

A LA SALA SEGUNDA

DEL

TRIBUNAL SUPREMO

DON JAVIER FERNÁNDEZ ESTRADA, Procurador 561 de los Tribunales de Madrid y de **IZQUIERDA UNIDA y UNIDAD POPULAR**, según consta acreditado en los **DOCUMENTOS N° 1 y 2**, ante la Sala comparezco y, como mejor proceda en Derecho, **DIGO:**

Que por medio del presente escrito vengo a **interponer QUERRELLA** por presuntos **delito de lesa humanidad, delito cometido con ocasión de un conflicto bélico, delitos contra la integridad moral y delitos cometidos por los funcionarios públicos contra otros derechos individuales**, y cualesquiera otras conductas relacionadas que aparezcan en el curso de la investigación, ejercitándose la acción penal **en contra el Presidente del Gobierno en funciones, D. Mariano Rajoy Brey** y contra quienes más resulten responsables en el curso de la investigación.

I.- TRIBUNAL ANTE EL QUE SE PRESENTA

De acuerdo con el artículo 57.1.2º de la Ley Orgánica del Poder Judicial: “La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo conocerá: **2º De la instrucción y enjuiciamiento de las causas contra el Presidente del Gobierno** desarrollándose ut infra los fundamentos jurídicos en materia de competencia y jurisdicción.

II. – NOMBRE Y DOMICILIO DE LOS QUERELLANTES

Izquierda Unida, con domicilio a efectos de notificaciones en la Calle Olimpo nº 35, 28043 Madrid, y

Unidad Popular, con domicilio a efectos de notificación sito en Madrid, calle Pilar de Zaragoza, 9 - 28028 Madrid.

III. – NOMBRE DEL QUERELLADO

Esta querella se dirige en contra de: **DON MARIANO RAJOY BREY** con último domicilio conocido por esta parte en Palacio de la Moncloa sito en Av. Puerta de Hierro, s/n, 28071 Madrid (sin perjuicio de la posibilidad de que el mismo cambie en breve espacio de tiempo desconociéndose cualquier otro).

IV.- ANTECEDENTES

PRIMERO-. SITUACIÓN DE LAS PERSONAS LLEGADAS A EUROPA

El pasado 18 de marzo de 2016 el Consejo de Jefes de Estado y de Gobierno de la Unión Europea llegó a un contrato con Turquía por el que

“todos los migrantes irregulares que cruzasen de Turquía a las islas griegas serán devueltos a Turquía desde el 20 de Marzo de 2016 a las 0:00”.

El número de personas repartidas por toda Grecia es de más de 50 mil, de las cuales 11 mil se encuentran en el improvisado campo de Indomeni, en la frontera con Macedonia. Según datos de la Agencia para los Refugiados de Naciones Unidas (ACNUR), la magnitud y gravedad de la crisis humanitaria en Siria, consecuencia de los cinco años de conflicto, ha provocado que más de 4.8 millones¹ de sirios se hayan visto obligados a buscar refugio en países vecinos y más de 7.6 millones hayan tenido que abandonar sus casas para convertirse en desplazados internos. Esto supone que más de la mitad de la población Siria ha tenido que abandonar sus hogares por motivo del conflicto armado.

Turquía es el país al que más sirios han llegado en busca de ayuda, más de 2.7 millones hasta la fecha.² Los flujos de refugiados en junio 2015 provocaron la llegada a Turquía de más de 24.000 personas desde Tel Abyad y otras zonas del norte de Siria. Turquía, que ya se ha convertido en el país del mundo que más refugiados acoge, es hogar ahora para el 45% de todos los refugiados sirios de la región. En cambio el número de sirios que buscan protección internacional en Europa no llega al 10 % del total de sirios que ha abandonado el país.³

¹ Datos de ACNUR actualizados a fecha 9 de marzo de 2016.

<http://data.unhcr.org/syrianrefugees/regional.php#>

² ibídem

³ <http://data.unhcr.org/syrianrefugees/asylum.php>

Según datos estimados de ACNUR más de 1 millón de personas, la mayoría de ellos Sirios (50%), Afganos (20%) e Iraquíes (7%), llegaron a Grecia en 2015. Los datos revelan que el 84% de las personas que llegaron a Europa en 2015 provenían de alguno de los 10 países del mundo considerados como mayores generadores de refugiados, lo que confirma que **son personas que huyen de conflictos armados.**⁴ **A finales de 2015 había más de 3.735 desaparecidos, los cuales con suma probabilidad murieron ahogados intentando alcanzar las costas griegas o italianas.**

En torno al 60% de las personas que llegaron por vía marítima a Europa eran mujeres y niños; es decir los colectivos más vulnerables en cualquier clase de conflicto armado. **Europol ha alertado que alrededor de 10 mil menores no acompañados han desaparecido tras su llegada a Europa tras caer en manos de organizaciones de tráfico de seres humanos.** Save the Children estima que en torno a 26 mil menores habrían llegado a Europa en el último año.

Los afganos constituyen el segundo grupo mayor en número de demandantes de asilo en Europa después de los sirios. Según datos de la Unión Europea cerca de 180.000 afganos cursaron peticiones de asilo en algún país europeo en el último año.

Peter Sutherland, Representante Especial de Naciones Unidas para la Migración Internacional y el Desarrollo, en una entrevista para la radio inglesa declaró que **el Contrato es ilegal, en primer lugar porque las**

⁴ <http://www.unhcr.org/5683d0b56.html>

deportaciones colectivas de toda persona que afirma ser un refugiado son ilegales; y en segundo, porque sus derechos deben de ser protegidos de manera absoluta en el país al que sean deportados, ello implica que exista la certeza de que por ejemplo en el caso de Turquía no serán enviados de vuelta a Siria si son refugiados sirios.⁵

SEGUNDO.- SITUACIÓN EN GRECIA TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DEL CONTRATO

Desde que se firmara el contrato la llegada de refugiados y demandantes de asilo a la isla griega de Lesbos continúa. En las primeras horas desde su entrada en vigor llegaron más de 900 personas y durante el primer fin de semana de abril 888 personas han llegado a Lesbos, 463 a Quíos y 31 a Samos, las tres islas griegas más cercanas a la costa Turca. Por lo que parece, el esperado efecto disuasorio del contrato no se está cumpliendo ya que la llegada de nuevas personas a las islas griegas no cesa.

Se estima que el número de personas llegadas desde la firma del Contrato supera las 6 mil y Grecia ya ha anunciado que no está preparada para cursar todas las solicitudes de asilo.

Por otro lado, el Contrato ha supuesto que las redes de traficantes de personas se hagan más fuertes en la zona. Mientras haya demanda las mafias seguirán operando, y es más, con la entrada en vigor del Contrato han

⁵ http://www.theguardian.com/world/2016/apr/02/eu-turkey-refugee-plan-could-be-illegal-says-un-official?CMP=share_btn_tw

aumentado el precio que les cobran a las personas desesperadas por cruzar a Europa. El cierre de fronteras solo aumenta el riesgo al que se ven expuestos los colectivos más vulnerables, especialmente mujeres y niños, entre los cuales destacan la separación familiar, el abuso sexual, la trata de personas, la violencia y la muerte.

Las autoridades griegas han separado a las personas que llegaron a la isla de Lesbos antes del día 20 de marzo, localizándolas en el centro de Kara Tepe, un centro coordinado por las autoridades municipales y que sigue siendo de régimen abierto. Las personas que llegaron tras la entrada en vigor del contrato con Turquía han sido dirigidas a un centro de Moria en el este de la isla, que por el contrario es un recinto cerrado. Estos recintos se asemejan a los CIES españoles, en los que no existe libertad de movimiento.

Desde la zona nos llega información en relación al centro de detención Moria acerca de las terribles condiciones en que se encuentran estas personas: hacinadas, durmiendo en palés de madera, sin mantas, sin alimentos y sin leche para bebés, etc.

Así, lo que antes eran campos de refugiados y asentamientos, ahora se han transformado en campos de detención: fuertemente custodiados por policías, sin acceso a terceros, como son voluntarios o periodistas.

El Contrato se ha puesto en práctica, pero Grecia no tiene capacidad para atender la demanda de tantas personas y éstas se hallan confinadas, a fin de ser deportadas a Turquía.

Tampoco se les está dotando de asistencia jurídica, pues les están facilitando un impreso en donde les explican que tienen derecho a ser asistidos por un abogado en caso de solicitar asilo o a ser “deportados voluntariamente” si así lo desean, pero en la práctica no hay abogados asistiéndolos. Esto es, el contrato firmado entre la UE y Turquía pretende dar apariencia de legalidad a algo que está concebido para un único objetivo: aliviar la “carga” de miles y miles de refugiados en Europa, de tal modo que sean trasladados a Turquía y allí, las autoridades turcas expulsarán y retornarán a cuantos más mejor. A esto se le dota de un marco jurídico que será papel mojado, puesto que no hay medios ni garantías de que se cumpla la legalidad en materia de asilo.

Esta situación ha sido denunciada por ACNUR, que ha decidido dejar de dar apoyo a los llamados “hotsports” (lugares en los que los migrantes son recibidos, asistidos y registrados), ya que se han sido transformados en centros de detención.

Las ONGs Save de Children y Médicos Sin Frontera han decidido retirarse de la zona, a fin de no colaborar en el nuevo escenario ilegal creado por la firma de este Contrato y que supone una violación sistemática del derecho internacional.

ACNUR, sin bien presta unos servicios mínimos, también ha anunciado que no cooperará en ninguna práctica que implique la deportación o devolución en caliente, hacia Turquía, de los refugiados.

Estas organizaciones han declarado públicamente que rechazan cooperar en este marco ilegal, dado que los campos de refugiados se han transformado en centros de detención, lo cual crea una situación absolutamente inhumana, en la que las personas detenidas, se hallarían esperando a ser devueltas a Turquía y luego a sus países de origen.

Y decimos esto porque no tiene ningún sentido detener a los refugiados bajo promesa de tramitar su solicitud de asilo, puesto que ambos conceptos, detención/asilo son contrarios entre sí. La privación de libertad es una medida punitiva contra quienes cometen delitos, mientras que el asilo es una figura de carácter humanitario, relacionada con la solidaridad de las personas con quienes están viviendo situaciones límite, como la persecución, la explotación, el peligro de muerte en caso de conflictos bélicos, etc.

De ahí que, expresamente, ACNUR se halla negado a identificar a los demandantes de asilo en los campos de detención, puesto que esta organización no trabaja en campos de concentración sino en campos de refugiados o asentamientos.

A partir de ahí, del concepto de campo de detención, lo demás pierde legitimidad, pues una persona detenida no puede firmar voluntariamente

una opción de asentamiento en Europa o traslado a Turquía o a cualesquiera otros países. Tampoco podrá recurrir la decisión denegatoria de asilo, por cuanto que ésta será ejecutiva, dados los términos del contrato firmado con Turquía, que exigen celeridad en el traslado de estas personas hacia Turquía, con el fin de “descongestionar” las vías de entrada de estos refugiados.

Igualmente se ha denunciado la falta de capacidad operativa de las islas griegas para tramitar de manera correcta todas las solicitudes de asilo, así como la ausencia de lugares suficientes para mantener en condiciones mínimamente apropiadas, decentes y seguras, incluso en elementales aspectos sanitarios a las personas que esperan una respuesta en relación con sus solicitudes.

En la isla griega de Quíos también se han vivido momentos de tensión debido a las condiciones inhumanas en las que se encuentran las personas en los campos de detención. Voluntarios desplazados a la zona hablan de que el centro de detención de Vial se encuentra saturado, al doble de su capacidad, y las condiciones en las que se encuentra la gente son pésimas, muy lejos de cumplir los estándares mínimos sanitarios y las mínimas condiciones humanitarias: sin colchones, mantas, ni comida suficiente.⁶

Esta situación ha provocado disputas en el interior del recinto, fruto de la escasez y de la incertidumbre acerca del futuro que les espera. El pasado 1 de abril varias personas rompieron la valla del recinto y consiguieron

⁶ http://www.eldiario.es/desalambre/Tension-griegas-nuevas-deportaciones-siguientes_0_501850620.html

escapar. Esto provocó que las autoridades griegas reaccionaran y liberaran a varias decenas de personas con el fin de mitigar la sobrecapacidad del campo de detención. Todas estas personas se han instalado cerca del puerto, pero las autoridades griegas han pedido a los voluntarios y el personal de las ONGs que no proporcionen alimento, ropa o cualquier ayuda a las personas acampadas ya que esperan que así reingresen voluntariamente en los campos de detención.

Existe una gran desinformación sobre el proceso de asilo. La policía griega asegura a los recién llegados a las islas que únicamente se podrá analizar su solicitud de asilo si ingresan en uno de los centros de detención previstos por el gobierno. Según los datos que ACNUR ha facilitado a las ONGs desplazadas en la zona, únicamente unas 300 personas habrían solicitado asilo en las islas. Ello se debe a dos principales factores: la desinformación total sobre el proceso que deben seguir para cursar sus solicitudes; y que la mayoría de personas esperan pedir asilo en otros países de la Unión Europea como Alemania o Austria donde ya se encuentran en muchos casos familiares suyos.

En Indomeni, en un campo improvisado entre unas vías de tren cerca de la frontera con Macedonia, acampan en condiciones sanitarias pésimas más de 12 mil personas, la mayoría de ellas familias y más de 4 mil niños. Ante la desesperación derivada del cierre de la frontera con Macedonia, un joven se ha prendido fuego en los últimos días y cerca de 50 refugiados mantienen ocupadas las vías del tren para exigir la apertura de las fronteras.

Miles de personas se concentran en el puerto de Atenas en terribles condiciones debido al cierre de fronteras. Human Rights Watch ha denunciado la falta de implicación del gobierno y los escasos recursos con los que cuentan los improvisados campamentos. La situación caótica en el puerto y la fatiga acumulada han incrementado la tensión, provocando incluso varias peleas por la distribución de los escasos alimentos.

La falta de información unida a la ansiedad y al miedo por el nuevo contrato entre la Unión Europea y Turquía contribuye al aumento de la inseguridad, la tensión y el sufrimiento de las personas llegadas a Grecia. El resultado es una grave crisis humanitaria por parte de los refugiados y demandantes de asilo en Grecia, denunciada por numerosas ONG y organismos internacionales.

La madrugada del 4 de Abril de 2016 se han producido las primeras deportaciones a Turquía. Desde las islas de Lesbos y Quíos han salido 202 personas con destino al puerto turco de Dikili, al oeste del país. La agencia europea FRONTEX asegura que los primeros expulsados procedían de países como Paquistán, Afganistán o Irán, y los ha considerado migrantes económicos porque no solicitaron asilo en Grecia.⁷

Las autoridades turcas únicamente han instalado dos carpas para registrar a los recién llegados aunque no está muy claro a donde se les trasladará posteriormente. ACNUR ha pedido acompañar a estos grupos de personas

⁷ http://www.eldiario.es/desalambre/Grecia-comienza-deportar-refugiados-Turquia_0_501849844.html

debido a la precariedad de las instalaciones previstas por Turquía y a la incertidumbre sobre su futuro realojamiento.

La premura con la que se ha empezado a implementar el Contrato entre la Unión Europea y Turquía ha hecho que salten todas las alarmas de numerosas organizaciones de protección de los derechos humanos que temen entre otras cosas que los procedimientos expés de revisión de las demandas de asilo vulneren las garantías de los demandantes de protección y que Turquía no garantice los derechos de estas personas.

Para poder llevar a cabo las primeras deportaciones Grecia ha tenido que reformar su legislación respecto del proceso de demanda de asilo y de la devolución de migrantes a los llamados "países seguros". Sin embargo, el texto de la ley griega no califica explícitamente de país seguro a Turquía, sino que remite a una lista de países seguros del Consejo de la UE, aún por elaborar, en la que previsiblemente figurará Turquía. Las primeras deportaciones se han realizado por lo tanto sin que exista un reconocimiento expreso de que Turquía es un "país seguro", lo que supone una clara vulneración del derecho internacional y de los derechos humanos fundamentales.

En cuanto al conflicto armado en Siria interesa recordar que después de **cinco años, el mismo arroja un escalofriante saldo de más de 270 mil muertos, de los cuales casi 80 mil civiles entre los cuales más de 13 mil niños y casi 9 mil mujeres**, según datos del Observatorio Sirio de

Derechos Humanos.⁸ **Además de los 7.6 millones de desplazados internos, 4.8 millones de refugiados y 12.2 millones de personas que dependen de la ayuda humanitaria para subsistir.**⁹

TERCERO.- TRATO DE LAS AUTORIDADES TURCAS A LOS REFUGIADOS Y DEMANDANTES DE ASILO

Como se ha puesto de manifiesto con anterioridad, Turquía acoge al 45 por ciento de las personas que huyen del conflicto sirio. Según el contrato entre la Unión Europea y Turquía, **las personas llegadas a Grecia serían devueltas a Turquía sobre la base de que es un “tercer país seguro”**. Sin embargo, **varios informes de Amnistía Internacional denuncian las condiciones a las que son sometidos los demandantes de asilo en Turquía, cuestionando seriamente esta calificación como país “seguro”**.¹⁰

En el citado informe del pasado mes de diciembre Amnistía Internacional denuncia que las terribles condiciones a las que son sometidos los refugiados y demandantes de asilo en Turquía empujan su desplazamiento hacia Europa. Estas personas son objeto de detenciones incomunicadas, sin ofrecerles explicación alguna acerca del lugar en el que se encontraban ni las razones que originaron su detención, ni permitirles el acceso a un abogado o recibir las visitas de sus familiares ni gozaron de ninguno de los derechos generalmente

⁸ <http://www.syriahr.com/en/?p=45095>

⁹ Datos de ACNUR actualizados a fecha 9 de marzo de 2016.

<http://data.unhcr.org/syrianrefugees/regional.php#>

¹⁰ <https://www.amnesty.org/download/Documents/EUR4430222015ENGLISH.pdf>

reconocidos a los detenidos. Varias personas denunciaron haber sufrido malos tratos durante su estancia en estos centros, tales como: **palizas, confinamiento y registros y cacheos corporales exhaustivos.**

Según las autoridades turcas se trata de centros de alojamiento y nunca de detención a pesar de que **los demandantes de asilo son llevados allí contra su voluntad por las autoridades y no son autorizados a salir del recinto, constituyendo de facto un centro de detención.**

Igualmente, **únicamente se les posibilita su salida si demuestran tener un alojamiento y algún medio económico para mantenerse o si aceptan voluntariamente volver a su país de origen:** Siria, Afganistán o Iraq, mayoritariamente. Son condiciones absurdas ya que demostrar unos ingresos estables es virtualmente imposible ya que estas personas no pueden acceder legalmente a un empleo.

Se denuncia igualmente que muchas de estas detenciones ilegales terminan en deportaciones a lugares en los que existe un riesgo real para la vida y de sufrir violaciones de derechos humanos. En los últimos meses más de 100 personas han sido deportadas a Siria e Iraq, pero estas cifras podrían ser mayores si se incluyen las deportaciones a Afganistán.

Varias formas de coerción y presión se ejercen sistemáticamente contra los demandantes de asilo para provocar su retorno “voluntario”. Se les obliga, bajo amenaza de permanecer detenidos, a

firmar documentos escritos en turco en los que aceptan ser deportados, sin permitirles el acceso a una traducción y denegándoles una copia del mismo una vez firmado.

A otras personas **se les obliga a firmar documentos** en los que aceptan abandonar el país en los siguientes 30 días **bajo pena de ser forzosamente deportados.**

Tan solo unas horas después de la firma del contrato, Amnistía Internacional ha denunciado la deportación de 30 Afganos a Kabul, donde corren un altísimo riesgo de ser atacados por grupos Talibanes.¹¹

Consideramos de extrema gravedad las noticias más recientes publicadas en diversos medios de comunicación relacionadas con la intervención directa de las fuerzas fronterizas turcas en el asesinato de al menos 16 personas, entre ellas tres menores, que intentaban cruzar la frontera entre Siria y Turquía según el Observatorio Sirio para los Derechos Humanos¹². **Así mismo, Amnistía Internacional ha denunciado el uso de armas con munición real por parte de las fuerzas fronterizas Turcas contra las personas que intentabas traspasar la frontera entre Siria y Turquía.**¹³

¹¹ <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2016/03/turkey-safe-country-sham-revealed-dozens-of-afghans-returned/>

¹² <http://www.syriahr.com/en/?p=44763>

¹³ http://www.eldiario.es/desalambre/Turquia-dispara-refugiados-intentan-frontera_0_500450171.html

Otra situación que preocupa de manera especial a las organizaciones de derechos humanos es la que se refiere a la situación de las minorías étnicas, como la Kurda. Es conocida la persecución de la minoría Kurda en Turquía. De hecho, a pesar de que las milicias Kurdas han sido especialmente activas en la lucha contra el DAESH en las proximidades de la frontera con Turquía, el gobierno Turco no ha cesado los bombardeos a los enclaves Kurdos en Siria y en Irak, de donde proceden también la gran mayoría de los Kurdos que buscan asilo.

En julio pasado se desintegró el frágil proceso de paz iniciado en 2013 entre el PKK y Turquía. El despliegue masivo de fuerzas de seguridad en las provincias surorientales a mediados de diciembre desembocó en la intensificación de los enfrentamientos y, según abogados y activistas locales, causándose la muerte de decenas de residentes desarmados.

Tampoco debe olvidarse la deficitaria situación general de respeto de los derechos humanos fundamentales en Turquía. Un gobierno turco que además somete a los medios de comunicación a una presión sin precedentes y que restringe de forma significativa la libertad de expresión dentro y fuera de Internet.

Turquía igualmente limita gravemente la libertad de reunión pacífica de sus ciudadanos, como también se han incrementado últimamente los casos de

uso excesivo de la fuerza por parte de la policía y de malos tratos en las detenciones.¹⁴

Turquía tiene un largo historial de violaciones de derechos humanos. Según las estadísticas oficiales, en el año 2013, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) dictó 124 sentencias en las que Turquía era parte demandada, que concernían a 190 demandantes, declarándose en 118 de aquellas la violación del Convenio; en 2015, fueron 87 sentencias pronunciadas sobre 158 demandantes, siendo 79 los casos en que se constató una vulneración del Convenio. En concreto, en este último año, Turquía ha sido condenada en 14 ocasiones por no investigar suficientemente torturas o tratos inhumanos y degradantes y en 13 por infligir torturas o dichos tratos prohibidos. Es más, en el tiempo histórico de actividad del Tribunal Europeo (1959 a 2015), Turquía ha sido condenada en 2.812 ocasiones –del total de 3.182 demandas admitidas- en sentencias que han declarado la vulneración de algún derecho protegido en el Convenio, 31 de ellas por violentar la prohibición de la tortura, en 305 respecto a la prohibición de otros tratos inhumanos o degradantes y en 198 ocasiones por no investigar denuncias al respecto.

V.- RELACIÓN CIRCUNSTANCIADA DE LOS HECHOS

PRIMERO.- ACUERDO DE LA COMISIÓN EUROPEA SOBRE EL PLAN DE ACCIÓN CONJUNTO ENTRE LA UNIÓN EUROPEA Y TURQUÍA, DE FECHA 15 DE OCTUBRE DE 2.015.

¹⁴ <https://www.amnesty.org/download/Documents/POL1025522016ENGLISH.PDF>

El 15 de octubre de 2015, la Comisión Europea alcanzó un acuerdo ad referendum sobre el Plan de Acción Conjunto con Turquía para **intensificar su cooperación en materia de gestión de la migración, mediante un esfuerzo coordinado para hacer frente a la crisis de los refugiados. Se adjunta DOCUMENTO N° 3.**

En el Consejo Europeo de 15 de octubre, los Jefes de Estado y de Gobierno de los 28 Estados IP/15/6162 miembros de la UE respaldaron el acuerdo y acogieron con satisfacción el Plan de Acción Conjunto.

El Plan define una serie de acciones que la Unión Europea y la República de Turquía deberán llevar a cabo en colaboración y urgentemente para afrontar los retos comunes de manera concertada y complementar los esfuerzos de Turquía en la gestión del gran número de personas necesitadas de protección que afluyen al país.

Además, la Unión Europea las instituciones y los Estados miembros también decidieron aumentar su compromiso político con Turquía, brindándole una ayuda financiera significativa, acelerando el cumplimiento de la hoja de ruta de liberalización de visados y revitalizando el proceso de adhesión.

Es decir, a cambio de fortalecer sus fronteras contra los refugiados y migrantes irregulares, la UE se comprometía a proveer fondos, liberalizar

visados a los ciudadanos turcos y reactivar las negociaciones de adhesión de Turquía, que se hallaban totalmente paralizadas desde que se abrieron allá por 2.005.

Todo esto ocurre en un contexto que se empezó a denominar “*crisis de los refugiados*”, pues por aquella fecha el número de personas que huían de los conflictos en Irak, Afganistán y sobre todo en Siria, aumentó significativamente.

Así, ante el aumento de llegadas a las islas griegas desde Turquía sólo en el mes de octubre, que superaron los 500.000, uno de los objetivos principales a los que las dos partes se comprometieron, en virtud de este plan de acción conjunto, fue **fortalecer la capacidad de patrulla, vigilancia e interceptación de la guardia costera turca.**

En el informe publicado en 2.015 por Amnistía Internacional, *Miedo y vallas: los planteamientos de Europa para contener a las personas refugiadas*, se avisa de la peligrosa deriva de la política de contención de refugiados de la UE, a partir de los acuerdos con Turquía:

“Los planes de la UE que empujan a Turquía reforzar sus controles fronterizos, están plagados de riesgos. Desde septiembre de 2.015, Amnistía Internacional ha documentado casos de personas refugiadas que han sido devueltas a Siria e Irak tras haber sido interceptadas por las autoridades turcas cuando trataban de llegar a

la UE. Otras han sido detenidas arbitrariamente, sin acceso a abogados.

Por otra parte, el plan de acción no contiene compromisos concretos para incrementar el reasentamiento o el número de rutas alternativas seguras y legales y hace caso omiso de la necesidad evidente de que la UE brinde protección a una proporción mayor de la población refugiada del mundo.

A fecha de 2 de octubre de 2.015, había en Turquía más de dos millones de personas refugiadas sirias y, de ellas, sólo aproximadamente el 10% estaban en campos gestionados por el gobierno; otras luchan por sobrevivir con una ayuda mínima de las agencias estatales y las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales.

En particular, cientos de miles de personas refugiadas y solicitantes de asilo que proceden de lugares que no son Siria se enfrentan a graves obstáculos para acceder al asilo y poder ganarse la vida. A los refugiados yazidíes que huyen del grupo armado autodenominado Estado islámico en Irak se les ha pedido que esperen más de cinco años sólo para inscribirse como solicitantes de asilo.

Resulta difícil prever a corto plazo un apoyo económico o de otro tipo de la UE que sea suficiente para garantizar protección efectiva

en Turquía a las personas refugiadas sirias y no sirias, con pleno acceso a los derechos tanto sociales y económicos como civiles y políticos. Así, las actividades centradas únicamente en mantener a las personas refugiadas en Turquía entrañan el riesgo de que muchas de ellas queden atrapadas en situaciones insostenibles, sin acceso a protección efectiva.

Cualquier plan para evitar que las personas refugiadas atraviesen irregularmente las fronteras desde Turquía hasta la UE debe incluir medidas concretas para incrementar las plazas de reasentamiento y otras rutas legales por las que estas personas puedan llegar a la UE, además del aumento, muy necesario, de la provisión de fondos para atender a las personas refugiadas y solicitantes de asilo en Turquía.”

Veremos más adelante que los acuerdos posteriores hasta el definitivo firmado el 18 de Marzo de 2016, girarán en torno a este plan de acción conjunto con Turquía, en el que, se encomienda a este país la vigilancia de frontera **para repeler a los refugiados y para su readmisión o devolución desde las islas griegas, bajo la expresión de “evitar la entrada de inmigrantes ilegales”**.

Realmente, no se entiende que la denominada “crisis de los refugiados” se intente resolver encomendando a Turquía la labor de acogida y devolución de los “inmigrantes irregulares o ilegales”, por cuanto éstos no suponen

ningún problema real, dado que cada estado europeo ya cuenta con los mecanismos legales para hacerse cargo de ellos.

Sería ilógico, por tanto, hablar de “inmigrantes ilegales”, cuando se quieren referir a refugiados, si no es porque se pretende mediante un subterfugio, constituido por este tipo de acuerdos con **Turquía**, que este país se **encargue de interceptar a todos los refugiados y que los devuelva a sus países de origen, sin respetar las obligaciones internacionales sobre el derecho de asilo.**

Por lo tanto, **la literalidad de este contrato y de los que vendrán después, supone un enmascaramiento de las intenciones reales de los Gobiernos de los estados miembros de la UE, que no son otras que impedir por la fuerza que los refugiados lleguen hasta la UE, ignorando deliberadamente, de paso, las violaciones de derechos humanos de las autoridades turcas en todos los ámbitos y, especialmente, con los refugiados.**

Así, de hecho, **se facilitará la vía para la deportación masiva de los refugiados hasta Turquía, desde Grecia**, e incluso, se le dotará a Turquía de todos los medios materiales para la interceptación de todas las personas que pretendan llegar por mar a Europa.

A cambio, se le ofrece a Turquía una sustanciosa recompensa: reactivar las negociaciones de la adhesión de Turquía a la UE y liberalizar los visados de los ciudadanos turcos en territorio Schengen.

No es casual, para entender el dolo de la acción criminal gestada por el querellado y resto de gobernantes de los estados miembros de la UE, el hecho mismo de que este contrato se firma **coincidiendo, precisamente, con la llegada masiva a las costas europeas de más de 500.000 personas refugiadas a primeros del mes de octubre de 2.015.**

Otra cuestión a tener en cuenta la constituye el hecho de que, **precisamente en este mes de octubre de 2.015 en que entran más de 500.000 refugiados en las costas griegas, la Comisión Europea se compromete a activar, por primera vez después de 10 años de estancamiento, las negociaciones para la adhesión de Turquía a la UE.**

SEGUNDO.- ACUERDO DEL CONSEJO EUROPEO DE LA UNIÓN EUROPEA CON TURQUÍA DE FECHA 29 DE NOVIEMBRE DE 2.015.

El día 29 de Noviembre de 2.015, tras diez años sin activar las negociaciones de adhesión de Turquía a la UE, que debieran abordar 35 capítulos, el Consejo Europeo dio un vuelco a este periodo de estancamiento y se sentó con Turquía para retomarlas. De ahí surgió un acuerdo, que constituyó un significativo avance para la preparación de Turquía como “tercer estado seguro”, a donde deberían ser devueltos todos los refugiados que lleguen por mar y a las islas griegas, con el fin de entrar en Europa. Se adjunta dicho acuerdo como **DOCUMENTO N° 4.**

El acuerdo firmado el 29 de Noviembre de 2.015 constituyó el segundo paso para tratar de resolver la denominada “crisis de los refugiados”, en cumplimiento y ejecución del Plan conjunto de la Comisión Europea firmado el 15 de octubre de 2.015; así, se pretendió que Turquía impidiera la entrada a la UE de todos ellos, a cambio de activar las negociaciones de adhesión de Turquía, de la liberalización de visados de ciudadanos turcos en la zona de Schengen y del pago de tres mil millones de euros.

Las negociaciones de adhesión están estructuradas en capítulos, constituyendo el capítulo 17, sobre la política económica y monetaria, uno de los más importantes y cuya reapertura se decide en este acuerdo. De esta manera, se establece como fecha para abordar este capítulo 17, que tendría lugar el 14 de diciembre de 2.015.

Así mismo, respecto a la exigencia de visado para los ciudadanos turcos, se establece abrir una hoja de ruta, con el fin de que en octubre de 2.016 quede eliminada dicha exigencia.

Se acuerda también iniciar los preparativos para actualizar la Unión Aduanera y en paralelo, se comprometen las partes a encontrarse dos veces al año, con el fin de avanzar. Reivindicación ésta que satisface plenamente al país turco, dado que no sólo se consiguen contactos de alto nivel con la UE, sino que el compromiso se materializa con reuniones semestrales, para el avance del objetivo de Turquía, que no es otro que formar parte de la UE como miembro de pleno derecho en un futuro no lejano.

Como contraprestación por la labor de “gendarme” de fronteras, así mismo, la UE compromete tres mil millones de euros, destinados, según el texto, a cubrir las necesidades mínimas de los 2,2 millones de refugiados ya existentes en Turquía (punto 6). De esta forma, el Consejo Europeo de la UE respalda la labor realizada por Turquía respecto a los refugiados, ignorando, de paso, las múltiples denuncias de organizaciones y particulares sobre los malos tratos, torturas, encarcelamientos, deportaciones forzosas a los países de origen, explotación...etc que padecen allí los refugiados.

En el punto 7 de este acuerdo de la UE con Turquía celebrado el 29 de noviembre de 2.015, se establece que:

“Turquía y la UE han decidido activar el plan de acción conjunto, acordado hasta el momento ad referendum, del 15 de octubre de 2.015, con el fin de intensificar su cooperación para apoyar a los ciudadano sirios bajo protección temporal y la gestión de la migración para hacer frente a la crisis creada por la situación en Siria. Es preciso conseguir resultados en particular en la contención de la afluencia de inmigrantes irregulares. La UE y Turquía han acordado aplicar el plan de acción conjunto que pondrá orden en los flujos migratorios y contribuirá a detener la migración irregular. En consecuencia, ambas partes reforzarán, según lo acordado y con efecto inmediato, su cooperación activa en materia de migrantes que no necesitan protección internacional, evitando los desplazamientos a Turquía y a la UE, garantizando la aplicación de las disposiciones bilaterales en materia de readmisión establecidas y

repatriando con rapidez a sus países de origen a aquellos migrantes que no necesiten protección internacional...”

De nuevo, se observa la gran preocupación de la UE por los refugiados, por más que quiera enmascarar el problema bajo el manto de “migrantes irregulares” y “lucha contra las redes delictivas de tráfico de inmigrantes”.

A los gobernantes que nos representan en la Comisión Europea sólo les preocupa la denominada “crisis de refugiados”, por lo que coincidiendo con fechas clave de entrada masiva de refugiados, sobre todo provenientes de Siria, comienzan a acelerar las negociaciones con Turquía para que este país se encargue de las devoluciones desde Grecia, su retorno a los países de origen (de los que huyen los refugiados) y rechace a aquellas personas refugiadas que se encuentren en el mar dispuestas a entrar en Europa.

Así mismo, la sustanciosa contraprestación de la UE se concreta en una agenda u hoja de ruta la eliminación de la exigencia de visados a los ciudadanos turcos en la zona de Schengen, que debería hacerse efectiva en octubre de 2.016 y se anuncia una reunión el día 14 de diciembre de 2.015 a fin de proceder a la reapertura del capítulo 17 para la adhesión de Turquía a la UE. De hecho, la declaración conjunta de la UE con Turquía, para la reapertura del capítulo 17, efectivamente se produjo el día 14 de diciembre de 2.015, con grandes avances que satisficieron en gran medida a este país.¹⁵

¹⁵ http://www.abc.es/internacional/abci-pagara-3000-millones-turquia-para-contener-oleada-refugiados-201511300827_noticia.html

Tampoco es desdeñable la cantidad de tres mil millones de euros comprometidos para mejorar la situación de los refugiados que ya se encuentran en Turquía, aunque esta cantidad no sería suficiente para cubrir las nuevas necesidades respecto a los refugiados que estén por llegar, en virtud de estos principios de acuerdos.

SEGUNDO.- CONTRATO DEL CONSEJO EUROPEO DE LA UNIÓN EUROPEA CON TURQUÍA DE FECHA 18 DE MARZO DE 2.016.

Finalmente, el ya famoso “*acuerdo de la vergüenza*” que ha indignado a una notable mayoría ciudadana en Europa, se firmó el 18 de marzo de 2.016 y se empezó a ejecutar a partir del 20 de marzo. Ello no obsta el hecho de que desde Grecia, en la madrugada del día 19 de marzo ya se empezara a aplicar y hubo confinamientos de refugiados en el centro de detención de Moria.

Comienza el texto del contrato describiendo los avances realizados para consumar el plan criminal concebido desde el Plan de actuación conjunto con Turquía, que se remonta al 15 de octubre de 2.015 y se puso en marcha el 29 de noviembre de 2.015, según expusimos más arriba: desembolso de tres mil millones de euros, liberalización de visados a ciudadanos turcos en territorio Schengen y negociaciones de adhesión.

Así mismo, se hace mención expresa al compromiso por Turquía de fecha 7 de marzo de 2016, consistente en aceptar el retorno rápido de migrantes irregulares que hayan pasado de Turquía a Grecia y la recepción de todos los migrantes irregulares interceptados en aguas turcas.

Señalaremos los puntos del contrato con mayor relevancia penal:

- **PUNTO 1: fraude ley, consistente en sustituir el término “refugiados” por “migrantes irregulares”**

Según ACNUR¹⁶, los **refugiados** son personas que huyen de conflictos armados o persecución. Con frecuencia, su situación es tan peligrosa e intolerable que deben cruzar fronteras internacionales para buscar seguridad en los países cercanos y, entonces, convertirse en ‘refugiados’ reconocidos internacionalmente, con acceso a la asistencia de los Estados, el ACNUR y otras organizaciones. Son reconocidos como tal, precisamente porque es muy peligroso para ellos volver su país y necesitan asilo en algún otro lugar. Para estas personas, la denegación del asilo tiene potencialmente consecuencias mortales.

El derecho internacional define y protege a los refugiados. La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967, así como otros instrumentos legales, tales como la Convención de la OUA por

¹⁶ <http://www.acnur.org/t3/noticias/noticia/refugiado-o-migrante-acnur-insta-a-usar-el-termino-correcto/>

la que se regulan los aspectos específicos de problemas de los refugiados en África de 1969, o la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados de 1984, continúan siendo la piedra angular de la moderna protección de los refugiados. Los principios legales que engloban han permeado innumerables leyes y costumbres internacionales, regionales y nacionales. La Convención de 1951 define quién es un refugiado y delimita los derechos básicos que los Estados deben garantizar a los refugiados. Uno de los principios fundamentales establecidos en el derecho internacional es que los refugiados no deben ser expulsados o devueltos a situaciones en las que su vida y libertad están en peligro.

La protección de los refugiados tiene muchos ángulos, estos incluyen la protección contra la devolución a los peligros de los cuales han huido; el acceso a procedimientos de asilo justos y eficientes; y medidas que garanticen que sus derechos humanos básicos sean respetados, que les permitan vivir en condiciones dignas y seguras, y que los ayuden a encontrar una solución a más largo plazo. Los Estados tienen la responsabilidad primordial de esta protección. Por lo tanto, el ACNUR trabaja de forma cercana con los gobiernos, asesorándolos y apoyándolos en lo que necesiten para implementar sus responsabilidades.

Los **migrantes** eligen trasladarse no a causa de una amenaza directa de persecución o muerte, sino principalmente para mejorar sus vidas al encontrar trabajo o educación, por reunificación familiar, o por otras razones.

Así, la catalogación de migrante irregular conlleva importantes consecuencias, siendo una de ellas, la consideración de haber cometido una infracción administrativa por el hecho de haber entrado ilegalmente en un país cualquiera y en casos extremos provoca la expulsión a su país de origen, como ocurre, por ejemplo, en España.

Para los gobiernos esta distinción es importante. Los países tratan a los migrantes de conformidad con su propia legislación y procedimientos en materia de inmigración, mientras tratan a los refugiados aplicando normas sobre el asilo y la protección de los refugiados, que están definidas tanto en su legislación nacional, como en el derecho internacional. Los países tienen responsabilidades específicas hacia cualquier persona que solicite asilo en su territorio o en sus fronteras.

A estos efectos, nos remitiremos a la literalidad del contrato firmado entre el Consejo Europeo de la Unión Europea y Turquía, el día 18 de marzo de 2.016.

El punto 1 del contrato incluye “el retorno de todos los migrantes irregulares que pasen de Turquía a las islas griegas” y aquellos que lleguen a Grecia directamente, a partir del 20 de marzo de 2.016:

“Todos los nuevos migrantes irregulares que pasen de Turquía a las islas griegas a partir del 20 de marzo de 2016 serán retornados a Turquía. Esto se aplicará en plena conformidad con el Derecho internacional y de la UE, descartándose así todo tipo de expulsión

colectiva. Todos los migrantes estarán protegidos de acuerdo con las normas internacionales pertinentes y dentro del respeto del principio de no devolución. Se tratará de una medida temporal y extraordinaria que es necesaria para poner término al sufrimiento humano y restablecer el orden público. Los migrantes que lleguen a las islas griegas serán debidamente registrados y las autoridades griegas tramitarán toda solicitud de asilo individualmente, de acuerdo con la Directiva sobre procedimientos de asilo, en cooperación con el ACNUR. Los migrantes que no soliciten asilo o cuya solicitud se haya considerado infundada o inadmisibile de conformidad con la citada Directiva serán retornados a Turquía. Turquía y Grecia, con la ayuda de las instituciones y organismos de la UE, tomarán las medidas necesarias y acordarán los mecanismos bilaterales necesarios, entre ellos la presencia de funcionarios turcos en las islas griegas y de funcionarios griegos en Turquía a partir del 20 de marzo de 2016, para garantizar los contactos y facilitar así el funcionamiento fluido de estos mecanismos. Los gastos de las operaciones de retorno de migrantes irregulares correrán a cargo de la UE.”

Este contrato de 18 de marzo de 2016 contempla en el punto primero transcrito que todos los “migrantes irregulares” sean retornados a Turquía. Así mismo, se observa la mención a los refugiados y el compromiso de cumplir las normas internacionales sobre asilo y se descarta la expulsión colectiva.

Sin embargo, llaman la atención los siguientes extremos analizados:

1- El contrato de la “vergüenza” tiene su origen y sustento en el Plan de acción conjunto de la Comisión de la UE de 15 de octubre de 2015, que se puso en marcha el 29 de noviembre.

Ya analizamos más arriba que el desencadenante de este Plan de acción conjunto no fue otro que la llegada masiva de refugiados, principalmente, desde Siria. Sólo en el mes de octubre se contabilizaron más de 500.000 refugiados. Lo cual provocó que se pensara en Turquía para trabajar como gendarme de frontera a cambio de sustanciosas contraprestaciones.

No lo provocó ni mucho menos la entrada de “inmigrantes irregulares”, pues este “problema” no se estaba dando en ese momento –ni en los momentos actuales-, no como para provocar tal acto de liberalidad a favor de Turquía, hasta el punto de reabrir las negociaciones de adhesión que habían permanecido estancadas durante diez largos años.

2- Cuando se establece que todos los inmigrantes irregulares que lleguen a las islas griegas serán retornadas a Turquía, ¿a qué problema real se está refiriendo el contrato? Por lo que sabemos, la denominada “crisis de los refugiados” que acucia a nuestros gobernantes europeos se ha localizado, precisamente, en las islas griegas.

¿Qué sentido tiene abordar el problema de la inmigración ilegal sólo en Grecia si no es por el hecho de que las intenciones reales no son otras que expulsar a todos los refugiados al nuevo gendarme de

fronteras turco? ¿Acaso el resto de países de la UE no tienen inmigración ilegal? ¿Por qué centrarse en Grecia si no es porque realmente el contrato pretende “aliviar” de refugiados al país heleno y evitar, así, que lleguen los refugiados a la UE?

- 3- ¿Por qué se establece que aquellos solicitantes de asilo cuya solicitud haya sido desestimada se devolverán a Turquía? La normativa de los países en relación a los inmigrantes ilegales incluye su expulsión al país de origen. Parecería mucho más costoso expulsar a los inmigrantes ilegales a Turquía en vez de al país de origen, dado que ha habido que comprometer seis mil millones de euros a Turquía, además de asumir el coste en sacrificio de los Derechos Humanos de permitir su adhesión a la UE y otro coste político que no es otro que eximir de la obligación de visado a los ciudadanos turcos en territorio Schengen.

Por otra parte, ¿no sería discriminatorio este trato de favor con Grecia, cuando hay países en la UE que padecen el mismo problema de inmigración ilegal, como por ejemplo, España?

¿Realmente este problema que acucia a Grecia y a la UE tiene relación con la inmigración ilegal, en otros términos, con la inmigración económica o **realmente estamos hablando de los desplazamientos de personas que huyen de la guerra, el hambre, la explotación y otros similares?**

- 4- ¿Por qué se han comprometido en este contrato seis mil millones de euros a favor de Turquía para “cuidar” de los refugiados y **no se ha destinado ni un solo euro para que Grecia afronte la llegada**

masiva de refugiados a sus costas hasta la fecha? ¿No será que no será necesario que Grecia reciba dinero porque, en el fondo, lo que se pretende es vaciar de refugiados las islas griegas para llevarlos hasta Turquía?

5- *“Los gastos de las operaciones de retorno de migrantes irregulares correrán a cargo de la UE.”* ¿Por qué? Si el problema es la inmigración ilegal, insistimos, ¿Por qué la UE europea asume ese gasto en un contrato firmado con Turquía? ¿No es un problema de cada estado que forma la UE tratar individualmente el asunto de los costes? ¿A cuánto pueden ascender dichos costes si estuviéramos hablando del criminal propósito de expulsar a personas necesitadas de protección internacional?

6- *“Se tratará de una medida temporal y extraordinaria que es necesaria para poner término al sufrimiento humano y restablecer el orden público”.* Esta medida temporal y extraordinaria, ¿acaso no se refiere al hecho “temporal” y “extraordinario” de la afluencia masiva y desesperada de miles de personas procedentes de zonas en conflicto bélico que se ha recrudecido “extraordinariamente” en los últimos meses en las costas griegas? Evidentemente, siendo este el oculto propósito criminal del contrato, una vez que se “limpie” de refugiados las islas griegas y que Turquía cumpla bien su cometido de no dejarles traspasar las fronteras de la UE, sin duda alguna, ya se habría restablecido el “orden público” al tratarse de medidas disuasorias para evitar que los refugiados entren en la UE.

7- *“Los migrantes que lleguen a las islas griegas serán debidamente registrados y las autoridades griegas tramitarán toda solicitud de*

asilo individualmente, de acuerdo con la Directiva sobre procedimientos de asilo, en cooperación con el ACNUR.”

De entrada, parece innecesaria esta recomendación sobre “**el debido registro**” de los migrantes para la tramitación de las solicitudes de asilo. Suponemos que las autoridades griegas ya conocen el procedimiento de asilo que se lleva aplicando en su país desde que se firmó su adhesión a los Tratados Internacionales sobre asilo y refugio.

Evidentemente, este aparente recordatorio es esencial para el propósito criminal de los firmantes de este “acuerdo de la vergüenza”, dado que hasta el régimen nazi lo aplicaba con el fin de deportar a los prisioneros judíos a los campos de concentración, antes de introducirlos en trenes de mercancías.

La UE, por tanto, necesita un registro de personas con el fin de controlar a los refugiados deportados o que serán deportados y evitar “fugas” hacia sus fronteras.

Ya hemos visto cómo ACNUR se ha pronunciado al respecto, manifestando a través de sus representantes que no colaborará en el trabajo de registrar a personas que se hallen detenidas con el fin de ser deportadas. Así, ha decidido, en un principio, no entrar en el campo de detención de Moria, en Grecia.

Todo ello en consonancia con lo manifestado el día 24 de marzo por el alto comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos¹⁷, quien ha expresado “su gran preocupación” por la firma de este contrato entre la UE y Turquía, dado que entraña “contradicciones” y podría dar lugar a “la detención arbitraria de inmigrantes y refugiados”.

- **PUNTO 2: “sistema de asentamiento 1:1”**

Llama la atención que **el punto 2** establezca un sistema de intercambio de ciudadanos sirios:

“Por cada sirio retornado a Turquía desde las islas griegas, se reasentará a otro sirio procedente de Turquía en la UE, teniendo en cuenta los criterios de vulnerabilidad de la ONU. Se establecerá un mecanismo, con la asistencia de la Comisión, los organismos de la UE y otros Estados miembros, así como el ACNUR, para garantizar que este principio se aplique desde el mismo día en que comiencen los retornos. Se dará prioridad a los migrantes que no hayan entrado o intentado entrar previamente de manera irregular a la UE. Por parte de la UE, el reasentamiento según este mecanismo se llevará a cabo, en un primer momento, mediante el cumplimiento de los compromisos adquiridos por los Estados miembros en las Conclusiones de los representantes de los Gobiernos de los Estados

¹⁷ http://www.elconfidencial.com/ultima-hora-en-vivo/2016-03-24/onu-expresa-su-gran-preocupacion-por-el-acuerdo-ue-turquia-sobre-refugiados_862558/

miembros, reunidos en el seno del Consejo, de 20 de julio de 2015, en virtud de los cuales quedan 18.000 plazas de reasentamiento.

Toda necesidad adicional de reasentamiento se abordará a través de un acuerdo voluntario similar hasta alcanzar un límite máximo de 54.000 personas más. Los miembros del Consejo Europeo se han congratulado de la intención de la Comisión de proponer una modificación de la decisión de reubicación de 22 de septiembre de 2015 para permitir que todo compromiso de reasentamiento asumido en el marco de dicho acuerdo se deduzca de las plazas no asignadas en virtud de la decisión. En caso de que estos acuerdos no cumplan el objetivo de poner fin a la migración irregular y de que el número de retornos se aproxime a las cifras previstas más arriba, se revisará este mecanismo. En caso de que el número de retornos sobrepase las cifras previstas más arriba, se interrumpirá la aplicación del mecanismo.”

Es decir, **por cada inmigrante ilegal sirio que retorne a Turquía, la UE reasentará a un refugiado sirio que se encuentre en Turquía.** Pero si la intención verdadera de este contrato es frenar la inmigración ilegal, ¿por qué se premia a un refugiado sirio, permitiéndole su entrada en la UE, por cada infracción administrativa cometida por un compatriota suyo? Evidentemente, la lectura es otra: realmente **se está abriendo un cupo restringido para los refugiados sirios**, permitiendo un asentamiento por cada refugiado sirio que se devuelva a Turquía, hasta el límite de 72.000 para toda la UE.

Esta operación meramente estética pretende dar apariencia de compromiso de los estados miembros con el sistema de cupos de asentamiento de refugiados, sin embargo, la realidad sería otra: el contrato versa sobre expulsiones de refugiados desde Grecia hasta Turquía, pero la UE se presenta amparado en un pretendido manto solidario hacia la humanidad, abriendo sus fronteras a 72.000 personas, cantidad ésta claramente insuficiente para solucionar el problema humanitario provocado por los conflictos bélicos en Oriente Medio.

- **PUNTO 3: Turquía sellará las fronteras.**

En el **punto 3** se establece:

“Turquía tomará todas las medidas necesarias para evitar que se abran nuevas rutas marítimas o terrestres de migración ilegal desde Turquía a la UE y cooperará a tal efecto con los estados vecinos, así como con la UE.”

Es decir, se establece el cierre y sellado de fronteras de la UE, encomendando a Turquía la labor y responsabilidad en su ejecución material.

Nuevamente, la República de Turquía se encargará no sólo de recibir a todos los refugiados que pretendan entrar en la UE, sino que deberá vigilar y prevenir la creación de vías alternativas de entrada. De tal forma que los refugiados no llegarán a Europa, dado que son públicas y notorias las medidas expeditivas de Turquía en su empeño por vulnerar sistemáticamente los Derechos Humanos. No hay duda de que este criminal objetivo se logrará, dado que Turquía cuenta con una dilatada experiencia en la violación de Derechos Humanos y se han publicado numerosas noticias respecto al trato inhumano y degradante que está dando a numerosos refugiados, siendo de destacar el famoso informe de diciembre de 2.015 de Amnistía Internacional, al respecto.

Los **puntos 5, 6, 7 y 8** versan exclusivamente sobre las contraprestaciones que recibirá Turquía a cambio de encargarse de todos los refugiados que pretendan llegar a la UE.

Si las examinamos al detalle y en términos económicos, veremos que, si el contrato firmado entre UE y Turquía en fecha 18 de marzo de este año pretende acabar con la inmigración ilegal, **realmente estaríamos ante un contrato abusivo, leonino, nos han estafado al menos 6.000 millones de euros a los ciudadanos europeos, pues sería más barato retornar a los inmigrantes irregulares directamente a su país de origen, desde el país de llegada.**

Así mismo, vemos que saldría muy barato a Turquía -y a la UE muy caro-, abrirse de repente a las negociaciones de adhesión, tras 10 años de parálisis, **dado que quedan pendientes de reabrir los capítulos referentes al compromiso de Turquía de cumplimiento de Derechos Humanos, aunque este asunto parece que va disminuyendo en importancia.**

Y si hablamos del compromiso de la exención de visado a los ciudadanos turcos en el territorio Schengen, esto chocaría frontalmente con la dura y empecinada política de cierre de fronteras para evitar la inmigración ilegal en la UE, sobre todo en Alemania.

Sin embargo, a la luz de lo que venimos señalando, evidentemente, el contrato no sería abusivo sino muy equitativo para los intereses actuales de nuestros gobernantes en la UE, que no son otros que expulsar a todos los refugiados e implementar medidas de disuasión para evitar que vengan más a nuestras fronteras: **a cambio de que Turquía materialice la violación de todo lo dispuesto en el Derecho Internacional acerca de la obligación de dar asilo a las personas desprotegidas internacionalmente, la UE pagará 6.000 millones de euros a Turquía, a la vez que cede ante las reiteradas demandas de este país sobre la adhesión y sobre la exención de visados a los ciudadanos turcos.**

Sin embargo, como veremos en el capítulo de fundamentación jurídica, el hecho de que Turquía se enfangue para acoger en solitario a los refugiados

y vulnerar de paso los Derechos Humanos en esta vil tarea, **no mejoraría la situación procesal de la otra parte contratante, quien actuaría como autor mediato de los delitos presuntamente cometidos.**

TERCERO.- PARTICIPACIÓN DEL QUERELLADO

Consta la presencia y coparticipación del querellado, el Presidente de Gobierno en funciones, D. Mariano Rajoy Brey. Participó en el refrendo del Acuerdo de Acción conjunta con Turquía, participó en la reunión del Consejo Europeo con Turquía el día 29 de Noviembre de 2.015 y autorizó la presencia del Ministro de Exteriores español en la reunión de los Ministros de Asuntos Exteriores de la UE con Turquía el día 14 de Diciembre de 2.015.

Así mismo, el querellado coparticipó, estampando su firma en el hecho principal, el contrato firmado entre el Consejo Europeo de la UE y Turquía el día 18 de marzo de 2.016.

Si bien, días antes sometió a consulta este contrato ante el Parlamento español y resultó que ninguna fuerza parlamentaria dio su apoyo a la firma de un contrato que implicara una expulsión colectiva de refugiados, por contravenir el Derecho Internacional.

Pese a ello, el Presidente de Gobierno en funciones, D. Mariano Rajoy Brey firmó este contrato, por más que la literalidad del mismo pretendiera

encubrir el propósito criminal más arriba detallado. Obviamente, no es lógico ni normal que ningún ánimo concreto de delinquir se plasme literalmente por escrito, sin embargo, a nadie se le escapan las contradicciones, incoherencias internas y aberraciones contenidas en el texto, que como expusimos, sólo señalan un objetivo: expulsar masivamente a los refugiados que entren en las islas griegas.

En otro orden de cosas, si nuestro Presidente en funciones “se ha equivocado” o “ha sido engañado” por la UE, tiempo tiene de rectificar, lo cual no impediría la admisión de la presente querrela a trámite, a fin de escuchar lo que en su defensa desee manifestar; sin perjuicio que ha defendido públicamente dicho contrato como si el mismo no conllevara una carga criminógena configuradora de los ilícitos penales expuestos en la presente querrela.

VI.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

A.- SOBRE LA COMPETENCIA Y LA JURISDICCIÓN:

Partiendo por lo más sencillo, debemos establecer que en cuanto a la competencia, **será esta Excma. Sala la encargada de la Instrucción y Enjuiciamiento de los hechos objeto de querrela** porque así lo establece el **artículo 57.1.2º de la Ley Orgánica del Poder Judicial: “La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo conocerá: 2º De la instrucción y enjuiciamiento de las causas contra el Presidente del Gobierno”**.

En cuanto a la Jurisdicción, si bien el problema podría resultar más complejo, tampoco cabe duda que corresponde a los Tribunales Españoles la investigación de los hechos por haber sido cometidos, presuntamente, por el propio Presidente del Gobierno, en funciones, aún cuando algunos de los actos del iter criminal se hayan desarrollado fuera de España.

El tema de la Jurisdicción se puede abordar desde distintas perspectivas y creemos que sólo resultan admisibles dos de las que expondremos:

SEGÚN LA TEORÍA DE LA UBICUIDAD:

Efectivamente, el desarrollo del iter criminal se produce en diversos lugares y, para el caso que nos ocupa, es claro que para determinar cuál es el lugar de comisión de los hechos hemos de acudir al criterio asentado por este Tribunal Supremo establecido en su Acuerdo no Jurisdiccional de fecha 3-2-2005 donde se resolvió que, en base al principio de ubicuidad, “el delito se comete en todas las jurisdicciones en las que se haya realizado algún elemento del tipo. *En consecuencia, el Juez de cualquiera de ellas que primero haya iniciado las actuaciones procesales, será en principio competente para la instrucción de la causa*” y dicho acuerdo ha sido desarrollado y ratificado en múltiples sentencias de esta Sala Segunda en que se afirma, por ejemplo, que:

“...la Sala estima que los criterios normativos que permiten establecer el lugar de comisión del delito deben ser interpretativamente deducidos de las normas de derecho penal

internacional de nuestro derecho interno, tal como lo hemos establecido en nuestra jurisprudencia. En efecto, en las SSTS 582/07 EDJ 2007/70182; 618/07 EDJ 2007/100801; 622/07 EDJ 2007/104537 y 788/07 EDJ 2007/175242, entre otras, la Sala ha establecido, en casos similares al que ha sido objeto de este proceso, que España tiene jurisdicción para su enjuiciamiento, punto de vista que esta decisión ratifica en todos sus términos.

Por lo tanto, la resolución recurrida es contraria a derecho y debe ser casada.

2. La doctrina establecida por nuestra jurisprudencia debe ser considerada a la luz de la establecida en la resolución del Pleno no Jurisdiccional de 3 de febrero de 2005 EDJ 2005/11338, en la que se ha decidido, interpretando razonadamente el silencio legal respecto del lugar en el que se debe considerar cometido el delito, que dicho lugar de comisión debe ser establecido mediante el criterio de la llamada teoría de la ubicuidad.

De acuerdo con la premisa básica de esta tesis, el delito se consuma en todos los lugares en los que se ha llevado a cabo la acción o en el lugar en el que se haya producido el resultado. De esta premisa básica se derivan asimismo otras que completan el alcance del criterio que la informa en ciertas formas particulares de delitos.

En los delitos de omisión el lugar de comisión se considerará, en principio, aquél en el que el omitente debía ser realizada la acción,

salvo casos excepcionales en los que la ley disponga otra cosa por consideraciones especiales.

El los casos de tentativa o preparación el lugar de comisión será tanto el lugar donde se realice la preparación o donde se de comienzo a la ejecución, como el lugar en el que, según la representación del hecho del autor, debía producirse el resultado (no acaecido).

Esta es la configuración que la teoría de la ubicuidad presenta en un importante número de legislaciones penales europeas que la han adoptado positivamente, por ejemplo: § 9.1. Código Penal alemán ("Un hecho es cometido en todo lugar en el que el autor ha actuado o, en caso de omisión, donde hubiera tenido que hacerlo o en el lugar en el que, según la representación del autor, debiera haberse producido el resultado perteneciente al tipo"); § 67 (2) Código Penal austriaco (en términos similares al alemán); Código Penal esloveno, art. 10.2. ("(...) el delito se considera cometido sea en el lugar en el que se realiza la conducta, sea en el lugar en el cual, según la intención del autor, habría debido o podido verificarse el resultado prohibido"); Código Penal finlandés, Cap. I, § 10 (2):

La tentativa de un hecho punible se considera cometida allí donde en el supuesto de su consumación probablemente o según la representación del autor hubiera debido producirse el resultado"; Código Penal polaco, art. 6,§ 2. ("Un hecho prohibido será cometido en el lugar en el que el autor ha realizado la acción o en el lugar en

el que ha omitido realizar la acción a la que estaba obligado o en el que debiera haberse producido el resultado típico según la representación del autor"); Código Penal portugués, art. 7.2. ("En el supuesto de tentativa el hecho se considera igualmente ejecutado en el lugar en el que, de acuerdo con la representación del agente se debería haber producido el resultado"); Código Penal suizo, art. 7.2. ("La tentativa se tendrá por cometida allí donde el autor ha ejecutado la acción o donde según su intención se hubiera debido producir el resultado). En el derecho italiano análogas consecuencias derivadas de la teoría de la ubicuidad, prevista en el art. 6 CP EDL 1995/16398, han sido elaboradas jurisprudencialmente respecto de distintas hipótesis (confr. por ejemplo: Cass. IV, 24-11-1995; Cass. II, 20-3-1963; Cass. II, 23-10-1973; Cass. VI, 30-3-1988). La difusión alcanzada por esta norma entre los derechos penales nacionales permite que pueda ser considerada como constitutiva del derecho penal internacional de los Estados europeos.

Asimismo, el consenso existente respecto de las consecuencias de la premisa básica de la teoría de la ubicuidad justifica su aplicación como criterio interpretativo de nuestro derecho vigente, dado que nuestra ley guarda silencio sobre un presupuesto conceptual esencial para la aplicación del principio territorial. Esta conclusión tiene además apoyo en la doctrina que actualmente postula el reconocimiento del derecho comparado como un método interpretativo que se suma a los cánones interpretativos tradicionales del siglo XIX.

El derecho europeo citado establece, por lo tanto, que en estos casos no corresponde aplicar otro principio que el territorial, dado que el delito debe reputarse cometido en el territorio nacional. Las razones que sostienen esta regla especial de aplicación del derecho nacional a los casos que se preparan o que comienzan a ejecutarse para ser cometidos en el territorio del Estado son claras y tienen total paralelismo con las que conforman el criterio de la ubicuidad : el lugar de comisión debe estar determinado no sólo por la ejecución de la acción o el de la producción del resultado, sino también por el lugar en el que el autor piensa atacar el orden jurídico nacional.

En el presente caso, por lo tanto, la cuestión planteada es clara: los acusados comenzaron la ejecución del delito fuera de las aguas territoriales españolas amenazando claramente el orden jurídico español y el territorio español en que introducirían a los inmigrantes transportados. Consecuentemente, el delito debe ser considerado cometido dentro del territorio español, pues en éste debía producirse, según la representación de los autores, el ingreso clandestino de las personas transportadas. Dicho de otra manera: en estos supuestos sólo entra en consideración el principio de territorialidad y el delito ha tenido lugar en territorio español".
(STS 23-1-2008, nº 1/2008, rec. 217/2007)

En el caso que nos ocupa es evidente que el presunto autor, Mariano Rajoy Brey, pensó en atacar el ordenamiento jurídico nacional e internacional en y desde España razón por lo que, claramente, es la Jurisdicción española la encargada de investigarle sin perjuicio de que parte del iter criminal se desarrolla directamente en España.

SEGÚN EL PRINCIPIO DE JURISDICCIÓN UNIVERSAL:

Desde la reforma operada sobre esta materia a partir de la Ley Orgánica 1/2014 tendríamos que la conducta, si se aplicase una interpretación estricta, no podría ser perseguida en España lo que nos llevaría a tener que remitir el caso a la Corte Penal Internacional, algo que estamos seguros no resultará necesario por aplicación del principio de ubicuidad, tal cual se expondrá tu infra.

Establece el artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en lo que aquí interesa, que:

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

*2. **También conocerá la jurisdicción española de los delitos que hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables fueren españoles** o extranjeros que hubieran adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho **y concurrieren los siguientes requisitos:***

a) *Que el hecho sea punible en el lugar de ejecución, salvo que, en virtud de un Tratado internacional o de un acto normativo de una Organización internacional de la que España sea parte, no resulte necesario dicho requisito, sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados siguientes.*

b) *Que el agraviado o el Ministerio Fiscal interpongan querrela ante los Tribunales españoles.*

c) *Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena.*

Si sólo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda.

3. *Conocerá la jurisdicción española de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional cuando sean susceptibles de tipificarse, según la Ley penal española, como alguno de los siguientes delitos:*

a) *De traición y contra la paz o la independencia del Estado.*

b) *Contra el titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor o el Regente.*

c) *Rebelión y sedición.*

d) Falsificación de la firma o estampilla reales, del sello del Estado, de las firmas de los Ministros y de los sellos públicos u oficiales.

e) Falsificación de moneda española y su expedición.

f) Cualquier otra falsificación que perjudique directamente al crédito o intereses del Estado, e introducción o expedición de lo falsificado.

g) Atentado contra autoridades o funcionarios públicos españoles.

h) Los perpetrados en el ejercicio de sus funciones por funcionarios públicos españoles residentes en el extranjero y los delitos contra la Administración Pública española.

i) Los relativos al control de cambios.

4. Igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos cuando se cumplan las condiciones expresadas:

a) Genocidio, lesa humanidad o contra las personas y bienes

protegidos en caso de conflicto armado, siempre que el procedimiento se dirija contra un español o contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España, o contra un extranjero que se encontrara en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas.

(...)

p) Cualquier otro delito cuya persecución se imponga con carácter obligatorio por un Tratado vigente para España o por otros actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea miembro, en los supuestos y condiciones que se determine en los mismos.

6. Los delitos a los que se refieren los apartados 3 y 4 solamente serán perseguibles en España previa interposición de querrela por el agraviado o por el Ministerio Fiscal.

Siguiendo el análisis del precepto aquí transcrito es claro que, desde una perspectiva estricta o pro impunidad (que es lo que dicha reforma ha perseguido), sólo serían perseguibles estos delitos en España en caso de existir denuncia del agraviado o del Ministerio Fiscal, lo que demuestra, a través del caso que nos ocupa, que es **una reforma que interpretada de forma estricta resulta contraria a nuestra Constitución y a los convenios internacionales suscritos por España.** Nos explicaremos.

El Gobierno del Sr. Rajoy, hoy querellado, generó la reforma legal que hoy impide enjuiciar una serie de delitos si los mismos se cometieron totalmente fuera de España, aún cuando los autores sean españoles, si no se cuenta con la querrela del agraviado o del Ministerio Fiscal.

Muchos de los delitos que requieren el cumplimiento de tal requisito quedarán en la más absoluta impunidad – con vulneración del Derecho a la tutela judicial efectiva – porque el agraviado, en sentido estricto, ya no esté en condiciones de ejercitar la acción penal o porque el Ministerio Fiscal tenga un criterio a favor de la impunidad, como ya se ha demostrado en diversos casos muy conocidos de esta Excma. Sala.

Afortunadamente, como bien ha quedado acreditado ut supra, en el caso que nos ocupa los hechos por los que aquí nos querellamos en contra del Sr. Rajoy Brey han sido cometidos en diversos lugares y, entre ellos España, por lo que no es de aplicación el criterio de impunidad que establece el artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en su actual versión.

En todo caso, y a los meros efectos de aclarar nuestra alegación sobre inconstitucionalidad de la reforma, debemos destacar que genera una clara desigualdad ante la Ley que la persecución de unos hechos, por graves que sean, dependa única y exclusivamente de la voluntad del Ministerio Fiscal o de la existencia y supervivencia de una víctima directa, sin duda ello genera impunidad y, en el plano constitucional, desigualdad ante la Ley.

SEGÚN EL ESTATUTO DE ROMA:

A este respecto tenemos que considerar, en primer lugar, lo previsto en la **Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional (BOE 11-XII-2003)** que, como se señala en su Exposición de Motivos, la ley parte del "*presupuesto del carácter autoejecutivo de numerosos preceptos del Estatuto de Roma*", lo que permite la aplicación directa de este último por los tribunales españoles. Entre ellos, los relativos a la definición de los delitos de lesa humanidad como los reseñados en la querrela y, también, en cuanto a la Jurisdicción de nuestros Tribunales.

Seguramente, y de contrario, se intentará una oposición desde la perspectiva de lo previsto en el artículo 7.2 de dicha Ley, que señala lo siguiente: "*cuando se presentare una denuncia o querrela ante un órgano judicial (...) en relación con hechos sucedidos en otros Estados, cuyos presuntos autores no sean nacionales españoles y para cuyo enjuiciamiento pudiera ser competente la Corte, dichos órganos se abstendrán de todo procedimiento, limitándose a informar al denunciante, querellante o solicitante de la posibilidad de acudir directamente al Fiscal de la Corte*" pero dicho precepto, por lo expuesto *ut supra* (teoría de la ubicuidad respecto al lugar de comisión del hecho) no es aplicable como tampoco al tratarse, en el caso del querrellado, de un nacional español.

Interesa recordar que este artículo 7.2 fue la respuesta del legislador de la época al frustrado intento de limitación de la jurisdicción universal liderada

por este Tribunal Supremo en el "caso Guatemala". Es más, **este Art. 7 recoge la doctrina del TS expresada en dicha Sentencia**. Este artículo impide la aplicación de la jurisdicción universal cuando: a) **los presuntos autores no son ciudadanos españoles**, b) **los hechos se hubieran cometido en el territorio de otro Estado**; y c) se atribuye a la CPI la competencia *ratione materiae* (hechos cometidos con posterioridad al 1 de julio de 2002), *ratione loci* (hechos cometidos en Estados parte del Estatuto de Roma) y *ratione materia* (genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra y agresión). Cuando concurren esos tres elementos, la ley prevé que se informe al querellante de la posibilidad de interponer la acción penal ante la fiscalía de la CPI.

Al respecto, y a los efectos de descartar este posible argumento de contrario, debemos recordar que:

a.- La autoría corresponde a nacional español, entre otros, dado que es el Presidente del Gobierno el que ha prestado su consentimiento al firmar y apoyar el contrato que da lugar a los hechos objeto de la querrela. Aquí es importante señalar que la autoría para que se produzcan los hechos de la querrela, en última instancia, es la voluntad de los firmantes del contrato con Turquía. Sin esa firma y los pagos posteriores como contraprestación, los hechos denunciados no se producirían

b.- Por tanto, no concurren los tres elementos del art. 7 de la ley, con lo que la obligación de investigar recae en la jurisdicción española.

Sin perjuicio de que, si esta no realiza una investigación efectiva, y como se verá *ut infra*, pueda acudir a la CPI. Por investigación efectiva debe entenderse aquella que se realiza en el marco de un proceso penal, es decir, bajo una autoridad dotada de independencia, imparcialidad y separación orgánica del poder ejecutivo.

c.- Finalmente, y sin perjuicio de lo que se expondrá *ut infra*, tenemos el artículo 1 del Estatuto de Roma. **Este proclama con claridad la complementariedad de la Corte con respecto a los tribunales nacionales.** El ejercicio de su jurisdicción está condicionado a la falta de actuación efectiva de estos últimos, lo que puede traducirse en sentido procesal como la subsidiariedad de la Corte con respecto a los tribunales estatales. Por tanto, no puede presentarse a la CPI como el lugar en el que enjuiciar estas graves vulneraciones de los derechos humanos cuando su propia normativa concibe este foro con un carácter subsidiario con respecto a los tribunales internos.

d.- Además, hay que tener en cuenta lo manifestado por nuestro Tribunal Constitucional, en su sentencia 123/2009, de 18 de mayo:

“Los poderes públicos españoles pueden vulnerar indirectamente los derechos fundamentales cuando reconocen, homologan o dan validez a resoluciones adoptadas por autoridades extranjeras [...] El control del poder judicial español sobre la conformidad a los derechos fundamentales de

la actuación de un poder público extranjero no desaparece [porque] hay un núcleo absoluto de los derechos fundamentales conforme al cual los tribunales españoles pueden y deben valorar la repercusión de los actos de los poderes públicos de los Estados extranjeros”.

Si el Tribunal Constitucional ampara el control judicial de actos emanados de poderes públicos extranjeros en los que se ha producido violaciones de derechos humanos, con mayor razón este control debe hacerse cuando se trata de decisiones de organizaciones internacionales, como es el caso, en cuya formación de voluntad ha concurrido el querellado, por un lado, y se aprecian posibles responsabilidades penales, por otro.

Dicho lo anterior, y a los efectos de desarrollar hasta el detalle lo que afecta a la Jurisdicción en cuanto a la vía de la Corte Penal Internacional, primero tenemos que tomar en consideración la competencia de la Corte Penal Internacional que viene definida en su artículo 1, ya citado, y 5 que establece la competencia *ratione materiae*:

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

- a) El crimen de genocidio;*
- b) Los crímenes de lesa humanidad;*
- c) Los crímenes de guerra;*

d) El crimen de agresión.

2.La Corte ejercerá competencia respecto del crimen de agresión una vez que se apruebe una disposición de conformidad con los artículos 121 y 123 en que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará. Esa disposición será compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas.

Sobre la definición de crímenes de lesa humanidad y guerra, ya nos explicaremos en detalle en otro apartado de la presente querrela basta aquí una remisión expresa a lo previsto en los artículo 7 y 8 del mencionado Estatuto pero téngase presente lo establecido en el artículo 7.2.d) del mismo: **“Por “deportación o traslado forzoso de población” se entenderá el desplazamiento forzoso de las personas afectadas, por expulsión u otros actos coactivos, de la zona en que estén legítimamente presentes, sin motivos autorizados por el derecho internacional”**, es decir que **el tipo penal describe, literalmente, la conducta imputada al querrellado y a quienes con él la han perpetrado.**

Lo mismo ocurre con la conducta descrita en el artículo 8.2.a) cuando establece que: 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: vii) La deportación o el traslado ilegal o el confinamiento ilegal.”

En lo que se refiere a la Jurisdicción, debemos fijarnos en lo establecido en los artículos 10, 11 y 12 todos los cuales son de aplicación al caso que nos ocupa.

Ahora bien, el ejercicio de la competencia – en realidad debe entenderse por Jurisdicción – viene limitado a determinados supuestos que son los establecidos en los siguientes artículos:

Artículo 13

Ejercicio de la competencia

La Corte podrá ejercer su competencia respecto de cualquiera de los crímenes a que se refiere el artículo 5 de conformidad con las disposiciones del presente Estatuto si:

a) Un Estado Parte remite al Fiscal, de conformidad con el artículo 14, una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes;

b) El Consejo de Seguridad, actuando con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, remite al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes; o

c) El Fiscal ha iniciado una investigación respecto de un crimen de ese tipo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15.

Artículo 14

Remisión de una situación por un Estado Parte

1. Todo Estado Parte podrá remitir al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios crímenes de la competencia de la Corte y pedir al Fiscal que investigue la situación a los fines de determinar si se ha de acusar de la comisión de tales crímenes a una o varias personas determinadas.

2. En la medida de lo posible, en la remisión se especificarán las circunstancias pertinentes y se adjuntará la documentación justificativa de que disponga el Estado denunciante.

Artículo 15

El Fiscal

1. El Fiscal podrá iniciar de oficio una investigación sobre la base de información acerca de un crimen de la competencia de la Corte.

2. El Fiscal analizará la veracidad de la información recibida. Con tal fin, podrá recabar más información de los Estados, los órganos de las Naciones Unidas, las organizaciones intergubernamentales o no gubernamentales u otras fuentes fidedignas que considere apropiadas y podrá recibir testimonios escritos u orales en la sede de la Corte.

3. El Fiscal, si llegare a la conclusión de que existe fundamento suficiente para abrir una investigación, presentará a la Sala de Cuestiones Preliminares una petición de autorización para ello, junto con la documentación justificativa que haya reunido. Las víctimas podrán presentar observaciones a la Sala de Cuestiones Preliminares, de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba.

4. Si, tras haber examinado la petición y la documentación que la justifique, la Sala de Cuestiones Preliminares considerare que hay fundamento suficiente para abrir una investigación y que el asunto parece corresponder a la competencia de la Corte, autorizará el inicio de la investigación, sin perjuicio de las resoluciones que pueda adoptar posteriormente la Corte con respecto a su competencia y la admisibilidad de la causa.

5. La negativa de la Sala de Cuestiones Preliminares a autorizar la investigación no impedirá que el Fiscal presente ulteriormente otra petición basada en nuevos hechos o pruebas relacionados con la misma situación.

6. Si, después del examen preliminar a que se refieren los párrafos 1 y 2, el Fiscal llega a la conclusión de que la información presentada no constituye fundamento suficiente para una investigación, informará de ello a quienes la hubieren presentado. Ello no impedirá que el Fiscal examine a la luz de hechos o pruebas nuevos, otra información que reciba en relación con la misma situación.

Es decir que **la Fiscal de la Corte**, siempre con carácter subsidiario a la Jurisdicción del Estado donde se haya cometido, **podrá abrir investigaciones de oficio si ha recibido “información” sobre la comisión de un crimen competencia de la Corte**; esta información le podrá llegar por cualquier vía admitida en Derecho e incluso por la vía de la entrega de esta misma querrela y sus documentos probatorios.

A partir de ese momento, recepción de la noticia criminis, la Fiscal **“...analizará la veracidad de la información recibida. Con tal fin, podrá recabar más información de ... las organizaciones intergubernamentales o no gubernamentales u otras fuentes fidedignas que considere apropiadas y podrá recibir testimonios escritos u orales en la sede de la Corte.”** Es decir, una vez que se ponga en manos de la Sra. Fiscal dicha inicial información ya el procedimiento quedaría en sus manos y podrá recabar los antecedentes, para realizar las adecuadas corroboraciones, con cualquier ONG, persona o entidad que disponga de datos sobre la ejecución de los crímenes objeto de la presente querrela adoptando aquellas medidas que ella considere oportunas en virtud de la gravedad de los hechos.

Ahora bien, la Jurisdicción de la Corte tiene carácter subsidiario respecto a la de los Estados miembros y ello implica, ex artículo 17 del Estatuto tener presente los siguientes criterios a la hora de determinar si estamos o no ante una situación que obligue, por el principio de subsidiariedad, a actuar a la Corte y que son:

1. La Corte teniendo en cuenta el décimo párrafo del preámbulo y el artículo 1, resolverá la inadmisibilidad de un asunto cuando:

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

b) El asunto haya sido objeto de investigación por un Estado que tenga jurisdicción sobre él y éste haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate, salvo que la

decisión haya obedecido a que no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo;

c) La persona de que se trate haya sido ya enjuiciada por la conducta a que se refiere la denuncia, y la Corte no pueda adelantar el juicio con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 20;

d) *El asunto no sea de gravedad suficiente para justificar la adopción de otras medidas por la Corte.*

2. 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 estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de 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;*

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

3. *A fin de determinar la incapacidad para investigar o enjuiciar en un asunto determinado, la Corte examinará si el Estado,*

debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio.

Es decir, la Corte Penal Internacional solo actuará si los hechos no son debidamente investigados en el Estado en que se hayan denunciado y que tenga jurisdicción para investigarlos.

Cuesta imaginar que España se niegue a investigar unos hechos de la gravedad de los aquí denunciados pero, en todo caso, podemos concluir que:

- i.- España tiene Jurisdicción preferente para investigar estos hechos,

- ii.- España tiene la obligación internacional de investigar estos hechos,

- iii.- España no puede realizar cualquier tipo de investigación de estos hechos sino que ha de realizar una investigación eficaz conforme a los estándares internacionales,

- iv.- En caso de que España se niegue a investigar estos hechos o se declare incapaz de investigarlos puede referir el caso a la Corte, y

v.- En el caso que España se niegue a investigar estos hechos o se declare incapaz de investigarlos pueden ser objeto de investigación por parte de la Corte, a instancia del Fiscal, cuando tenga conocimiento de los mismos por cualquier medio (ex artículo 15.1 y 2 del Estatuto)

Es decir, sea como sea, **existe una obligación por parte de España de investigar los hechos objeto de la presente querrela y, en el supuesto de negarse a ello**, o considerar que los mismos no son constitutivos de delito cuando claramente lo son, o en caso de no realizar una investigación eficaz, **nos encontraríamos con el indeseado supuesto en que cualquier ciudadano presente los hechos a la Sra. Fiscal de la Corte Penal Internacional y que ella, por entender que de la literalidad de los artículos 7 y 8 del Estatuto se desprende la comisión de los delitos denunciados, abra su propia e independiente investigación con las consecuencias que ello tendría tanto para la credibilidad de nuestro sistema de Justicia como para el propio querrellado y quienes le hayan ayudado o co-participado en la comisión de los ilícitos objeto de la presente querrela.**

Dicho en otros términos, **debemos asumir que si los hecho objeto de querrela no son investigados en España lo serán a nivel internacional** debido, principalmente, a que los mismos **son constitutivos, entre otros, de delito de Lesa Humanidad y por la entidad que han alcanzado y el número de seres humanos al que esta conducta afecta.**

Conclusiones:

1º La Jurisdicción española es la encargada de investigar estos hechos y, subsidiariamente, tendría jurisdicción sobre los mismos la Corte Penal Internacional, y

2º Establecida la Jurisdicción no cabe duda que la competencia le corresponde a esta Excma. Sala Segunda de este Tribunal Supremo.

B.- CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS:

Los hechos descritos en el cuerpo de la presente querrela serían constitutivos de:

- i. Delito de lesa humanidad del artículo 607 bis del Código Penal,
- ii. Delito contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado de los artículos 608 y siguientes del Código Penal,
- iii. Delito contra la integridad moral del artículo 173 y siguientes del Código Penal, y

- iv. Delito cometido por funcionario público contra las garantías constitucionales del artículo 542 del Código Penal

El querellado y otros, acordaron con las autoridades turcas la deportación y traslado forzoso de un número indeterminado de personas desde territorio de la UE a territorio turco; esos deportados y/o trasladados forzosos son refugiados que huyen de un conflicto bélico y que, por tanto, deben ser asistidos y protegidos conforme a los tratados internacionales, **hacer lo acordado por el querellado y otros con el gobierno de Turquía implica la comisión de un crimen de lesa humanidad tal cual está previsto en el artículo 607 bis del Código Penal** que preceptúa:

1. Son reos de delitos de lesa humanidad quienes cometan los hechos previstos en el apartado siguiente como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella.

En todo caso, se considerará delito de lesa humanidad la comisión de tales hechos:

1º) Por razón de pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género, discapacidad u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al Derecho Internacional.

2º) *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.*

2. Los reos de delitos de lesa humanidad serán castigados:

(...)

4º) *Con la pena de prisión de ocho a 12 años si deportaran o trasladaran por la fuerza, sin motivos autorizados por el Derecho Internacional, a una o más personas a otro Estado o lugar, mediante la expulsión u otros actos de coacción.*

3. *En todos los casos previstos en el apartado anterior se impondrá además la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre, por un tiempo superior entre tres y cinco años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito y a las circunstancias que concurran en el delincuente.*

Sin perjuicio que, como ya se ha dicho, los hechos son constitutivos, además, de otra serie de delitos que iremos igualmente desarrollando ut infra.

B.i.- CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD:

Con respecto al delito de lesa humanidad entendemos que resulta necesario realizar un análisis de los elementos del mismo, la interpretación doctrinal

y jurisprudencial aplicable así como la concurrencia de todos esos elementos en la conducta del hoy querellado, lo cual haremos de la forma más esquemática posible.

B.i.1.- CONCEPTO Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Los Crímenes de Lesa Humanidad (CLH) se refieren a la comisión de ciertos crímenes inhumanos dentro de un determinado contexto. Es este contexto precisamente el que eleva estos crímenes, que de otro modo formarían parte de la jurisdicción ordinaria, a un ámbito internacional al ser considerados de especial consideración por parte de la comunidad internacional, sin perjuicio de, como se verá posteriormente, los mismos al estar incorporados ya a nuestro ordenamiento forman parte de los delitos a perseguir en el ámbito de nuestra propia jurisdicción.

Desde un punto de vista filosófico son actos de tal gravedad que convulsionan el sentido de la humanidad. Son hechos que dañan la conciencia humana.¹⁸

Los CLH están revestidos de una gravedad que traspasa la de cualquier delito ordinario. ARENDT los consideró *“un ataque contra la diversidad humana como tal, es decir, sobre una característica de la ‘condición humana’ sin la cual las palabras ‘género humano’ o ‘humanidad’ serían*

¹⁸ Christopher Macleod, (2010) “Towards a Philosophical Account of Crimes Against Humanity”, *European Journal of International Law*, 21:2, pp.281-302

despojadas de significado”¹⁹. Para VERNON son una figura de estilo, una metáfora que ayuda a enfatizar, a entender, lo moralmente ultrajante de estos crímenes.²⁰

La primera referencia legal a estos crímenes data de 1915, en una declaración conjunta de Francia, Reino Unido y Rusia en respuesta a la masacre armenia ejecutada por el Imperio Otomano durante la Primera Guerra Mundial en la que murieron entre 200.000 y 800.000 civiles armenios²¹; aunque no fue hasta el final de la Segunda Guerra Mundial cuando se produjo el primer enjuiciamiento por CLH.

La primera codificación de los CLH se introdujo en los estatutos de los tribunales de Núremberg y Tokio en sus artículos 6(c) y 5(c) respectivamente y desde entonces el concepto ha ido evolucionando progresivamente hasta convertirse en una categoría de crímenes cuyo contenido específico consiste en una serie de tipos penales contenidos a su vez en los ordenamientos internos de la mayoría de países como sucede, igualmente, en el caso de España; por lo que para poder diferenciar los CLH de sus homólogos nacionales resulta imprescindible identificar el

¹⁹ Hannah Arendt, (2007) *Eichmann in Jerusalem: A Report of the Banality of Evil*, p.268-9

²⁰ Andrew Altman “Genocide and Crimes Against Humanity: Dispelling some of the fog”, p.306 en Ellen Frankel Paul, Fred D. Miller, Jr., Jeffrey Paul (eds.) (2012) *New Essays in Political and Social Philosophy*, Cambridge University Press

²¹ Para más información sobre estos acontecimientos históricos, ver United National War Crimes Commission (1948), *History of the United Nations War Crimes Commission and the Development of the Laws of War*. “[i]n the presence of these new crimes of Turkey against humanity and civilization, the allied Governments publicly inform the Sublime Porte that they will hold personally responsible for the said crimes all members of the Ottoman Government as well as those of its agents who are found to be involved in such massacres.”; James Bryce y Arnold Toynbee (2000), *The Treatment of Armenians in the Ottoman Empire, 1915-1916: documents presented to Viscount Gey of Fallodon by Viscount Bryce*, Gomidas Institute Books Series

elemento jurisdiccional que permite su elevación y clasificación como un crimen internacional.²²

El artículo 6(c) del Estatuto de Londres definió los CLH como:

*El asesinato, la exterminación, esclavización, **deportación** y otros actos inhumanos cometidos contra población civil antes de la guerra o durante la misma; la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal o en relación con los mismos, constituyan o no una vulneración de la legislación interna del país donde se perpetraron.*

Al respecto, cabe resaltar tres características principales de esta primigenia definición. Primero, la referencia a “cualquier” población civil que se hace en su redacción en inglés indica el ánimo de abarcar aquellos crímenes cometidos contra la propia población de un estado. Segundo, el nexo de unión con un conflicto armado al requerir una conexión con los crímenes de guerra o de agresión. Tercero, el elemento de la magnitud y escala de los hechos, subsumido en el empleo del término “población”.²³

Hay que esperar a la creación de los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia (TPIY) y Ruanda (TPIR) para encontrar un

²² M. Cherif Bassiouni, (2011) *Crimes Against Humanity: Historical Evolution and Contemporary Application*, “Legal Nature”, New York, Cambridge University Press

²³ Robert Cryer, Hahan Friman, Darryl Robinson, Elisabeth Wilmschurst (2010), *An introduction to international Criminal Law and Procedure*, “Crimes Against Humanity”, Cambridge University Press, p.188

nuevo avance en la conceptualización de los CLH. En los estatutos de ambos tribunales se enumera por primera vez una lista de actos prohibidos basados en la Ley Número 10 del Consejo del Control Aliado²⁴.

El artículo 5 del Estatuto del TPIY establece que serán CLH “*cuando éstos han sido cometidos en el curso de un conflicto armado, de carácter internacional o interno, y dirigidos contra cualquier población civil*”. Por su parte, el artículo 3 del Estatuto del TPIR determina que serán CLH “*cuando hayan sido cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil por razones de nacionalidad o por razones políticas, étnicas, raciales o religiosas*”. Ambas definiciones guardan un alto grado de similitud y únicamente las separan dos detalles.

El Estatuto del TPIY establece como requisito la existencia de un conflicto armado mientras que por su parte el Estatuto del TPIR exige la concurrencia de motivos discriminatorios, que serían los que concurrirían en el presente caso.

El concepto de CLH que promueve el Estatuto de Roma de creación del Tribunal Penal Internacional (TPI) en su artículo 7 define contextualmente los CLH: “*cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque*”²⁵ Además, completa la lista de acciones consideradas CLH²⁶ y

²⁴ Se incluyen: el asesinato u homicidio intencional, exterminio, esclavitud, deportación, encarcelamiento, tortura, violación, persecución por motivos políticos, raciales o religiosos, otros actos inhumanos.

²⁵ Ver nota 6. p.190

TERMINA RECHAZANDO LOS REQUISITOS DE CONEXIÓN CON UN CONFLICTO ARMADO Y DE CONCURRENCIA DE MOTIVOS DISCRIMINATORIOS. Decisión hoy en día muy arraigada²⁷, y que EL PROPIO TPIY HA ADMITIDO EN NUTRIDA JURISPRUDENCIA QUE LA CONEXIÓN CON UN CONFLICTO ARMADO SE TRATÓ DE UNA DESVIACIÓN DEL DERECHO CONSUECUDINARIO.²⁸ Al igual que la sala de apelación del TPIR ha admitido que la restricción establecida por el Estatuto de dicho tribunal solo se refiere a éste y que el requerimiento de la concurrencia de motivos discriminatorios se refiere en todo caso al ataque considerado de manera general por lo que no es requisito en ningún caso que exista una intención discriminatoria por parte del autor de los hechos.²⁹ **EL NEXO CON UN CONFLICTO ARMADO Y EL REQUISITO DEL ÁNIMO DISCRIMINATORIO QUEDARÍAN POR LO TANTO FUERA UMBRAL CONTEXTUAL DE LOS CLH** lo que decimos a los efectos de la presente querella porque, para cometer un crimen de lesa humanidad, no es necesario que el autor sea parte de un conflicto armado toda vez que el mismo también se puede cometer en tiempo de paz, tal cual se desarrollará ampliamente *ut infra*.

B.i.2.- LAS CLÁUSULAS UMBRAL (DENOMINADOS CHAPEAU ELEMENTS)

Existen una serie de elementos contextuales que deben probarse en cada caso además de los elementos específicos del crimen (asesinato, tortura,

²⁶ Ver artículo 7 del Estatuto de Roma: se añaden las deportaciones forzadas, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado, la esterilización forzada, la violencia sexual, las desapariciones forzadas de personas y el crimen de apartheid.

²⁷ Ver nota 6. pp.191-2

²⁸ Tadic ICTY T. Ch. II 07.05.1997 para. 627; Tadic ICTY A. Ch. 15.07.1999 para. 282-8.

²⁹ Ver nota 6.

deportación, traslado forzoso de personas, etc.) para que se pueda considerar que estamos ante un CLH. Desde su primera concepción los CLH han sido crímenes revestidos de una gran escala y gravedad - como ocurre en el caso que nos ocupa, excluyendo hechos aislados.

Estos elementos establecen el contexto para el delito específico y por lo tanto identifican qué cuestiones merecen un especial castigo. Las cláusulas umbral referidas al contexto en el que deben producirse los CLH, reflejo de sus distintas codificaciones así como del derecho internacional consuetudinario, son:

- (a) la existencia de un ataque,
- (b) la necesidad de un vínculo entre los actos del acusado y el ataque,
- (c) la generalidad o sistematicidad del ataque,
- (d) la población civil como objetivo del ataque,
- (e) el conocimiento de la producción de dicho ataque por parte del acusado, y
- (f) la existencia de una política de Estado.

Y cuando se habla de ataque también ha de entenderse de aquellas otras formas de ataque - como veremos ut infra - a los derechos de los civiles afectados, que en el caso que nos ocupa haría referencia a las deportaciones masivas y a su traslado forzoso a territorio extra-comunitario.

Analizaremos los términos y su correcta interpretación:

- **Ataque:**

Debemos entender aquí el empleo de este término de una manera distinta a como se utiliza en los crímenes de guerra, sino como un **requisito mínimo en cuanto al número de víctimas o actos**³⁰. También indica la necesidad de un hilo conductor entre los ataques, para que puedan ser descritos de manera conjunta como “ataques dirigidos” contra la población civil. En ningún caso actos aislados por parte de individuos podrían constituir CLH pero, **en el presente caso concurre plenamente este elemento toda vez que el contrato firmado por, entre otros, el querellado con Turquía lo que pretende y consigue es un traslado y/o deportación masiva de miles de refugiados desde un Estado a otro**. Esto entra en relación directa con otro de los elementos analizados más abajo: la política de estado o, como ocurre en el caso que nos ocupa, la política de un conjunto de estados.

- **Vínculo entre el acusado y el ataque:**

Respecto de la persona acusada, es necesario que haya cometido uno de los actos prohibidos, que dicho acto pertenezca objetivamente a un ataque más amplio y que ésta sea consciente del contexto más amplio en que tiene

³⁰ Art. 7(2)(a) Estatuto del TPI; Kunarac ICTY T Ch. II 22.02.2001 par. 415, Krnojelac ICTY T. Ch. II 15.03.2002 par. 54; Kayishema ICTR T. Ch. II 21.5.1999 par. 122

lugar el acto. Un acto concreto puede constituir CLH si pertenece a un ataque³¹ **entendiéndose por ataque toda aquella violación a los derechos garantizados a los civiles y personas especialmente protegidas en caso de conflicto armado**, que es justamente lo que aquí está sucediendo. En el caso que nos ocupa no cabe duda acerca del vínculo entre los diversos actos del querrellado, hasta llegar a la firma del contrato del pasado 18 de marzo de 2016 con el ataque que consiste en la deportación y/o traslado masivo de refugiados de un Estado a otro.

- **Generalizado o sistemático:**

La referencia a un ataque generalizado o sistemático conlleva un requisito adicional, que **el ataque sea o bien sistemático, o bien generalizado**, aunque en cualquiera de los casos siempre ha de concurrir en conexión con un ataque, implicando al menos un modesto grado de escala y organización.

El término “generalizado” en sus distintas definiciones hace siempre referencia a la gran magnitud o escala del ataque, conllevando un gran número de víctimas aunque nunca se ha establecido un umbral numérico³².

³¹ Tadic ICTY A.Ch.15.7.1999 par. 271. Semanza ICTR T. Ch 15.05.2003 par. 326: Para determinar si un acto es parte de un ataque es necesario tener en cuenta los objetivos, naturaleza o consecuencias. Krnojelac ICTY T. Ch. II 15.03.2002 par. 127. Kunarac ICTY A. Ch. 12.06.2002, par. 96; Blaskic ICTY A. Ch. 29.07.2004 par. 101.

³² Tadic ICTYT. Ch. II 07.05.1997 par.206, Kunarac ICTY T.Ch. II 22.02.2001 par.428. Definitions vary slightly from case to case. A rather stringent standard, which is probably excessively high, is set out in Akayesu and other cases: ‘massive, frequent, large scale action, carried out collectively with considerable seriousness and directed against multiple victims’: Akayesu ICTR T. Ch. I 02.09.1998 para. 580; Musema ICTR T. Ch. I 27.01.2000 para. 204.

En el caso que nos ocupa es evidente que estamos ante una violación (ataque) sistemática de la protección debida a estos civiles afectados por el conflicto de Siria y otros países y ello porque afecta a todos cuantos huyen del mismo y, además, es generalizado porque se dirige en contra de todo aquel que llegue a Europa procedente de dichos conflictos.

Por su parte, el término “sistemático” ha sido definido de varias maneras aunque generalmente hace referencia al alto nivel de organización, patrones claros de conducta, planificación y objetivos o el empleo de importantes recursos para llevar a cabo el ataque³³.

En el caso que nos ocupa, no cabe mayor sistematización que aquella que surge del propio contrato firmado entre el Consejo de Europa y Turquía por cuanto en el mismo se sistematiza la aplicación de las medidas constitutivas del delito por el cual nos venimos querellando.

Es decir, estamos ante un caso en el cual se cumple con ambos requisitos legales y, además, no cabe duda que se ha actuado de forma sistemática porque, tal cual se describe ut supra, se ha gestado una serie de informes y acuerdos mediante los cuales se pretende dar la apariencia de legalidad para, a través de los mismos documentos, planificar lo que luego será de aplicación general a todos los refugiados que entren en Europa.

³³ Para ver las distintas definiciones: Akayesu ICTR T. Ch. I 02.09.1998 par. 580. 42 Blaskic ICTY T. Ch. 03.03.00 par. 203. Ver también Ambos and Wirth, ‘The Current Law’ 18-20. Tadic ICTY T.Ch.II 07.05.1997 par.648; Kunarac ICTY T.Ch.II 22.02.2001 par.429; Ntakirutimana ICTR T.Ch.I 21.02.2003 par. 804.

- **Población civil**

La noción de “población civil” denota por un lado que deben ser crímenes cometidos contra civiles, no combatientes, así como tener un número elevado de víctimas, quedando fuera los crímenes aislados contra individuos. Son crímenes de naturaleza colectiva aunque ello no significa que toda la población en su conjunto deba ser objeto del ataque.

La jurisprudencia ha dado una interpretación expansiva al término “civil” que por un lado, admite que solo sea necesario que la población sea “predominantemente de naturaleza civil”³⁴, y con ello permite que la presencia de no-civiles no cambie el carácter de la población³⁵. Por otro lado, la interpretación más laxa del término ha llevado a incluir a aquellos que ya no forman parte de las hostilidades en el momento de producirse los crímenes (combatientes desmovilizados, fuera de combate, etc.).³⁶ En este sentido se puede concluir que la referencia a la población civil tiene el claro objetivo de excluir las acciones militares contra objetivos legítimos reguladas en el derecho internacional humanitario³⁷, con las consecuencias que ello tiene a la hora de delimitar el ámbito de aplicación de esta figura delictiva pero que, en el caso que nos ocupa no afecta ni a la tipificación de

³⁴ Ver nota 6; Antonio Cassese, ‘Crimes Against Humanity’ in Cassese, *Commentary*, p.375; Antonio Cassese (2003) *International Criminal Law*, Oxford, pp.85–91

³⁵ Tadic ICTY T. Ch. II 07.05.1997 par. 638; Kordic ICTY T. Ch. 26.02.2001, par. 180; Kunarac ICTY A. Ch. 12.06.2002 par. 91.

³⁶ Tadic ICTYT.Ch. II07.05.1997par.643; Kordic, ICTYT.Ch.26.02.2001 par.180. Un miembro activo de las fuerzas armadas u organización continua siendo combatiente incluso cuando no está armado o en combate y por ello puede ser atacado de forma legal por otra parte en conflicto. Ver p.e. Blaskic ICTY A. Ch. 29.07.2004 par. 114; Ver también: Guenaël Mettraux, (2002) “Crimes Against Humanity in the Jurisprudence of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda” *Harvard International Law Journal* 43:237, pp.245–50.

³⁷ Ver nota 6. p.194

la conducta ni a la atribución de la responsabilidad criminal, si bien a nivel indiciario en estos momentos.

En el presente caso, no cabe duda alguna que estamos hablando de civiles y así lo acreditamos mediante la documental que se aporta junto con la presente querrela; en todo caso, creemos que el hecho de tratarse de civiles es algo público y notorio que, a estas alturas, no resulta necesario acreditar pero, de considerarse que es necesario hacerlo basta una remisión expresa a los contratos mediante los cuales se perfecciona el delito aquí imputado.

- **Mens rea (elemento subjetivo del tipo)**

En el derecho anglosajón el *mens rea* (elemento mental) equivaldría al elemento subjetivo del tipo en el ordenamiento español.

Se refiere a la necesaria intencionalidad por parte del sujeto que debe conocer el contexto amplio en el que se enmarca la acción: un ataque sistemático o generalizado contra la población civil, unas deportaciones masivas de civiles o un traslado forzoso de civiles de una zona segura a otra que no lo es.

La jurisprudencia de los Tribunales Internacionales establece que el sujeto debe tener un simple conocimiento aproximado de esta

circunstancia³⁸ y no es necesario que comparta los objetivos del ataque³⁹ aún cuando en el caso que nos ocupa también parece que comparte los objetivos de dicho ataque contra la población civil, entendiendo ataque en los términos antes expuestos y ya desarrollado por la Jurisprudencia internacional.

En el supuesto que aquí nos ocupa el conocimiento que el querellado tiene no se puede establecer como “aproximado” porque resultaría inaudito que todo un Presidente de un gobierno no conociese en profundidad las consecuencias de sus actos, aún cuando no lo descartamos y nos comprometemos a acreditarlo en fase de instrucción y plenario, sin perjuicio de los documentos probatorios que se adjuntan al texto de la presente querrella.

En todo caso creemos que existen hechos públicos y notorios, como son las propias manifestaciones públicamente realizadas por el querellado, en las cuales se refleja expresamente su conocimiento sobre lo contratado, sus consecuencias y la propia intencionalidad subyacente a dicho contrato.

- **Política de un estado**

³⁸ Tadic ICTY T. Ch. II 07.05.1997 par.657; Kunarac ICTY A. Ch. 12.06.2002 par.102; Blaskic ICTY T. Ch. I 03.03.2000 par.251; Krnojelac ICTY T. Ch. II 15.03.2002 para. 59; ver también Finta [1994] I SCR 701 at 819.

³⁹ Kunarac ICTY A. Ch. II 22.02.2001, para.103

La jurisprudencia no internacional, de distintos países, sobre CLH ha recogido frecuentemente el requisito de la política de estado.⁴⁰ En ningún caso se pueden considerar CLH los actos aislados y aleatorios de individuos, es imprescindible una conexión entre los actos. Es necesario que los actos sean dirigidos, instigados o promovidos por alguien más que meros individuos. El concepto nace de la necesidad de dejar fuera del espectro de los CLH delitos que puedan llegar a tener un carácter generalizado pero inconexo y que por lo tanto no reflejan la intención de la norma, como una oleada de violencia o una situación de violencia, desorden y anarquía tras un desastre natural; visión que tuvo su reflejo en las primeras resoluciones de los Tribunales Internacionales.⁴¹

Al promover la disyunción entre los conceptos “generalizado” y “sistemático”, durante la Conferencia de Roma surgió una gran preocupación ya que se podía correr en la inclusión de crímenes precisamente generalizados aunque inconexos.⁴² Para evitar estos posibles escenarios se introdujo el apartado (2)(a) en el artículo 7, que menciona expresamente la necesaria concurrencia de “una política de un estado o de una organización”. Se entiende entonces que “sistemático” conforma el umbral máximo mientras que “política de estado” se convierte en el

⁴⁰ Algunos ejemplos: *Altstotter* VILRTW C1; *Brandt (The Doctors' Trial)* IVLRTW C91 (US Military Tribunal); *Barbie*, Court of Cassation, 6 December 1983, 78 ILR 124 (Francia); *Menten* 75 ILR 362–63 (Holanda); *Finta* [1994] 1 SCR 701 at 814 (Canadá); *Polyukhovic* 172 CLR 501 (Australia); *Pinochet* (No. 3), [1999] 2 All ER 97 (Reino Unido) (Lord Hope, Lord Millet; ver *contra* Lord Browne-Wilkinson). Para más detalles en los ejemplos consultar: William A. Schabas, (2008) “Crimes Against Humanity: The State Policy or Plan Element”, en Leila Nadya Sadat ed., *Essays in Honor of M. Cherif Bassiouni*, pp. 348-50

⁴¹ Commission of Experts (former Yugoslavia), (1992), *Final Report of the Commission of Experts Established Pursuant to Security Council Resolution*, 780 UN Doc. S/1994/674, p.23; Commission of Experts (Rwanda), *Final Report of the Commission of Experts Established Pursuant to Security Council Resolution 935* (1994), UN Doc. G/SO 214, par. 135; ILC, *Report on the work of its forty-eighth session* (ILC draft Code), UN Doc A/51/10, pp.93 y 95–6; ver: Final Report on Systematic Rape, *Sexual Slavery and Slavery-like Practices During Armed Conflict*, (1998), UN Doc. E/CN.4/Sub.2/ 1992/13 Ver: Tadic ICTY T. Ch. II 07.05.1997 par. 644; Bagilishema ICTR T. Ch. I 07.06.2001 par. 78.

⁴² Ver nota 6. p.196

extremo opuesto, el requisito mínimo para que los hechos ocurridos se consideren CLH.

En la actualidad existe un debate en torno a este elemento que ha provocado la división de la jurisprudencia y del pensamiento académico a este respecto, cuestión que será abordada en profundidad más adelante.

BASSIOUNI define el concepto de política de un estado como una conducta ilegal llevada a cabo por actores estatales utilizando el poder y recursos estatales amparados en la legalidad vigente para cometer conductas dañinas contra la población civil. Esto incluye tanto a individuos como a grupos capaces de usar los poderes y recursos del gobierno para institucionalizar la violencia contra la población civil, debiéndose tener presente que la violencia contra la población civil - ex artículo 607 bis de nuestro Código Penal - también se ejerce por la vía de la deportación y del traslado forzoso de esas personas especialmente protegidas. Termina mencionando que en ocasiones son situaciones de gobierno mediante el terror aunque **la mayor parte de las veces se abusa del poder de una manera mucho menos visible pero que igualmente causa un gran daño a seres humanos indefensos parte de la población civil**⁴³, exactamente lo que sucede con los actos y hechos objeto de la presente querrela.

Es patente que estamos ante una política de Estado porque la decisión la toma y ejecuta el Presidente del Gobierno, si bien aún en funciones, y compromete al Estado en un contrato a todas luces criminal, en el sentido

⁴³ Ver nota 5. p. 14

de instrumento para la perfección de un crimen de lesa humanidad. Es cierto que el querellado no representa a la ciudadanía, tanto por tratarse de un Presidente en funciones como por no representar el sentir mayoritario del pueblo español, no cabe duda que estamos ante un "acto de Estado" o "política de Estado" en su más clara definición al usarse los instrumentos propios del Estado, incluso sus recursos económicos, para perfeccionar el hecho delictivo.

- **El elemento político en los CLH**

Existe un gran debate a cerca de la naturaleza de las políticas y planes de estado en los CLH, si debe ser considerado como uno de los elementos definitorios de estos crímenes o por el contrario si solo debe tomarse en cuenta como un mero elemento probatorio.

La sala de apelaciones del TPIY aborda esta cuestión en el caso *Kunarac* en lo que ha terminado convirtiéndose la manifestación más conocida de una de las posturas en torno a este debate. El TPIY concluyó que una política o plan del estado no es requisito en los CLH aún cuando en el presente caso sí que se da. Kunarac fue condenado por CLH aunque los hechos que lo motivaron no eran necesariamente atribuibles a una política o plan del estado. En ese caso, el tribunal obró con la intención de ampliar el espectro de actuación de los CLH para de esta forma abarcar también a los actores no estatales:

*En contra de las alegaciones del demandante, ni el ataque ni los actos del acusado necesitan el soporte de ninguna forma de “política” o “plan”. No existe ninguna referencia en el Estatuto [del TPIY] o en el derecho internacional consuetudinario en el momento de la comisión de los hechos que exprese el requisito de de probar la existencia de un plan o política para cometer estos delitos. Como se indica más arriba, **la prueba de que los ataques estaban dirigidos contra población civil y de que se llevaron a cabo de manera sistemática o generalizada son los elementos legales del delito.** Pero para probar estos elementos **no es necesario mostrar que fueron el resultado de la existencia de una política o plan.** Puede resultar útil para establecer que el ataque iba dirigido contra población civil y que era sistemático o generalizado (especialmente esto último) que existía una política o plan, pero es posible probar estas cuestiones en relación con otros patrones. Por lo tanto, la existencia de una política o plan puede ser relevante desde el punto de vista probatorio, pero no es un elemento legal del delito.⁴⁴*

A pesar de ello, lo cierto es que la primera codificación de los CLH –en el Estatuto de creación del Tribunal Militar Internacional (TMI) – no hace una referencia expresa al elemento de la política o plan, pero debemos entender que es inherente al propio concepto de CLH, al menos si atendemos al desarrollo de la Comisión de Crímenes de Guerra de Naciones Unidas y posteriormente de la Conferencia de Londres.

⁴⁴ (traducción propia)

E incluso más, desde el inicio del siglo XX la mayor parte de las políticas de estado que han resultado en graves violaciones de derechos humanos se han cometido en relación con cuatro factores fundamentales: el poder, la ideología, el terror, y la manipulación del derecho.

En el caso que nos ocupa, todos estos elementos se dan como se desprende de los hechos de esta querrela; estamos ante una decisión emanada desde el poder, sustentada ideológicamente por el querrellado, que siembra el terror por vía de la deportación y del traslado forzoso de civiles y personas, en muchos casos, especialmente protegidas en caso de conflicto armado, y, finalmente, que se hace sobre una clara manipulación del Derecho dándole apariencia de legalidad a un contrato que es no solo inmoral sino, específicamente, criminal.

Desde la Segunda Guerra Mundial, los regímenes totalitarios así como las dictaduras han puesto en marcha leyes con apariencia legítima para llevar a cabo estrategias y tácticas de aterrorizamiento.⁴⁵ Y, salvo contadas excepciones, todos los enjuiciamientos han implicado a individuos que actuaban en beneficio de un Estado o siguiendo una política de estado o bien de una organización paraestatal con control del territorio y en un intento de conseguir el poder político, como el caso de la República Srpska durante la guerra en Bosnia.

Un buen ejemplo de la importancia de la política de Estado es el Informe de la Comisión Investigadora sobre Darfur establecida en 2004 por

⁴⁵ Ver nota 5. p.14-15

Naciones Unidas y presidida por Antonio CASSESSE. En respuesta a la pregunta del Consejo de Seguridad sobre si habían tenido lugar actos de genocidio, la comisión dijo que “el Gobierno de Sudan no ha seguido una política de genocidio”⁴⁶, ahondando en su postura la comisión expuso:

*"No obstante, un elemento esencial parece estar ausente, al menos en lo que respecta a las autoridades del Gobierno central: la intención genocida. En términos generales, la política de atacar, matar o desaparecer forzosamente miembros de algunas tribus no manifiesta una intención específica de aniquilar, por completo o en parte, a un grupo por su origen racial, étnico, nacional o religioso. Más bien, parecería que aquellos que han planeado u organizado los ataques a los poblados buscaban expulsar a las víctimas de sus hogares, principalmente por motivos relacionados con la guerra contra-insurgencia*⁴⁷.

SCHABAS argumenta que la Comisión de Darfur no contradujo la jurisprudencia de la Sala de Apelaciones del TPIY, y no excluyó la posibilidad de que un individuo actuando solo pueda cometer actos de genocidio. Lo que hizo fue buscar una respuesta sobre si se cometieron actos de genocidio en Darfur a través de la existencia o no de una política del Estado de Sudán.⁴⁸ Otro caso similar es el de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en relación con la demanda por parte de Bosnia Herzegovina contra Serbia y sus aliados Bosnios por limpieza étnica o genocidio. La

⁴⁶ (traducción propia) S.C. Res. 1564, T 12, U.N. Doc. S/RES/1564 (Sept. 18, 2004).

⁴⁷ International Commission of Inquiry on Darfur, (Jan. 25, 2005) *Report of the International Commission of Inquiry on Violations of International Humanitarian Law and Human Rights Law in Darfur*, 518, U.N. Doc. S/2005/60

⁴⁸ William A. Schabas (2008) “State Policy as an Element of International Crimes”, *Journal of Criminal Law and Criminology*, 9:98

respuesta del CIJ fue en líneas similares a la de la Comisión de Darfur, buscando igualmente en el elemento de una política de Estado⁴⁹.

El *chapeau* del artículo 6 del Estatuto del TMI especificaba que los acusados debían de actuar “*en defensa de los intereses de los países del Eje Europeo [...] ya fuera individualmente o como miembros de organizaciones*”, aunque nunca abordó la cuestión de la necesaria existencia de una política o plan de manera directa ya que resultaba obvio en aquel caso, es por todos conocido qué régimen Nazi había diseñado un plan tremendamente minucioso de exterminio.

Lo que hace de los crímenes contenidos en el Artículo 6(c) y posteriores redacciones parte de un crimen internacional es su nexos con el elemento internacional, y al eliminar el nexos con el conflicto armado, el único que queda es la política de Estado. Es por ello un elemento indispensable que garantiza la inclusión como crímenes de categoría internacional lo que de otro modo serían meros crímenes nacionales. Siguiendo esta misma línea, Fiscal General Robert Jackson, Delegado Estadounidense en la Conferencia de Núremberg, expresó:

"De manera general no consideramos que los actos de un gobierno contra sus propios ciudadanos merezcan nuestra intervención. Estamos ante unas desgraciadas circunstancias en nuestro propio país en las que las minorías son injustamente tratadas. Pensamos que es justificable nuestra intervención o nuestro intento de castigar a los

⁴⁹ Ver nota 31

*individuos o Estados únicamente porque los campos de concentración y deportación se construyeron persiguiendo un plan o una iniciativa común para librar una guerra injusta o ilegal en la que nos vimos envueltos. No vemos otras bases para justificar nuestra intervención sobre las atrocidades que fueron cometidas en Alemania, bajo el derecho alemán o incluso violando el derecho alemán.*⁵⁰

Por otra parte, la propia noción de ataque “sistemático o generalizado” contra la población civil según está formulado en los Estatutos de los Tribunales *ad hoc* y **en el Estatuto de Roma hace referencia no solo a la manera en la que se produce la victimización a gran escala, también caracteriza los medios o métodos empleados para ello. Es esta política subyacente la que diferencia los crímenes ordinarios de los CLH, justamente la que se da en el presente caso toda vez que se parte de una confluencia de voluntades políticas para generar una acción y resultado criminal.**

Indudablemente la postura sostenida por el TPIY hubiera sido más sólida si hubiera hecho referencia en sus razonamientos a alguna condena por CLH contra un actor no estatal sin que mediara el elemento de la política o plan estatal. El problema es que tal escenario aún no se ha producido.⁵¹ Por otro lado, la sala de apelaciones del TPIY omite expresamente cualquier referencia al artículo 7(2) del Estatuto de Roma, algo que no deja de

⁵⁰ Justice Jackson, United States Delegate, London Conference, Minutes 23, 1945, *en* Report of Robert H. Jackson, United States Representative to The International Conference On Military Trials 333 (1949).

⁵¹ William A. Schabas, “Crimes Against Humanity: The State Policy or Plan Element”, *en* Leila Nadya Sadat ed. (2008), *Essays in Honor of M. Cherif Bassiouni*, p.350

sorprender cuando el mismo tribunal no ha dudado en citar esta misma fuente como una autoridad de derecho consuetudinario en otros asuntos.⁵²

El hecho de evitar a toda costa la mención a este precepto, que hubiera puesto seriamente en jaque la postura del tribunal, ciertamente no fortalece la credibilidad de esta postura dentro del debate.

- **Actores no estatales y paraestados**

Existe un segundo debate en torno al elemento político dentro de los CLH directamente relacionado con la interpretación de la definición del Estatuto de Roma. En su artículo 7(2)(a) el Estatuto establece que:

*Por ‘ataque contra una población civil’ se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política.*⁵³

La falta de concreción en torno a qué entender por “Estado” u “organización” ha provocado una gran flexibilidad interpretativa en torno a estos conceptos. El mayor debate surge en torno a qué debemos entender por “organización” y hasta qué punto resulta aceptable estirar

⁵² Ver nota 31

⁵³ Énfasis añadido, Rome Statute of the International Criminal Court art. 7(2), U.N. Doc. A/CONF.183/9 (July 17, 1998).

el concepto. Una parte de la doctrina entiende que el artículo 7 extiende el significado de los CLH para abarcar por primera vez a los actores no estatales, una visión que ha ganado importantes adeptos tras acontecimientos como el 11-S y que precisamente abogan por la inclusión de los grupos terroristas dentro de los CLH basándose en una interpretación flexible y expansiva del precepto.

ROBINSON entiende que *“mientras haya algún tipo de entidad organizada que dirija, instigue o promueva crímenes entonces no estamos ante meras ‘olas de crimen’ espontáneas fruto de actos inconexos de individuos”*⁵⁴. Según esta perspectiva mientras no sean actos aleatorios no importa qué tipo de organización, pública o privada, esté detrás.

SADAT, por otro lado, critica severamente la importancia que se está dando al elemento de la política de estado, ya que *“un excesivo énfasis en su aplicación resultará en una limitación en cuanto al alcance y aplicabilidad de [los CLH] tan severa, que se convertirá en un crimen como el de genocidio, tan difícil de probar que su utilidad general se verá gravemente limitada”*.⁵⁵

Aunque esta perspectiva pueda parecer muy atrayente a primera vista al abarcar a los grupos terroristas lo cierto es que es una postura difícil de sostener por lo que veremos ut infra y que, en todo caso, no afecta al caso

⁵⁴ Darryl Robinson (2011), *Essence of Crimes Against Humanity Raised at ICC*, Blog Of The Eur. J. of Int'l L., <http://www.ejiltalk.org/essence-of-crimes-against-humanity-raised-by-challenges-at-icc>

⁵⁵ Leila N. Sadat, *Emerging from the Shadow of Nuremberg: Crimes Against Humanity in the Modern Age*, Wash. Univ. In St. Louis Sch. Of Law, pp. 16–18 (Wash. Univ. in St. Louis Legal Studies Paper Ser. No. 11-11-04, 2012), disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2013254

que nos ocupa donde es clara la presencia del elemento estatal en la comisión de los crímenes por los cuales nos venimos querellando.

BASSIOUNI, Presidente del Comité de Redacción en la Conferencia de Roma que ultimó la redacción del artículo 7(2), sostiene una visión mucho más restrictiva, y atendiendo a la literalidad del precepto la palabra “política de una organización” no se referiría en ningún caso a la política de una organización sino a las de un Estado, como a una parte de su ejército, servicio de inteligencia, policía u otras organizaciones similares que pertenecen al aparato de un Estado. Y concluye que en ningún caso la voluntad del legislador fue referirse a los actores no estatales puesto que al estirar el concepto hasta incluirlos alteraría significativamente el significado de CLH eliminando el elemento internacional necesario para convertir a estos crímenes, de otra forma domésticos, en CLH.⁵⁶ De este modo la mafia podría ser acusada de CLH en el CIJ, algo que desde luego no parece la intención del legislador internacional y, tampoco, del nacional a los efectos de lo que aquí venimos planteando.

SCHABAS está en gran medida de acuerdo con la postura de BASSIOUNI y sostiene que la intención de los redactores del Estatuto de Roma no pudo ser dar tanta amplitud al concepto de CLH ya que la jurisprudencia internacional al respecto así como los ejemplos de enjuiciamientos en distintos países reflejan que siempre se trata de atrocidades apoyadas por un Estado. Aunque propone un punto intermedio entre las posturas expuestas hasta ahora y es la interpretación del término “organización”

⁵⁶ M. Cherif Bassiouni, (2005). *The Legislative History of The International Criminal Court: Introduction, Analysis and Integrated Text*, pp.151–52 See also M. Cherif Bassiouni, (2d rev. ed. 1999). *Crimes Against Humanity*, pp.243–81

como una manera de incluir a aquellas organizaciones que operan con ciertas características de un Estado: paraestados (state-like actors).⁵⁷

En el caso que nos ocupa no se dan estos presupuestos porque estamos, claramente, ante la actuación de un Presidente de Gobierno, si bien en funciones, así como de un conjunto de voluntades todas ellas de ámbito estatal por lo que no resulta necesario extenderse en este apartado.

- **El control *de facto* del territorio**

Ahondando en la postura de SCHABAS, que representa un punto intermedio que busca adaptarse a las nuevas realidades sociales apegándose al espíritu del Estatuto de Roma, solo cuando un grupo tuviera las mismas o similares características a las de un Estado se podría extender la responsabilidad por CLH a estos grupos.

Con características similares a las de un Estado nos referimos al control *de facto* de un territorio y/o sobre su población civil, y si tiene una estructura civil y/o militar capaz de desarrollar políticas similares a las de un Estado.⁵⁸

En el caso que nos ocupa este elemento también se encuentra presente porque es un contrato firmado por una serie de gobiernos, entre los que se encuentra el del querellado, y todos ellos no solo tienen un control

⁵⁷ Ver nota 6. pp.27-8 y nota 27

⁵⁸ Ver M. Cherif Bassiouni, (2008), "The New Wars and the Crisis of Compliance with the Law of Armed Conflict by Non-State Actors", *Journal of Criminal Law & Criminology*, 98:711

efectivo sobre un determinado territorio sino que, además, es desde ese territorio desde donde construyen su acción criminal en contra de una población civil definida internacionalmente como “personas especialmente protegidas en caso de conflicto armado”.

BASSIOUNI aporta unas reflexiones interesantes en este sentido, según su criterio, el requisito de similitud entre las características de un Estado y de los actores no estatales es esencial para evitar la inclusión de conductas de determinadas organizaciones criminales de carácter doméstico dentro de los CLH. Se refiere en concreto a organizaciones terroristas o bandas criminales. Entiende que debe excluirse en todo caso el daño colateral a civiles que se da como consecuencia de actividades de crimen organizado cuyo objetivo principal es el enriquecimiento propio. En cambio, la diferencia en cuanto al terrorismo es más delicada al entrar en juego objetivos relacionados con el poder y que podrían incluir como blanco, indiscriminado o no, a civiles.

Las entidades que operaban en la guerra de Bosnia, como la *Republika Srpska*, el caso de Hamas en Palestina o el de las FARC en Colombia, son ejemplos reconocidos de entidades con características similares a las de un Estado. En relación con el primer caso BASSIOUNI argumenta que los grupos paramilitares operaban bajo varios niveles de control de los respectivos estados y estados putativos que apoyaban. Estos grupos participaban en la organización de crímenes a gran escala a la vez que llevaban a cabo una política de limpieza étnica que en muchos casos implicó también el uso sistemático de la violación. Y no cabe duda de que esta prácticas son CLH. El PTIY adoptó una postura similar en un caso

anterior al *Kunarac*. En el caso *Tadic*, el tribunal sostiene los siguientes argumentos:

Existe una cuestión añadida en relación con la naturaleza de la entidad que se sitúa tras la política. El concepto tradicional es que no solo debe estar presente una política pero que esta política debe ser de un Estado, como en el caso de la Alemania Nazi. La opinión predominante, tal y como explica uno de los ponentes, es que los Crímenes de Lesa Humanidad, como crímenes de naturaleza colectiva, requieren de una política de Estado “porque su comisión requiere el uso de las instituciones estatales, su personal y recursos para cometer o abstenerse de prevenir la comisión de los crímenes especialmente previstos en el artículo 6(c) [del Estatuto de Núremberg]” Mientras esta fue la situación de la Segunda Guerra Mundial, y por lo tanto la jurisprudencia seguida por las cortes que imponían condenas por Crímenes de Lesa Humanidad basándose en los acontecimientos que ocurrieron durante aquel periodo, ya no es el caso. Como primer tribunal internacional en conocer demandas por Crímenes de Lesa Humanidad cometidos tras la Segunda Guerra Mundial, el Tribunal Internacional no se siente atado por la doctrina pasada y debe aplicar el derecho internacional consuetudinario del momento en el que se cometieron los delitos. En este sentido, la legislación relativa a los Crímenes de Lesa Humanidad ha evolucionado hasta incluir a fuerzas, que aunque no sean las de un gobierno legítimo, tienen un control de facto o son capaces de moverse libremente en un territorio definido. El Fiscal alega en esta vista previa que según

*el derecho internacional los Crímenes de Lesa Humanidad pueden cometerse por entidades que ejercen el control de facto de un determinado territorio pero sin el reconocimiento internacional o formal de Estado “de iure”, o por una organización o grupo terrorista.*⁵⁹

Ahora bien, otra forma de aproximarnos al problema viene dada por la vía de cómo se combaten este tipo de crímenes y, para ello nada mejor que atender a las razones que originaron los CLH es decir, **evitar la impunidad de estos crímenes tan graves, que en la mayoría de los casos no son juzgados en los Estados en los que se cometen, permitiendo que sean castigados en cualquier país así como por tribunales internacionales,** podemos apreciar una gran diferencia respecto de los crímenes cometidos por actores no estatales, la mayoría de los cuales son enjuiciados por los propios Estados.

Los Estados muestran un gran interés por llevar ante la justicia los grupos terroristas, rebeldes o mafias que operan en su territorio, y el único papel que juega el derecho internacional es la asistencia jurídica mutua que se brindan los Estados, como ha ocurrido en el caso del Estado español desde siempre.

CASSESE ve una lógica utilitaria en los planteamientos de BASSIOUNI y pregunta a aquellos partidarios de la visión más extensiva de CLH por qué la comunidad internacional crearía un mecanismo tan costoso y sofisticado

⁵⁹ (Énfasis añadido) *Prosecutor v. Tadic*, Case No. IT-94-1-A, Judgment, par. 654 (June 12, 1999).

para juzgar a actores no estatales cuyos crímenes pueden ser adecuadamente tratados por los sistemas jurídicos nacionales⁶⁰.

Los crímenes con víctimas en masa (mass victimization crimes) pueden tener lugar sin que exista una política de estado o sin su equivalente para actores no estatales, pero los CLH no son un cajón de sastre que pretenda abarcar cualquier tipo de daño sufrido por una persona, porque para ello existen las leyes nacionales de los Estados.⁶¹

- **Terrorismo y CLH**

Los Estados modernos tienden a utilizar con gran facilidad el término “terrorista” para referirse a sus oponentes políticos con independencia de la legitimidad que pueda o no tener al ejercer el recurso a la violencia armada⁶². Es el caso de Israel, que etiqueta a Hamas como grupo terrorista y las acciones de sus miembros como terrorismo. De esta manera Israel puede justificar muchas de sus actividades, como la invasión de la Franja de Gaza que llevó a cabo en 2008 -más conocida como la operación *Cast Lead*- como actuaciones en defensa propia.

La falta de una definición acordada en cuanto a qué entendemos por terrorismo hace que este concepto sea en el fondo muy incierto e inseguro.

⁶⁰ Ver nota 34. p.361

⁶¹ Ver nota 5

⁶² Ver M. Cherif Bassiouni, (2008) “‘Terrorism’: Reflections on Legitimacy and Policy Considerations”, *Values & Violence: Intangible Acts Of Terrorism* (Wayne and ed.)

El Comité Independiente de Investigación sobre los hechos ocurridos en Gaza llegó a la conclusión de que Hamas es un actor paraestatal ya que tiene el control *de facto* sobre Gaza y su población, al ser el gobierno democráticamente electo por los Palestinos en 2006 y proporcionar seguridad y garantías sociales a sus ciudadanos, y por lo tanto no se le deben aplicar las normas internacionales sobre terrorismo, tal y como pedía Israel, sino el Derecho Internacional Humanitario con todas consecuencias que ello conlleva.⁶³

Por otro lado, los ataques terroristas hasta ahora han sido delitos castigados por las legislaciones nacionales y enjuiciados igualmente por tribunales nacionales.

Ante la petición de Argelia, India, Sri Lanka y Turquía de incluir el terrorismo dentro de los crímenes sujetos a la jurisdicción del TPI, en particular dentro los CLH⁶⁴, numerosos países se negaron bajo cuatro principales premisas:

- (1) el delito no está bien definido,
- (2) incluiría crímenes que provocarían la politización del tribunal,
- (3) algunos actos de terrorismo no son lo suficientemente serios como para ser conocidos por un tribunal internacional, y

⁶³ Independent Fact Finding Committee on Gaza, (2009) *Report: No Safe Place* (presented to the League of Arab States 30.04.2009)

⁶⁴ Ver A/CONF.183/C.1/L 27.

(4) en términos generales los juicios y penas impuestas por tribunales nacionales se consideran más eficientes que los tribunales internacionales.

Igualmente, numerosos países en vías de desarrollo mostraron su oposición ya que desde su punto de vista se corría el riesgo de que desapareciese la necesaria distinción entre terrorismo y las luchas por la independencia y la autodeterminación de los pueblos bajo dominación colonial o extranjera.⁶⁵

En 1984, en *Tel Oren c. Republica Árabe Libia*, la Corte del Distrito de Columbia decidió que ante la falta de acuerdo internacional sobre la inclusión del terrorismo como un delito bajo el derecho internacional consuetudinario este delito no puede ser sometido a la jurisdicción universal.

El 13 de marzo de 2001, en un caso grave de terrorismo relacionado con Ghaddafi, la Corte Francesa de Casación decidió considerar que el terrorismo no era un crimen internacional que permitiera retirar la inmunidad a los jefes de estado.⁶⁶

La posición más reciente sobre terrorismo y CLH surge tras los atentados del 11-S, calificados por numerosas autoridades como CLH, siendo cada vez más los académicos que están adoptando este punto de vista. Según

⁶⁵ Ver Antonio Cassese, (2001) "Terrorism is also disrupting some crucial legal categories of International Law", *EJIL*, 12:5, pp.993-1001

⁶⁶ Ver texto de la decisión en: Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation, Chambre Criminelle, (2001), no.64, pp. 218-9

CASSESE hay que hacer una distinción entre distintos tipos de terrorismo, y solo el terrorismo transnacional, de financiación o aprobación estatal debería considerarse un crimen internacional y en cualquier caso cuando se llevaran a cabo ataques a gran escala y de extrema gravedad contra civiles y siempre que se cumplan los requisitos de esta categoría de crímenes.⁶⁷

BASSIOUNI por su parte entiende que Al-Qaeda podría entrar dentro de la descripción de paraestado durante el tiempo que tuvo sus cuarteles generales en Afganistán y estuvo bajo la protección del régimen Talibán. Y, por exclusión, mientras que a Al-Qaeda le serían aplicables los CLH a muchos otros grupos etiquetados como terroristas por el contrario no les sería aplicable.⁶⁸ Corremos el riesgo de que gradualmente los estados empiecen a considerar los crímenes más graves de terrorismo como CLH. Si esto llegara a ocurrir la noción de CLH se vería ampliada considerablemente. Surgirían entonces problemas en relación con qué se considera terrorismo, qué entraría dentro de esta categoría y sobre si el TPI debería juzgar delitos graves de terrorismo.⁶⁹

Bi.2.-) INCORPORACIÓN AL DERECHO ESPAÑOL

Los CLH fueron incorporados a nuestro Código Penal (CP) por la Ley Orgánica 15/2003 sobre la base del Estatuto de Roma.⁷⁰ Según el artículo 607 bis:

⁶⁷ Ver nota 48

⁶⁸ Ver nota 5. Para una visión general: Lawrence Wright, (2006) *The Looming Tower: Al-Qaeda And The Road To 9/11*; Steve Coll, (2004), *Ghost Wars: The Secret History Of The Cia, Afghanistan, And Bin Laden, From The Soviet Invasion To September 11, 2001*.

⁶⁹ Ver nota 48 p.995

⁷⁰ El apartado V de la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (27 enero 2003) señala: “Finalmente, otro

1. Son reos de delitos de lesa humanidad quienes cometan los hechos previstos en el apartado siguiente como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella.

En todo caso, se considerará delito de lesa humanidad la comisión de tales hechos:

1º) Por razón de pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género, discapacidad u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al Derecho Internacional.

2º) 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.

2. Los reos de delitos de lesa humanidad serán castigados:

1º) Con la pena de prisión permanente revisable si causaran la muerte de alguna persona.

apartado de especial importancia en la Ley es el relativo a los delitos de la competencia de la Corte Penal Internacional. El Estatuto de la Corte Penal Internacional contiene la regulación de una serie de delitos, que, por su extraordinaria gravedad y trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, son competencia de la Corte: crimen de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y crimen de agresión. El principio de complementariedad, con el que actúa la Corte, parte de la base de la posibilidad de punición interna por parte de los Estados de estos delitos. Para ello es necesario que todas las conductas que se contienen en los distintos preceptos penales del Estatuto estén igualmente incriminadas en el orden interno español. La reforma del Código Penal contenida en el presente Anteproyecto de Ley Orgánica introduce estas nuevas conductas. De esta forma nuestro ordenamiento penal satisface plenamente las exigencias del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.”

2º) *Con la pena de prisión de 12 a 15 años si cometieran una violación, y de cuatro a seis años de prisión si el hecho consistiera en cualquier otra agresión sexual.*

3º) *Con la pena de prisión de 12 a 15 años si produjeran alguna de las lesiones del art. 149, y con la de ocho a 12 años de prisión si sometieran a las personas a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud o cuando les produjeran alguna de las lesiones previstas en el art. 150. Se aplicará la pena de prisión de cuatro a ocho años si cometieran alguna de las lesiones del art. 147.*

4º) CON LA PENA DE PRISIÓN DE OCHO A 12 AÑOS SI DEPORTARAN O TRASLADARAN POR LA FUERZA, SIN MOTIVOS AUTORIZADOS POR EL DERECHO INTERNACIONAL, A UNA O MÁS PERSONAS A OTRO ESTADO O LUGAR, MEDIANTE LA EXPULSIÓN U OTROS ACTOS DE COACCIÓN.

5º) *Con la pena de prisión de seis a ocho años si forzaran el embarazo de alguna mujer con intención de modificar la composición étnica de la población, sin perjuicio de la pena que corresponda, en su caso, por otros delitos.*

6º) *Con la pena de prisión de doce a quince años la desaparición forzada de personas. Se entenderá por desaparición forzada la aprehensión, detención o el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la*

suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola de la protección de la ley.

7º) Con la pena de prisión de ocho a 12 años si detuvieran a otro, privándolo de su libertad, con infracción de las normas internacionales sobre la detención.

Se impondrá la pena inferior en grado cuando la detención dure menos de quince días.

8º) Con la pena de cuatro a ocho años de prisión si cometieran tortura grave sobre personas que tuvieran bajo su custodia o control, y con la de prisión de dos a seis años si fuera menos grave.

A los efectos de este artículo, se entiende por tortura el sometimiento de la persona a sufrimientos físicos o psíquicos.

La pena prevista en este número se impondrá sin perjuicio de las penas que correspondieran, en su caso, por los atentados contra otros derechos de la víctima.

9º) Con la pena de prisión de cuatro a ocho años si cometieran alguna de las conductas relativas a la prostitución recogidas en el art. 187.1, y con la de seis a ocho años en los casos previstos en el art. 188.1.

Se impondrá la pena de seis a ocho años a quienes trasladen a personas de un lugar a otro, con el propósito de su explotación sexual, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima.

Cuando las conductas previstas en el párrafo anterior y en el art. 188.1 se cometan sobre menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, se impondrán las penas superiores en grado.

10º) Con la pena de prisión de cuatro a ocho años si sometieran a alguna persona a esclavitud o la mantuvieran en ella. Esta pena se aplicará sin perjuicio de las que, en su caso, correspondan por los concretos atentados cometidos contra los derechos de las personas.

Por esclavitud se entenderá la situación de la persona sobre la que otro ejerce, incluso de hecho, todos o algunos de los atributos del derecho de propiedad, como comprarla, venderla, prestarla o darla en trueque.

3. En todos los casos previstos en el apartado anterior se impondrá además la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre, por un tiempo superior entre tres y cinco años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito y a las circunstancias que concurran en el delincuente.

La tipificación interna de los CLH difiere en algunos puntos sustanciales con la redacción del artículo 7 del Estatuto de Roma. Y si bien es cierto que es necesario adaptar la redacción del CLH a los principios rectores del Derecho penal español se ha reformado de manera confusa y alejándose de los elementos que constituyen el núcleo central de los CLH. Opinión que comparten importantes voces como GIL GIL, LIÑAN LAFUENTE,

CAPELLÀ I ROIG, LANDA GOROSTIZA o GOMEZ BENITEZ entre otros.⁷¹ Sin ánimo de ser exhaustivos, es necesario mencionar algunas de estas modificaciones que han causado una gran confusión a la hora de interpretar los elementos del tipo, tanto objetivos como subjetivos.

Aunque la redacción española sigue en lo fundamental la estructura internacional del delito, una configuración bipolar en la que el contexto (ataque generalizado o sistemático contra la población civil del que huyen las ahora víctimas de los hechos objeto de querrela) y hecho acompañante (homicidio, asesinato, violación, agresión sexual, lesiones, deportación o traslado forzoso embarazo coactivo, detenciones, tortura, delitos de prostitución o esclavitud) configuran el delito de CLH.

Si atendemos a las redacción del artículo 607 bis, arriba citado, podemos observar que el legislador español ha adoptado una nueva interpretación de la figura de persecución apartándose de la interpretación internacional, que concibe la persecución como uno de los delitos subyacentes o hechos acompañantes (conductas prohibidas), para asimilarlo a un contexto donde se podrían producir los delitos específicos o subyacentes. De este modo el apartado primero del artículo 607 bis plantea tres contextos para los CLH⁷²:

⁷¹ Alicia Gil Gil, en Ambos y Malarino (2003), *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, pp. 384; Margalida Capellà i Roig (2005) *La tipificación internacional de los crímenes contra la humanidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, p.371; Alfredo Liñan Lafuente (2015), *El Crimen Contra la Humanidad*, Madrid, Dykinson, pp. 225-90; Jon-Mirena Landa Gorostiza, (2003) “Nuevos Crímenes Contra la Humanidad: el nuevo delito de lesa humanidad (artículo 607 bis CP 1995) desde una perspectiva intrasistemática”, *Eguzkilore*, 17, pp. 105-119; Jose Manuel Gómez Benítez (2002), “Elementos Comunes de los Crímenes Contra la Humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional”, *Actualidad Penal*, p.1127

⁷² Alfredo Liñan Lafuente (2015), *El Crimen Contra la Humanidad*, Madrid, Dykinson, p.227

Contexto 1: ataque generalizado o sistemático contra la población civil.

Contexto 2: comisión de los delitos subyacentes contra la víctima por razón de su pertenencia a un grupo o colectivo perseguido por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al Derecho Internacional (persecución).

Contexto 3: régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemática de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales con la intención de mantener ese régimen (apartheid).

Se plantea un problema de interpretación del precepto con dos puntos de vista posibles, si debemos entender que los contextos son acumulativos o bien alternativos. En esta primera visión, la de los contextos acumulativos, se enmarcan CONDE PUMPIDO, QUESADA ALCALA Y RODRIGUEZ NUÑEZ⁷³. Interpretan que para que un acto aislado de agresión (delito acompañante) cometido en el marco de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil (contexto 1) cumpla el contexto típico y pueda calificarse como CLH se debe cumplir uno de los dos supuestos el acto debe cometerse por la pertenencia de la víctima a un grupo perseguido por motivos discriminatorios (contexto 2) o en un régimen de apartheid (contexto 3). Ello implicaría que un ataque contra la población civil que no cumpliera con este requisito añadido no podría calificarse como CLH. Es

⁷³ Cándido Conde Pumpido (Dir.), (2004) *Código Penal Comentado*, Barcelona, Bosch; Carmen Quesada Alcalá, (2005) “Corte Penal Internacional y Derecho Interno: el impacto del Estatuto de Roma en la legislación española”, *Revista de Derecho Militar*, 86, p. 382; Carmen Quesada Alcalá, (2005) *La Corte Penal Internacional y la Soberanía Estatal*, Valencia, Tirant lo Blanch

esta una visión que se aparta considerablemente de la jurisprudencia de los Tribunales Internacionales que sostienen que la motivación del autor de un CLH no afecta a la calificación del mismo, salvo los tipos específicos del crimen de persecución.

La concepción internacional de los CLH solo exige la conexión con un ataque generalizado o sistemático contra la población civil por lo que esa interpretación del artículo 607 bis como contextos acumulativos se separa del concepto internacional de CLH.

La sentencia de este Tribunal Supremo del caso *Scilingo*⁷⁴ en cambio acoge una interpretación de contextos alternativos:

*"Un delito contra la comunidad internacional y se compone de una serie de conductas básicas, como la causación dolosa de la muerte de otra persona o las detenciones ilegales que ya eran figuras delictivas ordinarias con anterioridad. Su elevación a la naturaleza de delitos contra la comunidad internacional encuentra justificación en las circunstancias añadidas que integran el elemento de contexto. **Son éstas, según el artículo 607 bis del CP, el que los hechos concretos se cometan como parte de un ataque generalizado y sistemático contra la población civil o una parte de ella, o bien cuando se cometan por razón de la pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales,***

⁷⁴ STS 08/10/2007

religiosos o de género u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional o bien se cometan en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre otros y con la intención de mantener ese régimen.

Según esta perspectiva el artículo 607 bis establece tres posibles contextos en los que las conductas específicas adquieran la condición de CLH. Siguiendo esta línea LANDA GOROSTIZA y GIL GIL consideran que los dos contextos –persecución y apartheid- deben ser interpretados como dos concreciones del contexto de “ataque” y que en ningún caso integran un listado cerrado de situaciones sino que son dos ejemplos *ex legem* que en ningún caso excluyen otras posibles situaciones.⁷⁵

- **El elemento político en el Derecho español**

El artículo 607 bis CP se separa también del marco internacional de los CLH en cuanto al requisito del elemento político. A diferencia del artículo 7 del Estatuto de Roma el legislador español no hace referencia a este elemento como una de las exigencias para la comisión del CLH, aunque deberíamos interpretar este silencio del legislador como una remisión tácita a dicha definición.

⁷⁵ Alicia Gil Gil (2011) en Gómez Tomillo (Dir.) *Comentarios al Código Penal*, Valladolid, Lex Nova; Ver nota 56 Jon-Mirena Landa Gorostiza

La Sentencia de la Sección Tercera de la Audiencia Nacional sobre el caso *Scilingo* sí lo identifica como un elemento del tipo: *“la exigencia de ataque contra la población civil viene a significar en estos momentos una actuación de conformidad con las políticas de Estado o de una organización no estatal, pero que ejerce el poder político de facto.”* **La Sala hace una interpretación del artículo 607 bis CP de acuerdo a la jurisprudencia internacional y ha de notarse que la perfila como una actuación conforme a políticas de Estado o con poder político de facto.**

Parte de la doctrina sostiene que no es suficiente con que el ataque - siempre entendido en los términos ya expuestos ut supra de vulneración de los derechos y garantías de las personas especialmente protegidas en caso de conflicto armado - lo lleve a cabo una organización, debe de tener también un concreto poder que caracteriza el elemento político del CLH.⁷⁶

A este respecto, GIL GIL defiende que sólo cuando la organización que lanza el ataque ostente un poder tal que neutralice al del Estado o controle de facto una parte de su territorio se podrá considerar que la comisión de los delitos comunes cometidos dentro del marco de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil se podrán considerar CLH.⁷⁷

En cualquier caso, y como venimos razonando, en el supuesto que nos ocupa es evidente que, también, desde la perspectiva de nuestro derecho

⁷⁶ Ver nota 55 p.242

⁷⁷ Ver nota 54 Gómez Benítez; Ver nota 56; Ver nota 51 Gil Gil; Alicia Gil Gil (2004) “Los Crímenes Contra la Humanidad y el Genocidio en el Estatuto de la Corte Penal Internacional”, en Moreno Hernandez (Coor.) *El Estatuto de Roma. El Estatuto de la Corte Penal Internacional y su implicación en el Derecho nacional de los Países Latinoamericanos*, México

interno se cumple con los elementos objetivos y subjetivos del tipo para entender que la conducta del querrellado es constitutiva de un delito de lesa humanidad.

B.ii.- CRIMEN DE GUERRA

Si bien esta parte considera que estamos ante un claro crimen de lesa humanidad tal cual luego ratificaremos, con carácter alternativo, y para el caso que se entienda que los hechos descritos en el cuerpo de esta querrela no son constitutivos de dicho delito, entonces sería de aplicación lo previsto en los artículos 608 y siguientes del Código Penal; concretamente lo establecido en el artículo 611.4° y 6° cuando se establece que:

"Será castigado con la pena de prisión de diez a quince años, sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados producidos, el que, con ocasión de un conflicto armado:

(...)

*4°) **Deporte, traslade de modo forzoso**, tome como rehén o detenga o confine ilegalmente **a cualquier persona protegida** o la utilice para poner ciertos puntos, zonas o fuerzas militares a cubierto de los ataques de la Parte adversa.*

(...)

*6°) Realice, **ordene realizar** o mantenga, **respecto de cualquier persona protegida, prácticas de segregación racial y demás prácticas inhumanas y degradantes basadas en otras distinciones***

de carácter desfavorable, que entrañen un ultraje contra la dignidad personal."

Junto con lo anterior, debe tenerse presente lo previsto en el artículo 609 del Código Penal cuando castiga:

"El que, con ocasión de un conflicto armado, maltrate de obra o ponga en grave peligro la vida, la salud o la integridad de cualquier persona protegida, (...) será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años, sin perjuicio de la pena que pueda corresponder por los resultados lesivos producidos"

Y, todo ello en relación con lo establecido en el artículo 608 del mismo cuerpo legal que preceptúa que:

"A los efectos de este Capítulo, se entenderá por personas protegidas:

(...)

3º) 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.

(...)

7º) Cualquier otra que tenga aquella condición en virtud del Protocolo II Adicional de 8 de junio de 1977 o de cualesquiera otros Tratados internacionales en los que España fuere parte.

Ahora bien, entendemos que los hechos descritos en el cuerpo de la querrela, y como se ha expuesto ut supra, son incardinables en la conducta descrita en el artículo 607 bis del Código Penal, con preferencia a las aquí expuestas, básicamente porque **entre uno y otro tipo penal la gran diferencia es si la deportación o traslado forzoso afecta o no a personas especialmente protegidas en caso de conflicto armado, en el caso que nos ocupa no es necesario acudir a la cualificación de los deportados o desplazados como personas especialmente protegidas porque:**

- a.- Todos reúnen la condición de refugiados,
- b.- Se trata de tanta población civil que no se requiere otro requisito para entender cumplidos los elementos del tipo, y
- c.- Incluso si se entiende que no se dan las condiciones de ser un conflicto armado se está ante los elementos del delito de lesa humanidad como hemos expuesto ut supra y desarrollaremos, también, ut infra.

Al respecto, y en apoyo de lo que estamos diciendo, interesa destacar la opinión doctrinal de Guido Acquaviva⁷⁸ que centra el debate en base a una sólida jurisprudencia internacional y que es de aplicación al caso que nos ocupa:

"En resumen, la deportación y el traslado forzoso esencialmente existen como crímenes de guerra y como crímenes de lesa humanidad. Una de las principales diferencias entre tipificarlos

⁷⁸ Guido Acquaviva, Desplazamiento forzado y crímenes internacionales, POLÍTICAS LEGALES Y DE PROTECCIÓN SERIES DE INVESTIGACIÓN, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados 2011.

como crímenes de guerra en lugar de crímenes de lesa humanidad es que en virtud de la primera categoría, los fiscales deben demostrar la existencia del requerido nexo con un conflicto armado, mientras que en virtud de la segunda, la deportación debe ser parte de un ataque generalizado y sistemático contra una población civil, incluso sin tener que establecer la existencia de un conflicto armado⁷⁹. Si se consideran bajo uno u otro tipo de delito, los elementos constitutivos de la deportación y del traslado forzoso como crímenes de derecho internacional no difieren mucho, por lo que en efecto, aparte de los elementos contextuales que acabamos de mencionar, las autoridades acusatorias tendrán que probar esencialmente los mismos elementos, independientemente de la calificación como crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad. Las autoridades acusatorias pueden de hecho tipificar la misma conducta bajo ambos cargos (como un crimen de guerra y un crimen de lesa humanidad), el TPIY y el TPIR han sostenido en reiteradas ocasiones que el acusado efectivamente puede ser condenado por ambos delitos, debido a los elementos distintivos contenidos en cada categoría de crímenes.⁸⁰

La diferenciación práctica más importante en términos de política acusatoria se refiere a las potenciales víctimas de la deportación/traslado forzoso.

En el caso de los crímenes de guerra, las víctimas sólo pueden ser ‘personas protegidas’ en virtud de la aplicación de los Convenios de Ginebra o los Protocolos adicionales. Dado que esta limitación no

⁷⁹ En el caso de un juicio de la CPI, la deportación como crimen de lesa humanidad también debe haber sido perpetrada para promover o de conformidad con ‘la política de un Estado o de una organización de cometer’ un ataque contra la población civil.

⁸⁰ *Procurador c. Mučić y otros*, Caso No. IT-96-21-A, Sentencia, 20 de febrero de 2001, párrafos 414 y siguientes; *Procurador c. Kordić y Čerkez*, Caso No. IT-95-14/2-A, Sentencia, 17 de diciembre de 2004, párr. 1035 - 1038.

*se aplica a los crímenes de lesa humanidad, (que, COMO HEMOS VISTO, PUEDEN OCURRIR INCLUSO EN TIEMPOS DE PAZ) la deportación y el traslado forzoso como crímenes de lesa humanidad parecen proteger a un espectro más amplio de potenciales víctimas.*⁸¹

Más concretamente, la deportación y el traslado forzoso como crímenes de guerra sólo pueden ser cometidos durante la ocupación militar por una potencia ocupante (en un conflicto armado internacional) o cuando una parte en un conflicto no internacional controla una porción del territorio y desplaza a las personas protegidas que viven allí. Un éxodo masivo provocado por la amenaza del avance de las fuerzas enemigas y por el bombardeo de ciudades y viviendas podría, por lo tanto, no constituir un crimen de guerra porque los civiles y otras personas que no participan activamente en las hostilidades podrían no disfrutar de la condición de personas protegidas en virtud del derecho humanitario con el propósito de deportación. En relación con los crímenes de guerra de deportación y traslado forzoso, sólo las personas que están en los territorios ocupados reciben tal protección y, por lo tanto, las personas que huyen más allá de una frontera (en movimiento) creada por un ejército de avanzada parecen estar más allá del alcance de la protección. En otras palabras, bajo las leyes de guerra, el crimen de deportación se aplica a los civiles u otras personas protegidas que están en manos de una de las partes en el

⁸¹ Sobre la ampliación de la categoría de víctimas de crímenes de lesa humanidad, ver también A. Cassese, *Derecho*

*conflicto y no al desplazamiento de civiles durante las hostilidades sino antes de la ocupación.*⁸²

*Sin embargo, ESTA MISMA CONDUCTA PUEDE CONSTITUIR UN CRIMEN DE LESA HUMANIDAD, PORQUE EXAMINANDO LA CONDUCTA A TRAVÉS DEL LENTE DE LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD, TODO CIVIL CUYOS DERECHOS FUNDAMENTALES SON VIOLADOS PUEDE, SI SE CUMPLEN TODOS LOS DEMÁS ELEMENTOS, SER VÍCTIMA DE ESTE TIPO DE CRÍMENES*⁸³. *Para los crímenes de lesa humanidad, es irrelevante si la población civil en cuestión está bajo la definición precisa de ‘persona protegida’ en virtud del derecho internacional humanitario.*

Por lo tanto, en un contexto más amplio se podría decir que, si fuera posible con base en la evidencia disponible, las autoridades acusatorias tienen un incentivo para abordar y tipificar la relevante conducta subyacente a la deportación y/o el traslado forzoso como crimen de lesa humanidad. Como se mencionó anteriormente, los actos de deportación y traslado forzoso también pueden constituir actos de persecución. Para que la persecución constituya un crimen, se deben cumplir siempre los elementos generales de los

⁸² El art. 49 de la IV Convención de Ginebra establece que 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’ y el art. 17 del II Protocolo adicional según la interpretación del Comentario del CICR (*supra*, nota 19 y el texto adjunto). Del mismo modo, el art. 85(4)(a) del I Protocolo prohíbe ‘el traslado por la Potencia ocupante de partes de su propia población civil al territorio que ocupa, o la deportación o el traslado en el interior o fuera del territorio ocupado de la totalidad o parte de la población de ese territorio, en violación del artículo 49 del IV Convenio’. La Norma 129 del Estudio del CICR sobre derecho internacional humanitario consuetudinario también contiene como requisito que las personas deportadas estén inicialmente situadas en territorio ocupado. (J. -M Henckaerts y L. Doswald-Beck (eds.), *Derecho internacional humanitario, Vol. I: Normas* (Cambridge: CUP, 2005) 459)

⁸³ Ver *Procurador c. Gotovina et al.*, Caso No. IT-05-87-PT, Decisión sobre varias mociones que cuestionan la jurisdicción, 19 de marzo de 2007, párrafos 24, 26 (confirmada en apelación). Cf., P. Akhavan, ‘Reconciliación de los crímenes de lesa humanidad con las leyes de la guerra’, (2008) 6 *JICJ* 21-37. Sobre esta cuestión, ver también J. Doria, ‘De si los crímenes de lesa humanidad son crímenes de guerra subrepticios’, en J. Doria *et al.*, Nota 20, 656-660.

crímenes de lesa humanidad. Estos se encuentran en la expresión ‘contra toda población civil’. El TPIY ha interpretado que esta frase incluye una serie de elementos, en particular, que el ataque contra la población civil debe ser ‘generalizado o sistemático’ y que el autor debe haber tenido conocimiento de este contexto, así como de su acción de participar en el ataque generalizado o sistemático⁸⁴.

La complejidad se deriva del hecho que, con frecuencia, los actos subyacentes que constituyen persecución también son crímenes en sí mismos: si el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación, el encarcelamiento, la tortura, la violación u otros actos inhumanos son cometidos por motivos discriminatorios, equivalen también a persecución. Sea como fuere, **es fundamental entender que se puede demostrar que la deportación y el traslado forzoso equivalen a persecución si, además de los elementos contextuales propicios para los crímenes de lesa humanidad (discutidos anteriormente), estos se llevaron a cabo por motivos discriminatorios.** Además de este requisito específico, la deportación y el traslado forzado como actos subyacentes de la persecución no difieren de los correspondientes crimines ‘autónomos’ en materia de persecución. ¿Por qué, entonces, alguien juzgaría y sancionaría estos crímenes como persecución, considerando la necesidad de probar el elemento adicional de intención discriminatoria?

Una explicación podría radicar en las siguientes consideraciones. En su intento de encontrar una definición para el crimen de persecución, los tribunales internacionales ad hoc han aclarado que

⁸⁴ *Kunarac et al.*, Sentencia de Apelación, nota 9, párr. 85. No todas las víctimas de todos los crímenes contra la humanidad deben ser civiles, sin embargo, es suficiente que el ataque se dirija de manera general contra civiles, aunque las personas fuera de combate y otros puedan encontrarse entre las víctimas (siempre que los objetivos generales del ataque sean civiles). Ver *Procurador c. Martić*, Caso No. IT-95-11-A, Sentencia, 8 de octubre de 2008, párr. 313-314.

*el crimen pretende abarcar más que un simple delito existente junto con la distintiva intención discriminatoria*⁸⁵.

*La Cámara de Apelaciones del TPIY ha caracterizado el crimen de persecución como un ‘crimen paraguas’ que abarca una amplia variedad de actos, incluidos otros crímenes de lesa humanidad, otros crímenes contemplados en el Estatuto del TPIY, y actos que no son en sí mismos crímenes*⁸⁶. **Los actos subyacentes no deben considerarse de forma aislada, sino en el contexto de otros actos y crímenes, examinando su efecto acumulativo. Esto, en combinación con las referencias a que la persecución implica una serie de actos (en lugar de un solo acto), refleja la naturaleza colectiva y múltiple de los crímenes de lesa humanidad en virtud del derecho penal internacional, que tiene como objetivo captar una serie de actos o de los patrones, en lugar de un comportamiento aislado. Por lo tanto, tipificar ciertas conductas como crimen de lesa humanidad de persecución no necesariamente se justifica por razones legales o sólo por el deseo de una mayor condena, sino también por la ‘política’ necesaria para considerar los actos en cuestión dentro de un contexto más amplio, es decir, un patrón de persecución que de otro modo pasaría desapercibido”.**

Es decir, y con independencia de la literalidad del artículo 607 bis de nuestro Código Penal, **la Jurisprudencia internacional existente respecto a los crímenes de lesa humanidad dejan claro que las deportaciones y**

⁸⁵ Ver, en particular, J. Nilsson, ‘El crimen de persecución en la jurisprudencia del TPIY: entre una extraordinaria respuesta legal a la “limpieza étnica” y los requisitos del principio *nullum crimen sine lege*’, en B. Swart et al. (Eds.), El legado del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (Oxford: OUP, en prensa 2011).

⁸⁶ *Procurador c. Kupreškić*, Caso No. IT-95-16-T, Sentencia, 14 de enero de 2000, párr. 98. Ver también *Procurador c. Brđanin*, Caso No. IT-99-36-A, Sentencia, 3 de abril de 2007, párr. 296

traslados forzosos de población civil son conductas perfectamente tipificables como crímenes de lesa humanidad con independencia, incluso, de si las mismas se producen o no con ocasión de un conflicto armado.

En el caso que nos ocupa, es claro que estamos ante una situación que surge a partir de un conflicto armado y que, por voluntad entre otros del querellado, ahora se está procediendo a la deportación y traslado forzoso de una elevada cantidad de población civil; para la ejecución de dichas deportaciones o traslado forzoso se acordó contratar a un tercero - en este caso el Gobierno de Turquía - como una forma de externalizar las ejecución del mismo sin que ello conlleve, bajo ningún concepto, una impunidad de la conducta desplegada por el querellado y otros.

A mayor abundamiento, y siguiendo al ya citado Guido Acquaviva⁸⁷ que:

*"Algunos casos de traslado de civiles, a pesar de no ser voluntarios, no deben ser considerados como equivalentes a deportación o traslado forzoso. Con respecto al mens rea de los crimines en cuestión, ya se hayan tipificado como crímenes de guerra o como crímenes de lesa humanidad, **el autor de deportación o traslado forzoso debe tener la intención de desplazar forzosamente a las personas** [algo que es evidente, en el caso que nos ocupa, de la literalidad del contrato suscrito, entre otros, por el querellado*

⁸⁷ Op cit.

con Turquía]. Sin embargo, no es necesario que la intención sea desplazar a estas personas de forma permanente.⁸⁸

El Procurador en el caso Naletilić, discutido anteriormente, caracterizó el traslado ilegal de un civil en virtud del artículo 2 (g) del Estatuto como una grave violación de los Convenios de Ginebra de 1949.

El Procurador se había basado en el artículo 49 del IV Convenio de Ginebra, que establece, en parte: ‘[l]os 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’.

*La Cámara realizó dos observaciones preliminares. En primer lugar, **de acuerdo con la IV Convención de Ginebra, se encontró que el traslado se justifica sólo en tres casos: (i) los traslados motivados por el deseo genuino de una persona de irse y (ii) la evacuación motivada por la preocupación por la seguridad de la población o (iii) por la imperiosa necesidad militar**[Ninguno de estos supuesto se da en el caso que nos ocupa]. En segundo lugar, no era necesario que el traslado ilegal ocurriera más allá de una frontera, sino que podía ocurrir dentro del mismo territorio ocupado. Esto es muy claro y acata la jurisprudencia del TPIY y del TPIR. Esta definición parece reflejar lo establecido en el derecho internacional consuetudinario a este respecto.*

Sin embargo, en un caso la Cámara consideró que la movilización de civiles bosnios musulmanes a un centro de detención, aunque en medio de gran tensión y temor, no equivale al traslado ilegal porque el objetivo era detenerlos en lugar de expulsarlos permanentemente

⁸⁸ Stakić, Sentencia de Apelación, nota 21 supra, párrafos 278, 304-7, 317.

de una determinada zona geográfica⁸⁹. Aunque, como se ha visto anteriormente, el objetivo de expulsar permanentemente a los civiles no es un elemento del crimen de deportación y traslado forzoso de acuerdo con la más reciente jurisprudencia del TPIY⁹⁰, la conclusión en este caso es interesante y merece ser comentada. La intención de los autores en la movilización de los prisioneros a un centro de detención claramente no es expulsarlos del lugar donde residen legalmente, sino detenerlos. La movilización forzada se produce sólo como una medida necesaria para la detención, no como consecuencia del actus reus del crimen de traslado forzoso o deportación. Por supuesto, la conducta en cuestión no debe quedar impune y puede equivaler a ‘detención ilegal’, tanto como un crimen en sí mismo y como un acto subyacente a la persecución, pero difícilmente puede decirse que es deportación o traslado forzoso.

*Esta conclusión llama la atención sobre el hecho de que **cuando las personas son desplazadas forzosamente de un lugar a otro, esto no necesariamente equivale a deportación o traslado forzoso, pero la conducta en cuestión aún podría ser parte de otra conducta criminal.** Corresponde a los jueces evaluar cuidadosamente la tipificación más adecuada en función de las circunstancias del caso.*

***Ya se ha asumido que tanto la deportación como el traslado forzoso implican el desplazamiento forzado de personas, sin motivos autorizados por el derecho internacional, de la zona donde están presentes legítimamente.** La noción de que las personas deben estar presentes ‘legítimamente’ en la zona de la que fueron deportadas o trasladadas forzosamente nunca ha sido examinada por los tribunales penales internacionales. Una reciente sentencia ha*

⁸⁹ *Procurador c. Naletilić et al.*, Caso No. IT-98-34-T, Sentencia, 31 de marzo de 2003, párr. 537.

⁹⁰ *Stakić*, Sentencia de Apelación, nota 21 supra, párrafos 278, 304-307, 317

comentado que: La clara intención de la prohibición del traslado forzoso y la deportación es evitar que los civiles sean desarraigados de sus hogares y evitar la destrucción total de las comunidades.

En ese sentido, es irrelevante si una persona ha vivido en un lugar durante un período de tiempo suficiente para cumplir los requisitos de residencia o si le han concedido tal estatuto conforme a las leyes de inmigración. Mejor dicho, lo importante es que se proporcione protección a aquellos que, por cualquier razón, van a ‘vivir’ a la comunidad, ya sea a largo plazo o temporalmente.[Algo que esencialmente buscan los refugiados a los que ahora se devuelve a Turquía] Es evidente que la protección pretende abarcar, por ejemplo, a los desplazados internos que se han establecido temporalmente después de haber sido desarraigados de su comunidad de origen. En opinión de la Cámara de Primera Instancia, el requisito de presencia legal tiene por objeto excluir sólo aquellas situaciones donde los individuos están ocupando casas o locales ilegal o ilegítimamente, y no imponer un requisito de “residencia” para demostrar un estándar legal⁹¹.

La cuestión no es tanto asegurar el cumplimiento de las leyes locales (internas) de inmigración, los permisos de residencia o los deberes de registro, sino más bien no obstaculizar las expulsiones que estarían legitimadas por las leyes internacionales y nacionales. Puesto que un crimen de lesa humanidad sólo puede ocurrir como parte de un ataque generalizado y sistemático contra la población civil, la advertencia sobre la legalidad de la presencia en realidad no tiene consecuencias para esta categoría de delitos, a menos que la expulsión de un migrante ilegal sea parte integrante de tal

⁹¹ *Popović*, Sentencia de Primera Instancia, nota 21 supra, párr. 900; para ejemplos concretos de tal enfoque, ver *Dorđević*, Sentencia de Primera Instancia, párrafos 1616 y 1640.

ataque (y, en caso de que se alegue persecución, si la expulsión se realiza por motivos discriminatorios). [En el caso que nos ocupa es evidente que se hace por motivos discriminatorios]

El desplazamiento forzado significa que las personas se mueven en contra de su voluntad o sin una elección genuina⁹². **EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL, ES EL ACTO DEL ACUSADO EL QUE DEBE CONTRIBUIR AL DESPLAZAMIENTO.** [Tal cual ocurre con el querellado quien participa de la formación de la voluntad en el contrato del cual el desplazamiento y/o deportación trae causa] *El temor a la violencia, la coacción, la detención, la opresión psicológica y otras circunstancias pueden crear un ambiente donde no hay más remedio que irse, equivaliendo así al desplazamiento forzado de personas*⁹³. *Por ejemplo, el bombardeo de objetivos civiles, la quema de bienes civiles y las amenazas de una conducta criminal calculada para aterrorizar a la población puede ser suficiente, dependiendo de las circunstancias*⁹⁴. *Este es un factor importante y, aunque es más una cuestión de las pruebas necesarias para demostrar la falta de consentimiento, tiene implicaciones interesantes para todos los actores y partes interesadas en la protección de civiles durante conflictos armados u otras crisis humanitarias. Una Cámara de*

⁹² *Krnjelac*, Sentencia de Apelación, nota 2, párrafos 229 y 233; *Stakić*, Sentencia de Apelación, nota 21, supra, párr. 279, ver también *Dorđević*, Sentencia de Primera Instancia, párrafos 1631, 1636 y 1650.

⁹³ *Stakić*, Sentencia de Apelación, nota 21, supra, párr. 281. Curiosamente, este tipo de conclusiones no se limita a los tribunales penales internacionales, sino que ha encontrado eco en los tribunales nacionales que aplican los crímenes de lesa humanidad. Por ejemplo, en el caso contra Neno Samardžić ante el Tribunal Estatal de Bosnia y Herzegovina (Grupo de la División de Apelación de la Sección I para Crímenes de Guerra), el tribunal consideró que cuando una población (no sólo los individuos) está expuesta diariamente al terror, al abuso mental y físico, a la violación y al saqueo, su decisión de subir al autobús para ser llevados a cualquier otro lugar, no puede equivaler a una elección genuina. Ver Caso No. X-KRZ 05-49, 13 de diciembre de 2006, p. 20.

⁹⁴ *Procurador c. Simić*, Caso No. IT-95-9-T, Sentencia, 17 de octubre de 2003, párr. 126; *Procurador c. Milutinović y otros*, Caso No. IT-05-87-T, Sentencia, 26 de febrero de 2009, párr. 165. Ver también el Informe sobre Darfur, párr. 331 ('El desalojo forzoso de civiles de la zona donde tradicional y legalmente viven, como resultado de ataques ilegales indiscriminados contra sus viviendas y la destrucción de sus pueblos, entra en el ámbito de la prohibición en cuestión.')

Primera Instancia del TPIY afirmó, por ejemplo, que si se coloca a los civiles ante la elección de huir o tomar las armas para defenderse, esta no es una ‘genuina’ elección y, por lo tanto, debe considerarse como traslado forzoso⁹⁵.

Como el TPIY ha sostenido reiteradamente, que incluso la presencia de personal internacional (o incluso nacional) cuando se trasladan personas de las zonas de conflicto por razones humanitarias, no convertiría per se en legal un traslado que de otra manera sería ilegal. Tales desplazamientos forzados, si son de suficiente gravedad, claramente pueden equivaler a persecución, independientemente del papel de las agencias internacionales. EL DESPLAZAMIENTO DE PERSONAS LLEVADO A CABO DE CONFORMIDAD CON UN ACUERDO ENTRE LÍDERES POLÍTICOS O MILITARES NO NECESARIAMENTE LO HACE VOLUNTARIO, YA QUE ESTOS ACTORES NO TIENEN LA AUTORIDAD PARA EXPRESAR UN CONSENTIMIENTO GENUINO EN NOMBRE DE LAS PERSONAS⁹⁶.[Justamente esto es aplicable al caso que nos ocupa, mediante un contrato entre líderes políticos se acuerda trasladar y/o deportar masivamente a refugiados desde Europa a Turquía lo que impide apreciar la circunstancias de voluntariedad que haría impune la conducta]

El análisis anterior muestra la complejidad de subsumir los atroces crímenes relacionados con el desplazamiento forzado en pormenorizadas categorías jurídicas con propósitos de procesamiento penal internacional. Estas dificultades, sin duda, se derivan de los orígenes históricos de los crímenes en cuestión, pero

⁹⁵ Popović, Sentencia de Primera Instancia, nota 21 supra, párrafos 928-930

⁹⁶ Popović, Sentencia de Primera Instancia, nota 21 supra, párr. 286; *Procurador c. Simić* Caso No. IT-95-9-T, Sentencia, 17 de octubre de 2003, párr. 127.

también de la complejidad de identificar el enfoque más adecuado para tipificar legalmente las violaciones generalizadas de los derechos humanos fundamentales que equivalen a traslados forzados y deportaciones.

Especialmente cuando se comete con una intención discriminatoria y como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil, este tipo de conducta tiende a aumentar al nivel de emergencia humanitaria y, con frecuencia, forma parte integral de un conflicto entre dos (o más) grupos en contienda. [Aquí debemos recordar que la deportación o traslado forzoso es, también, un ataque generalizado y sistemático en contra de una determinada población civil: la compuesta por los refugiados sujetos del contrato firmado entre otros por el querellado y Turquía] *Por esta razón, las autoridades acusatorias pueden considerar tal conducta tanto como crimen de lesa humanidad y como crimen de guerra. La jurisprudencia de los tribunales penales internacionales, sin duda, ha proporcionado un poco de claridad en esta área, estableciendo fuera de toda duda la naturaleza criminal de ciertos tipos de desplazamiento forzado y la necesidad de enjuiciar a los responsables de las situaciones de desplazamiento forzado. (...)* [Que es lo que aquí estamos pidiendo, el enjuiciamiento del querellado por hechos que, sin duda, son constitutivos de crímenes de lesa humanidad]

Con base en la jurisprudencia del TPIY y el TPIR, una de las principales dificultades planteadas por los traslados masivos de población durante un conflicto armado sigue siendo la cuestión de determinar si las personas escogieron irse de las zonas de conflicto por su propia y libre voluntad, o al menos tan libre como podría esperarse en circunstancias de guerra. Por lo tanto, lo que

realmente cuenta como ‘genuina elección’ en cada caso particular, difícilmente se puede establecer a priori; se debe llevar a cabo un cuidadoso examen de las circunstancias específicas antes de llegar a cualquier conclusión.

En segundo lugar, el derecho penal internacional se beneficiaría de nuevas perspectivas sobre el significado de la cláusula ‘desplazamiento de personas de la zona donde hayan estado presentes legítimamente’ como uno de los elementos constitutivos de los crímenes de deportación y traslado forzoso. Mientras que la interpretación del término legítimamente propuesto por el TPIY es razonable, especialmente en el contexto de un conflicto donde diferentes grupos nacionales y partidos políticos se enfrentan entre sí sobre lo que efectivamente equivale a una guerra civil que tiende a generar una gran cantidad de desplazados internos que con frecuencia carecen de permisos de residencia o registros necesarios, podrían existir situaciones en ‘penumbras’ que no son tan sencillas como los tribunales penales internacionales parecen creer. Esta es un área donde un mayor intercambio de conocimientos entre el derecho internacional de refugiados y el derecho internacional humanitario puede dar lugar a una mejor comprensión de la manera en que debe aplicarse el derecho penal internacional en estas situaciones específicas.

*A pesar de los matices y las complejidades legales discutidas en este documento, no se debe olvidar el punto de partida, establecido durante más de 70 años de evolución jurídica (ya que los primeros juicios por crímenes de guerra son posteriores a la Segunda Guerra Mundial). **LOS ACTOS DE DESPLAZAMIENTO FORZADO, YA SEA EN CONFLICTOS ARMADOS INTERNACIONALES, EN GUERRAS CIVILES O INCLUSO EN TIEMPO DE PAZ (SI SE***

CUMPLEN LOS DEMÁS REQUISITOS DE LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD) CONSTITUYEN CRÍMENES INTERNACIONALES.[Compartimos la opinión del autor, da lo mismo si se considera que los hechos - expulsión/deportación masiva de refugiados - sucede en conflicto armado o en tiempo de paz, en ambos casos constituye un crimen de lesa humanidad] *Incluso la diferencia establecida por el TPIY entre deportación y traslado forzoso, que debería ser aceptada por otros tribunales en el futuro, no cambia el punto básico de que todos estos actos son criminales, y que trasladar forzosamente a personas dentro de un país es tan grave como deportarlas a través de una frontera estatal.*

B.iii.-DELITO CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL

De forma subsidiaria a todo lo antedicho, debemos sostener la concurrencia de conductas encuadrable en el Título VII del Libro II del Código Penal, "De las torturas y otros delitos contra la integridad moral".

Se sanciona en el artículo 173, párrafo 1:

"El que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años."

La jurisprudencia producida, interpretada conforme los Acuerdos adoptados en Sala general, por el Pleno de la Sala Segunda, caracteriza este tipo delictivo a partir del concepto de integridad moral.

La integridad moral se configura como una categoría propia, como un valor de la vida humana independiente del derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad en sus diversas manifestaciones o al honor. Se conforma la integridad moral como una realidad axiológica, propia, autónoma e independiente de aquellos derechos, y tan evidente es así que tanto el art. 173 como el art. 177 del CP establecen una regla concursal que obliga a castigar separadamente las lesiones a estos bienes de los producidos a la integridad moral.

El derecho a la integridad moral posee un reconocimiento constitucional en el artículo 15 y jurídico-penal, en los artículos 173 y 177 implicando la existencia de un bien jurídico, de un valor humano, con autonomía propia, independiente y por consecuencia susceptible y digno de protección penal.

El Tribunal Constitucional viene vinculando la integridad con la inviolabilidad de la persona (SSTC. 120/90, 137/90 y 57/94) y en la doctrina científica se relaciona con los conceptos de "incolumidad e integridad o inviolabilidad personal".

El Tribunal Supremo analizó en la Sentencia nº 1935/2008 de fecha 30 de septiembre de 2009 el concepto de integridad moral, concluyendo que "el art. 15 de la Constitución reconoce a todos el derecho a la integridad moral y proscribire con carácter general los tratos degradantes. La integridad moral es un atributo de la persona, como ente dotado de dignidad por el solo

hecho de serlo; esto es, como sujeto moral, en sí mismo, investido de la capacidad para decidir responsablemente sobre el propio comportamiento. La garantía constitucional de la dignidad, como valor de la alta calidad indicada, implica la proscripción de cualquier uso instrumental de un sujeto y de la imposición al mismo de algún menoscabo que no responda a un fin constitucionalmente legítimo y legalmente previsto."

Si bien falta una precisa definición jurisprudencial del concepto de integridad moral, las referencias normativas residenciadas en legislaciones extranjeras, Convenios, Convenciones y Declaraciones Internacionales sobre Derechos Humanos, y en el art. 15 C.E. permiten acotar la esencia del bien jurídico protegido dado que comprende todas las facetas de la personalidad como las de la identidad individual, el equilibrio físico, la autoestima o el respeto ajeno que debe acompañar a todo ser humano.

La garantía constitucional de la dignidad implica la proscripción de cualquier uso instrumental de un sujeto y de la imposición al mismo de algún menoscabo que no responda a un fin constitucionalmente legítimo y legalmente previsto de modo que el núcleo del ataque a la integridad moral es la sensación de humillación y de cosificación que tiene la víctima conforme se prevé en la Sentencia de la Sala Segunda nº1372/2014 de fecha 22 de enero de 2015

El Tribunal Constitucional recogiendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, significativamente las sentencias dictadas en 18 de Enero de 1978 -caso Irlanda contra el Reino Unido-, en 25 de

Abril de 1978 -caso Tyrer-, en 6 de Noviembre de 1980 -caso Guzzardi-, en 25 de Febrero de 1982 -caso Campbell y Cossans-, en 7 de Julio de 1989 -caso Soering-, en 20 de Marzo de 1991 -caso Cruz Varas y otros-, en 30 de Octubre de 1991 -caso Vilvarajah y otros-, etc., ha declarado que tanto las torturas como las penas o tratos inhumanos y degradantes son, en su significado jurídico, nociones graduadas de una misma escala que entrañan padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre, y con esa propia intención de vejar y doblegar la voluntad del sujeto paciente

En conclusión, podemos afirmar conforme las referidas resoluciones que un atentado contra la integridad moral se integra por la concurrencia de los siguientes elementos:

- a) **Un acto de claro e inequívoco contenido vejatorio para el sujeto pasivo del delito.** En el presente caso, estaría conformado con la firma del Contrato con Turquía que ha originado el traslado forzoso y la deportación de cientos de miles de personas. El citado pacto comporta que todos los refugiados que cruzasen de Turquía a las islas griegas sean devueltos a Turquía desde el 20 de Marzo de 2016 a las 0:00 horas. Y ello con independencia de la literalidad del texto de contrato, pues lo que trasluce es el subterfugio o la añagaza de emplear el término “migrantes irregulares”, cuando en realidad este instrumento contractual va destinado a despejar de refugiados los ya existentes en las islas griegas y a evitar que entre ni uno más en la Unión Europea.

b) Un padecimiento, físico o psíquico en dicho sujeto. En el caso que nos ocupa, estamos hablando de la población civil de Siria, Afganistán o Iraq que acude a los países de la Unión Europea arriesgando en la travesía su vida e integridad y las de sus seres queridos, ancianos, menores, bebés, personas discapacitadas y desvalidos y que como resulta de la actuación del Sr. Rajoy, entre otros, va a ser deportada a Turquía, bajo ardidés legales, frustrando sus expectativas y sometiéndoles al miedo y temor de que nuevamente sus derechos más básicos sean pisoteados, acabando internados en centros de detención semejantes a cárceles por el hecho de huir de una muerte segura en una guerra que les ha sido impuesta.

La falta de información unida a la ansiedad y al miedo por el nuevo contrato entre la Unión Europea y Turquía contribuye al aumento de la inseguridad, la tensión y el sufrimiento de las personas llegadas a Grecia. La devolución a Turquía tiene como base que es un “tercer país seguro”, aunque varios informes de Amnistía Internacional denuncian las condiciones a las que son sometidos los demandantes de asilo en Turquía.

c) Un comportamiento que sea degradante o humillante e incida en el concepto de dignidad de la persona afectada por el delito.

Junto a la frustración y el daño psíquico y físico que se está causando a los refugiados, encontramos que se les está tratando de una forma inhumana, como si fueran bestias, encerrándoles en campos, que cada vez se parecen más a los que se implementaron en los años 40 en Alemania; deteniéndoles por llegar a las costas europeas y siendo trasladados de nuevo a Turquía. Un trato degradante que se plasma en el uso de material antidisturbios, de gases lacrimógenos, cercas de

alambres o el retraso injustificado en la tramitación de las solicitudes de asilo y refugio conforme a los convenios suscritos.

Varias personas denunciaron haber sufrido malos tratos durante su estancia en estos centros, palizas, confinamiento y registros y cacheos corporales exhaustivos. Sólo se les posibilita su salida si demuestran medios económicos para mantenerse o si aceptan volver a su país de origen, con lo que existe un riesgo real para la vida y de sufrir violaciones de derechos humanos. A algunas personas se les obliga a firmar documentos en los que aceptan abandonar el país en los siguientes 30 días bajo pena de ser forzosamente deportados resultando denuncias por la deportación de 30 Afganos a Kabul, donde corren un altísimo riesgo de ser atacados por grupos Talibanes.

Por otra parte preocupa la situación de minorías como la Kurda, siendo conocida la persecución de esta minoría en Turquía, país que tiene un largo historial de violaciones de derechos humanos, como se acredita por las resoluciones condenatorias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

No se puede olvidar que el artículo 177 del Código Penal dispone que si en los delitos descritos en los artículos precedentes, además del atentado a la integridad moral, se produjere lesión o daño a la vida, integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima o de un tercero, se castigarán los hechos separadamente con la pena que les corresponda por los delitos o

faltas cometidos, excepto cuando ya se halle especialmente castigado por la ley.

Se trata de una regla concursal especial que excluye la aplicación de las normas generales del artículo 77 del Código Penal con la única excepción de que el atentado a la integridad moral esté expresamente previsto en el tipo delictivo de que se trate, supuesto en cuyo caso el conflicto se resolverá por el concurso de norma.

Y los hechos narrados en la presente querrela describen conductas que son especialmente denigrantes para las víctimas creándoles sentimientos de temor y de angustia con grave humillación y severos ataques a su dignidad así como un riesgo cierto de vulneración de los derechos humanos.

En cuanto al concepto de trato degradante, la jurisprudencia acoge el concepto establecido por el TEDH que lo define como aquel trato que puede crear en las víctimas sentimientos de terror, de angustia y de inferioridad susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar, en su caso, su resistencia física o moral como se recoge en las Sentencias nº 1061/2009, de 26 de octubre; nº 255/2011, de 6 de abril y nº 255/2012, de 29 de marzo, entre otras.

Los elementos que caracterizan a esta figura delictiva, que se acaban de dejar expresados, concurren en el supuesto que examinamos en la presente

querrela, dados los hechos expuestos tanto en los antecedentes como en el breve relato de hechos ut supra referenciados.

Además nos hallamos ante un delito permanente, que tiene una continuidad en el tiempo como situación que se adquiere, se mantiene y se consolida en el ejercicio constante, no pueda efectuarse separación o división temporal alguna en relación a la actividad delictiva de modo que el plazo de prescripción solo puede iniciarse cuando cesa la correspondiente conducta delictiva, según reiterada jurisprudencia.

El delito del art. 173 CP puede concurrir realmente con otros delitos que puntualmente sean una exteriorización particularizada de violencia. Conforme el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esta Sala del día 10 de octubre de 2003 en relación a las consecuencias punitivas ocasionadas, cuando la víctima sufre, además del ataque una lesión psíquica, ésta podría integrar un delito autónomo, pronunciándose en sentido afirmativo cuando del relato fáctico resulta una sustantividad propia diferenciada del delito anterior y por lo tanto no consumidas en el delito contra la integridad moral.

La doctrina se ha unificado pacíficamente estableciendo un criterio mayoritario en cuanto a determinar si las consecuencias lesivas de carácter anímico de la conturbación psíquica que la ciencia psiquiátrica recoge con diversas denominaciones como stress postraumático, trastornos depresivos, estados de angustia, etc., que son consecuencia del hecho delictivo, se consumen en el propio delito del que traen causa, o alcanzan una

autonomía típica subsumible en el delito de lesiones. Lo relevante es que la prescripción del tratamiento lo sea por un médico o lo encomiende a los profesiones en la materia objeto del tratamiento o psicólogos para la aplicación de la correspondiente terapia, en aquellos casos en que éstos están facultados para prestarla y sea más conveniente para el paciente. Para alcanzar una subsunción autónoma en el delito de lesiones, concurrentes según las reglas del concurso ideal, es preciso que las consecuencias psíquicas aparezcan claramente determinadas y excedan de lo que pudiera considerarse resultado y consecuencia de la agresión.

Finalmente conforme al Artículo 177 CP "si en los delitos descritos en los artículos precedentes, además del atentado a la integridad moral, se produjere lesión o daño a la vida, integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima o de un tercero, se castigarán los hechos separadamente con la pena que les corresponda por los delitos cometidos, excepto cuando aquél ya se halle especialmente castigado por la Ley."

En la Jurisprudencia encontramos delimitado el atentado contra la integridad moral en razón a que la vejación sea meridianamente clara y extremadamente innecesaria. La Sentencia de fecha 16 de abril 2003 expone que el atentado contra la integridad moral comprenderá:

- a) Un acto de claro e inequívoco sentido vejatorio.
- b) Un padecimiento físico o síquico.
- c) Un comportamiento que sea degradante e incida en el concepto de dignidad de la persona afectada.

En el caso que nos ocupa, nos encontramos con un contingente poblacional que huye de un conflicto armado, algunos represaliados, otros por temor de perder la vida o para evitar exponer su integridad física y psíquica o para garantizar su derecho a la libertad y a la libertad sexual que lejos de encontrarse con países que respondan a los acuerdos suscritos tras la Segunda Guerra Mundial, vuelven a responder con violencia, internándolos en centros de detención y expulsándolos a un tercer país, Turquía, que a tenor de las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no puede ser calificado bajo ninguna circunstancia de "país seguro" y en mucha menor medida para ciertos grupos sociales, como es el caso de los kurdos sirios, que son sometidos a una nueva victimización.

La actuación del querellado, en consuno con otros dirigentes, quebrantando la normativa internacional e interna sobre el trato del que son merecedoras estas personas, ha supuesto un ataque injustificado a la dignidad de las mismas.

La firma del contrato con Turquía supone de facto una derogación de la normativa interna e internacional vigente y la exposición de los refugiados a sufrir graves temores sobre los bienes jurídicos más básicos como son la vida, la integridad o la salud, lejos de serles garantizados.

B.iv.- DELITOS DE IMPEDIMENTO DEL EJERCICIO DE LOS DERECHOS CIVICOS RECONOCIDOS POR LA CONSTITUCION Y LAS LEYES

Finalmente y con carácter subsidiario de lo manifestado ut supra, procede atender a las previsiones del artículo 542, que se encuentra regulado en la Sección 3ª "De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra otros derechos individuales" dentro del Capítulo V, "De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales" en el seno del Título XXI "De los delitos contra la Constitución" del Libro II del Código Penal.

Establece el artículo 542 CP que:

"Incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a cuatro años la autoridad o el funcionario público que, a sabiendas, impida a una persona el ejercicio de otros derechos cívicos reconocidos por la Constitución y las Leyes."

Esta figura punitiva de carácter residual, como sostiene la Sentencia de fecha 19 de octubre de 1995 cierra todas las posibilidades delictivas que se pueden incriminar a un funcionario público o autoridad por impedir el ejercicio de los derechos cívicos, que no son otros que los derechos fundamentales que la Constitución.

La terminología derechos civiles o derechos cívicos se utiliza internacionalmente como sinónimo de derechos fundamentales como se deduce de la rúbrica empleada por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, si bien se ha criticado por la doctrina por su carácter excesivamente abierto.

Conforme la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 165/2002, de 11 de marzo, constituye una norma penal en blanco, cuya norma complementaria es fundamentalmente la Constitución, que es donde se proclaman los derechos fundamentales de la persona.

Tiene su fundamento en la importancia de que en un Estado de Derecho se garantice el libre ejercicio de los derechos cívicos y no meramente su reconocimiento formal, y porque el ciudadano se encuentra más indefenso frente a los ataques o a la obstaculización de sus derechos provenientes de quienes están investidos de una potestad administrativa.

Por este motivo se exige que el sujeto activo del delito sea necesariamente una autoridad o funcionario público en el ejercicio de las funciones propias de su cargo, un delito especial impropio, es decir, debe tener competencia funcional.

La conducta típica consiste en una acción de impedimento del ejercicio de un derecho, obstaculizando e impidiendo a sabiendas el mismo resultando indiferente el medio.

Por otra parte, se trata de un delito de resultado que exige para su consumación que efectivamente haya llegado a producirse el impedimento y ha de tratarse de derechos o libertades públicas para cuyo ejercicio el ciudadano necesite realizar una conducta que pueda ser impedida por la autoridad o funcionario público tal y como se prevé por la Sentencia n° 2459/2007 de 1 de julio de 2008 o la Sentencia n° 1202/1999 de 23 de marzo de 2001.

El artículo 542 CP admite la comisión omisiva, conectada a la posición de garante en que el sujeto que omite se encuentre, que se derivaría de un expreso deber de actuación para facilitar o hacer efectivo el derecho. En todo caso se sanciona únicamente en la modalidad dolosa, es decir, con clara voluntad de impedir el ejercicio de los derechos de los que se conoce pertenecen al sujeto pasivo.

En el caso que nos ocupa se ha privado a los refugiados del derecho a la tutela judicial efectiva, es decir, a solicitar el derecho de asilo y refugio que les asiste conforme los Convenios internacionales suscritos y las leyes nacionales y a obtener la protección prevista en la citada normativa y el responsable de tales consecuencias resulta ser el Presidente del Gobierno en funciones Don Mariano Rajoy Brey.

Al firmar el contrato con Turquía, el Sr. Rajoy acepta que todos los refugiados que lleguen a las islas griegas serán devueltos a Turquía desde el 20 de Marzo de 2016 a las 0:00 horas.

Las personas llegadas a Grecia son devueltas a Turquía sobre la base de que es un “tercer país seguro” pese a los múltiples informes que denuncian las condiciones a las que son sometidos los demandantes de asilo, palizas, confinamiento y registros y cacheos corporales exhaustivos, resultando compelidos a aceptar voluntariamente regresar a su país de origen, con un riesgo real para su vida y de sufrir violaciones de derechos humanos. Turquía tiene un largo historial de violaciones de derechos humanos, según las estadísticas oficiales europeas acreditadas por las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

La adopción del Contrato implica de facto un retorcimiento de la ley para que de forma fraudulenta y dando apariencia de respeto a la legalidad internacional se proceda a privar de los derechos que asisten a las personas que acuden al territorio de la Unión Europea en busca de salvaguarda frente a los conflictos de los que huyen, impidiéndoles o retrasando injustificadamente la tramitación de las solicitudes de asilo.

VII.- DOCUMENTOS

LISTA DOCUMENTOS APORTADOS

1. Poder especial para querrela otorgado por Izquierda Unida.
2. Poder especial para querrela otorgado por Unidad Popular .
3. Plan de Acción Conjunto con Turquía firmado por el Consejo Europeo de la Unión Europea, de 15 de Octubre de 2.015
4. Reunión de los Jefes de Estado o de Gobierno de la Unión Europea con Turquía, de 29 de Noviembre de 2.015.
5. Acuerdo- Declaración Unión Europea y Turquía, de 18 de Marzo de 2.016.

VIII.- DILIGENCIAS DE PRUEBA.

Como primeras diligencias de prueba, sin perjuicio de las que a lo largo del procedimiento puedan proponerse y sean admitidas, se interesa para la averiguación de los hechos las siguientes:

- 1.- Declaración del querellado
- 2.- Que se remita atento oficio a FRONTEX solicitando un informe comprensivo de los siguientes extremos:
 - i. Cantidad de efectivos que destinaron a solucionar la denominada crisis humanitaria surgida a partir de la llegada de refugiados a Grecia en Agosto de 2015
 - ii. Costo total de dicha acción de ayuda a los refugiados
 - iii. Cantidad de efectivos que destinaron a materializar las expulsiones y deportaciones masivas a partir de la

entrada en vigor del contrato objeto de la presente querrela,

- iv. Costo total previsto de la materialización de las expulsiones y deportaciones masivas de refugiados.
- v. Lista completa de todos los oficiales de FRONTEX que han participado en dichas devoluciones o deportaciones masivas

4.- Que se remita atento oficio al Consejo Europeo para que aporte copia auténtica de la reunión de fecha 15 de octubre de 2.015 en la que se acordó el Plan Conjunto con Turquía.

5.- Que se remita atento oficio al Consejo Europeo para que aporte copia auténtica de la reunión de los Jefes de Estado o de Gobierno de la Unión Europea con Turquía, de fecha 29 de Noviembre de 2.015. fecha 15 de octubre de 2.015 en la que se acordó el Plan Conjunto con Turquía.

6.- Que se remita atento oficio al Consejo Europeo para que aporte copia auténtica del contrato suscrito entre la Unión Europea y Turquía el pasado 18 de marzo de 2016 así como la totalidad de los documentos preparatorios de dicho contrato

7.- Que se remita atento oficio al Consejo Europeo para que remita las actas de la reunión de Presidentes del pasado 18 de Marzo de 2016,

8.- Que se remita atento oficio al Consejo Europeo para que informe sobre cuáles son las aportaciones económicas que asumirá España en relación al contrato suscrito con Turquía el pasado 18 de marzo de 2016,

9.- Que se remita atento oficio al Consejo Europeo para que identifique plenamente a todos los firmantes del contrato suscrito con Turquía el pasado 18 de marzo de 2016

Por lo anterior,

SOLICITO A LA EXCMA. SALA que tenga por presentado en tiempo y forma este escrito con sus documentos y por interpuesta **QUERELLA** por presuntos **delito de lesa humanidad, delito cometido con ocasión de un conflicto bélico, delitos contra la integridad moral y delitos cometidos por los funcionarios públicos contra otros derechos individuales**, y cualesquiera otras conductas relacionadas que aparezcan en el curso de la investigación, ejercitándose la acción penal **en contra el Presidente del Gobierno en funciones, D. Mariano Rajoy Brey** y contra quienes más resulten responsables en el curso de la investigación **Y QUE** a la vista de lo aquí expuesto, de la documentación aportada y la referenciada y de las normas de aplicación se sirva admitir a trámite la presente querella y proceder a practicar las diligencias interesadas ut supra.

Por ser de Justicia que pedimos en Madrid a 7 de Abril de 2.016.

Gonzalo Boye
Abogado

Isabel Elbal Sánchez
Abogada

Javier Fernández Estrada
Procurador