, numeral 5 y artículo 52 del Protocolo Adicional I de 1977 y, en cuanto a lo sustancial, nos remitimos a lo ya expuesto.

A pesar de ello, y como se ha expuesto *ut supra*, en la casuística internacional encontramos una primera resolución sobre crímenes de guerra y de lesa humanidad cometidos por juristas, con ocasión del asunto "Los Estados Unidos de América contra Josef Altstotter y otros"; el 4 de enero de 1947 se establecieron los siguientes delitos para las acusaciones:

- 1.- Participar en un plan común o conspiración para cometer crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad;
- 2.- Crímenes de Guerra por medio del abuso de los procesos judiciales y penales, que resultaron en asesinato masivo, tortura y saqueo de la propiedad privada;
- 3.- Crímenes contra la Humanidad incluyendo el empleo de mano de obra esclava;
- 4.- Pertenencia a una organización criminal, tanto al NSDAP (Partido Nazi) o a la SS.

Inicialmente se instaron una serie de procesamientos, pero, por diversas razones (suicidios, muertes, etc.) solo llegaron a juicio 16 de los investigados.

El primero de los cargos fue desestimado porque el Tribunal consideró fuera de su jurisdicción la aplicación del mismo. Solamente el Juez Mallory B. Blair apoyó su aplicación en base a que los Tribunales Militares establecidos para los Juicios de Núremberg, tenían potestad para la aplicación de cargos como “conspiración para cometer Crímenes de Guerra” y “Crímenes contra la Humanidad”.

En lo que interesa a los efectos de la presente querella destacamos que en dicho procedimiento, entre otros, fueron condenados:

- Kurt Rothenberger, Presidente del Tribunal Regional Superior de Hamburgo, por crímenes de Guerra por medio del abuso de los procesos judiciales y penales así como por crímenes de lesa humanidad;
- Ernst Lautz, Fiscal Superior del Tribunal del Pueblo, por crímenes de Guerra por medio del abuso de los procesos judiciales y penales, así como por crímenes de lesa humanidad;
- Günther Joel, Fiscal General de Hamm, por crímenes de Guerra por medio del abuso de los procesos judiciales y penales por crímenes de lesa humanidad;
- Oswald Rothaug, Presidente del Tribunal Especial de Núremberg, por crímenes de lesa humanidad;
- Rudolf Oeschey, Juez del Tribunal Especial de Núremberg, por crímenes de lesa humanidad;
- Wolfgang Mettgenberg, Subsecretario de Justicia Penal en el Ministerio de Justicia del Reich con responsabilidades especiales en los Territorios Ocupados, por crímenes de Guerra por medio del abuso de los procesos judiciales y penales por crímenes de lesa humanidad.

Estos casos, entre otros muchos, no son más que ejemplos de cómo, **a partir de los procesos de Núremberg, se ha establecido que juristas, abogados y jueces pueden, perfectamente, cometer graves delitos que repugnan tanto al ordenamiento jurídico nacional como internacional**, a través del ejercicio de sus funciones.

Tal vez la mejor forma de exponer ante qué nos encontramos sea siguiendo las palabras de Eduardo Javier Jourdan Markiewicz⁶⁶

“El puñal del asesino se oculta bajo el manto del jurista”

Con estas palabras, el Tribunal en el mes de abril del año 1949, emitió un dictamen sombrío y preocupante: Los abogados son capaces de cometer crímenes horribles, que se extiende incluso hasta el asesinato en masa, aun cuando sean vistas como actuaciones jurídicas realizadas dentro de un contexto de funciones normativas consideradas legales.

Los juicios de Núremberg demostraron que los jueces pueden ser considerados responsables por el derecho internacional, no sólo para los crímenes de guerra, sino también para la administración de la ley en contra de los propios nacionales de un país.

El Tribunal Militar estableció que se trataba de un crimen que los jueces administraran leyes que formaban parte de la política discriminatoria y del exterminio de los Judíos y los polacos, y cuya participación resultaba esencial para llevar a cabo una aplicación arbitraria y brutal de las leyes opresivas, violentando la conciencia de la humanidad.

En el discurso de apertura en el Juicio “The United States of America vs. Josef Altstotter, et al”, el fiscal jefe el general de brigada Telford Taylor declaró **“Este caso es inusual en que los demandados están acusados de los delitos cometidos en nombre de la ley, siendo los acusados jueces y juristas alemanes, y cuyos cargos acusatorios consistieron en la aplicación, y ejecución de todas aquellas leyes promulgadas por Hitler”**.

⁶⁶ La normatividad Nazi a la luz de los principios elementales del derecho. La crisis del Positivismo.

Esencialmente, aplicaron leyes relativas al programa de pureza racial, y que mediante métodos eugenésicos, segregaron a enfermos mentales, discapacitados, esquizofrénicos, ciegos, sordos, entre otros, para su esterilización, o bien condenándolos a muerte.

Condenando también, a personas acusadas de mantener relaciones sexuales, por tratarse alguna de ellas, de ascendencia judía. **Estos jueces, sabedores de que las leyes raciales establecidas por el nazismo, resultaban incompatibles con los derechos fundamentales de sus víctimas, no obstante impusieron injustas condenas. Se trataba de la participación consciente de crueldad e injusticia, en violación de las leyes de la humanidad, canalizado mediante la utilización de un sistema organizado por el gobierno nacional, y perpetrada en nombre de la ley, a través de la instrumentalización de los tribunales.**

En el caso que nos ocupa es evidente que estamos ante un sistema organizado por el Gobierno de Israel pero que se perpetra en "nombre de la Ley", a través de la instrumentalización de los Tribunales, en este caso la Corte Suprema de Israel por voz y mano de los aquí querellados.

En cualquier caso, no podemos dejar de suscribir las conclusiones que en la obra *ut supra* citada, alcanza el ya mencionado Jourdan Markiewicz cuando concluye que:

"Es obvio que el gran número de asesinatos y crímenes tuvieron lugar fuera del ámbito del sistema judicial. Pero **el sistema legal era una parte integrada e instrumento de la política de represión** de los nazis. Por lo tanto, resulta engañoso decir que la ley y las instituciones legales fueron abolidas por el régimen nazi o que se transformó en un Estado sin ley.

La administración de justicia formal creció bajo la dependencia de los dictados de un liderazgo nazi, motivado por la ideología racista, y dentro de este marco los fiscales, jueces y funcionarios se amoldaron a tal interferencia política, siendo plenamente consciente que un Poder Judicial complaciente, indolente y cómplice del silencio constituye el peor cáncer para una sociedad.

Los juicios de Núremberg, demostraron que **los jueces pueden ser considerados responsables por el derecho internacional, no sólo para los crímenes de guerra, sino también para la administración de la ley, en contra de los propios nacionales de un país.**

Por ello resulta enriquecedor el análisis doctrinario, efectuado por Gustav Radbruch, Robert Alexy, Hart, Fuller y Hans Kelsen, planteando diferentes enfoques sobre los límites del derecho positivo, en concordancia con la moral, y los principios del derecho natural.

Análisis que permitió desacreditar la articulación defensiva oportunamente expuesta por parte de los jueces del nazismo, sobre la premisa del cumplimiento de la ley vigente, pretendiendo con ello transferir la culpa hacia los legisladores, y a la propia vocación jurídica de cumplimiento de las normas vigentes propias del positivismo jurídico de la época.

El estudio sobre los abusos producidos en el nazismo, nos permite profundizar no solo en la conducta social en la Alemania nazi, sino además en el daño, que puede generar una normativa, que resulta cómplice para efectivizar estos abusos. Más aún, es evidente que tanto jueces como fiscales y cualesquiera otros juristas pueden, perfectamente, participar y ser elementos esenciales en la comisión de los crímenes que aquí se denuncian, nunca está de más realizar una remisión expresa al precedente sentado en los juicios de Núremberg contra los juristas del III Reich.

En un caso similar, seguido en España, en contra de los juristas que idearon y generaron el entramado jurídico que sirvió de amparo para las torturas que se han cometido en Guantánamo, Irak y Afganistán, se contó con una opinión de expertos⁶⁷ que bien se puede traer a colación en la presente querrela por ser pertinente, atinente y de una solvencia jurídica que bien podrán orientarnos sobre lo que aquí realmente se está discutiendo: la responsabilidad penal de tres Jueces de la Corte Suprema de Israel

⁶⁷ Opinión de expertos elaborada por el *Center for Constitutional Rights* (CCR) de Nueva York y el *European Center for Constitutional and Human Rights* (ECCHR) de Berlín y aportada en el caso de los "Seis de Bush" ante la Audiencia Nacional de España.

que, como parte integrante del sistema de ocupación, mediante sus decisiones revisten de legalidad algo que no deja de ser crímenes de lesa humanidad, apartheid y guerra.

Decía dicha opinión de expertos que:

""

1. Pertinencia entre el precedente de Núremberg y el caso de los seis de Bush

Si bien no es lo más común que a los juristas se les acuse de complicidad en la comisión de un delito, tampoco es algo sin precedentes. Se han demandado abogados⁶⁸ por delitos que resulten de su asesoría legal. Por ejemplo, y es natural que así sea, ha habido abogados a quienes se les ha declarado culpables de conjura y conspiración si le dan a un cliente deseoso de blanquear dineros posibles salidas legales que le permitan realizar transacciones monetarias ilícitas.⁶⁹ Sin embargo, la instancia de más alto perfil del enjuiciamiento de abogados se recoge en los procesos de Núremberg.

La jurisprudencia del Tribunal Militar Internacional de Núremberg de hecho ofrece un precedente directo para el procesamiento de abogados de cualquier gobierno que individual y conscientemente participen en violaciones del derecho internacional. La carta constitutiva del Tribunal, suscrita en Londres el 8 de agosto de 1945, se basó en reglas internacionales aceptadas que reconocen que la responsabilidad individual trasciende la responsabilidad de los autores materiales de los delitos. El carta constitutiva reza:

Los líderes, organizadores, instigadores y cómplices que conspiren para formular un plan común o conjuren para cometer cualquiera de los

⁶⁸ Cuando la opinión de expertos hace referencia a "abogados" nada impide remplazar dicho términos por el de Jueces, toda vez que el precedente utilizado es el juicio a los jueces, fiscales y abogados del III Reich (nota nuestra).

⁶⁹ Véase un precedente estadounidense en *United States v. Arditti*, 955 F.2d 331 (5º Circuito 1992).

*delitos antes enumerados son responsables de todos los actos llevados a cabo por cualquier persona en ejecución de tal plan.*⁷⁰

El precedente de Núremberg —tanto en su carta constitutiva como en la jurisprudencia— es muy pertinente en este caso porque se considera una fuente de la ley internacional aceptada. Los procesos de la Segunda Guerra Mundial en efecto han facilitado el camino para la conformación de un sistema de justicia penal internacional, y tanto los dos tribunales internacionales ad hoc como el Estatuto de Roma, han recurrido a este precedente como fuente clave de orientación para imputar responsabilidad penal individual.

En ambos juicios, el de los jueces y el de los ministerios, jamás se consideró obstáculo para hacerles rendir cuentas ante la justicia que los imputados hubieran desempeñado cargos de asesores legales oficiales. Todo lo contrario: **el aporte significativo a los delitos que los abogados acusados contribuyeron en su papel de asesores legales fue fundamental para establecer su nivel de responsabilidad.**

1.1. Los abogados del gobierno son culpables de contribuir a delitos internacionales por haber tratado de crear la justificación legal para las contravenciones.

En el juicio de los jueces,⁷¹ a los dieciséis acusados, de los cuales sólo uno no era abogado del Ministerio de Justicia del Reich, se les acusó de valerse del sistema jurídico como recurso para hacer realidad el Holocausto.⁷² La decisión

⁷⁰ Carta del Tribunal Militar Internacional, Anexo del Acuerdo para la persecución y castigo de los principales criminales de guerra del Eje Europeo, 8 de agosto de 1945, 82 U.N.T.S. 279, Artículo 6.

⁷¹ *United States v Altstoetter*, en 3 Juicios de Criminales de Guerra ante los Tribunales Militares de Núremberg según la Ley No. 10 del Consejo de Control (1951), *que se puede leer en* <http://www.mazal.org/NMT-Home.htm> [en lo sucesivo *el Juicio de Justicia*].

⁷² *Juicio de Justicia*, *supra* nota 5, en las páginas 15 a 26. Véase, p.ej., páginas 15 y 16, párrafo 5: “una parte común del diseño, la conjura, los planes y los conciertos [consistió en] promulgar, emitir, hacer acatar y darle vigencia a ciertos posibles estatutos, decretos y órdenes que eran criminales tanto en su concepción como en su ejecución, y en trabajar con la Gestapo, la SS, la SD, la SIPO y la RSHA con efectos criminales, en el curso de los cuales, los acusados, mediante distorsión y negación de los procesos judiciales y penales, cometieron asesinatos, barbaridades, crueldades, torturas, atrocidades y otros actos inhumanos [...]”

reza: **“La prostitución de un sistema judicial para lograr fines criminales implica un elemento de maldad hacia el Estado que no se encuentra en atrocidades manifiestas las cuales no ensucian las togas de los jueces”.**⁷³

A los acusados, tildados un “deshonor a su profesión,”⁷⁴ se les “llamó a que rindieran cuentas por violar garantías constitucionales o por negar las garantías procesales debidas”,⁷⁵ por motivo de **haberse “apoderado del control de la maquinaria judicial alemana y haberla convertido en un temible arma para la comisión de los crímenes imputados en la acusación”.**⁷⁶ El fiscal estadounidense Telford Taylor manifestó que las víctimas habían sido “víctimas de asesinatos judiciales por algunos de los acusados que se valieron para ello de toda una gama de artefactos legalistas”.⁷⁷ Entre las maneras específicas en las que los abogados aportaron al régimen criminal se incluyeron: **el uso de leyes promulgadas ex post facto, la puesta en práctica de leyes de discriminación racial, la extensión del derecho alemán a los territorios anexados y la “sumisión” del sistema judicial al control nazi.**⁷⁸

El acusado Herbert Klemm, por ejemplo, había adoptado la postura legal que aprobó la no aplicación de los códigos penales alemanes a polacos, judíos y gitanos, lo cual dio lugar a que se cometieran incontables delitos contra estos grupos. Franz Schlegelberger, Ministro de Justicia nazi interino y el acusado de más alto nivel, había “dado su apoyo a la noción de Hitler cuando subió al poder, de manejar asuntos de vida o muerte sin siquiera una pretensión de un proceso judicial. Mediante sus exhortaciones y directivas, Schlegelberger contribuyó a la destrucción de la independencia judicial”.⁷⁹ Es decir, Schlegelberger abogó por el principio del Fuehrer: una teoría que es espejo de la teoría propuesta por el

⁷³ Juicio de Justicia, *supra* nota 5, en la página 1086.

⁷⁴ *Id.* en la página 32.

⁷⁵ *Id.*

⁷⁶ *Id.* en la página 40.

⁷⁷ *Id.* en las páginas 78 y 79.

⁷⁸ *Id.* en la página 69.

⁷⁹ *Id.* en la página 1083.

querellado John Yoo en sus muchas opiniones legales.⁸⁰ Tanto Klemm como Schlegelberger fueron sentenciados a cadena perpetua.

En el Decreto de noche y niebla (Nacht und Nebel), se exigió el castigo por pena capital y en secreto absoluto de la resistencia al régimen nazi. El decreto dio lugar a la muerte y desaparición de miles y es otro ejemplo más de la participación de abogados en el fomento del programa nazi.⁸¹ El tribunal recalcó “el papel preponderante que el Ministerio de Justicia desempeñó en el programa de noche y niebla”, sobre todo sus especialistas en derecho internacional.⁸²

Los acusados también participaron en el “amparo legal” del acto punible de transferir reclusos a campos de concentración y de crear un sistema legal de persecución que, al fin de cuentas, terminó siendo un crimen de lesa humanidad. De hecho, el fiscal declaró:

Durante la guerra, las secciones administrativas y penal del Ministerio de Justicia siguieron cooperando para proteger a los seguidores fieles del Tercer Reich contra todo intento de enjuiciarlos por motivo de las innumerables atrocidades cometidas contra polacos, judíos y otros “elementos indeseables”. Al concluir con éxito la campaña polaca, un decreto que jamás se hizo público, suspendió todos los procesamientos contra alemanes raciales en Polonia por delitos punibles que pudiesen haber cometido contra polacos durante la guerra en dicho país “debido a la ira que se suscitó por motivo de las crueldades cometidas por polacos”. En 1941, el acusado Schlegelberger

⁸⁰ Para ver un análisis de la teoría de Yoo sobre el comandante en jefe a la luz del Principio del Fuehrer, véase Joseph Lavitt, *El crimen de convicción de John Choon Yoo: la criminalidad real en el Despacho de Asesoría Legal durante el gobierno de Bush (The Crime of Conviction of John Choon Yoo: The Actual Criminality in the OLC During The Bush Administration)*, 62 Me. L. Rev. 155 (2010).

⁸¹ La fiscalía explicó: “Quizás jamás en la historia del mundo haya existido un complot de amedrentamiento y represión más perverso y diabólico que este”. *Juicio de Justicia*, supra nota 5, en la página 75.

⁸² *Id.* en la página 76.

aseguró a Rudolf Hess que contemplaría con ‘benevolencia’ una amnistía en cualquier caso de atrocidades cometidas después de finalizada la campaña en Polonia.⁸³ (La cursiva se agregó para destacar.)

Como explicara el jurista norteamericano Jens David Ohlin, aunque en este caso los acusados nazis, al igual que los seis de Bush, no cometieron los delitos personalmente, fueron autores materiales debido a que “por virtud de su capacitación y su experiencia jurídica, a los funcionarios del Ministerio de Justicia les constaba que sus actos, aunque ostensiblemente consistían en abogar por una causa sin pararse de su escritorio, en todo caso “probablemente causaron la muerte de seres humanos, por su sometimiento a un sistema judicial tan pervertido”.⁸⁴

1.1. Dar consejos legales que justifican crímenes de guerra y que dan lugar a su comisión es un delito punible

El Juicio de los Ministerios⁸⁵ representa un precedente para el argumento de que la autoría material incluye dar consejos jurídicos que dan lugar a acciones gubernamentales que contravienen principios del derecho internacional. En este caso, los acusados fueron funcionarios del gobierno nazi, incluidos los encargados de asuntos exteriores. El tribunal recalcó que los diplomáticos del despacho de asuntos exteriores eran peritos en derecho internacional responsables de asesorar a los funcionarios de mayor rango con respecto a las consecuencias jurídicas de sus decisiones de política exterior, un papel parecido al que desempeñaron los seis de Bush.

El tribunal enfatizó que:

⁸³ *Id.* en las páginas 55 y 56.

⁸⁴ Jens David Ohlin, *Los abogados de la tortura (The Torture Lawyers)*, 51 Harv. Int'l L.J. 193, 249 (2010).

⁸⁵ *United States versus Weizsaecker*, en las páginas 12 a 14 Juicios de los criminales de guerra ante los Tribunales Militares de Núremberg según la Ley No. 10 del Consejo de Control (1951) [en lo sucesivo los *Juicios de los Ministerios*].

El único consejo que [el Despacho de Asuntos Exteriores] podía dar dentro de su esfera de competencia y la única objeción que podía expresar desde un punto de vista oficial consistiría en definir si el programa propuesto violaba o no el derecho internacional, y si, independientemente de su legalidad, surgirían consecuencias de política exterior desfavorables.⁸⁶

Al no actuar de tal manera los funcionarios del gobierno, se dio lugar a su responsabilidad penal según el derecho internacional por los delitos graves cometidos como resultado de las normas que se basaron en sus opiniones.

1.1. El deber de acatar las leyes de guerra

A la luz de los hechos presentados en el proceso de los seis de Bush, conviene traer a colación otro proceso de Núremberg. En 1945, al general mariscal Wilhelm Keitel, jefe de personal del alto comando de las fuerzas armadas alemanas, se le enjuició y declaró culpable de conspirar para cometer crímenes internacionales.⁸⁷ Con respecto al “asesinato y maltrato de prisioneros de guerra” como parte del cargo de conspiración para cometer crímenes de guerra, el Tribunal falló que el general Keitel les había negado a los soldados rusos las protecciones brindadas por las leyes de guerra de Ginebra, que se había negado a otorgarles el estatus de prisioneros de guerra, y que eso había dado lugar a que se perpetraran crímenes de guerra contra ellos. El 8 de septiembre de 1941, el Oberkommando der Wehrmacht de Keitel, que asesoró a Hitler en importantes asuntos militares, emitió un dictamen en el que manifestó que los soldados rusos “se valdrían de cualquier método para pelear en pro del concepto del

⁸⁶ *Id.* en la página 959.

⁸⁷ Sentencia del Tribunal de Núremberg, en conspiración y agresión nazi, Volumen II USGPO Capítulo XVI, Washington, 1946, páginas 528 a 546, que se pueden leer en <http://www.ess.uwe.ac.uk/genocide/keitel2.htm>.

*bolchevismo y que por consiguiente habían perdido toda opción de reclamo a ser tratados conforme al Convenio de Ginebra”.*⁸⁸

*Pocos días después de la divulgación del dictamen de Keitel, el almirante Canaris del Abwehr (la organización alemana de inteligencia militar) le envió a Keitel un parte de protesta en el que explica que la orden que había expedido era “una contravención directa de los principios generales del derecho internacional”.⁸⁹ En los cargos del tribunal de Núremberg se explicó que el almirante “**puntualizó que si bien el Convenio de Ginebra no era vinculante entre Alemania y la URSS, se tenían que cumplir las reglas comunes del derecho internacional**; que las instrucciones que había dado Keitel [...] resultarían en asesinatos arbitrarios”. Keitel se negó a volver a considerar el asunto y contestó en una nota escrita a mano que: “Las objeciones surgen del concepto militar de la guerra caballerosa. Aspiramos a la destrucción de una ideología. Por lo tanto doy mi visto bueno y apoyo las medidas”.⁹⁰*

Durante su testimonio en Núremberg, Keitel declaró que el Convenio de Ginebra de 1929 relacionado con el trato de prisioneros era “obsoleto”.⁹¹ Ese comentario se citó como agravante cuando a Keitel se le condenó de todos los cargos en su contra.

1.2. Paralelos directos con los “seis de Bush”

Son muchos los puntos de coincidencia que se pueden trazar entre el precedente de Núremberg y el proceso de los “seis de Bush”, sea con respecto a: el papel específico que desempeñaron los querellados (como asesores o como abogados); las expectativas y responsabilidades que surgen de tales funciones; la participación consciente de los querellados en la comisión de crímenes

⁸⁸ Cargos del Tribunal de Núremberg, en conspiración y agresión nazi, Volumen II USGPO Capítulo XVI, Washington, 1946, páginas 528 a 546, que se pueden leer en <http://www.ess.uwe.ac.uk/genocide/Keitel1.htm>.

⁸⁹ *Id.*

⁹⁰ *Id.* (EC-338).

⁹¹ Según cita de Scott Horton, *Una lección de Núremberg*, L.A. TIMES, 20 de enero de 2005.

internacionales graves; y sus teorías para justificar la contravención de las leyes de la guerra.

El erudito internacional Jordan Paust escribió, refiriéndose a los abogados del gobierno de Bush, que: “Desde la era nazi no ha habido tantos abogados que claramente hayan estado involucrados en crímenes internacionales relacionados con el trato y la indagatoria de personas detenidas durante una guerra”.⁹² En los siguientes ejemplos se aprecia una clara ilustración de los paralelos que se pueden trazar.

El 9 de enero de 2002, el querellado John Yoo, sub fiscal general delegado, Despacho de Asesoría Legal, Departamento de Justicia de Estados Unidos, redactó un memorando dirigido al querellado Haynes, asesor general del Departamento de Defensa de Estados Unidos. Argumentó que el Tercer Convenio de Ginebra de 1949 relacionado con el trato de prisioneros de guerra no se aplicaba al conflicto con Al Qaeda ni con los talibanes, y que tampoco correspondía el Artículo Tercero Común de los Convenios, que establece las protecciones mínimas que se deben observar a toda hora, sobre todo el trato humanitario para tanto civiles como combatientes.⁹³ Dado este consejo y el consejo verbal adicional del querellado Alberto Gonzales, jefe de los asesores de la presidencia en la Casa Blanca, el presidente George W. Bush decidió que de hecho el Tercer Convenio de Ginebra no se aplicaba al conflicto con al Qaeda ni a los miembros de los talibanes, y que no recibirían las protecciones que se les brindan a los prisioneros de guerra.⁹⁴ El 22 de enero de 2002, el querellado Jay

⁹² Jordan J. Paust, *Planes ejecutivos y autorizaciones que contravienen el derecho internacional sobre el trato y la indagatoria de detenidos (Plans and Authorizations to Violate International Law Concerning Treatment and Interrogation of Detainees)*, 43 Colum. J. Transnat'l L. 811 (2005).

⁹³ John Yoo, Robert J. Delahunty, Memorando dirigido a William J. Haynes II, asesor general, Departamento de Defensa, *Aplicación de los Tratados y las Leyes a al Qaeda y los talibanes (Application of Treaties and Laws to al Qaeda and Taliban Detainees)* (9 Jan.2002), en las páginas 1,11, que se puede leer en http://upload.wikimedia.org/wikipedia/en/9/91/20020109_Yoo_Delahunty_Geneva_Convention_memo.pdf.

⁹⁴ Véase Comisión del Senado sobre las Fuerzas Armadas, *Indagación sobre el trato de detenidos en custodia estadounidense (Inquiry into the Treatment of Detainees in U.S. Custody)*, 20 de noviembre de 2008, en la página 1 [en lo sucesivo Informe de la Comisión del Senado sobre

*Bybee, fiscal general delegado confirmó dicho consejo jurídico en otro memorando más.*⁹⁵

Dentro del gobierno de Bush se escuchó una oposición tenaz contra esa decisión, sobre todo de parte del Secretario de Estado Colin Powell y del asesor legal de dicho Departamento. Empero, el querellado Gonzales, en un memorando fechado 25 de enero de 2002 y escrito por el querellado Addington (pero firmado por Gonzales),⁹⁶ afirmó que el “nuevo paradigma” de la “guerra contra el terror” convierte a ciertas disposiciones de los Convenios de Ginebra en “curiosidades” y que de hecho “convierte en obsoletas las estrictas limitaciones de Ginebra respecto a los interrogatorios de prisioneros enemigos”.⁹⁷ (La cursiva se agregó para destacar). Gonzales le recomendó al presidente Bush que de hecho dejara de lado el Convenio porque “la guerra contra el terrorismo es una nueva clase de guerra”.⁹⁸ Gonzales observó que las “consecuencias” positivas de tal determinación incluyeron: eliminar la necesidad de definir uno por uno el estatus de prisionero de guerra de los detenidos; dejar abiertas las “opciones para el futuro”; y reducir la amenaza de enjuiciamiento por concepto de violaciones de la ley estadounidense de crímenes de guerra.⁹⁹

las Fuerzas Armadas o “Informe SASC”]. El texto completo del informe, con ciertos datos tachados, fue divulgado en abril de 2009, y se puede leer en http://armed-services.senate.gov/Publications/Detainee%20Report%20Final_April%2022%202009.pdf.

⁹⁵ Memorando del fiscal general delegado Jay Bybee dirigido a Alberto Gonzales i William Haynes II, *Aplicación de Tratados y leyes a detenidos de al Qaeda y de los talibanes* (*Application of Treaties and Laws to al Qaeda and the Taliban Detainees*) (22 de enero de 2002), que se puede leer en <http://www.washingtonpost.com/wp-srv/nation/documents/012202bybee.pdf>

⁹⁶ Jane Mayer, *El lado oscuro* (*The Dark Side*) 124 (2009). Véase también Barton Gellman & Jo Becker, El poder presidencial llevado al máximo (Pushing the Envelope on Presidential Power), *Washington Post*, 25 de junio de 2007.

⁹⁷ Memorando del asesor de la Casa Blanca Alberto Gonzales dirigido al presidente George W. Bush, Decisión sobre la aplicación del Convenio de Ginebra a los prisioneros de guerra en el conflicto con Al Qaeda y los talibanes (25 de enero de 2002).

⁹⁸ *Id.*

⁹⁹ Con respecto a la aplicación de la Ley de crímenes de guerra (18 U.S.C. § 2441), queda en claro que lo que el querellado Gonzales aspiraba a darles a los actores estadounidenses que participaron en crímenes de guerra, incluida la tortura, era la inmunidad. Gonzales ve que la impunidad que resulta es un factor “positivo” para la suspensión de los Convenios de Ginebra, al opinar que debido a que la ley estadounidense de crímenes de guerra define como “crimen de guerra” cualquier contravención o incumplimiento de lo que se estipula en el Artículo

A la postre, basándose directamente en la asesoría legal de los querellados, el 7 de febrero de 2002 el presidente Bush firmó un memorando en el que declaró que el Tercer Convenio de Ginebra no se aplica al conflicto con al Qaeda y que los detenidos talibanes no tendrían derecho a recibir el estatus de prisioneros de guerra ni a ninguna de las demás protecciones que brinda dicho Convenio, ni siquiera lo que se dispone en el Artículo Tercero Común.¹⁰⁰ Como bien sabemos ahora, y tal como lo previeron, esta decisión dio lugar a la tortura y otros abusos graves de incontables detenidos.

2. Ayudar e instigar la tortura y crímenes de guerra. Ilustración vista a la luz de los memorandos escritos por los querellados

El derecho penal internacional ha avanzado mucho desde la era de Núremberg. La amplia jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales ad hoc para la ex Yugoslavia y para Ruanda, y la codificación del Estatuto de Roma que creó el Tribunal Penal Internacional, han estipulado varias modalidades adelantadas de responsabilidad penal individual según las cuales se pueden enjuiciar abogados del gobierno. Estos adelantos son fundamentales porque se basan en tratados

Tercero Común de los Convenios de Ginebra, un dictamen de que los Convenios de Ginebra no se aplican *ipso facto* significa que la ley de crímenes de guerra no corresponde y, por lo tanto, nadie puede ser procesado por la comisión de delitos de guerra contra los detenidos. (“Una determinación de que el [Tercer Convenio de Ginebra sobre el trato de prisioneros de guerra no es aplicable los talibanes significaría que la sección 2441 no se aplicaría a las acciones tomadas con respecto a los talibanes. El adherirme a su determinación (la del presidente Bush) de que no se aplica el estatus de prisionero de guerra sería una protección eficaz contra toda mala interpretación o mala construcción o mala aplicación de la Sección 2441 por varios motivos. [...] es difícil predecir las necesidades y circunstancias que podrían surgir en el transcurso de la guerra contra el terrorismo ... es difícil predecir los motivos que en un futuro podrían tener fiscales y procuradores que podrían en un futuro optar por enjuiciar recurriendo a cargos infundados con base en la Sección 2441. Su determinación podría crear una base en derecho razonable de que la Sección 2441 no es pertinente, lo cual podría constituir una defensa fundamentada contra cualquier procesamiento futuro”).

¹⁰⁰ Memorando de George W. Bush dirigido al vicepresidente, al secretario de estado, al fiscal general et. al., *Decisión sobre el trato humanitario de talibanes y miembros de al Qaeda (Decision Re: Humane Treatment of Taliban and al-Qaeda)* (7 de febrero de 2002), que se puede leer en http://www.pegc.us/archive/White_House/bush_memo_20020207_ed.pdf.

*internacionales y en el derecho aceptado que son vinculantes tanto para España como para Estados Unidos.*¹⁰¹

Ayudar e instigar es una forma básica de establecer la responsabilidad de autor material. Según prácticamente todos los sistemas jurídicos modernos, se puede responsabilizar a una persona por un delito en el que ayudó en su comisión o instigó para que se cometiera. Los elementos para comprobar la ayuda o instigación incluyen un acto u omisión —o actus reus (1)— acompañado de un elemento mental penal —mens rea (2)—.

*En nuestro caso, los delitos de los que se acusa a los abogados por su ayuda incluyen haber ayudado e instigado la tortura y el trato cruel, inhumano o degradante, y graves contravenciones de lo dispuesto en los Convenios de Ginebra. Los amplios maltratos que se perpetraron contra los detenidos en la tal llamada “Guerra contra el terror” ya no se pueden cuestionar. Se han documentado y confirmado extensamente por muchas fuentes estadounidenses e internacionales, incluido el estamento militar estadounidense, la Central Intelligence Agency (CIA) y el Congreso, la Cámara de los Comunes británica, la ONU, la Comisión Internacional de la Cruz Roja, así como las víctimas mismas.*¹⁰²

¹⁰¹ Específicamente, la ley internacional aceptada dispone que todos los Estados tienen que respetar a toda hora normas de *jus cogens* para lo cual no hay ninguna derogación justificada. Estas normas perentorias incluyen delitos internacionales tales como tortura, crímenes de guerra, o crímenes de lesa humanidad. Las obligaciones impuestas por los tratados surgen además de documentos internacionales tales como los cuatro Convenios de Ginebra, el Convenio Contra la Tortura y otros Tratos o Castigos Crueles, Inhumanos y Degradantes, el Acuerdo sobre Derechos Civiles y políticos, todos los cuales han sido suscritos y ratificados tanto por España como por Estados Unidos. Hoy día, el derecho internacional no sólo tiene fuerte legitimidad en el orden mundial, sino que además implica una obligación jurídica para los Estados. Además, tanto en España como en Estados Unidos, las leyes nacionales y los precedentes judiciales reconocen los derechos humanos internacionales.

¹⁰² Véase, p. ej., A. Taguba, Artículo 15-6: Investigación de la Brigada 800 de la Policía Militar (2004), *que se puede leer en* <http://www.dod.mil/pubs/foi/detainees/taguba/> (en la que se cita ‘maltrato criminal evidente, sádico y doloso’ en Abu Ghraib); J. Schlesinger, Informe final del panel independiente para revisar todas las operaciones de detención del Departamento de Defensa, agosto de 2004, *que se puede leer en* <http://www.defenselink.mil/news/Aug2004/d20040824finalreport.pdf> (los abusos fueron ‘extensos’ y graves en cantidad y en efecto); G. Fay & A. Jones, US Army, AR 15-6 Investigación de las actividades de inteligencia en la prisión de Abu Ghraib y la Brigada 205 de Inteligencia Militar (2004), *que se puede leer en* <http://www.washingtonpost.com/wp->

Por lo tanto, para efectos de esta breve opinión legal, no nos explayaremos en nuestro análisis de la comisión misma ni de la tipificación de estos delitos.¹⁰³ En vez, nos concentraremos en demostrar cómo en este caso se cumplieron los elementos del delito de ayudar e instigar.

1.3. El acto de culpabilidad: el *actus reus* de ayudar e instigar

*Los elementos de *actus reus* para ayudar e instigar según el derecho internacional los dispone el Tribunal Criminal Internacional para la ex Yugoslavia (ICTY). Dicho tribunal ha fallado que según el derecho internacional aceptado “la*

srv/nationi/documents/fay_report_8-25-04.pdf; Informe del CICR sobre el tratamiento por las fuerzas de la coalición de los prisioneros de guerra y otras personas protegidas por los Convenios de Ginebra en Irak durante su detención, internamiento e interrogatorio, febrero de 2004, *que se puede leer en* http://www.globalsecurity.org/military/library/report/2004/icrc_report_iraq_feb2004.pdf; Central Intelligence Agency, Despacho del Inspector General. estudio especial: Actividades de detención e interrogación y el contraterrorismo, 7 de mayo de 2004 [en lo sucesivo el informe CIA IG], *que se puede leer en:* http://luxmedia.com.edgesuite.net/aclu/IG_Report.pdf; Comisión del Senado sobre las Fuerzas Armadas, *Indagación sobre el trato de detenidos en custodia estadounidense (Inquiry into the Treatment of Detainees in U.S. Custody)*, 20 de noviembre de 2008, *que se puede leer en* http://armed-services.senate.gov/Publications/Detainee%20Report%20Final_April%2022%202009.pdf; Departamento de Justicia de EE. UU., Despacho de Responsabilidad Profesional, Investigación de los memorandos del Despacho de Asesoría Legal sobre temas relacionados con el uso por la CIA de “técnicas de interrogación perfeccionadas” con sospechosos de terrorismo 15 (2009) [en lo sucesivo Informe OPR], *que se puede leer en* <http://judiciary.house.gov/hearings/pdf/OPRFinalReport090729.pdf>; Consejo Económico y Social de la ONU, Comisión de Derechos Humanos, *Situación de los detenidos en la Bahía de Guantánamo*, 27 de febrero de 2006, *que se puede leer en* <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G06/112/76/PDF/G0611276.pdf?OpenElement>; Comisión de Asuntos Exteriores de la Cámara de los Comunes, Informe anual de derechos humanos 2005, 2005-6, H.C. 574, *que se puede leer en* <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200506/cmselect/cmfaff/574/57402.htm>; Declaración de Gitanjali S. Gutiérrez, Esq., abogado de Mohammed al Qahtani, Querrela penal contra Donald Rumsfeld, Fiscal General del Tribunal Supremo Federal, República Federal de Alemania (radicado el 14 de noviembre de 2007), *que se puede leer en* http://ccrjustice.org/files/Gutierrez%20Declaration%20re%20Al%20Qahtani%20Oct%202006_0.pdf. Véase también Médicos por los Derechos Humanos, *Leyes quebrantadas, vidas perjudicadas: Pruebas médicas de tortura por personal estadounidense y su impacto* (Junio de 2008), *que se puede leer en* http://brokenlives.info/?page_id=69; Informe sobre la tortura y el trato cruel, inhumano y degradante de prisioneros en la Bahía de Guantánamo, Cuba, julio de 2006, *que se puede leer en* http://www.ccrjustice.org/files/Report_ReportOnTorture.pdf.

¹⁰³ Si el señor Juez fallara que precisa una Opinión de experto sobre este tema, sin inconveniente le podríamos facilitar al Tribunal la información pertinente.

*persona que ayuda e instiga comete actos que de manera concreta tienen por fin asistir, animar y brindar apoyo moral en la comisión de un delito preciso, y que tienen un efecto sustancial en la comisión del delito”.*¹⁰⁴ Sin embargo, la asistencia no puede ser el sine qua non del delito cometido.¹⁰⁵

¿Los memorandos del gobierno se usaron específicamente para asistir en los crímenes y tuvieron estos un efecto sustancial en los mismos?

1.3.1. Asistencia específica y efecto sustancial en las graves contravenciones de los Convenios de Ginebra

Tal como se explica anteriormente, con base en las opiniones erróneas de los querellados Yoo, Bybee y Gonzales, que se benefician del aporte del querellado Addington, el 7 de febrero de 2002, el presidente Bush firmó un memorando que suspendió la aplicación del Tercer Convenio de Ginebra y el Artículo Tercero Común a detenidos de al Qaeda y de los talibanes.

Los memorandos de los querellados fueron redactados y remitidos a la atención de los asesores más altos del gobierno (los querellados Haynes o Gonzales) o del presidente Bush mismo. Dado que terminaron aconsejándole al presidente Bush que suspendiera el Tercer Convenio de Ginebra, los actos de los querellados de hecho fueron dirigidos específicamente para asistir en la aprobación no sólo de una nueva política exterior sino también de la comisión de delitos. En su memorando de 2 folios, el presidente de Estados Unidos declaró que había llegado a la conclusión de suspender las protecciones ofrecidas por el Convenio de Ginebra: “con base en la opinión [de Bybee] del Departamento de Justicia de fecha 22 de enero de 2002, y en la opinión jurídica presentada por el fiscal

¹⁰⁴ *Fiscalía versus Blagojević y Joki*, Proceso No. IT-02-60-A, Juicio de apelación, 9 de mayo de 2007, párrafo 127. Ver también *Fiscalía versus Vasiljevi*, Proceso No. IT-98-32-A, Juicio de apelación, 25 de febrero de 2004, párrafo 102; *Fiscalía versus Furundžija*, Proceso No. IT-95-17/1-T, Dictamen del juicio, 10 de diciembre de 1998, párrafo 235, 249, Véase también Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional, 17 de julio de 1998, Artículo 25, U.N. Doc. A/CONF. 183/9.

¹⁰⁵ Véase, p. ej., *Fiscalía versus Mrkšić y Šiljivananin*, Proceso No. IT-95-13/1-A, Juicio de apelación, 5 de mayo de 2009, párrafo 81 (“No existe requisito de una relación de causa y efecto entre la conducta del que ayuda e instiga, y la comisión del delito o de que dicha conducta haya servido de precedente para la comisión del delito”).

general [John Ashcroft] en su carta del 1º de febrero de 2002”. El memorando manifiesta:

Acepto la conclusión jurídica del Departamento de Justicia de que ninguna de las disposiciones de Ginebra corresponden a nuestro conflicto con al Qaeda ...

Acepto la conclusión jurídica del fiscal general y del Departamento de Justicia de que cuento con la autoridad conforme a la Constitución para suspender Ginebra ...

Acepto también la conclusión jurídica del Departamento de Justicia y determino que el Artículo Tercero Común de Ginebra no se aplica...

Con base en los hechos presentados por el Departamento de Defensa y la recomendación del Departamento de Justicia, determino que los talibanes son combatientes ilícitos y, por lo tanto, no califican como prisioneros de guerra.¹⁰⁶

El memorando de Bush ha tenido un impacto inmenso y directo en la captura y el trato de detenidos en el contexto de la guerra en Afganistán y la Guerra contra el terror. La primera conclusión en el informe de investigación bipartidista elaborada en 2008 por la Comisión del Senado acerca del maltrato de detenidos fue: “Después de la determinación del presidente [del 7 de febrero de 2002], las técnicas tales como el simulacro de asfixia con agua, la desnudez y las posiciones de extrema tensión... fueron autorizadas para usar en las interrogaciones de detenidos en custodia estadounidense”.¹⁰⁷

En el contexto de la dependencia de la Casa Blanca de las opiniones redactadas por los querellados para justificar una norma que dio lugar a la comisión de crímenes internacionales, cosa que debió haber previsto, queda en claro que los

¹⁰⁶ Véase *supra* nota 33.

¹⁰⁷ Informe de la Comisión del Senado sobre las Fuerzas Armadas, *supra* nota 27, en la página xxvi.

“consejos” de los abogados tuvieron por fin asistir y de hecho contribuyeron sustancialmente a la comisión de crímenes. Es más, las acciones de los querellados representaron un paso importante hacia la contravención de las reglas más básicas de la guerra.

1.3.2. Asistencia más específica y efecto sustancial en la tortura: los dos memorandos del 1º de agosto de 2002

Más adelante en el mismo año, el 1º de agosto de 2002, el Despacho de Asesoría Legal del Departamento de Justicia expidió dos memorandos fundamentales que fueron suscritos y revisados por el querellado Jay Bybee y redactados por el querellado John Yoo. El primero de estos, el Primer memorando de Bybee (o, como a veces se le dice, “el Memorando sobre tortura”),¹⁰⁸ se elaboró a petición del querellado Gonzales y él fue su destinatario. Se redactó respondiendo a las inquietudes que se plantearon funcionarios de la CIA acerca de si las técnicas de interrogatorio que se utilizarían contra detenidos de alto nivel provenientes de al Qaeda podrían dar lugar a responsabilidad penal por tortura. El segundo memorando, “Interrogatorio de operativo de al Qaeda”, o el Segundo memorando de Bybee, se le dirigió al asesor general John Rizzo de la CIA y tuvo por fin ofrecer una justificación legal para que la CIA hiciera uso de diez técnicas de interrogatorio específicas —incluido el simulacro de asfixia con agua— contra el detenido Abu Zubaydah.¹⁰⁹

Los dos memorandos causaron tal furor que el gobierno estadounidense investigó a Yoo y Bybee por mala conducta profesional en la redacción de dichas opiniones. El Despacho de Responsabilidad Profesional del Departamento de

¹⁰⁸ Memorando de Jay S. Bybee del Despacho de Asesoría Legal del Departamento de Justicia, dirigido a Alberto R. Gonzales, asesor de la presidencia, *Normas de conducta en interrogatorios conforme a 18 U.S.C. §§ 2340-2340A (Standards of Conduct for Interrogation under 18 U.S.C. §§ 2340-2340a)*, que se puede leer en <http://f11.findlaw.com/news.findlaw.com/wp/docs/doj/bybee80102mem.pdf>.

¹⁰⁹ Jay S. Bybee, fiscal general delegado, Departamento de Justicia de EE. UU., Despacho de Asesoría Legal, Memorando para John Rizzo, asesor general en ejercicio de la CIA, *Interrogatorio de operativo de al Qaeda (Interrogation of al Qaeda Operative)*, 1º de agosto de 2002, que se puede leer en http://luxmedia.com.edgesuite.net/aclu/olc_08012002_bybee.pdf.

*Justicia emitió un informe de investigación de 261 folios, desclasificado en febrero de 2010, en el que se dictaminó que los querellados de hecho habían demostrado mala conducta profesional.*¹¹⁰

i) La índole “vinculante” de los memorandos del Despacho de Asesoría Legal implica que ayudaron y que tuvieron un efecto sustancial

Para entender porqué estos memorandos tuvieron un impacto directo y sustancial en la tortura, es importante comprender el papel tan fundamental que desempeña el Despacho de Asesoría Legal dentro del gobierno estadounidense. En la descripción oficial de dicho Despacho se lee: “Todas las órdenes y proclamaciones propuestas que emitirá el poder ejecutivo tienen que pasar por el Despacho de Asesoría Legal para que se sometan a una revisión de forma y de legalidad. Igual sucede con otros asuntos diversos que precisan la aprobación formal del presidente”.¹¹¹ Más específicamente, como lo manifiesta el Departamento de Justicia, el Despacho de Asesoría Legal cumple “la función de darle asesoría jurídica fidedigna al presidente y a todas las dependencias del poder ejecutivo ... las opiniones del Despacho de Asesoría Legal son vinculantes para el poder ejecutivo.”¹¹² (la cursiva es nuestra)

Por lo tanto, una opinión jurídica del Despacho de Asesoría Legal, sobre todo si se trata de un asunto sensible y si es la respuesta a una solicitud concreta, tiene un efecto sustancial en la conducta posterior. No sólo es probable que ayude directamente y que tenga un impacto sustancial en la conducta, sino

¹¹⁰ Véase *supra* nota 35.

¹¹¹ <http://www.usdoj.gov/olc/>.

¹¹² Informe OPR, *supra* nota 35, en la página 15. Obsérvese que en esta investigación, que no fue una investigación criminal, sí se determinó que los querellados eran culpables de mala conducta profesional, pero ese dictamen fue desautorizado por el fiscal general delegado Margolis en un memorando de fecha 5 de enero de 2010, impidiendo que el Despacho de Responsabilidad Profesional remitiera su determinación a las autoridades disciplinarias del colegio de abogados. Memorando del fiscal general delegado David Margolis al fiscal general Eric Holder, Decisión sobre las objeciones al dictamen de mala conducta profesional en el informe del Despacho de Responsabilidad sobre los memorandos del Despacho de Asesoría Legal sobre temas relacionados con el uso por parte de la CIA de “técnicas de interrogatorio perfeccionadas” contra sospechosos de terrorismo (5 de enero de 2010), *que se puede leer en* <http://judiciary.house.gov/hearings/pdf/DAGMargolisMemo100105.pdf>.

que ese es precisamente el objetivo de la opinión. En este caso, los dos memorandos del 1º de agosto de 2002 procuraron asegurar la autorización para una conducta ilícita.

ii) El primer memorando de Bybee autorizó un programa de tortura

En el primer memorando de Bybee, con un desprecio total y absoluto de las interpretaciones correctas de las leyes, precedentes pertinentes y obligaciones internacionales, se alega que:

- *La prohibición de la tortura se tiene que leer tan estrechamente que sólo prohíbe actos que infligen dolor equivalente a la insuficiencia de un órgano clave o a la muerte (en la página 13);¹¹³*
- *El Convenio contra la tortura “prohíbe tan sólo las peores formas de trato o castigo cruel, inhumano o degradante.” (en la página 14);*
- *Los poderes de comandante en jefe con que cuenta el presidente significa que puede autorizar la tortura y que cualquier estatuto que hubiese “usurpado de manera no permisible el poder constitucional de la presidencia para dirigir una campaña militar” sería inconstitucional (en la página 31);*
- *Incluso si una técnica de interrogatorio contraviene lo que se estipula en el estatuto sobre tortura e incluso si dicho estatuto se hubiese declarado constitucional, “las defensas normalizadas del derecho penal de necesidad y de defensa propia podrían justificar los métodos de interrogatorio...” (en la página 39).*

¹¹³ En el primer memorando de Bybee, se subieron los umbrales físicos y mentales de la tortura; el dolor físico ‘ha de ser equivalente en intensidad al dolor que acompaña a una lesión física de gravedad, tal como la insuficiencia de un órgano, la imposibilidad de realizar de una función corporal; o incluso la muerte’, mientras que el dolor mental ‘tiene que resultar en daños psicológicos significativos de duración significativa, p. ej. que duren meses e incluso años.’ Véase *supra* nota 41.

Harold Koh, otrora decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale y hoy asesor jurídico del Departamento de Estado, escribió acerca de ese memorando:

*En resumen, la opinión de Bybee del 1º de agosto de 2002 es una mancha en nuestras leyes y en la reputación de nuestro país. Una opinión jurídica tan carente de contexto histórico, que ofrece una definición de tortura tan estrecha que hubiera exculpado a Saddam Hussein, que define el poder del comandante en jefe de tal manera que elimina al Congreso como control contra la tortura, que le da un revolcón a Núremberg y lo deja patas arriba, y que les da a los funcionarios gubernamentales licencia para ser crueles...*¹¹⁴

El primer memorando de Bybee cumplió con el requisito actus reus de ayudar e instigar ya que ayudó directamente y tuvo un efecto sustancial en crímenes. De hecho, dio lugar directamente a un programa de tortura. En 2009, el Despacho de Responsabilidad Profesional del Departamento de Justicia, en su investigación disciplinaria sobre la mala conducta profesional de los querellados Yoo y Bybee, concluye:

El memorando de Bybee tuvo el efecto de autorizar un programa de interrogatorios de la CIA que muchos argumentarían contraviene el Estatuto sobre la tortura, la Ley de Crímenes de Guerra, el Convenio de Ginebra y el Convenio Contra la Tortura. Además, los análisis jurídicos de Yoo justificaron actos de tortura descarada en ciertas circunstancias ... y la firma de Bybee, que le

¹¹⁴ Harold Koh, *El mundo sin tortura (World Without Torture)*, 43 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 641, 654. Hoy, Koh, en su papel de asesor legal del Departamento de Estado, afirmó que "la definición de tortura que permitió que se llevaran a cabo ciertas actividades 1se tomó de una opinión vertida por el Despacho de Asesoría Legal en 2002". Véase transcripción de la conferencia de prensa de la Delegación de Estados Unidos a la UPR", 5 de noviembre de 2010, que se puede leer en <http://geneva.usmission.gov/2010/11/05/upr-press-conf/>.

*agregó tanta mayor autoridad a los memorandos, acarreo consigo un grado importante de responsabilidad personal.*¹¹⁵

i) El segundo memorando de Bybee garantizó la tortura de Zubaydah y de otros detenidos por la CIA

En el segundo memorando de Bybee, que se basó en gran parte en las conclusiones del primer memorando de Bybee, Yoo y Bybee analizaron si las diez técnicas de interrogación perfeccionadas para las que la CIA pidió aprobación a fin de usarlas en el detenido del momento Abu Zubaydah, violaban la prohibición contra la tortura. Las diez técnicas fueron: “(1) acaparamiento de la atención, (2) talones contra la pared y empujones del cuerpo, (3) sujeción facial, (4) bofetada facial (bofetada insultante), (5) confinamiento en espacios reducidos, (6) los dedos estirados contra el muro, sujetando el cuerpo por lapsos prolongados, (7) posiciones de tensión extrema, (8) privación del sueño, (9) insectos en caja de confinamiento y (10) simulacro de asfixia con agua (ahogamiento).”¹¹⁶

Los querellados, haciendo caso omiso o rechazando las normas jurídicas aceptadas, concluyeron que:

- *Ninguna de las técnicas propuestas, usada por sí sola, inflige dolor físico intenso o dolor y sufrimiento mental intenso (en las páginas 10 y 12);*
- *“Incluso cuando todos los métodos se combinan en un curso de conducta amplio, aun así no infligirían dolor o sufrimiento físico intenso” (en la página 11);*
- *“Incluso si se pensara que el curso de conducta presentase un amenaza de dolor o sufrimiento físico, aun así —dados los hechos que tenemos ante nosotros— no constituye una contravención de lo que se estipula en la Sección 2340A, [ya que] no sólo ha de ser el curso de conducta un acto*

¹¹⁵ OPR Report, *supra* nota 35, en las páginas 251-252.

¹¹⁶ Véase *supra* nota 42, en la página 2.

predicado, sino que además, quienes se valgan del procedimiento tienen que causar daños mentales de duración prolongada” (en la página 16).

*El inspector general de la CIA reconoció el impacto sustancial del memorando cuando comentó que este “definió los cimientos de las decisiones normativas y administrativas que marcaron las pautas del programa de contraterrorismo (CTC)”.*¹¹⁷

*De hecho, las técnicas aprobadas resultaron en la tortura de Abu Zubaydah, un detenido que al inicio el gobierno de Bush presentó como un “operario de muy alto rango en al Qaeda”,¹¹⁸ pero quien hoy el gobierno estadounidense admite ni siquiera es un combatiente ni un asociado de al Qaeda.¹¹⁹ Las pruebas que posteriormente se desclasificaron revelan que Abu Zubaydah, que sigue detenido hoy en Guantánamo sin que se le imputen cargos, fue sometido a torturas de numerosas índoles, incluido el simulacro de asfixia con agua en por lo menos 83 ocasiones.*¹²⁰

El segundo memorando de Bybee no sólo dio por resultado la tortura de Abu Zubaydah, sino que también fue utilizado por la CIA para autorizar la tortura de otros detenidos. Como lo señalara el inspector general de la CIA, la CIA entendió que “la opinión clasificada [el segundo memorando de Bybee] emitida el 1º de agosto de 2002 por el Despacho de Asesoría Legal se extendió más allá del interrogatorio de Abu Zubaydah y las condiciones que se especificaron en dicha opinión”.¹²¹ En el informe del inspector general de la CIA se citan ejemplos de tortura de detenidos que tuvieron lugar después de que se emitiera el segundo memorando de Bybee. Estos incluyen la tortura de Khalid Sheikh Mohammed,

¹¹⁷ Informe del inspector general de la CIA, *supra* nota 35, en la página 4.

¹¹⁸ Transcripción de conferencia de prensa de Donald Rumsfeld, Departamento de Defensa, 3 de abril de 2002, que se puede leer en <http://www.defense.gov/transcripts/transcript.aspx?transcriptid=3390>.

¹¹⁹ *Zayn al Abidin Muhammad Husayn versus Robert Gates*, Memorando de los demandados sobre los puntos y las autoridades en oposición a la petición de producir documentos y a la petición de sanciones del demandante. Causa civil No. 08-cv-1360 (RWR) (septiembre de 2009), que se puede leer en <http://www.truth-out.org/files/memorandum.pdf>.

¹²⁰ Informe del inspector general de la CIA, *supra* nota 35, en las páginas 36 y 37.

¹²¹ *Id.* en la página 23.

*sometido a tortura psicológica además de ser sometido a simulacro de asfixia con agua en 183 ocasiones.*¹²²

*Aunque según se ha informado, algunos aspectos de la tortura excedieron las pautas (que de por sí eran ilegales) trazadas por el Despacho de Asesoría Legal, el segundo memorando de Bybee, al autorizar actos de tortura específicos, creó un entorno de permisivo y excepcional, lo cual contribuyó a que se cometieran más actos de tortura en los centros de reclusión de la CIA. Al final, estas actividades dieron lugar a por lo menos dos muertes reportadas de detenidos bajo custodia de la CIA.*¹²³

1.1. La mente culpable: el mens rea de ayudar e instigar

La norma más estricta para el elemento mental de mens rea de responsabilidad por ayudar e instigar se define en el Artículo 25 del Estatuto de Roma, en el que se requiere que la norma de mens rea sea “más estricta que el simple conocimiento”.¹²⁴ Según el Estatuto de Roma, la persona tiene que actuar “con el propósito de facilitar” la comisión del delito. Se distingue de las normas del Tribunal Criminal Internacional para la ex Yugoslavia (ICTY) que exige “conocimiento” de que la persona esté ayudando e instigando a la comisión del delito.¹²⁵ La Cámara de Apelaciones de dicho tribunal falló que: “el elemento mental obligatorio de ayudar e instigar es el conocimiento de que los actos que se están realizando ayudan a cometer el delito específico del autor material”.¹²⁶

¹²² *Id.* en las páginas 41 a 44.

¹²³ *Id.* en las páginas 69, 78.

¹²⁴ Kai Ambos et al., *Comentarios sobre el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional: apuntes de observadores, artículo por artículo (Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers Notes, Article by Article)* en las páginas 475 a 492, 483. (Otto Triffterer Baden Baden ed., Nomos 1999).

¹²⁵ Se recuerda que en el Tribunal Criminal Internacional para la ex Yugoslavia se aplica la ley internacional aceptada, véase el *Informe de secretario general según el párrafo segundo de la Resolución 808 del Consejo de Seguridad, S/25704*, 3 de mayo de 1993, párrafo 34, mientras que a la Corte Penal Internacional no se le exige.

¹²⁶ Fallo en apelación de *Blagojević y Joki*, *supra* no. 37, párrafo 127. Véase p. ej., *Fiscalía versus Brđjanin*, Proceso No. IT-99-36-A, Fallo en apelación, 3 de abril de 2007, párrafo 484; Fallo en el

En los memorandos que se describieron anteriormente, ¿los querellados tuvieron conocimiento de que sus acciones estaban ayudando a cometer delitos específicos? y ¿actuaron ellos de tal manera con el propósito de facilitar la comisión de delitos?

1.1.1. Conocimiento: los querellados sabían que sus opiniones ayudaron a cometer crímenes

i) Los querellados tenían conocimiento del gran poder de autoridad de toda opinión que se emita de sus despachos

Tal como se explicó anteriormente, el propósito de toda opinión legal que surja del Despacho de Asesoría Legal o del Despacho del Asesor de la Casa Blanca consiste en producir una conducta específica, la cual se orienta en un sentido dado, normalmente hacia la legalidad. Cuando los querellados optaron por amparar una conducta punible, lo hicieron con conocimiento de que debido al cargo que cada cual ocupaba, su consejo tendría un impacto significativo y además tenían conocimiento de que tales consejos darían lugar a la comisión de actos delictivos.

ii) A los querellados se les advirtió que se precisaba una “luz verde” legal

Los querellados sabían que sus opiniones legales eran anheladas ya que se esperaba que dieran la luz verde para la formulación de normas extraordinarias, que por otra parte serían ilícitas. *En el caso del segundo memorando de Bybee, por ejemplo, a los querellados les constaba que su opinión había sido solicitada a fin de obtener la aprobación jurídica —o más bien, el amparo jurídico— para las diez técnicas que se utilizarían en una persona concreta. El mismo Departamento de Justicia manifestó que “la CIA no esperaba sólo un diálogo objetivo y franco sobre el significado del Estatuto sobre la tortura. En vez, ... la dependencia aspiraba a obtener la protección máxima*

juicio de *Furundžija*, párrafo 245; *Fiscalía versus Ntakirutimana*, Proceso No. ICTR-96-10-A y ICTR-96-17-A, Fallo en apelación, 13 de diciembre de 2004, párrafo 501.

posible para sus funcionarios”¹²⁷ y sin vacilación les comunicó tal mensaje a los querellados.

1.1.1. La intención de delinquir: fue la intención de los querellados facilitar los crímenes

a) La intención de delinquir: los querellados, a sabiendas, distorsionaron la ley con un propósito delictivo

En vista de que las opiniones legales emitidas por las personas que ocupan los cargos de los querellados no serían repasadas por ningún tribunal, y que a veces permanecerían clasificadas y por lo tanto libres de toda impugnación, la intención es que solamente abogados muy calificados ocupen los puestos de mayor importancia en el Despacho de Asesoría Legal. Así se asegura el gobierno de que los consejos que ofrecen sean objetivos y elaborados con esmero y atención.

Los defectos profundos señalados en el razonamiento jurídico de los memorandos cuando estos se filtraron a la prensa, produjeron revuelo a nivel nacional e internacional entre abogados de toda trayectoria, quienes se manifestaron consternados por las distorsiones del razonamiento y la debilidad e insostenibilidad de las conclusiones a las que se arribó.¹²⁸ Para tomar tan sólo el ejemplo del primer memorando de Bybee, en el cual se basó el segundo memorando de Bybee, Daniel Levin, que posteriormente (en 2004) ocupó el cargo de Bybee de jefe del Despacho de Asesoría Legal, comentó que había leído

¹²⁷ Informe del Despacho de Responsabilidad Profesional, *supra* nota 35, en la página 226.

¹²⁸ En agosto 2004, un grupo de más de 130 abogados norteamericanos de gran prestancia — incluidos entre ellos jueces, decanos de facultades de derecho y anteriores funcionarios públicos elegidos— divulgaron un documento titulado “Declaración de abogados sobre los memorandos de la tortura del gobierno de Bush”. El grupo condenó los memorandos “que tratan sobre los poderes que el presidente adquiere durante una guerra, la tortura, el Convenio de Ginebra y su relación con el tratamiento de prisioneros de guerra... y otros temas afines”. Indicaron que “los memorandos hacen caso omiso e interpretan erróneamente la constitución y las leyes de EE.UU., toda una gama de tratados internacionales y reglas del derecho internacional”. *Declaración de abogados sobre los memorandos de la tortura del gobierno de Bush (Lawyers’ Statement on Bush Administration’s Torture Memos)*, dirigida al presidente George W. Bush, al vicepresidente Richard B. Cheney, al secretario de defensa Donald Rumsfeld, al fiscal general John Ashcroft, y a miembros del Congreso, 4 de agosto de 2004.

el memorando y pensó “¡esta es una locura! ¿Quién escribió esto?”¹²⁹ Jack Goldsmith, jefe del Despacho de Asesoría Legal entre el turno de Bybee y el de Levin, comentó que había encontrado que el memorando estaba “plagado de errores” con secciones clave “claramente erradas”. Dijo que los documentos revelaron una “labor tendenciosa que aspiraba a eliminar todo escollo que impusiera el Estatuto sobre la tortura”.¹³⁰

La investigación de Yoo y Bybee realizada por el Despacho de Responsabilidad Profesional del Departamento de Justicia presenta una evaluación particularmente condenatoria de su trabajo. Los investigadores señalaron que los memorandos padecían “deficiencias graves”¹³¹ y sobre todo “se hallaron errores, omisiones, declaraciones erradas y conclusiones carentes de lógica en el [primer] memorando de Bybee”.¹³² Las fuentes se habían “exagerado o tergiversado”, “la autoridad adversa no se había tratado” y algunos alegados eran “ilógicos o tortuosos”.¹³³

En vista de las aptitudes profesionales de los querellados –Yoo, a manera de ejemplo, fue catedrático vitalicio en una de las diez primeras facultades de derecho de Estados Unidos y había sido secretario en el Tribunal Supremo de Estados Unidos— no es posible concluir que tales análisis tan profundamente viciados, insostenibles y mal orientados eran simplemente el resultado de decisiones mal tomadas o del trabajo de un abogado principiante a quien se le pidió que opinara sobre algo más allá de su pericia. En vez, el enfoque distorsionado que presentaron en sus memorandos fue consciente e intencionalmente tendencioso.

Con base en una “preponderancia de las pruebas”, el Despacho de Responsabilidad Profesional dictaminó que Yoo, por motivo de su participación en el primer memorando de Bybee, “a sabiendas brindó consejos incompletos y

¹²⁹ Informe del Despacho de Responsabilidad Profesional, *supra* nota 35, en la página 160.

¹³⁰ *Id.* en la página 160.

¹³¹ *Id.*

¹³² *Id.* en la página 159.

¹³³ *Id.* en la página 230.

arbitrarios”, “a sabiendas dejo de presentar un análisis suficientemente cabal, objetivo y franco”, “a sabiendas ofreció consejos incompletos al cliente”, “a sabiendas hizo declaraciones falsas” y “a sabiendas representó mal a la autoridad”.¹³⁴

*Además, como los memorandos no estaban en reserva total, otros integrantes del gobierno les señalaron a los abogados las principales fallas de razonamiento que adolecían. Dos días después de la expedición del memorando de Yoo del 9 de enero de 2002 sobre la suspensión del Convenio de Ginebra, el jefe de asesores legales del Departamento de Estado, William Taft IV, le remitió una carta detallada a Yoo, oponiéndose a sus conclusiones y advirtiéndole que **“tanto las suposiciones fácticas en las que se basa el [memorando] preliminar como su análisis jurídico padecen de vicios de consideración”**¹³⁵ e indicando que **la negación por parte de Estados Unidos de ceñirse a los Convenios de Ginebra podría constituir una “infracción grave”**.¹³⁶ De hecho, Taft le advirtió a Yoo que “se le imputa responsabilidad penal a toda infracción de lo que estipula el Convenio”.¹³⁷ El 2 de febrero de 2002 Taft envió otra carta dirigida al querellado Gonzales en el que presenta puntos de vista opuestos a los argumentos legales del destinatario e instándolo a que recomendara la aplicación de los Convenios de Ginebra, señalando que una decisión, tal como lo prescribe el derecho internacional, que se ajuste a lo que disponen los Convenios de Ginebra señalaría “que incluso en un nuevo tipo de conflicto, Estados Unidos basa su conducta en las obligaciones adquiridas en tratados internacionales y en el estado de derecho, y no solo en preferencias normativas”.¹³⁸ Efectivamente, cuatro años después, El Tribunal Supremo estadounidense, en el proceso Hamdan versus*

¹³⁴ *Id.* en las páginas 251 a 254.

¹³⁵ William H. Taft, IV, Memorando dirigido a John C. Yoo (11 de enero de 2002) (con copia al Secretario de Estado y al Asesor de la Casa Blanca Gonzales), carta remisoría en la página 1.

¹³⁶ *Id.* en la página 2.

¹³⁷ *Id.* en la página 30.

¹³⁸ Memorando de William H. Taft, IV, asesor legal del Departamento de Estado, dirigido a Alberto R. Gonzales, asesor del presidente, comentarios sobre su memorial sobre el Convenio de Ginebra (2 de febrero de 2002), que se puede leer en <http://www.texscience.org/reform/torture/taft-2feb02.pdf>.

Rumsfeld,¹³⁹ falló que los Convenios de Ginebra de hecho si se aplican a al Qaeda. Pero ninguna de las advertencias internas del momento tuvieron ningún impacto en las posturas legales adoptadas por los querellados. Tan sólo se agrega a las pruebas de que ya sabían, tal como consta en la investigación del Despacho de Responsabilidad Profesional, que sus análisis eran viciados por derecho; pese a eso, permanecieron firmes con el “consejo” legal que habían diseminado.

i) **Los querellados sabían que el resultado final sería criminal**

Al establecer *mens rea*, el Tribunal Criminal Internacional para la ex Yugoslavia explica que “no es necesario que quien ayude e instigue deba tener conocimiento del delito preciso que se cometerá... [en vez,] si tiene consciencia de que uno de una serie de delitos probablemente se cometerán y uno de esos delitos de hecho se comete, ha tenido la intención de facilitar la comisión de dicho delito, y es culpable de ayudar e instigar”.¹⁴⁰

A la luz de toda la información detallada anteriormente, **los querellados tenían pleno conocimiento de que los delitos —como mínimo el trato no humanitario de los detenidos y, en el peor de los casos, la tortura y los asesinatos— eran predecibles y eran la consecuencia natural de su asesoría legal.** El informe del Despacho de Responsabilidad Profesional expone:

También hallamos pruebas de que los abogados del Despacho de Asesoría Legal tenían presente el resultado deseado por el cliente y redactaron memorandos que apoyaran tal resultado...

Según Rizzo [ex asesor legal de la CIA], nunca hubo duda alguna de que el simulacro de asfixia con agua sería aprobado por Yoo, y el cliente claramente consideró al Despacho de Asesoría Legal

¹³⁹ 548 U.S. 557 (2006).

¹⁴⁰ *Furundžija Sentencia del Tribunal, supra* n. 37, párrafo 249. Véase también *Blagojević Apelación del juicio, supra* n. 37, párrafo 127 (ayudar e instigar requiere “conocimiento de que los actos que se realizaron ayudaron en la comisión del delito específico cometido por el autor principal”).

*como dispuesto a hallar la manera de lograr el resultado deseado.*¹⁴¹

*De hecho, el segundo memorando de Bybee prescribió directamente y con vergonzosos detalles los actos de tortura que se le realizarían a Abu Zubaydah. No sólo sabían los querellados que el resultado de lo que apoyaban era criminal, sino que buscaron y hallaron las maneras de asegurar que el resultado (el amparo jurídico) se lograra.*¹⁴²

i) El trabajo de los querellados de prevenir futuros enjuiciamientos de funcionarios reveló su intención de facilitar los crímenes

Con su trabajo, los querellados trataron de crear anticipadamente una justificación legal y un amparo o defensa legal para los posibles procesamiento penales que pudieran surgir de la tortura cometida por funcionarios del gobierno. Dejaron en claro desde el inicio que los memorandos de agosto, por ejemplo, crearían un escudo legal contra el enjuiciamiento de funcionarios de la CIA.

“Inmediatamente después” de que la División Penal del Departamento de Justicia se negó a “ofrecer una declinación anticipada del enjuiciamiento [de funcionarios estadounidenses] por violaciones del Estatuto sobre la tortura”,¹⁴³ a Yoo le vino muy bien agregar al primer memorando de Bybee las secciones sobre los poderes primordiales del comandante en jefe y sobre las defensas de la tortura, tratando así de ofrecer una inmunidad generalizada a todos los funcionarios de la CIA que participaron en la tortura, ya que le constaba cuánto poder acarrea una opinión emitida por el Despacho de Asesoría Legal. Jack

¹⁴¹ Informe del Despacho de Responsabilidad Profesional, *supra* nota 35, en las páginas 226 y 227.

¹⁴² Véase el memorial del catedrático en derecho David Cole: “Cuando se ven en su integridad, los memorandos revelan un esfuerzo sostenido por los abogados del Despacho de Asesoría Legal para racionalizar un resultado predeterminado e ilícito”, en David Cole, (Los memorandos de tortura: el caso contra los abogados) *The Torture Memos: The Case Against the Lawyers*, *THE NEW YORK REVIEW OF BOOKS* 56:15, 8 de octubre de 2009.

¹⁴³ Informe del Despacho de Responsabilidad Profesional, *supra* nota 35, en la página 228.

Goldsmith, el sucesor de Bybee en el Despacho de Asesoría Legal, argumentó en su libro de 2007 *“La presidencia del terror”*:

Si el Despacho de Asesoría Legal interpreta una ley de manera que autorice una acción propuesta, entonces el Departamento de Justicia no procesará a quienes se Fían del dictamen del Despacho de Asesoría Legal para proceder. ... Es uno de los poderes más contundentes y peligrosos del gobierno: el poder de repartir tarjetas “Quedas libre de cárcel”... y así, efectivamente inmuniza a los funcionarios contra todo procesamiento por transgresión de la ley.¹⁴⁴

Sin embargo, el tratar de inmunizar a torturadores es una contravención de leyes nacionales e internacionales porque la ley es inequívoca (sea directamente en los tratados o como normas jus cogens) al indicar que no existe derogación que jamás pueda justificar el uso de tortura o la comisión de crímenes de guerra. El asegurarles a los funcionarios estadounidenses que no se les procesaría por sus acciones criminales es una ilustración directa de la intención de promover y facilitar crímenes.

Claramente, existen amplias pruebas que justifican el inicio de una investigación penal de la responsabilidad personal de los querellados enumerados en la querella contra los seis de Bush por su responsabilidad penal por ayudar e instigar crímenes.

1. Concierto para delinquir: la habilitación de la tortura y otros delitos

En el caso de los seis de Bush, diversas fuentes demuestran que al menos algunos de los querellados compartieron la intención de lograr un propósito específico: la comisión de tortura y otras violaciones del derecho internacional contra detenidos que estaban en custodia de Estados Unidos. Dado este

¹⁴⁴ Jack Goldsmith, *The Terror Presidency*, en la página 96 (W.W. Norton 2007).

contexto, huelga examinar otros hechos adicionales a la luz de otra teoría de responsabilidad: el concierto para delinquir.

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional enumera que es responsable individualmente y puede ser penado quien cometa, ordene o ayude e instigue la comisión del crimen, o “contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común”.¹⁴⁵ Este concierto para delinquir es una modalidad de responsabilidad en la que a los autores se les imputa la culpabilidad criminal por delitos cometidos con una finalidad común o por crímenes que son el resultado previsible de un emprendimiento de propósito común.¹⁴⁶

Para que una persona sea responsable de concierto para delinquir, se tiene que demostrar que (1) un grupo de personas (2) tuvo un plan, diseño o finalidad común para la comisión de un crimen, (3) que el acusado participó de alguna manera en el plan, y que (4) el acusado contribuyó de manera intencional a la finalidad del plan común. Si se cumplen dichos elementos, los acusados son culpables de los crímenes cometidos.

1.4. Un grupo de personas

¹⁴⁵ El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Art 25. La figura del concierto para delinquir no se menciona explícitamente en el Estatuto del Tribunal Criminal Internacional para la ex Yugoslavia. Sin embargo, la Cámara de apelaciones expidió la *opinio iuris* en la que explica que la participación en el concierto para delinquir se incluye en el Estatuto en la forma de una “comisión” en el artículo 7(1) del Estatuto y que existe la base para tal proceder en esta teoría de la responsabilidad según la ley internacional aceptada. Véase *Fiscalía versus Tadi*, Proceso No. IT-94-1-A, Sentencia de apelación, 15 de julio de 1999 (en lo sucesivo “Sentencia de apelación *Tadi*”).

¹⁴⁶ La Cámara de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia reconoció en primera instancia el concierto para delinquir como forma de responsabilizar según la ley internacional aceptada en la Sentencia de apelación *Tadi*, páginas 189 a 229. Véase también *Sentencia de apelación Brđjanin*, *supra* n. 59, párrafo 430; *Prosecutor v. Marti*, Proceso No. IT-95-11-A, Sentencia de apelación, 8 de octubre de 2008, párrafos 80 y 81. El concierto para delinquir se considera una forma de “cometer,” y se incluye en el Artículo 6.1 del Estatuto SCSL. *Fiscalía versus Sesay, Kallon, y Gbao*, Proceso no. SCSL-04-15-T, *Sentencia del Tribunal*, 2 de marzo del 2009, párrafo 252.

Conforme a lo que ha fallado el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (ICTY), las personas no tienen que estar organizadas en una estructura militar, política ni administrativa, y cada participante en el concierto para delinquir no se tiene que identificar por nombre: “basta con que se refieran a categorías o grupos de personas”.¹⁴⁷

En el caso de los seis de Bush, no es difícil identificar al grupo de personas que estuvo involucrado. En los informes de las investigaciones se revela que poco después de los ataques del 11 de septiembre, un grupo muy reducido de abogados de alto rango en el gobierno, provenientes de varias dependencias oficiales, cuatro de los cuales forman parte de los querellados en el proceso de los seis de Bush, se reunieron con regularidad pero de manera informal para hablar de las opciones legales en el contexto de la Guerra contra el terror. El querellado Haynes, asesor general del Departamento de Defensa, denominó al grupo “consejo de guerra”.¹⁴⁸ Hay fuentes que explican que el querellado Addington, asesor del vicepresidente Cheney, ejerció la fuerza dominante entre los abogados.¹⁴⁹ Al cabo de los 18 meses, la indagación bipartidista del Senado que investigó el maltrato de detenidos, explicó:

Addington se reunió “con regularidad” con un grupo de abogados entre los que estaban: el asesor general del Departamento de Defensa Jim Haynes, el asesor de la Casa Blanca Alberto Gonzales, y el asesor general de la CIA John Rizzo. Este grupo se reunió con periodicidad definida. El grupo, según relata el señor Addington, fue denominado “consejo de guerra” por el señor Haynes e

¹⁴⁷ *Prosecutor v. Krajišnik*, Proceso No. IT-00-39-A, Sentencia de apelación, 17 de marzo de 2009, párrafo 156.

¹⁴⁸ Véase Michael P. Scharf, *Responsabilidad por el memorando de tortura: el derecho internacional y los memorandos de tortura (Accountability for the Torture Memo: International Law and the Torture Memos)*, 42 Proceso W. Res. J. Int'l L. 321, 346 n.141 (2009), en la página 346, FN 141. Scharf se refiere al grupo como “un complot de abogados agresivos de mentalidad parecida que se autodenominó “concilio de guerra”, en la página 355.

¹⁴⁹ Philippe Sands, *El equipo de la tortura (The Torture Team)* 213 (2008).

*incluyó además a los abogados del Despacho de Asesoría Legal John Yoo y Tim Flanigan. Según el señor Addington, el grupo de abogados se reunió para tratar toda una “gama de temas”, incluidos entre ellos cómo interrogar a los combatientes enemigos en la Guerra contra el terror.*¹⁵⁰

Estas reuniones por lo general se convocaron en la oficina del querellado Gonzales.

1.5. Un plan común

Visto a la luz del dictamen de apelación Tadic del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, el plan no “se tiene que haber concertado ni formulado con anticipación”, de hecho, “el plan o la finalidad común puede materializarse de manera extemporánea y puede ser inferido del hecho de que una pluralidad de las personas actuó de común acuerdo para darle vida a un concierto para delinquir”.¹⁵¹

En este caso, tal parece que el plan se materializó mediante una serie de reuniones y escrituras compartidas entre abogados oficiales de mentalidad común prestos para impulsar un plan en el contexto de los acontecimientos. Los abogados trabajaron bajo la dirección y en aparente coordinación con otros integrantes del gobierno de Bush, incluido entre ellos el presidente mismo. El plan consistía en crear un amparo legal que habilitara la autorización de técnicas de interrogatorio que en efecto eran tortura o trato cruel, inhumano o degradante para usar contra detenidos capturados en el contexto de la “Guerra contra el terror”, sea en Guantánamo, Afganistán, Irak o en otros sitios, incluidas ubicaciones secretas.

1.6. El acto de culpabilidad: participación en el plan común o *actus reus*

¹⁵⁰ Informe de la Comisión del Senado sobre las Fuerzas Armadas, *supra* nota 30, en las páginas 31 y 32 No. 224.

¹⁵¹ Sentencia de apelación Tadic, *supra* n. 78, párrafo 227 (ii).

La participación en el diseño común no precisa la participación en la comisión de los actos criminales y puede incluir asistencia o contribución al plan o a la finalidad común. La asistencia no tiene que tener un efecto sustancial en la comisión del delito: “basta con que el participante realice actos que de alguna manera estén dirigidos a avanzar el plan o la finalidad común”.¹⁵²

Los querellados participaron de varias maneras en el fomento del plan y más notablemente mediante la redacción de las opiniones legales mencionadas anteriormente, pero también por medio de una serie de actos coordinados que se emprendieron para asegurarse de que el plan saliera adelante. En este sentido, el querellado Haynes desempeñó un papel particularmente importante con respecto a la tortura aplicada por los militares, tal como lo revelara en gran detalle el informe de la Comisión del Senado sobre las Fuerzas Armadas sobre el maltrato de detenidos.

En diciembre de 2001, el querellado Haynes hizo averiguaciones sobre las técnicas (incluido el simulacro de asfixia con agua) que constituyen tortura que empleaba la Entidad Conjunta de Recuperación de Personal (JPRA) en el curso de Supervivencia, Evasión, Resistencia y Escape (SERE) dictado a soldados estadounidenses para que aprendieran a resistir torturas infligidas por fuerzas enemigas que no respetaran los Convenios de Ginebra.¹⁵³ Haynes procuró esta información con dos objetivos que avanzaron el concierto para delinquir: 1) proporcionarles a los demás integrantes del concierto una relación de técnicas para plantear el análisis jurídico que permitiera usarlas, lo cual incluyó el rechazo de las obligaciones impuestas por los Convenios de Ginebra y 2) crear métodos de interrogación novedosos y violentos para usar contra los detenidos. Haynes luego pidió las opiniones redactadas por Yoo en enero de 2002 sobre la (no aplicación de) los Convenios de Ginebra, lo cual dio lugar a la orden de Bush y habilitó a Haynes para que comenzara a explayarse sobre las posibles “técnicas de interrogatorio perfeccionadas”. Más adelante ese mismo año, Haynes le

¹⁵² Id. en la página 229 (iii).

¹⁵³ Informe de la Comisión del Senado sobre las Fuerzas Armadas, *supra* no. 27, en las páginas 4 y 114.

solicitó a la Entidad Conjunta de Recuperación de Personal datos más precisos con el fin de “diseñar a la inversa” las técnicas impartidas en el curso SERE, lo cual significó emplearlas contra los detenidos.¹⁵⁴ “Menos de una semana después de que la Entidad Conjunta le remitiera al despacho del asesor general del Departamento de Defensa su memorando con sus anexos”, Bybee firmó los dos memorandos sobre tortura de fecha 1º de agosto de 2002.¹⁵⁵

Tres meses después, la oficina de Haynes autorizó los planes para interrogar al detenido en Guantánamo Mohammed al Qhatani, cuyo interrogatorio se prolongó del 23 de noviembre de 2002 hasta el 16 de enero de 2003. Las técnicas fueron inspiradas directamente por las técnicas del curso SERE y más tarde fueron reconocidas ampliamente como tortura, inclusive por un juez de las Comisiones militares quien, en 2009, retiró todos los cargos contra al Qhatani debido a la tortura a la que fue sometido con la aprobación de la oficina de Haynes. El juez escribió: “torturamos a al-Qahtani. ... El trato que se le dio cumple con la definición legal de tortura. Y por ese motivo no remití el caso para su procesamiento”.¹⁵⁶

El 27 de noviembre de 2002, Haynes le remitió un memorando al Secretario de Defensa Donald Rumsfeld en el que le recomienda al Secretario autorizar una relación de técnicas que se utilizarían en Guantánamo.¹⁵⁷ A los pocos días, la relación fue aprobada por Rumsfeld y para el 30 de diciembre de 2002, los encargados de interrogar en Guantánamo estaban haciendo uso de las técnicas de tortura contra varios detenidos. Al final, aunque Rumsfeld, por la presión de otros funcionarios del gobierno, revocó su autorización mes y medio después, las técnicas rápidamente migraron al centro de reclusión estadounidense de

¹⁵⁴ *Id.* en las páginas 2 y 116.

¹⁵⁵ *Id.* en la página 31.

¹⁵⁶ Bob Woodward, Detenido fue torturado dice funcionario estadounidense; Veedor de juicio habla de maltratos metódicos contra sospechoso del 11 de septiembre (Detainee Tortured, Says U.S. Official; Trial Overseer Cites “Abusive” Methods Against 9/11 Suspect), *Washington Post*, 14 de enero de 2009, en la página A1, que se puede leer en: www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2009/01/13/AR2009011303372.html.

¹⁵⁷ Informe de la Comisión del Senado sobre las Fuerzas Armadas, *supra* n. 27, en la página 95 (cita la entrevista de William J. Haynes II por el personal de la comisión) (25 de abril de 2008 en la página 188.).

Bagram en Afganistán y más adelante ese mismo año llegaron a la prisión de Abu Ghraib en Irak.

1.7. La mente culpable: Mens Rea del concierto para delinquir

La mens rea del concierto para delinquir es la intención de cometer un crimen específico. A la luz de los hechos detallados anteriormente, **la intención de los querellados en la comisión de delitos queda demostrada claramente: ellos se esforzaron activa y conscientemente durante un lapso de tiempo prolongado para habilitar la tortura de los detenidos.**

Si bien se podrían extraer muchas más pruebas de diversas fuentes —cosa que podemos hacer si así lo solicita el Juzgado Central de Instrucción No. 6— otro elemento que conviene mencionarse con relación a la intención, es la labor conjunta de los querellados para excluir de su trabajo y de sus reuniones a abogados del gobierno que no compartieran la finalidad criminal común. Por ejemplo, el despacho del asesor legal William Taft del Departamento de Estado, que en la forma más natural hubiera sido consultado y se hubiera mantenido informado sobre todos los acontecimientos, fue dejado de lado de manera extraordinaria por los querellados, desde el inicio del diseño del plan común. El mismo Taft lo explicó:

Los abogados del Departamento de Justicia trabajaron por separado con los abogados del Departamento de Defensa con el fin de autorizar ciertos distanciamientos de las definiciones de los Convenios con respecto al trato de los detenidos, sobre todo en cuanto se refiere a los métodos de interrogatorio. Ni a mí ni al personal bajo mi responsabilidad se nos invitó a que repasáramos este trabajo. De hecho, ni siquiera teníamos conocimiento de que tal trabajo se estaba efectuando...

Es muy lamentable que el Despacho del Asesor Legal no participó en la labor jurídica posterior a las decisiones tomadas en febrero de 2002. Yo opino que nos excluyeron porque sospechaban (dadas

algunas de las posturas que habíamos adoptado), que no estaríamos de acuerdo con algunas de las conclusiones a las que se preveía iban a arribar otros abogados del gobierno.¹⁵⁸

Los querellados no sólo excluyeron voces que estarían en desacuerdo, sino que además ocultaron toda oposición expresada por sus superiores. Por ejemplo, cuando ya en noviembre de 2002, Haynes le recomendó al Secretario Rumsfeld que aprobara una serie de técnicas ilícitas, le presentó un memorando de un solo folio en el que omitió mencionar las “graves inquietudes” planteadas por muchos de los funcionarios en el sentido de que las técnicas contravienen la prohibición de la tortura. Tales inquietudes incluyeron objeciones jurídicas formales y las habían presentando al despacho de Haynes la Fuerza Aérea,¹⁵⁹ la Armada,¹⁶⁰ los Marine Corps,¹⁶¹ el Ejército,¹⁶² el Federal Bureau of Investigation (FBI), y el Equipo de Trabajo de Investigación Penal del Departamento de Defensa (CITF).¹⁶³

Haynes también le puso punto final a los esfuerzos de otros abogados que exigían que se revisara la legalidad de las técnicas con base en las obligaciones contra la tortura. Debido a “inquietudes muy significativas” acerca de algunas de las técnicas, el capitán Dalton del Despacho de Asesoría Legal del presidente del Estado Mayor Conjunto (el grupo de abogados militares de las fuerzas armadas) pidió una videoteleconferencia con representantes de diversas dependencias para tratar sus inquietudes jurídicas, y además inició un proceso interno de análisis.¹⁶⁴ Haynes le ordenó al capitán Dalton y a sus subalternos que suspendieran el análisis. Dalton reportó que “el señor Haynes quería que yo... suspendiera la videoteleconferencia y que dejara de” realizar una revisión

¹⁵⁸ Testimonio obtenido por Michael P. Scharf y citado en *Responsabilidad por el memorando sobre tortura: el derecho internacional y los memorandos sobre tortura (Accountability for the Torture Memo: International Law and the Torture Memos)*, 42 Proceso W. Res. J. Int'l L. 321, 346 n.141 (2009).

¹⁵⁹ Informe de la Comisión del Senado sobre las Fuerzas Armadas, *supra* n. 27, en la página 67.

¹⁶⁰ *Id.* en la página 68

¹⁶¹ *Id.*

¹⁶² *Id.*

¹⁶³ *Id.* en la página 69.

¹⁶⁴ *Id.* en la página 70.

jurídica por motivo de que le preocupaba que “la gente podría terminar enterándose de la solicitud de Guantánamo y el análisis que los servicios militares habría hecho de tal solicitud”.¹⁶⁵ Según Dalton, Haynes “quería que todo se mantuviera mucho más contra el pecho”.¹⁶⁶ Jamás en su trayectoria se le había pedido a Dalton que suspendiera el análisis de una solicitud que se le había presentado para que la analizara.¹⁶⁷

Estos ejemplos demuestran a la perfección la intención de procurar que una finalidad criminal común llegara hasta su final.

Conclusión:

La indagación bipartidista de la Comisión del Senado sobre las Fuerzas Armadas declaró sin titubeos que los abogados del gobierno “redefinieron el estatuto [sobre la tortura] con el fin de crear la apariencia de legalidad [de las técnicas] y autorizar su empleo contra detenidos” para así “racionalizar el maltrato de detenidos en custodia de Estados Unidos”.¹⁶⁸

Es de lamentarse que, hasta la fecha, el amparo legal —o la inmunidad generalizada— que las opiniones legales esperaban lograr, se ha logrado. En efecto, tal como se esbozará en el informe suplementario de fecha 14 de diciembre de 2010 que presentamos a este Juzgado, el gobierno de Obama ha optado por investigar tan sólo una cantidad muy limitada de los maltratos de detenidos cometidos por agentes de la CIA que se sobrepasaron de lo que se prescribió en los memorandos sobre tortura de Bybee. Empero, incluso la administración de Obama acepta que lo que tales opiniones prescribieron fueron actos de tortura. Sea por boca del fiscal general de Estados Unidos en ejercicio o del asesor legal del Departamento de Estado, funcionarios del gobierno de Obama han reconocido en público que el simulacro de asfixia con agua, por

¹⁶⁵ *Id.* en la página 71.

¹⁶⁶ *Id.* (citando la entrevista de RADM Jane Dalton por el personal de la Comisión (10 de abril del 2008) en la página 35).

¹⁶⁷ *Id.* (citando la Audiencia SASC (7 de junio del 2008)).

¹⁶⁸ Informe de la Comisión del Senado sobre las Fuerzas Armadas, *supra* nota 30, en las páginas xii,xxvi a xxvii.

ejemplo, es tortura. Harold Koh, en fecha tan reciente como noviembre de 2010, afirmó en la ONU que “el gobierno de Obama define el simulacro de asfixia con agua (o ahogamiento simulado) como tortura y asunto de derecho definido en el Convenio contra la tortura. Forma parte de nuestra obligación jurídica”.¹⁶⁹ Sin embargo, el gobierno norteamericano se ha rehusado a realizar una investigación penal ya sea de los actos de tortura cometidos tal como se definen en los memorandos, o de los abogados del gobierno por diseñar, animar, facilitar y aprobar estos crímenes, así como facilitar el camino para que otros delitos adicionales y previsibles se puedan cometer.

Pese a que el Despacho de Responsabilidad Profesional concluyó que Yoo y Bybee de hecho habían participado en “mala conducta profesional deliberada”, no se impuso ninguna acción disciplinaria porque el fallo de dicho despacho terminó siendo sobreseído en un memorando débilmente sustentado redactado por el fiscal general delegado David Margolis en enero de 2010.¹⁷⁰

El análisis jurídico escrito con vista a los hechos escogidos y detallados en la presente opinión jurídica demuestra dos puntos fundamentales: 1) el derecho y los hechos dejan en claro que se han satisfecho los requisitos para darle inicio una investigación penal de la conducta de los seis de Bush y 2) se dispone de un acervo de pruebas de dominio público amplio y suficiente, que incrimina a los querellados. ""

De la antes expuesta "opinión de expertos" se deducen una serie de elementos de gran interés jurídico para el presente caso y que sirven para determinar que **los tres querellados han hecho uso de su posición dentro del sistema de ocupación, como jueces de la Corte Suprema de Israel, han cometido los hechos por los que vienen**

¹⁶⁹ Conferencia de prensa estadounidense en la sede de la ONU en Ginebra, 5 de noviembre del 2010, que se puede leer en <http://geneva.usmission.gov/2010/11/05/upr-press-conf/>.

¹⁷⁰ Véase *supra* n. 45. Para ver un análisis del memorando de Margolis que sobreescribe el Informe del Despacho de Responsabilidad Profesional, véase David Cole, *El sacrificio de Yoo: la asignación de responsabilidad por la tortura y el informe del Despacho de Responsabilidad Legal (The Sacrificial Yoo: Accounting for Torture in the OPR Report)*, Georgetown Public Law and Legal Theory Research Paper No. 10-73, 2010, que se puede leer en <http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/477>.

querellados y que es exigible la correspondiente responsabilidad penal en función de los argumentos jurídicos aquí expuestos.

Basta sustituir los términos “opinión jurídica” por “resolución” y “abogados” por jueces para entender la grave responsabilidad penal en la que habrían incurrido los aquí querellados.

El conjunto de los hechos expuesto en el cuerpo de la presente querella, así como las normas y doctrina citadas, nos lleva a la conclusión de que los hechos descritos son perseguibles penalmente por las autoridades chilenas al vulnerar las normas, los tratados y la legislación del derecho internacional humanitario sobre crímenes de guerra, todo ello al transgredir lo especificado en el artículo 51, numeral 5 del Protocolo Adicional I de 1977, además de lo establecido en el artículo 8, numeral 2, del Estatuto de Roma, vulneración que es sancionable de acuerdo a los preceptos establecidos en la Ley 20.357 que tipifica los crímenes de lesa humanidad y genocidio y crímenes y delitos de guerra. Por último, señalar que no nos encontramos en modo alguno ante cuestiones que afecten a asuntos internos de otros estados, sino que, por el contrario, nos encontramos ante hechos, los crímenes de guerra y lesa humanidad, que afectan y repugnan a toda la comunidad internacional en su conjunto, debiendo ser ésta, en consecuencia, la que debe responder frente a los mismos, evitando la impunidad que de otro modo se otorgaría a los estados delincuentes, que habiendo cometidos crímenes de guerra y lesa humanidad, e infracciones graves a los Convenios de Ginebra, deban ser quienes se encarguen de la protección de los mismos derechos humanos que vulneran e infringen.

b) OBLIGACIÓN DE PERSEGUIR

Con independencia de lo expuesto *ut supra* en el plano internacional, entendemos que es relevante analizar y fundamentar, igualmente, la obligación que existe de perseguir estos delitos por parte de nuestros propios Jueces y Tribunales.

En primer lugar, es importante destacar la diferencia de trato que debe dispensarse a los distintos títulos de imputación que bajo el principio de jurisdicción universal acoge o puede llegar a acoger nuestro ordenamiento. No tienen la misma consideración el tráfico de drogas o el terrorismo que el **crimen de guerra, de lesa humanidad o el de genocidio**. Porque los últimos **forman parte de los delitos graves de derecho internacional o de primer grado y su persecución penal sin importar el lugar de comisión viene reconocido e, incluso, en algunos casos exigido por tratados internacionales y por la costumbre internacional** firmados por Chile. Así, el *Conjunto de principios actualizado para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad* (Comisión de Derechos Humanos E/CN.4/2005/102/Add.1, 8.2.2005) establece como **delito grave**, en primer lugar, a **las graves violaciones de los Convenios de Ginebra de 1949 y de su Protocolo Adicional I de 1977, junto al genocidio y los delitos de lesa humanidad**. Son éstos y no otros los atribuidos a la competencia de la Corte Penal Internacional por el art. 5 del Estatuto de Roma, que su art. 1 considera los crímenes más graves con trascendencia internacional. Por lo tanto, **nos encontramos en el núcleo duro del derecho penal internacional, que atiende a los más atroces crímenes internacionales, entre ellos el ataque excesivo contra poblaciones civiles –inocentes, porque no intervienen en el conflicto- con el objeto de aterrorizarlos**.

Es decir, tampoco los órganos jurisdiccionales chilenos estarían realizando algo excepcional, más bien estarían haciendo efectivos los compromisos contraídos por Chile a lo largo de su historia en relación con el derecho internacional humanitario, entrando exclusivamente en un caso concreto, grave, y de una trascendencia en principio y centrada en las personas directamente afectadas y que con esta querella particular denuncian exclusivamente estos hechos.

El derecho internacional obliga a todos los estados a perseguir los crímenes de guerra. En concreto para los delitos contra personas civiles protegidas en conflictos armados, el Cuarto Convenio de Ginebra establece en su art. 146 que cada Estado parte ***“tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves y deberá hacerla comparecer ante los propios tribunales sea cual fuere su nacionalidad”*** (redacción común que aparece

en los cuatro convenios de 1949, por ello resultan idénticos con éste los artículos 49, 50 y 129 de los otros tres tratados).

La obligación de perseguir y, en su caso, castigar está reconocida de manera unánime en el derecho internacional en relación a los crímenes de guerra en conflictos armados de carácter internacional. Esos convenios tienen una aceptación universal, ya que han sido suscritos por la inmensa mayoría de los Estados. Es un dato ineludible, que diferencia de manera clara el caso que nos ocupa de otros supuestos.

Nuestra legislación ha tipificado esos delitos y previsto penas a ellos aplicables expresamente, a lo que se suma lo dispuesto por el artículo 5 de la Constitución de la República, inciso segundo, a partir del cual se puede inferir que la cláusula del Convenio forma parte del ordenamiento.

En virtud del principio de jurisdicción universal cualquier Estado puede ejercer la jurisdicción ante ofensas graves a los intereses de la Comunidad Internacional al margen del lugar de ejecución del crimen y de la nacionalidad del autor o de la víctima (así lo establecen nuestras normas nacionales de incorporación del Estatuto de Roma al ordenamiento jurídico nacional y, también, el art. 5.1 del Estatuto de la Corte Penal Internacional).

La razón de ser de una jurisdicción universal es la de evitar la (inmensa) impunidad de esos crímenes, impunidad que en buena medida se debe a la posición que el autor ocupa en la estructura de poder del Estado; porque los crímenes de guerra, los de genocidio y de lesa humanidad, la tortura y las desapariciones forzadas comparten una nota: son crímenes de Estado, en su peor acepción. De ahí la dificultad, que muchas veces deviene en imposibilidad, de la persecución de los graves crímenes internacionales, ya porque sus autores ejercen el poder, se trata de mandatarios, ya porque tienen la capacidad de neutralizar la acción judicial.

La jurisdicción universal intenta dispensar una mínima protección a los derechos humanos básicos, en primer lugar, la vida, mediante la garantía procesal. Es preciso reiterar la idea: algunos crímenes son tan atroces que no deben quedar impunes.

A este respecto resulta de especial interés lo razonado por la Excelentísima Corte Suprema al conocer de la Apelación del fallo que rechazó la Protección 1850-2015 caratulado “John Benedict Londregan y otro a favor de Leopoldo López” por estimarse incompetente la Corte de Apelaciones de Valparaíso para conocer de éste. La sentencia dictada por la Excma. Corte ROL 17.393-2015, de fecha 18 de noviembre de 2015, revoca la resolución apelada y entre los nuevos considerandos, atinentes al caso de estos autos, señala:

“I.- Sobre la Jurisdicción Universal en materias que afectan los derechos humanos:

Tercero: *Que esta Corte debe elucidar, en primer término, si tiene jurisdicción para conocer de este asunto, habida cuenta de que el hecho que motiva la protección impetrada acaece en un Estado extranjero.*

Como es sabido, resulta un principio elemental de la jurisdicción de los Estados, la territorialidad, esto es, que cada Estado juzgue los hechos que acontecen en su territorio, ello como un reconocimiento a la soberanía nacional de cada cual. Ese principio se recoge en el artículo 5° inciso 1° de la Constitución Política de la República y 7° del Código Orgánico de Tribunales.

Sin embargo, en ciertos casos de singular importancia y trascendencia para la pervivencia de la propia comunidad internacional, ésta ha permitido excepcionalmente la aplicación del principio de extraterritorialidad, o sea, la potestad de juzgar los hechos que acontezcan fuera de los límites políticos de los Estados, sin que medie un tratado vinculante y sin que existan nexos de otra naturaleza, como el de la nacionalidad.

Al respecto, resulta útil consignar que el derecho internacional reconoce la existencia de un sistema normativo de orden superior o jus cogens (artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: “Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (“jus cogens”). Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente

Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”), aplicable aún sin aceptación expresa en los ordenamientos nacionales y situado sobre ellos, que tiende a velar por los derechos humanos contemplados en prácticamente todas las cartas constitucionales del mundo.

*Dos fuentes de derecho han sido usualmente citadas para reconocer validez a la jurisdicción universal: el derecho de los tratados, en particular los Convenios de Ginebra de 1949 y su Protocolo Adicional I de 1977, la Convención contra el Genocidio, el Estatuto de la Corte Penal Internacional y la Convención contra la Tortura de 1984. En nuestro continente tiene especial importancia el Pacto de Derechos Civiles de San José de Costa Rica. Más allá de que estos tratados no contemplen taxativamente dicha jurisdicción universal, a estas alturas una apreciable cantidad de Estados –ni qué decir la doctrina académica- ha formulado la interpretación –no rebatida- de **que la vigencia de los derechos esenciales de la persona humana a que ellos aluden, sólo es posible si se autoriza y hasta se obliga a los Estados a su cabal ejercicio a través de sus tribunales nacionales**. La segunda fuente, es el derecho consuetudinario internacional que como es sabido, cumple un fuerte rol en la génesis y desarrollo del derecho de los Estados y que en esta materia ha tenido un amplio camino recorrido.*

Los tratadistas están de acuerdo en que la aplicación del derecho universal debe reconocer ciertas reglas fundamentales, como que los tribunales de otro país sólo pueden actuar cuando los del lugar de los hechos no lo hagan; que la jurisdicción y la subsecuente competencia emanen de una fuente idónea del derecho internacional; y que la legislación nacional a aplicar no contradiga el derecho internacional.

(...)

Quinto:** Que respecto de la efectividad de la situación de los ciudadanos venezolanos en referencia, aparte de los datos entregados por los recurrentes y que constan en el expediente, **existe una copiosa información internacional disponible en

*internet y medios de comunicación globales de distintas nacionalidades y diferentes
sinos, que describen una situación de riesgo inminente para sus vidas. Y su país,
emplazado legalmente en este procedimiento, ha optado por el silencio, aunque en las
mismas fuentes informativas aparece entregando una versión de que López se
encuentra condenado por los tribunales ordinarios de justicia locales por sentencia no
ejecutoriada, a penas de rango criminal por delitos que guardan relación con conductas
que en todos los países democráticos son adjetivadas como “políticas” y no personales.
Agrava lo anterior que el fiscal persecutor de su causa, ha salido de su país y ha
declarado que el proceso en mención fue una invención oficial a la que fue obligado.
(...)”. (el énfasis es nuestro)*

En relación a este considerando resulta imperativo hacer un paralelo con el caso de
autos. Existe abundante información, acumulada por largos años, relativa a la crítica
internacional a la política de Israel sobre los Territorios Ocupados Palestinos y pero no
sólo a nivel de prensa sino también expresadas en términos de Resoluciones de la
Asamblea General y del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, en que se condenan
los asentamientos, la ocupación y confiscación de tierras de particulares palestinos y la
construcción del Muro, entre otros, y se califican estas acciones como ilegales y
vulneratorias de los Convenios descritos, del derecho humanitarios y del derecho
internacional en general, todo lo cual no sólo es desoído por Israel sino directamente
contravenido.

A modo ilustrativo, resulta pertinente exponer algunas de las consideraciones de las
últimas Resoluciones de la Asamblea General a este respecto:

- a) Resolución 70/225: **Soberanía permanente del pueblo palestino en el
Territorio ocupado, incluido Jerusalén Oriental, y de la población árabe en el
Golán sirio ocupado sobre sus recursos naturales.**

**Aprobada por la Asamblea General el 22 de diciembre de 2015, con el voto a favor de
Chile:**

*“(...) Reafirmando que el Convenio de Ginebra relativo a la Protección Debida a las
Personas Civiles en Tiempo de Guerra, de 12 de agosto de 1949, es aplicable al*

Territorio Palestino Ocupado, incluida Jerusalén Oriental, y a otros territorios árabes ocupados por Israel desde 1967,

Recordando a este respecto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y Culturales, y afirmando que estos instrumentos de derechos humanos deben respetarse en el Territorio Palestino Ocupado, incluido Jerusalén Oriental, así como en el Golán sirio ocupado, (...)

Expresando su preocupación ante la explotación por Israel, la Potencia ocupante, de los recursos naturales del Territorio Palestino Ocupado, incluida Jerusalén Oriental, y de otros territorios árabes ocupados por Israel desde 1967,

Expresando su profunda preocupación por la destrucción en gran escala de tierras agrícolas y huertos que Israel, la Potencia ocupante, ha perpetrado en el Territorio Palestino Ocupado, en particular arrancando un gran número de árboles frutales y destruyendo granjas e invernaderos, y por el grave impacto ambiental y económico de esos actos, (...)

Deplorando el perjuicio que entrañan los asentamientos israelíes para los recursos naturales palestinos y otros recursos naturales árabes, en particular de resultados de la confiscación de tierras y el desvío forzado de los recursos hídricos, que incluyen la destrucción de huertos y cultivos y la apropiación de pozos de agua por los colonos israelíes, y de las graves consecuencias socio económicas que traen consigo, (...)

Consciente del perjuicio que entraña para los recursos naturales palestinos el muro que construye ilegalmente Israel, la Potencia ocupante, dentro del Territorio Palestino Ocupado, incluso en Jerusalén Oriental y sus alrededores, y de las graves repercusiones que también tiene en las condiciones económicas y sociales del pueblo palestino, (...)

Destacando además la necesidad de que se respeten y preservar la unidad, la contigüidad y la integridad territorial desde todo el territorio palestino ocupado, incluida Jerusalén oriental, (...)

1. ***Reafirman los derechos inalienables del pueblo palestino y de la población del Golán sirio ocupado sobre sus recursos naturales, incluidos la tierra, el agua y los recursos energéticos;***
2. ***Exige a Israel, la potencia ocupante, que dejen explotar, dañar, destruir, agostar y poner en peligro los recursos naturales del Territorio Palestino Ocupado, incluida Jerusalén oriental, y del Golán sirio ocupado; (...)***
4. ***Destaca que el muro y los asentamientos que Israel está construyendo en el Territorio Palestino Ocupado, incluso en Jerusalén Oriental y sus alrededores, contravienen el derecho internacional y privan seriamente al pueblo palestino de sus recursos naturales, y pide a ese respecto que se respeten todas las obligaciones jurídicas afirmadas en la opinión consultiva emitida el 9 de julio de 2004 por la Corte Internacional de Justicia y en las resoluciones pertinentes de las Naciones Unidas, incluida la resolución ES-10/15 de la Asamblea General;***
5. ***Exhorta a Israel, la potencia ocupante, a que cumpla estrictamente las obligaciones que le impone el derecho internacional, en particular el derecho internacional humanitario, y a que ponga fin de inmediato y por completo a todas las políticas y medidas dirigidas a alterar el carácter y el estatuto del Territorio Palestino Ocupado, incluida Jerusalén Oriental; (...)***
10. ***Alienta a todos los Estados y a las organizaciones internacionales a que sigan promoviendo activamente políticas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones que les incumben en virtud del derecho internacional en relación con todas las prácticas y medidas israelíes ilegales en el Territorio Palestino Ocupado, incluida Jerusalén Oriental, en particular las actividades israelíes de asentamiento y la explotación de los recursos naturales; (...)***

(el énfasis es nuestro)

b) Resolución 70/89: Los asentamientos israelíes en el Territorio Palestino Ocupado, incluida Jerusalén Oriental, y en el Golán sirio ocupado.

Aprobada por la Asamblea General el 9 de diciembre de 2015, con el voto a favor de Chile:

“(…) Reafirmando el Convenio de Ginebra relativo a la Protección Debida las Personas Civiles en Tiempo de Guerra, del 12 de agosto de 1949, es aplicable al Territorio Palestino Ocupado, incluida Jerusalén Oriental, y el Golán sirio ocupado,

Afirmando que el traslado por la Potencia ocupante de parte de su propia población civil al territorio que ocupa constituye un incumplimiento del Cuarto Convenio de Ginebra y de las disposiciones pertinentes del derecho consuetudinario, incluso las codificadas en el Protocolo Adicional I de los cuatro Convenios de Ginebra,

Recordando la opinión consultiva emitida el 9 de julio de 2004 por julio la Corte Internacional de Justicia sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el Territorio Palestino Ocupado, y recordando también sus resoluciones ES-10/15, del 20 de julio de 2004, y ES-10/17, de 15 de diciembre de 2006,

Observando de la Corte Internacional de Justicia concluyó que “los asentamientos israelíes en el Territorio Palestino Ocupado (incluida Jerusalén Oriental) se han establecido en contravención del derecho internacional”, (…)

Consciente de que las actividades de asentamientos realizados por Israel entrañan, entre otras cosas, el traslado de nacionales de la Potencia ocupante a los territorios ocupados, la confiscación de tierras, el traslado forzado de civiles palestinos, incluidas familias beduinas, la explotación de recursos naturales, la fragmentación del Territorio y otras medidas contra la población civil Palestina y la población civil en el Golán sirio ocupado que son contrarias al derecho internacional,(…)

Expresando grave preocupación porque Israel, la Potencia ocupante, prosigue sus actividades asentamiento en el Territorio Palestino Ocupado, incluida Jerusalén Oriental, y condenando esas actividades por ser violaciones del derecho internacional humanitario, las resoluciones pertinentes de las Naciones Unidas, los acuerdos a que

han llegado las partes y las obligaciones que incumben en virtud de la hoja de ruta del Cuarteto, y por ser contrarias a los llamamientos de la comunidad internacional para que ponga fin a todas las actividades de asentamiento,

Deplorando las actividades de asentamientos del Territorio Palestino Ocupado incluida Jerusalén Oriental y en el Golán sirio ocupado, y cualquier actividad que entrañe la confiscación de tierras, perturbe los medios de subsistencia de las personas protegidas, conlleve el traslado forzado de civiles y supongan anexión de facto de tierras,

Deplorando en particular la construcción y ampliación por Israel de asentamientos en la Jerusalén Oriental ocupada y sus alrededores, incluido el llamado plan E-1 en caminado a interconectar sus asentamientos ilegales y aislar aún más la Jerusalén Oriental ocupada, la constante demolición de viviendas palestinas y el desalojo de familias palestinas de la ciudad, la revocación de los derechos de residencia de los palestinos en la ciudad y la continuación de las actividades de asentamiento en el Valle de Jordán,

Deplorando que Israel siga construyendo ilícitamente un muro en el Territorio Palestino Ocupado, incluida Jerusalén Oriental y sus alrededores, y expresando en particular su preocupación por el hecho de que el trazado del muro se aparta de la Línea de Armisticio de 1949, lo cual está causando grandes penurias humanitarias y un serio deterioro de las condiciones socioeconómicas del pueblo palestino, está fragmentando la contigüidad del Territorio y socavando su viabilidad, (...)

Profundamente preocupada porque el trazado del muro se ha diseñado de tal manera que incluye la gran mayoría de los asentamientos israelíes en el Territorio Palestino Ocupado, incluida Jerusalén Oriental,

Condenando los actos de violencia y terror Contra civiles cometidos por ambas partes, y recordando la necesidad de poner fin a todos los actos de violencia, incluidos los actos de terror, provocación, incitación y destrucción,

Condenando también todos los actos de violencia, destrucción, acoso, provocación e incitación cometidos por colonos israelíes en el Territorio Palestino Ocupado, incluida Jerusalén Oriental, contra civiles palestinos, incluidos niños, y sus bienes, incluidos sus lugares históricos y religiosos, y tierras de cultivo, así como los actos de terror llevados a cabo por colonos israelíes extremistas, y pidiendo que se rindan cuentas por los actos ilegales cometidos al respecto,

- 1. Reafirma que los asentamientos israelíes en el Territorio Palestino Ocupado, incluida Jerusalén Oriental, y en el Golán sirio ocupado son ilegales y constituyen un obstáculo para la paz y el desarrollo económico y social;***
- 2. Exhorta a Israel a que acepte la aplicabilidad de iure del convenio de Ginebra Relativo a la Protección Debida a las Personas Civiles en Tiempo de Guerra, de 12 de agosto de 1949, en el Territorio Palestino Ocupado, incluida Jerusalén Oriental en el Golán sirio ocupado, y a que cumple escrupulosamente las disposiciones del convenio, en particular las del artículo 49, y a que cumpla todas las obligaciones que le imponen derecho internacional y ponga fin de inmediato a todas las acciones que están ocasionando la alteración del carácter, el estatuto y la composición demográfica del Territorio Palestino Ocupado, incluida Jerusalén Oriental, y del Golán sirio ocupado;*
- 3. Reitera su exigencia de que Israel ponga fin de manera inmediata y completa a todas sus actividades de asentamiento en todo el Territorio Palestino Ocupado, incluida Jerusalén Oriental, y en el Golán sirio ocupado, e insta a este respecto a que se apliquen cabalmente todas las resoluciones pertinentes del Consejo de Seguridad, incluidas, entre otras, las resoluciones 446(1979), 452(1979), del 20 de julio de 1979, 465 (1980), y 1515(2003), del 19 de noviembre de 2003; (...)***
- 5. Exige Israel, la Potencia ocupante, que cumpla las obligaciones jurídicas que le incumben, tal como se indica la opinión consultiva emitida el 9 de julio de 2004 por la Corte Internacional de Justicia.*

6. *Reitera su petición de que se impida que los colonos israelíes cometan actos de violencia, destrucción, acoso y provocación, sobre todo contra los civiles palestinos y sus bienes, incluidos sus lugares históricos y religiosos, en particular en Jerusalén Oriental Ocupada, y tierras de cultivo; (...)*
9. ***Alienta a todos los Estados y organizaciones internacionales a seguir aplicando activamente políticas aseguren el respeto de sus obligaciones en virtud del derecho internacional en relación con todas las prácticas y medidas ilegales israelíes en el Territorio Palestino Ocupado, incluida Jerusalén oriental, en particular las actividades de asentamientos realizada por Israel:***
10. *Recuerda, en este sentido, la declaración de 15 de julio de 1999 y las declaraciones adoptadas el 5 de diciembre de 2001 y el 17 de diciembre de 2014 por la Conferencia de las Altas Partes Contratantes del Cuarto Convenio de Ginebra sobre las medidas para aplicar el Convenio en el Territorio Palestino Ocupado, incluida Jerusalén Oriental, y acoge con beneplácito a este respecto las iniciativas, tanto individuales como colectivas, de los Estados partes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 del Convenio, orientadas a garantizar el respeto del Convenio; (...)*”.

(el énfasis es nuestro)

En este sentido mismo sentido, destaca lo señalado por el Relator de Naciones Unidas para los Territorios Palestinos Ocupados, Michael Lynk, quien afirmó el 21 de noviembre de 2016 que ***“la aprobación de un proyecto de ley que se evalúa en el parlamento de Israel y que permitiría la confiscación de tierras palestinas privadas constituiría un duro golpe a las promesas de una paz duradera”***, señalando su preocupación por la propuesta que **busca legalizar 100 colonias ilegales** en la Cisjordania ocupada, que ya ha sido **aprobada en una primera lectura por el Parlamento**, el 16 de noviembre recién pasado. ***“Estos asentamientos socavan el derecho de los Palestinos a la autodeterminación; violan sus derechos a la propiedad, libertad de movimientos y de desarrollo; y las sigue confinando en***

porciones cada vez más pequeñas y no contiguas en su propio territorio", indicó, recordando además que una potencia ocupante no puede transferir su población civil al territorio ocupado y que esta medida viola la Cuarta Convención de Ginebra, así como múltiples resoluciones de la Asamblea General de la ONU y del Consejo de Seguridad.¹⁷¹

Lo anterior no sólo refleja la pública condena que se realiza a las conductas ya descritas sino que demuestra algo que resulta fundamental para el caso que se presenta en la presente querella: Israel, a pesar de lo dispuesto en Convenios de los que es parte, como el IV Convenio de Ginebra, a pesar de lo señalado repetidamente por la ONU en sus resoluciones de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad y por gran parte de la comunidad internacional respetuosa del derecho internacional, insiste no sólo en mantener sus asentamientos y aumentarlos, sino que busca "dar una apariencia de legalidad" esta vez a través del Parlamento. En el caso de autos, la función para dar esta "apariencia" la realizan tres jueces de la Corte Suprema de Israel al intentar normalizar jurídicamente una situación que se ajusta a los tipos penales de crímenes de guerra y de lesa humanidad, y que no puede si no ser conocida por ellos.

Ahora bien, siguiendo el análisis de la sentencia comentada y en lo referido a la jurisdicción universal en el derecho chileno, la Excma. Corte señala,

Octavo: *Que, en Chile, la referida jurisdicción universal se recoge en el inciso 2 del citado artículo 5° de nuestra Constitución: "El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes".*

De este modo, es la propia carta magna nacional la que "reconoce que los derechos humanos constituyen un límite a la soberanía del Estado, una de cuyas manifestaciones es la propia Constitución. En consecuencia, los derechos humanos se

¹⁷¹ Experto de la ONU condena proyecto de ley para legalizar colonias en Cisjordania. Centro de Noticias de la ONU.
<http://www.un.org/spanish/News/story.asp?NewsID=36278#.WDjwu6LhCRs>

encontrarían por sobre la Constitución adquiriendo un rango supraconstitucional, y ocuparían la cúspide de la pirámide normativa en el sistema chileno. Del mismo modo y aun con mayor razón, las normas del jus cogens –un grupo especial de normas de Derecho Internacional, con jerarquía superior, inderogables e imperativas-, se encontrarían por sobre la Constitución en la jerarquía normativa.” (Gonzalo Aguilar Carvallo, El Principio de Jurisdicción Universal: una propuesta de aplicación en Chile, Revista de Estudios Constitucionales, Año 4, N°1, Universidad de Talca, Santiago, 2006).

En el considerando **Noveno**, parte final, referido a la Competencia Nacional dispone:

*“(…) Por último, no se puede dejar de consignar que **si, por una parte, la jurisdicción universal tiene reconocimiento en el Derecho Chileno** según se ha venido señalando, **su corolario secuencial es que dicho derecho –si no se quiere concebírsele abstracto- tenga también una acogida procesal en el ordenamiento nacional, que le otorgue eficacia y concreción.** Dicha manifestación es, en cuanto a la garantía principal involucrada, el recurso de protección de los derechos esenciales reconocidos en nuestra Constitución.”*

c) CARACTERÍSTICAS DE LA INVESTIGACIÓN QUE SE PRETENDE

Para contextualizar el caso, es imprescindible conocer la situación actual de ocupación que vive el Estado de Palestina y cómo la misma afecta, de forma diaria, la vida de todos sus ciudadanos. En el caso que nos preocupa, dicha ocupación se ha materializado por vía de unas resoluciones judiciales que han servido de andamiaje legal, cobertura y aval, a la construcción de un Muro ilegal que se adentra en territorio palestino para cercenar la forma de vida, las propiedades y la actividad diaria, cultural, económica, educacional y religiosa de la comunidad de Cremisán y la zona de Beit Jala.

Como hemos expuesto, sin la participación activa de los querellados - quienes omitiendo sus conocimientos y manipulándolos en función de una política estatal - han autorizado la apropiación de tierras y bienes pertenecientes a un conjunto amplio de

afectados, incluida la propia Iglesia y Monasterio de Cremisán con el único fin de construir una autopista que facilite las comunicaciones entre dos asentamientos ilegales en territorio del Estado Palestino Ocupado.

El facilitar las comunicaciones, y hacer más cómoda la vida de los colonos ilegales es parte de un plan sistemático ideado por las autoridades israelíes para impedir una solución pacífica del conflicto basada en la idea de dos estados independientes.

Esta acción, avalada y revestida de legalidad por parte de los querellados, no es más que una parte de un plan mayor consistente en separar, de forma definitiva, el norte del sur de Cisjordania para, de esa forma, impedir que el día de mañana se pueda llegar a un acuerdo de convivencia sustentado en la coexistencia pacífica en el marco de dos estados distintos: el israelí y el palestino.

Ahora bien, aquí y mediante la presente querella no se pretende buscar una solución a un conflicto que dura por generaciones sino, simplemente, acceder a una investigación penal seria, rigurosa y que consiga la adecuada exigencia de responsabilidades penales a los autores de unos hechos que, indiciariamente, son constitutivos de crímenes de guerra y lesa humanidad.

d) SOBRE LAS CONSECUENCIAS DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE JURISDICCIÓN UNIVERSAL

Tal cual indicábamos *ut supra*, la obligación de perseguir estos delitos por parte de la Jurisdicción Chilena nace de los convenios internacionales suscritos y ratificados por Chile, como así lo a señalado la Corte Suprema, y no es admisible - conforme a los mismos - razonar que la obligación de perseguirlos correspondería al propio Estado que los cometió (Israel) o que Chile podría tener una suerte de jurisdicción subsidiaria.

Muy por el contrario, Chile tiene una obligación directa y primaria de persecución de estos graves delitos y que, en el peor de los casos, sería concurrente con la de Israel, si dicho Estado estuviese siquiera interesado en la persecución de dichos crímenes, que no lo está.

Ahora bien, en el presente caso es evidente que en Israel estos hechos no se van a investigar y ello por dos razones fundamentales:

1. Porque ni ahora ni nunca ha existido voluntad alguna por investigar este tipo de delitos por parte del Estado de Israel, y
2. Porque quienes estarían llamados a investigarlo son, justamente, los aquí querellados.

La conclusión de la obligación de persecución es el principio de competencia universal y la concurrencia de jurisdicciones. Todas ellas son iguales porque se trata de proteger bienes que trascienden de las propias víctimas a la comunidad internacional. Así lo afirmó la Sentencia del Tribunal Constitucional Español 87/2000, ***“su lógica consecuencia es la concurrencia de competencias o, dicho de otro modo, la concurrencia de Estados competentes”***, este criterio no ha sido desmentido ni cuestionado por ningún Tribunal supranacional y es, por ejemplo, el que continúa mantenido el mismo alto Tribunal español así como el resto de Jurisdicciones que tienen introducido en su acervo legislativo el principio de Jurisdicción Universal, como ocurre en el caso de Chile.

Si tenemos en consideración lo anterior, es claro que la subsidiariedad no puede actuar como un límite -porque sería contradictorio con el principio universal- sino como un elemento regulador en supuestos de concurrencia de jurisdicciones. No hay subordinación o primacía posible.

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

primero obligado (valgan como referencia los supuestos del artículo 17, numerales 2º y 3º del Estatuto de la Corte Penal Internacional).

El deber de perseguir en el derecho internacional no tiene, por tanto, que ver con el territorio. El *locus delicti* es un criterio de atracción de la competencia, pero no es determinante ni único. Así ocurre especialmente en este caso; los hechos se producen en Cremisán (Beit Jala) donde la Autoridad Palestina tiene competencia administrativa e incluso propia sobre el territorio, pero no así sobre ninguna persona de nacionalidad israelí, como sería el caso de los aquí querellados.

Es más, con frecuencia y debido a la posición del autor en el aparato del Estado, como ocurre en el presente caso donde se trata de tres jueces de la Corte Suprema de Israel, la jurisdicción territorial no investiga ni enjuicia a los perpetradores de los grandes crímenes contra la humanidad (como ocurre en este caso y en todos aquellos que involucran al Estado de Israel). Es por ello que el derecho internacional ha posibilitado –en el supuesto de crímenes de guerra o de lesa humanidad, con carácter obligatorio– la intervención de otras jurisdicciones nacionales, para evitar la impunidad.

Tampoco será posible el plantearse que una investigación de las características de las que surgirán al admitirse esta querella podría conllevar una injerencia en los asuntos de otro Estado y ello, porque sobre la **base del principio de competencia universal no es una injerencia en los asuntos internos del Estado de Israel ni en su soberanía.**

Los crímenes internacionales, más los considerados graves violaciones a los derechos humanos, no son un asunto interno de los Estados y respecto a ellos no tiene vigencia el principio de no injerencia.

El orden jurídico internacional obliga a los Estados al respeto de la legalidad y para evitar la impunidad y los vacíos de jurisdicción compromete a las jurisdicciones nacionales a perseguir los crímenes aberrantes de derecho internacional, singularmente los crímenes de guerra.

El único límite legal es la cosa juzgada, y sus perfiles no son diáfanos (por ejemplo, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos permite el doble

enjuiciamiento en diversos Estados con ciertas cautelas y con respeto al principio de proporcionalidad); en el presente caso no se daría ese doble enjuiciamiento porque Israel nunca ha investigado los hechos objeto de la presente querella.

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

Dicho lo anterior, podemos estar de acuerdo en que existen razones de peso, tanto procesales como político-criminales, que vienen a avalar la prioridad del *locus delicti*, que forma parte del acervo clásico del Derecho internacional penal.

El criterio de prioridad solo expresa la relación especialmente intensa del Estado de Israel con el hecho, lo que *prima facie* establecería, más que un derecho, una obligación a su cargo de investigar de forma eficaz y, también, de perseguir penalmente a los autores si a ello hubiera lugar. Sin embargo, la posición institucional de Israel de cuestionamiento de los estándares internacionales de derechos humanos y de derecho internacional humanitario en su particular estrategia de lucha contra lo que ellos denominan terrorismo, pone en crisis esta prioridad.

Es Israel quien unilateralmente, al margen del consenso internacional, pretende establecer normas diferentes al servicio de sus propios intereses, alegando que las clásicas resultan inaplicables a las nuevas situaciones. La respuesta a tal actitud, conforme al derecho internacional, es afirmar la necesidad de la intervención complementaria de otras jurisdicciones nacionales para evitar la impunidad.

e) SOBRE LA NECESIDAD DE UNA INVESTIGACIÓN EFECTIVA

Por si alguna duda existiese en relación a la inexistencia de investigación alguna por parte de Israel, es conveniente incidir en que no se ha realizado ningún tipo de investigación y, como se ha expuesto detalladamente, los hechos objeto de querella se corresponden con actuaciones judiciales que pueden ser descritas como "*la participación consciente de crueldad e injusticia, en violación de las leyes de la*

humanidad, canalizado mediante la utilización de un sistema organizado por el gobierno nacional, y perpetrada en nombre de la ley, a través de la instrumentalización de los tribunales"¹⁷²

Debe, por tanto, descartarse la posible existencia de cosa juzgada o de litispendencia según los estándares internacionales. En el caso que nos ocupa ni ha habido ni habrá investigación alguna en Israel, por las razones antes expuestas.

En todo caso, y por si alguna duda pudiese caber, al efecto debemos acudir a la ya muy abundante jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Porque las actuaciones judiciales y administrativas que desarrolló Israel, en este tipo de casos, están lejos de cumplir con los criterios de efectividad en la investigación que establece la jurisprudencia del TEDH.

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

Fue en las sentencias *Hugh Jordan, Kelly y otros, Shanaghan y Mckerr contra el Reino Unido*, las cuatro de 04.05.2001, que el TEDH examinó situaciones de posibles ejecuciones extrajudiciales - por lo que es de aplicación en el presente caso - y concluyó que, no obstante la apertura de procesos de investigación penal (en Israel ni tan siquiera se han abierto procedimientos penales por estos hechos), éstos no habían satisfecho los requisitos de calidad suficiente, por razones de la inactividad o de la duración excesiva de la investigación, por lo que consideró que se había violado el artículo 2 del Convenio.

En el asunto *Finucane contra Reino Unido*, 1.7.2003, referido al asesinato de un conocido abogado norirlandés por un grupo paramilitar "lealista", el Tribunal estableció unos principios generales sobre lo que debía considerarse una investigación

¹⁷² Op. cit

eficaz a los fines de cumplimentar la obligada protección de la vida humana por parte de los Estados. Así vino a establecer:

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

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

Estos principios configuran los estándares básicos que utiliza el Tribunal Europeo para definir el concepto de investigación eficaz. En el asunto *Fatma Kaçar contra Turquía*, de 15 de julio de 2005, declaró la violación del art. 2 del Convenio por investigación insuficiente aunque existía un procedimiento penal - cosa que no se da ni se dará en el caso que nos ocupa - pendiente ante los tribunales internos contra el imputado, atendiendo para ello a las irregularidades detectadas en la tramitación del proceso, ya por falta de persecución efectiva al no haberse atendido a determinadas líneas de investigación, por la existencia de periodos de inactividad y dilaciones no justificadas, por ausencia de información a las víctimas, por incongruencias en la valoración de los indicios o por no dirigir el procedimiento más que sobre determinadas personas.

Los casos *Isayeva (I y II) contra Rusia*, de 24 de febrero de 2005, son particularmente relevantes, ya que el Tribunal reafirmó esos principios al analizar conductas realizadas en un contexto de guerra. El primero trataba de **bombarddeos del ejército ruso sobre Katyr-Yurt en territorio de Chechenia que habían causado víctimas civiles y se examinaba la validez y eficacia de la investigación realizada, inicialmente de carácter militar, que fue posteriormente judicializada (insistimos: en Israel no ha existido ninguna investigación judicial respecto de estos hechos). El Tribunal concluyó que no había existido una investigación eficaz**, atendiendo para ello a las carencias de la investigación, entre ellas señalaba la falta de diligencia que apreció con base en el tiempo transcurrido, su clausura a partir del informe de los expertos militares, que afirmaba la legalidad y la proporcionalidad de la operación militar en contradicción con los evidencias existentes, y la imposibilidad por parte de las víctimas de contestar los resultados de este informe.

En *Scavuzzo-Hager y otros contra Suiza*, de 7 de febrero 2006, el Tribunal añadió que los procedimientos civiles *“están abiertos a la iniciativa de los demandantes, y no de las autoridades competentes, además de no implicar la identificación o el castigo de los autores de los hechos punibles. Como tales, no pueden tenerse en consideración en el marco de un examen que se ocupa de dilucidar el respeto de las obligaciones de procedimiento del Estado con relación al artículo 2 del Convenio”*.

La doctrina constitucional española - que traemos a colación porque es un hecho público y notorio el que en dicho país ya han abordado con anterioridad la aplicación del principio de Jurisdicción Universal - ofrece pautas similares para analizar la suficiencia de una investigación penal, a partir de una constatación: en algunos casos el derecho a la tutela judicial efectiva se configura como única (y última) garantía frente a las arbitrariedades del poder.

Cuando la actividad de los tribunales es la salvaguarda de la vida o integridad de las personas, como **ocurre en supuestos en los que los sospechosos son agentes del Estado** por delitos de torturas, tratos inhumanos o degradantes o crímenes de guerra o lesa humanidad, *“se trata de una tutela judicial doblemente reforzada que no encuentra parangón en otras demandas de auxilio judicial, pues se pide la tutela frente a la vulneración de un derecho fundamental que constituye un derecho absoluto cuya indemnidad depende esencialmente de dicha tutela”* (Sentencia Tribunal Constitucional de España 107/2008, por todas). En tales casos el derecho a la tutela efectiva solo se satisface si se desarrolla una investigación suficiente y efectiva, pues la tutela que se solicita consiste inicialmente en que se indague sobre lo sucedido.

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 toda vez que los poderes públicos pueden vulnerar indirectamente los derechos fundamentales cuando reconocen, homologan o dan validez a resoluciones adoptadas por autoridades extranjeras toda vez que el control por el poder judicial chileno sobre la conformidad a los derechos fundamentales de la actuación de un poder público extranjero no desaparece por haberse realizado ya en el extranjero; hay un núcleo absoluto de los derechos fundamentales conforme al cual los tribunales

chilenos pueden y deben valorar la repercusión de los actos de los poderes públicos de los Estados extranjeros.

En cualquier caso, nada de esto se da respecto de los hechos de esta querrela por las razones que hemos expuesto *ut supra*.

RESPONSABILIDAD PENAL

Las resoluciones dictadas por los querellados, perfectos conocedores del Derecho internacional y del israelí, así como de su necesidad de encuadre en un ámbito más amplio como son las normas internacionales, y con el pleno conocimiento que tienen de la situación de ocupación que Israel mantiene sobre los territorios del Estado Palestino Ocupado conllevan a inferir que ha existido una clara voluntad criminal por parte de los tres inicialmente querellados.

Son ellos y no otros los que han cometido estos delitos que se perfeccionaron cuando "[ellos] ***los jueces administran leyes que formaban parte de la política discriminatoria y del exterminio (...), y cuya participación resultara esencial para llevar a cabo una aplicación arbitraria y brutal de las leyes opresivas violentando la conciencia de la humanidad***"¹⁷³

Sin la actuación consciente de los querellados nada de lo sucedido habría sido posible; fueron ellos y no otros los que dieron el aval judicial para que otros materializasen lo que ellos bautizaron como legal siendo criminal.

Existen pruebas de la responsabilidad de las siguientes personas:

1.- Asher Gronis,

¹⁷³ Op. Cit.

Integró la Sala de la Corte Suprema de Israel que, en funciones de cámara de apelación, dictó las siguientes resoluciones:

- *La Corte Suprema aceptó las objeciones de la Fiscalía de Israel - no apoyadas en ningún tipo de dato objetivo u informe independiente - a la propuesta de la PSA sobre la base de que el trazado no reuniría los requisitos de seguridad que originaron la construcción del Muro de separación (prevenir ataques terroristas), ataques que nunca se han producido en dicha zona como cualquiera puede contrastar en fuentes abiertas.*
- *El 21 de Julio de 2013 la Corte Suprema rechazó los argumentos esgrimidos por los propietarios y el municipio de Beit Jala aunque aceptó los expuestos por la comunidad religiosa. Por ello, emitió una orden de suspensión cautelar de los trabajos de construcción del Muro en la zona hasta que se pronunciara de manera definitiva el tribunal.*
- *El 3 de Febrero de 2014 la Corte Suprema dictó una orden provisional y condicionada (denominada "order nisi") pidiendo al Ministerio de Defensa que presentara sus argumentos en contra del diseño de un trazado alternativo al aprobado.*
- *El 4 de Agosto de 2014 la Corte Suprema concluyó que tanto el Monasterio como el Convento debían de permanecer en la parte Palestina del Muro y por lo tanto era necesario modificar el trazado del Muro.*
- *El 7 de Agosto de 2014 el Tribunal pidió al Ministerio de Defensa que considerara varias opciones que permitían al Monasterio y el Convento permanecer en el lado palestino del Muro.*
- *El 4 de Septiembre de 2014 el Ministerio de Defensa presentó dos trazados alternativos (conocidos como la "sleeve and envelope alternatives" - "manguito y sobre"). El primero, dejaba al Monasterio del*

lado anexionado por Israel y al Convento del lado palestino pero estableciendo un paso en el Muro para conectar ambos edificios religiosos.

- El 30 de Noviembre de 2014 la Corte Suprema celebró una audiencia para escuchar la opinión de los demandantes a cerca de estos dos trazados alternativos y **obligarles a decidir entre uno de ellos**. Tanto el municipio de Beit Jala y los propietarios de las tierras de cultivo, como el Monasterio y el Convento rechazaron rotundamente ambas propuestas por no ajustarse a la legalidad internacional. Es decir la Corte Suprema en ningún momento barajó la posibilidad de que la construcción de esta parte del Muro fuese completamente ilegal y obligó a los afectados a decantarse por una u otra solución, ambas ilegales y contrarias a los Convenios de Ginebra, al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y del tratado suscrito entre Israel y el Vaticano.*
- El 8 de Enero de 2015 se elevó una petición a la Corte Suprema para aportar nuevas pruebas sobre el caso: una entrevista emitida en televisión, el alcalde de Gush Eztion y director del colegio de la misma localidad mostraban un cambio en su postura sobre el trazado aprobado sobre el Muro, con el que ya no estaban de acuerdo. El tribunal rechazó la prueba.*
- El 2 de Abril de 2015 la Corte Suprema emitió su fallo definitivo sobre este asunto (HCJ 5163/13). **El Tribunal** se decantaba por mantener el Convento y el Monasterio del lado palestino del Muro permitiéndoles el acceso a través del Muro a sus tierras de cultivo (viñedos y olivares) a la vez que urgía al Ministerio de Defensa reconsiderar el trazado para la sección del Muro objeto de recurso. El tribunal expresó con claridad que los edificios religiosos no podían ser separados entre sí ni de sus comunidades y que se debía asegurar el libre acceso a las tierras de cultivo de la zona (párrafo 23) sin pronunciarse sobre la ilegalidad que en su conjunto representa la construcción del Muro.*

- *El 29 de Abril de 2015 el Ministerio de Defensa hizo públicos sus planes para la construcción de esta sección del Muro y puntualizó que hasta que el proceso de examen de trazados alternativos en los alrededores del complejo religioso finalizara se dejaría un espacio de 225 metros sin construir, equivalente al camino que conecta los distintos edificios religiosos.*
- *El municipio de Beit Jala y los propietarios de las tierras de cultivo interpusieron un recurso de urgencia a la Corte Suprema solicitando el cumplimiento de la resolución dictada el 2 de Abril así como que se interpusiera una medida cautelar que prohibiera la continuación de los trabajos de construcción de la sección del Muro objeto de recurso.*
- *El 21 de Junio de 2015, en respuesta a los argumentos del municipio y los propietarios el fiscal sostuvo que “el acceso a la tierra permanecerá libre y tal como se encuentra en la actualidad”¹⁷⁴ cosa que dista mucho de ampararse en la legalidad internacional que, en definitiva, es la violada por la resolución de la Corte Suprema de Israel.*
- *El 6 de Julio de 2015 la Corte Suprema denegó el recurso sobre la base de que el trazado y los trabajos de construcción planificados no vulneraban la decisión del Tribunal, pero sí la legalidad internacional algo sobre lo que el Tribunal ni tan siquiera se ha pronunciado*

2.- Uzi Vogelmann

Integró la Sala de la Corte Suprema de Israel que, en funciones de cámara de apelación, dictó las siguientes resoluciones:

- *La Corte Suprema aceptó las objeciones de la Fiscalía de Israel - no apoyadas en ningún tipo de dato objetivo u informe independiente - a la propuesta de la PSA sobre la base de que el trazado no reuniría los requisitos de seguridad que originaron la construcción del Muro de*

¹⁷⁴ Traducción libre: “their access to the land will remain free and as it is today”

separación (prevenir ataques terroristas), ataques que nunca se han producido en dicha zona como cualquiera puede contrastar en fuentes abiertas.

- *El 21 de Julio de 2013 la Corte Suprema rechazó los argumentos esgrimidos por los propietarios y el municipio de Beit Jala aunque aceptó los expuestos por la comunidad religiosa. Por ello, emitió una orden de suspensión cautelar de los trabajos de construcción del Muro en la zona hasta que se pronunciara de manera definitiva el tribunal.*
- *El 3 de Febrero de 2014 la Corte Suprema dictó una orden provisional y condicionada (denominada "order nisi") pidiendo al Ministerio de Defensa que presentara sus argumentos en contra del diseño de un trazado alternativo al aprobado.*
- *El 4 de Agosto de 2014 la Corte Suprema concluyó que tanto el Monasterio como el Convento debían de permanecer en la parte Palestina del Muro y por lo tanto era necesario modificar el trazado del Muro.*
- *El 7 de Agosto de 2014 el Tribunal pidió al Ministerio de Defensa que considerara varias opciones que permitían al Monasterio y el Convento permanecer en el lado palestino del Muro.*
- *El 4 de Septiembre de 2014 el Ministerio de Defensa presentó dos trazados alternativos (conocidos como la "sleeve and envelope alternatives" - "manguito y sobre"). El primero, dejaba al Monasterio del lado anexionado por Israel y al Convento del lado palestino pero estableciendo un paso en el Muro para conectar ambos edificios religiosos.*
- *El 30 de Noviembre de 2014 la Corte Suprema celebró una audiencia para escuchar la opinión de los demandantes a cerca de estos dos trazados alternativos y **obligarles a decidir entre uno de ellos**. Tanto el*

municipio de Beit Jala y los propietarios de las tierras de cultivo, como el Monasterio y el Convento rechazaron rotundamente ambas propuestas por no ajustarse a la legalidad internacional. Es decir la Corte Suprema en ningún momento barajó la posibilidad de que la construcción de esta parte del Muro fuese completamente ilegal y obligó a los afectados a decantarse por una u otra solución, ambas ilegales y contrarias a los Convenios de Ginebra, al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y del tratado suscrito entre Israel y el Vaticano.

- El 8 de Enero de 2015 se elevó una petición a la Corte Suprema para aportar nuevas pruebas sobre el caso: una entrevista emitida en televisión, el alcalde de Gush Ezion y director del colegio de la misma localidad mostraban un cambio en su postura sobre el trazado aprobado sobre el Muro, con el que ya no estaban de acuerdo. El tribunal rechazó la prueba.*
- El 2 de Abril de 2015 la Corte Suprema emitió su fallo definitivo sobre este asunto (HCJ 5163/13). **El Tribunal** se decantaba por mantener el Convento y el Monasterio del lado palestino del Muro permitiéndoles el acceso a través del Muro a sus tierras de cultivo (viñedos y olivares) a la vez que urgía al Ministerio de Defensa reconsiderar el trazado para la sección del Muro objeto de recurso. El tribunal expresó con claridad que los edificios religiosos no podían ser separados entre sí ni de sus comunidades y que se debía asegurar el libre acceso a las tierras de cultivo de la zona (párrafo 23) sin pronunciarse sobre la ilegalidad que en su conjunto representa la construcción del Muro.*
- El 29 de Abril de 2015 el Ministerio de Defensa hizo públicos sus planes para la construcción de esta sección del Muro y puntualizó que hasta que el proceso de examen de trazados alternativos en los alrededores del complejo religioso finalizara se dejaría un espacio de 225 metros sin construir, equivalente al camino que conecta los distintos edificios religiosos.*

- *El municipio de Beit Jala y los propietarios de las tierras de cultivo interpusieron un recurso de urgencia a la Corte Suprema solicitando el cumplimiento de la resolución dictada el 2 de Abril así como que se interpusiera una medida cautelar que prohibiera la continuación de los trabajos de construcción de la sección del Muro objeto de recurso.*
- *El 21 de Junio de 2015, en respuesta a los argumentos del municipio y los propietarios el fiscal sostuvo que “el acceso a la tierra permanecerá libre y tal como se encuentra en la actualidad”¹⁷⁵ cosa que dista mucho de ampararse en la legalidad internacional que, en definitiva, es la violada por la resolución de la Corte Suprema de Israel.*
- *El 6 de Julio de 2015 la Corte Suprema denegó el recurso sobre la base de que el trazado y los trabajos de construcción planificados no vulneraban la decisión del Tribunal, pero sí la legalidad internacional algo sobre lo que el Tribunal ni tan siquiera se ha pronunciado*

3.- Neal Hendel

Integró la Sala de la Corte Suprema de Israel que, en funciones de cámara de apelación, dictó las siguientes resoluciones:

- *La Corte Suprema aceptó las objeciones de la Fiscalía de Israel – no apoyadas en ningún tipo de dato objetivo u informe independiente - a la propuesta de la PSA sobre la base de que el trazado no reuniría los requisitos de seguridad que originaron la construcción del Muro de separación (prevenir ataques terroristas), ataques que nunca se han producido en dicha zona como cualquiera puede contrastar en fuentes abiertas.*
- *El 21 de Julio de 2013 la Corte Suprema rechazó los argumentos esgrimidos por los propietarios y el municipio de Beit Jala aunque aceptó los expuestos por la comunidad religiosa. Por ello, emitió una orden de*

¹⁷⁵ Traducción libre: “their access to the land will remain free and as it is today”

suspensión cautelar de los trabajos de construcción del Muro en la zona hasta que se pronunciara de manera definitiva el tribunal.

- *El 3 de Febrero de 2014 la Corte Suprema dictó una orden provisional y condicionada (denominada "order nisi") pidiendo al Ministerio de Defensa que presentara sus argumentos en contra del diseño de un trazado alternativo al aprobado.*
- *El 4 de Agosto de 2014 la Corte Suprema concluyó que tanto el Monasterio como el Convento debían de permanecer en la parte Palestina del Muro y por lo tanto era necesario modificar el trazado del Muro.*
- *El 7 de Agosto de 2014 el Tribunal pidió al Ministerio de Defensa que considerara varias opciones que permitían al Monasterio y el Convento permanecer en el lado palestino del Muro.*
- *El 4 de Septiembre de 2014 el Ministerio de Defensa presentó dos trazados alternativos (conocidos como la "sleeve and envelope alternatives" - "manguito y sobre"). El primero, dejaba al Monasterio del lado anexionado por Israel y al Convento del lado palestino pero estableciendo un paso en el Muro para conectar ambos edificios religiosos.*
- *El 30 de Noviembre de 2014 la Corte Suprema celebró una audiencia para escuchar la opinión de los demandantes a cerca de estos dos trazados alternativos y **obligarles a decidir entre uno de ellos**. Tanto el municipio de Beit Jala y los propietarios de las tierras de cultivo, como el Monasterio y el Convento rechazaron rotundamente ambas propuestas por no ajustarse a la legalidad internacional. Es decir la Corte Suprema en ningún momento barajó la posibilidad de que la construcción de esta parte del Muro fuese completamente ilegal y obligó a los afectados a decantarse por una u otra solución, ambas ilegales y contrarias a los*

Convenios de Ginebra, al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y del tratado suscrito entre Israel y el Vaticano.

- *El 8 de Enero de 2015 se elevó una petición a la Corte Suprema para aportar nuevas pruebas sobre el caso: una entrevista emitida en televisión, el alcalde de Gush Eztion y director del colegio de la misma localidad mostraban un cambio en su postura sobre el trazado aprobado sobre el Muro, con el que ya no estaban de acuerdo. El tribunal rechazó la prueba.*
- *El 2 de Abril de 2015 la Corte Suprema emitió su fallo definitivo sobre este asunto (HCJ 5163/13). **El Tribunal** se decantaba por mantener el Convento y el Monasterio del lado palestino del Muro permitiéndoles el acceso a través del Muro a sus tierras de cultivo (viñedos y olivares) a la vez que urgía al Ministerio de Defensa reconsiderar el trazado para la sección del Muro objeto de recurso. El tribunal expresó con claridad que los edificios religiosos no podían ser separados entre sí ni de sus comunidades y que se debía asegurar el libre acceso a las tierras de cultivo de la zona (párrafo 23) sin pronunciarse sobre la ilegalidad que en su conjunto representa la construcción del Muro.*
- *El 29 de Abril de 2015 el Ministerio de Defensa hizo públicos sus planes para la construcción de esta sección del Muro y puntualizó que hasta que el proceso de examen de trazados alternativos en los alrededores del complejo religioso finalizara se dejaría un espacio de 225 metros sin construir, equivalente al camino que conecta los distintos edificios religiosos.*
- *El municipio de Beit Jala y los propietarios de las tierras de cultivo interpusieron un recurso de urgencia a la Corte Suprema solicitando el cumplimiento de la resolución dictada el 2 de Abril así como que se interpusiera una medida cautelar que prohibiera la continuación de los trabajos de construcción de la sección del Muro objeto de recurso.*

- *El 21 de junio de 2015, en respuesta a los argumentos del municipio y los propietarios el fiscal sostuvo que “el acceso a la tierra permanecerá libre y tal como se encuentra en la actualidad”¹⁷⁶ cosa que dista mucho de ampararse en la legalidad internacional que, en definitiva, es la violada por la resolución de la Corte Suprema de Israel.*
- *El 6 de Julio de 2015 la Corte Suprema denegó el recurso sobre la base de que el trazado y los trabajos de construcción planificados no vulneraban la decisión del Tribunal, pero sí la legalidad internacional algo sobre lo que el Tribunal ni tan siquiera se ha pronunciado*

Sin perjuicio de lo ampliamente descrito a lo largo de la presente querella, cabe señalar brevemente que los hechos perpetrados por los querellados producen en concreto a las víctimas: **a)** severo impedimento de la libertad de movimiento de carácter endémico y generalizado mediante controles fronterizos, el sistema de puertas y *checkpoint* y de permisos de accesos a determinadas áreas; **b)** prohibición de retorno, obstaculizando su derecho a entrar y salir libremente del país. Los residentes en el territorio del Estado Palestino Ocupado requieren de permisos de las autoridades israelíes para poder abandonar el territorio y a aquellos que viajan al extranjero por razones de trabajo o bien personales se les retira el carnet de identidad; **c)** obstrucción del derecho al trabajo con el Muro. Al restringir su libertad de movimiento también se impide poder acceder a sus puestos de trabajo o buscar empleo en otras zonas. **d)** restricción severa de las condiciones de acceso a sus tierras de cultivo, o su completa privación; **e)** limitación del derecho a la educación, en cuanto trabajadores y profesores de los centros educativos se ven afectados por la restricción de movimientos y las instalaciones afectadas por las limitaciones de los permisos de construcción en determinadas zonas, como ya se ha indicado en extenso en esta presentación; **f) los querellados han provocado con su actuar la incautación de tierras, bienes y daños descritos en el cuerpo de esta querella y los impedimentos**

¹⁷⁶ Traducción libre: “their access to the land will remain free and as it is today”

generados a partir de entonces, afectan directamente al desarrollo social, cultural y religioso de una amplia comunidad por razón, exclusivamente, de su origen étnico.

Asimismo, los hechos descritos latamente en el cuerpo de esta querella, a la luz de la Ley 20.357 que tipifica crímenes de lesa humanidad y genocidio y crímenes y delitos de guerra, vienen en constituir un crimen de guerra en conformidad a lo señalado en su Título II “Crímenes y Delitos de Guerra”, en cuanto en su artículo 17 señala que se entenderá por:

“a) Conflicto armado de carácter internacional: los casos de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o más Estados, aunque uno de ellos no haya reconocido el estado de guerra, así como **los casos de ocupación total o parcial del territorio de un Estado por fuerzas extranjeras, aunque tal ocupación no encuentre resistencia militar”.**

Y en la misma disposición, en sus letras d) y e) señala:

“d) Personas protegidas: indica en el punto 3: “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”

“e) Bienes protegidos: los de carácter sanitario, cultural, histórico, civil, religioso, educacional, artístico, científico, de beneficencia y otros referidos en los artículos 19,20,33,35 del Convenio de Ginebra, de 1949”

Señaladas las definiciones del párrafo anterior y en consideración al numeral 2) del mismo Título, esta parte entiende que los querellados han cometido el delito contemplado en el artículo 27 de la citada Ley, que indica:

“Será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, el que destruyere o se apropiare a gran escala de bienes de una persona protegida o bienes protegidos, por causas no justificadas por necesidades del conflicto armado”

Asimismo, en consideración de los hechos reproducidos en extenso en la presente querella, esta parte entiende que los querellados son autores del delito contemplado en el artículo 32 que indica:

“Será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, el que: 1°. Sin derecho, expulsare por la fuerza a una persona protegida del territorio de un Estado al de otro **o la obligare a desplazarse de un lugar a otro dentro del territorio de un mismo Estado**”.

Los querellados con sus decisiones, en particular con lo resuelto el 6 de julio del 2015, han actuado de forma que se configuran los elementos del tipo penal del artículo 32, numeral 1°, no obstante cumplir con la hipótesis prevista en el mismo artículo, numeral 4°:

“Será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, el que: 4°. Por la potencia ocupante, **trasladare directa o indirectamente parte de su población civil al territorio que ocupa o expulsare o trasladare la totalidad o parte de la población del territorio ocupado, dentro o fuera de ese territorio, a menos que así lo exija la seguridad de los civiles de que se trate, por razones militares imperativas (...)**”.

Refrendar lo ya señalado en cuanto, es un hecho público y notorio, que la zona en que acontecen los hechos objeto de la presente querella, no constituye un lugar de ocurrencia de hechos de violencia o de cualquier otra índole que permitan configurar la excepción prevista en la parte final del numeral 4° del artículo 32, es decir, en caso alguno es posible afirmar la existencia de razones militares imperativas que justificaren dicho actuar.

Por el contrario, en consideración de los hechos referidos, los querellados han afectado personas y bienes protegidos, en los términos ya indicados cometiendo

crímenes de guerra, conforme a nuestro ordenamiento jurídico en conformidad a los artículos 27 y 32 de la Ley 20.357.

Adicionalmente, los hechos descritos se enmarcan conforme a las “disposiciones comunes” del Título III, de la Ley 20.357, en particular las siguientes disposiciones:

El artículo 35, atribuye responsabilidad penal a las autoridades que, teniendo conocimiento de los hechos, no lo impidieren pudiendo hacerlo. Este indica:

“Serán sancionados como autores de los delitos previstos en esta ley las autoridades o jefes militares o quien actúen efectivamente como tales, en su caso, que, teniendo conocimiento de su comisión por otro, no la impidieren pudiendo hacerlo.

La autoridad o jefe militar o quien actúe como tal que, no pudiendo impedir el hecho, omitiere dar aviso oportuno a la autoridad competente, será sancionado con la pena correspondiente al autor, rebajada en uno o dos grados”.

Finalmente, las mencionadas “disposiciones comunes” del Título III, señalan la concurrencia de los elementos del tipo penal del artículo 36, por acción u omisión, en cuanto los querellados **ASHER GROSNI, UZI VOGELMAN y NEAL HENDEL**, concurren en calidad autor de los hechos. El Artículo 36 indica:

“La orden de cometer una acción o de incurrir en una omisión constitutiva de delito conforme a esta ley, así como la orden de no impedir las, impartida por una autoridad o jefe militar o el que actúe efectivamente como tal, a un subalterno, lo hace responsable como autor”

Por todo lo ya mencionado, esta parte entiende que concurren los elementos del tipo penal, en la forma indicada precedentemente.

PENA SOLICITADA:

En conformidad a lo preceptuado en los artículos 17, 27, 32 y 35 de la Ley 20.357 que tipifica los crímenes de lesa humanidad y genocidio y crímenes y delitos de guerra, y en

conformidad a los preceptos legales ya señalados, esta parte estima que los querellados son autores de Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad, sancionados por el derecho internacional y la legislación nacional, y como tal, se solicita le sean aplicadas las penas de presidio mayor en cualquiera de sus grados o lo que S.S. estime en derecho corresponda.

POR TANTO, en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 5º de la Constitución Política de la República; en los artículos 6, 167 y demás pertinentes del Código Orgánico de Tribunales; lo establecido en los artículos 111 y siguientes del Código Penal; en los artículos 108, 109 y siguientes del Código Procesal Penal; y lo dispuesto en la Ley 20.357 que tipifica los crímenes de lesa humanidad, el genocidio y los delitos y crímenes de guerra; los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales; el Estatuto de Roma; y las demás normas pertinentes,

RUEGO A S.S., tener por interpuesta la presente querella en contra de **Asher Gronis, Uzi Vogelmann y Neal Hendel** ya individualizados, admitirla a tramitación y **condenarlos como autores de Crímenes de Guerra** y de los demás que puedan surgir en el curso de la investigación.

PRIMER OTROSÍ: Ruego a S.S tener por acompañado los siguientes documentos:

1. Mandato Judicial conferido con fecha 25 de noviembre de 2016 por escritura pública ante Notario Público Titular de la Duodécima Notaría de Santiago, don **PATRICIO HERNAN CATHALIFAUD MOROSO**, anotado bajo el Repertorio nº 6111/2016.
2. Copia simple de reducción a escritura pública de fecha 6 de abril de 2016, de Acta Sesión de Directorio “Federación Palestina de Chile”, otorgada ante el Notario Público Titular de la Primera Notaría de Macul, don **JUAN FACUSE HERESI**, anotada bajo el Repertorio Nº 651/61, en que consta la

personería de la **NADIA GARIB MUSA** para representar a la **FEDERACIÓN PALESTINA DE CHILE**.

3. Copia simple de reducción a escritura pública del Acta de Constitución de la Federación Palestina de Chile, que aprueba sus Estatutos, otorgada ante el Notario Público Titular de la Décimo Novena Notaría de Santiago, don **PEDRO REVECO HORMAZÁBAL**, anotada bajo el Repertorio Nº 19246/2001.

POR TANTO,

RUEGO A US., tener por acompañados los documentos que indica.

SEGUNDO OTROSÍ: Que en virtud del mandato judicial que se acompaña en un otrosí de esta presentación, vengo en asumir el patrocinio y poder de la **FEDERACIÓN PALESTINA DE CHILE** en la presente causa.

POR TANTO,

RUEGO A US., tener por asumido patrocinio y poder.

TERCER OTROSI: Vengo en solicitar a SS., que en conformidad a lo señalado en la Ley 18.120 de comparecencia en juicio, se tenga por delegado poder a la habilitada en derecho, **REBECA QUAGLIOTTI AVARIA**, cédula nacional de identidad número 17.119.546-2, de mí mismo domicilio para que actúe en todo aquello que en derecho corresponda.

POR TANTO,

RUEGO A US., tener por delegado poder a la habilitada en derecho ya individualizada.

CUARTO OTROSI: Vengo en solicitar a SS., que por su intermedio se remitan al Ministerio Público la solicitud de las diligencias de investigación de investigación que a continuación se indica:

1. Tomar declaración a los afectados por los hechos de la presente querella.
2. Tomar declaración a los responsables de la Iglesia y del Monasterio de Cremisán.
3. Solicitar a la Municipalidad de Beit Jala para que remita informe comprensivo de todos los terrenos apropiados, los datos de sus propietarios y de los daños causados a partir de la implementación de las resoluciones dictadas por los querellados.
4. Practicar una inspección ocular del lugar de los hechos.
5. Determinar, a través de expertos independientes, el daño producido por los hechos objeto de la presente querella.
6. Solicitar a los responsables de la organización israelí "Peace and Security Association" para que remitan copia auténtica del informe que presentaron a los querellados estableciendo que el trazado posteriormente acordado por ellos no tenía relación alguna con razones de seguridad tal cual se expone en el cuerpo de la presente querella.
7. Tomar declaración a los expertos israelíes de la organización "Peace and Security Association" para que ratifiquen los informes que remitieron a los querellados y que se mencionan en el cuerpo de la querella.
8. Oficiar a las autoridades de Israel para que remitan copia auténtica de todas y cada una de las resoluciones judiciales mencionadas en el cuerpo de la querella.
9. Oficiar a las autoridades de Israel para que remitan copia auténtica del expediente judicial del cual traen causa las resoluciones dictadas por los aquí querellados.
10. Tomar declaración a los querellados.

QUINTO OTROSI: Que vengo en solicitar a SS., se tenga como forma de notificación el correo electrónico notificaciones@pqa.cl

POR TANTO,

RUEGO A US., tener presente forma de notificación que indica.