



AUDIENCIA NACIONAL  
SALA DE LO PENAL  
SECCIÓN 2ª

ROLLO DE SALA: APELACIÓN CONTRA AUTOS: 158/2007  
PROCEDIMIENTO DE ORIGEN: SUMARIO 27/2007  
JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCIÓN N° 1

## A U T O

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:  
D. ÁNGEL LUIS HURTADO ADRIÁN (PONENTE)  
D. JOSÉ RICARDO DE PRADA SOLAESA  
D. FERMÍN ECHARRI CASI

En Madrid, a trece de mayo de dos mil ocho

### ANTECEDENTES DE HECHOS

PRIMERO.- Con fecha 27 de abril de 2007, el Juzgado Central de Instrucción n° 1 dictaba, en la presente causa, auto declarando procesados al Sargento **THOMAS GIBSON**, al Capitán **PHILIP WOLFORD** y al Teniente Coronel **PHILIP DE CAMP**, que, notificando a las partes, era recurrido en reforma y subsidiariamente en apelación por el Ministerio Fiscal, siendo desestimada la reforma mediante auto de 24 de mayo de 2007 y admitiéndose la apelación en un efecto, emplazándose a todas las partes ante esta Sección.

SEGUNDO.- Personadas las partes, los Ilmos. Sres Magistrados D. Fernando García Nicolás y D. Ricardo Rodríguez Fernández presentaron escrito formulando su abstención para el conocimiento del recurso, abstención que fue rechazada por auto del Pleno de la Sala de lo Penal, de 15 de noviembre de 2007.



**TERCERO**.- Mediante providencia de 3 de diciembre de 2007, se acordó no tramitar la recusación formalizada contra los indicados Magistrados, al haber sido resuelto por el Pleno la abstención que ellos mismos plantearon, providencia que fue recurrida por los procuradores D. Roberto Granizo Palomeque y D. Javier Fernández Estrada, en nombre y representación, respectivamente, de M<sup>a</sup> Dolores Jiménez Sánchez y de Politeia, siendo desestimada la súplica mediante auto de 7 de abril de 2008, y señalándose a continuación para la vista del recurso el día 21 de abril de 2008.

**CUARTO**.- El referido día tuvo lugar la vista, a la que asistió el Ministerio Fiscal, representado por el Ilmo. Sr. Jesús Alonso Cristóbal, en su calidad de apelante, quien mantuvo su recurso, y en calidad de apelados, el letrado D. Enrique Santiago Romero, en representación de la familia Couso Permuy, el letrado D. Leopoldo Torres Boursault, en representación de Dolores Jiménez Sánchez, el letrado D. Raúl Maillo García, en representación de la Asociación Libre de Abogados, y el letrado D. Pablo Díez Deon, en representación de la Asociación de Camarógrafos de TV, quienes se opusieron al recurso, no compareciendo a la vista las representaciones de Politeia y de la Asociación de la Prensa de Madrid.

**QUINTO**.- Terminada la vista del recurso y concluidas las pertinentes deliberaciones, se dicta la presente resolución, de la que es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Ángel Luis Hurtado Adrián, en sustitución del Ponente inicial, D. José Ricardo de Prada Solaesa, quien anuncia voto particular.

#### **RAZONAMIENTOS JURÍDICOS**

**PRIMERO**.- Una primera razón podríamos encontrar para dejar sin efecto el auto de procesamiento recurrido, de 27 de



abril de 2007, al menos en lo que atañe al delito contra la comunidad internacional, del art. 611.1º del Código Penal, si nos atenemos a su relato fáctico, por cuanto que en el mismo no hay una descripción de hechos que, por aproximación, permita servir de sustrato para subsumirlos en el mencionado delito. Nada se dice sobre la existencia de un ataque que permita entender que fuera indiscriminado o excesivo, y sólo en el razonamiento jurídico segundo se da por sentado que el disparo efectuado por el carro de combate se constituiría como un ataque, represalia o acto o amenazas de violencia con la finalidad de aterrorizar a los periodistas, máxime, dice el Instructor, si se tiene en cuenta que el mismo día se dirigieron ataques a las cadenas televisivas de Al Yazira y Abu Dhabi, argumento que reitera en el razonamiento jurídico cuarto del auto de 24 de mayo de 2007, desestimatorio del recurso de reforma formulado contra el anterior auto de procesamiento.

Estimamos, pues, que la referida descripción del auto de procesamiento es insuficiente a los efectos de procesar por el indicado delito del art. 611.1º Código Penal, y si bien cabría salvarla con las menciones fácticas que contiene en su fundamentación jurídica, tanto el propio auto, como el posterior que lo confirma, de 24 de mayo, lo que, desde luego, no compartimos es el discurso argumental utilizado y en virtud el cual, partiendo del dato de que el Hotel Palestina estaba ocupado por población civil, más el añadido que pone el Juez, de que no consta acreditada la existencia de amenaza alguna contra las tropas americanas, se dé el salto hasta decir que el disparo efectuado por el carro se constituyó en el ataque, represalia o acto o amenazas de violencia con la finalidad de aterrorizar a los periodistas, ni siquiera, aún teniendo presente, como también indica, que ese mismo día se dirigieron ataques a las cadenas televisivas Al Yazira y Abu Dhabi.

Y no compartimos el discurso argumental, porque el Juez "a quo" acude, exclusivamente, a datos que hay en la causa que perjudican a los procesados, desechando otros elementos que



puedan favorecerles, como luego iremos analizando, y porque, además, para reforzar la conclusión de que la finalidad del ataque era aterrorizar a los periodistas, resalta que ese mismo día se dirigieron ataques a las cadenas televisivas Al Yazira y Abu Dhabi, circunstancia que consideramos insuficiente, desde el momento que se utiliza sin establecer ni razonar la relación que pudiera haber entre estas cadenas y los periodistas ubicados en el Hotel Palestina, cuando esos ataques bien pudieran ser producto de la coincidencia, o bien porque no fuera descartable que las mencionadas cadenas fuesen centro de hostigación enemiga.

SEGUNDO.- Al margen las consideraciones hechas en el razonamiento jurídico anterior, pasamos a exponer otras razones de fondo, que nos llevan a no compartir el planteamiento de arranque con que enfoca el Juez Instructor la resolución recurrida; una primera, porque aborda la cuestión con unos criterios que, generalmente, suelen seguirse en el tratamiento del proceso penal, y sin embargo no en todos los casos son válidos, y otra segunda, que veremos que en el caso concreto de autos se puede poner en relación con la anterior, porque entendemos que no ha tenido presente las indicaciones del art. 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como debió valorarlas. Abordaremos en el presente fundamento la primera cuestión, dejando para el siguiente la segunda.

En efecto, cuando decimos que el Juez "a quo" aborda la cuestión con criterios, generalmente, seguidos en el tratamiento del proceso penal, es porque el mismo, pero también las partes apeladas, vienen mantener que no es el momento procesal presente el adecuado para discutir intencionalidades, de manera que, partiendo del hecho objetivo, por nadie discutido, del disparo de un proyectil desde el carro de combate estadounidense, que alcanzó a José Manuel Couso Permuy, quien falleció a consecuencia del impacto, se contaría con elementos indiciarios suficientes para mantener el procesamiento.

Pues bien, la referida tesis, sostenible en circunstancias de normalidad (siendo por eso por lo que decimos que supondría acoger un criterio generalmente seguido en el proceso penal), sin embargo no cabe trasladarla miméticamente a una situación de crisis absolutamente grave y anormal como la que nos ocupa, en la que el hecho se produce en el seno de un conflicto armado, donde hay operaciones bélicas, con disparos propios de tales operaciones, y guarda la apariencia de una típica acción de guerra.

Un disparo, no ya desde un carro de combate, sino con cualquier arma en situación no bélica, es presumible que encierre un ánimo doloso, que justificaría un procesamiento, mientras que la misma acción en un conflicto armado, teniendo, como tiene la que aquí nos ocupa, la apariencia de una acción típica de guerra, no puede ser considerada desde el punto de vista subjetivo de igual manera, precisamente por el contexto en que se produce, y es que, la circunstancia de que dentro del mismo mueran personas civiles, no convierte, por sí solo, el ataque de artillería de autos en punible, habida cuenta que el punto de partida de la investigación penal, en este tipo de hechos, no son tanto los daños producidos, sino el móvil del ataque. Por eso, producida la acción en ese contexto, no debería haber razones para cuestionar que quedara amparada en él, y sólo si lo desbordase, por extramilitarse quien la ejecuta, merecería el correspondiente reproche penal, lo cual implica que la extralimitación, en la medida que es algo excepcional, igualmente deberá quedar investigada durante la instrucción y si la misma guarda relación con elemento subjetivo, no hay razón para que se deje de valorar éste en dicha fase.

Dicho de otro modo, si en todo delito ha de concurrir, junto al objetivo, un elemento subjetivo, cuando se siente el presupuesto fáctico con que se pretenda definir, deberá incluirse tanto uno, como otro, aunque, si en alguna ocasión cabe prescindir del segundo, es porque, tal como se describa la situación objetiva en que se produzca, con las

circunstancias que la rodeen, llevará implícita ese elemento subjetivo; por tal motivo, en este sentido, decía el Tribunal Supremo, en Sentencia de 26 de junio de 2000, que "entre esas proposiciones fácticas deben introducirse, cuando sea necesario, las relativas a los elementos subjetivos, como el animus necandi". Se trata, como se puede deducir, de una Sentencia en un juicio con Jurado, que se refiere a los elementos que ha de recoger el objeto del veredicto, pero, en la medida que éste es el antecedente inmediato al relato de hechos de la Sentencia, lo que respecto de él se dice es plenamente válido para mantener la tesis que venimos manteniendo, porque, en definitiva, estamos hablando de los datos a reunir en cualquier relato de hechos.

Por lo tanto, no compartimos el planteamiento que se hace, cuando se pretende derivar a otro momento posterior la discusión sobre el elemento intencional, porque, aunque esto constituya esa tónica de actuación frecuente en la dinámica y desarrollo del proceso, no se puede mantener que así sea de manera mecánica e incontrovertible para todos, sino que habrá que estar a las peculiaridades de cada caso, siendo por ello por lo que mantenemos que el tratamiento de una acción, en el marco de una situación de crisis tan grave como es una guerra, no puede ser el mismo que en situación de normalidad, de manera que, siendo lo normal que, dentro de la anormalidad que aquélla origina, se desarrollen operaciones bélicas, lo que de excepcional haya en las mismas, de alguna manera deberá ser tratado en el acto del procesamiento, y si eso que haya de excepcional se encuentra en el elemento subjetivo, deberá éste ser valorado, en la medida que sea posible, en ese momento procesal

Por lo demás, la tesis que venimos desarrollando tampoco ha de resultar extraña, pues, si nos fijamos en la experiencia procesal, podemos comprobar que el elemento subjetivo de la acción se suele tener presente desde el primer momento, a la hora de elegir el procedimiento a seguir y fijar la competencia, lo que no es sino consecuencia de la ponderación

del juicio de verosimilitud que corresponde hacer al Instructor (véase al respecto art. 24 de L.O. 5/95 del T.J.).

En efecto, pensemos en una muerte violenta, en que la práctica de todos los días nos enseña que no siempre se acude a la incoación de un proceso penal por delito doloso (Tribunal de Jurado, en su caso, Sumario), sino que directamente se incoan, incluso, juicios de faltas (muertes consecuencia de la circulación vial), de modo que, si esto es así, es porque ese elemento intencional se tiene presente, ya, desde los primeros momentos de la investigación.

Por último, vamos a traer a colación una Sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de marzo de 2005, en la que entra a valorar el dolo del autor, la cual confirma un auto de sobreseimiento libre y archivo de una causa en un Procedimiento Abreviado. La hemos elegido, por un lado, porque el delito sobre el que versa es un delito de falso testimonio, del art. 459 del Código Penal, en el que, por el empleo del adverbio "maliciosamente", se está exigiendo un dolo reduplicado, cuya doctrina entendemos que es trasladable al caso que nos ocupa, donde nos estamos refiriendo al delito del art. 611 nº 1, por el que se procesa, el cual, igualmente, exige una específica finalidad de aterrorizar, y por otro, porque es una muestra de que el Tribunal Supremo, no sólo no cuestiona que se haya valorado el elemento subjetivo antes de llegar a juicio, sino que él mismo hace consideraciones en torno a dicho elemento para mantener el archivo.

Dice el Tribunal Supremo, reiteramos que es en relación con el delito de falso testimonio del art. 459 del Código Penal, que "el elemento básico de la acción delictiva recogida en dicho precepto consiste en faltar maliciosamente a la verdad en el dictamen pericial prestado en causa judicial, de tal forma que la falsedad debe resultar evidente o puesta de manifiesto por el resto de las pruebas practicadas. Pero junto a este elemento objetivo, resulta precisa la concurrencia de un elemento subjetivo, el dolo, puesto que este delito, según el actual Código Penal, es eminentemente intencional,

Excluyéndose la modalidad imprudente", y continúa más adelante añadiendo que "el delito de falso testimonio consiste en la consciente y deliberada falsedad o mentira de la declaración del testigo o en una falta de verdad maliciosa en el informe pericial. Se requiere, por tanto, no sólo la objetiva falta de verdad en la declaración o en el dictamen sino además, el dolo directo, consistente en conocer la falsedad y querer así expresarla".

Por lo tanto, que la valoración del elemento subjetivo no está cerrada en momento procesal previo al acto del juicio, es algo que no sólo podemos mantener a la vista de las consideraciones realizadas, sino que, teniendo siempre en cuenta las circunstancias que concurren en cada caso concreto, resulta conveniente, incluso necesario, valorarlo, cuando de ello puede depender el previsible y habitual derrotero que tome el proceso.

**TERCERO.-** Decíamos en el razonamiento jurídico anterior que, en nuestra opinión, el Juez "a quo" no valoró como debió valorar las indicaciones del art. 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el cual, en su inciso primero, establece que "todas las autoridades y funcionarios que intervengan en el procedimiento penal cuidarán, dentro de los límites de su respectiva competencia, de consignar y apreciar las circunstancias así adversas como favorables al presente reo".

En este sentido, argumenta en el auto de 24 de mayo de 2007, desestimatorio del recurso de reforma planteado contra el auto de procesamiento, que el informe emitido por las autoridades de EE.UU. no puede considerarse un contraindicio que desvirtúe los indicios que él señaló en el auto de procesamiento, y dice que así es "sencillamente porque más que un informe es un resumen de hechos y conclusiones, pese a que por este Juzgado se les solicitara -15 de febrero de 2006- la aportación de las averiguaciones que ofrecían poner a nuestra disposición y, que sin embargo, no lo han hecho" (sic).





No vamos a entrar a valorar en la presente resolución la colaboración prestada por las autoridades estadounidenses a las peticiones realizadas por el Instructor, porque, reconociendo, como reconocemos, que podía haber sido más extensa que la que nos han dado, lo que, en modo alguno, podemos admitir es que, porque se esté descontento con ella, se prescindiera por completo de esa información remitida, cuando aporta datos que no debieron ser pasados por alto a la hora de resolver, mucho más si alguno de ellos viene a coincidir con otra información incorporada a la causa por otros conductos.

La postura del Instructor prescindiendo de lo que en el referido informe (folio 847 y siguientes del Tomo IV) se dice no la podemos compartir, porque, como hemos indicado, se hace a costa de obviar lo dispuesto en el art. 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ya que, el hecho de que no sea tan completo como él hubiera deseado, no permite concluir que los elementos que aporte sean falsos o parciales.

Es cierto que la base de ese informe se encuentra en el documento elaborado por el Mando Central Norteamericano, obrante al folio 480, pero no es menos cierto que está remitido a través del Departamento de Justicia y el mismo se inicia bajo el compromiso de que "se responsabiliza de investigar, y si es necesario, llevar a juicio, cualquier denuncia relativa a supuestos abusos por parte de miembros de Fuerzas Armadas en el desarrollo de operaciones militares en aquellos conflictos en los que intervienen los Estados Unidos", con lo cual, al genérico principio de mutua cooperación basada en la confianza y buena fe que ha de regir en las relaciones entre Estados, se añade, por parte del Departamento de Justicia, ese específico compromiso de llevar a juicio cualquier abuso cometido por las Fuerzas Armadas, del que no hay razón para dudar, a no ser que partiéramos de una genérica desconfianza en las instituciones americanas, que no consideramos que haya que admitir por la circunstancia de que la información recibida no ha sido tan completa como hubiera deseado el Instructor, cuando esa información, insistimos,



está remitida a través del Departamento de Justicia, que es un organismo oficial, lo que, en nuestra opinión, es suficiente para rechazar cualquier atisbo de parcialidad o mala fe, desde el momento que un organismo de esta naturaleza se ha de encontrar sujeto a un estatuto jurídico que garantiza su objetividad, su imparcialidad y su sometimiento a la ley.

Estimamos, pues, que sobre la base de estos principios, que marcan las relaciones institucionales, no se puede prescindir de ellos sin dar una explicación lo suficientemente sólida, y no nos parece que lo sea la que se da, acogiéndose a la parquedad del informe, porque, que se considere incompleto, reiteramos que no permite, sin más, que se llegue a equiparar a parcial y, mucho menos, a falso. Si se quiere, podrá faltar información, pero no hay razón para cuestionar los datos que aporta en la que da.

A lo anterior, podemos añadir otra razón para estimar que, por esa circunstancia de que el referido informe no sea de la extensión deseada, no se debería haber prescindido de él, y es que, sin que se haya dado una explicación por la cual se haya llegado a la conclusión de que, por ser incompleto, es también falso o parcial, debería haberse planteado que en el proceso penal lo que se dilucidan son responsabilidades personales individualizadas, y que el informe está emitido por un organismo oficial, de manera que, incluso, no siendo del agrado el referido informe emitido por ese organismo oficial, tal desagrado no debió llevar su rechazo, cuando el mismo contiene aportaciones que pudieran repercutir en un pronunciamiento sobre la responsabilidad penal de personas concretas y determinadas.

Decíamos más arriba que el informe aportaba datos que vienen a coincidir con iguales datos que han llegado a las actuaciones por otros conductos. Así, frente a la tesis que se mantiene en la resolución recurrida, que niega la existencia de un francotirador o que se produjeran disparos desde el Hotel Palestina contra las tropas norteamericanas, se contrapone lo que recoge el informe, que habla de un

observador enemigo al otro lado del río Tigris, y lo que tomó por un tirador o grupo de tiradores enemigos en el balcón de una habitación de los pisos superiores, de lo que resultó ser el Hotel Palestina, tesis ésta última que entendemos que no es descartable, porque la existencia de actividad bélica por parte iraquí desde el hotel Palestina viene corroborada por el testigo Jesús Manuel Hernández Quiñonero, quien, en la declaración que prestó ante el Juez Instructor, el 5 de diciembre de 2003, recuerda sus temores a ser atacados por algún iraquí que pudiera encontrarse en las inmediaciones del Hotel, en la parte de abajo, extremo que también es recogido en el Informe elaborado por el Comité para la Protección de los Periodistas (véase folio 447 párrafo 4º y 448 párrafo 2º), como también viene a confirmar la presencia de elementos enemigos en el Hotel la testigo Olga Rodríguez Franco, cuando, en su declaración ante el Instructor, prestada el 23 de octubre de 2003, relataba que personal iraquí entraban en las habitaciones, registraban los teléfonos por satélite y controlaban el material de los periodistas, manifestación que, igualmente, viene a coincidir con lo que se dice en el mencionado informe del Comité para la Protección de los Periodistas (folio 443 párrafo 2º).

Así las cosas, "sin que conste acreditada la existencia de amenaza alguna (francotirador o disparo)", como dice la resolución recurrida (R.J 2º), no es suficiente como para dar un salto más y llegar a afirmar que no existiese en la realidad tal amenaza, pues, al margen de que son cosas diferentes, desde luego, esa no constancia no resulta incompatible con la creencia de que desde el Hotel Palestina hubiese un francotirador, un observador, o cualquier elemento enemigo que, de alguna manera, hostigase a las fuerzas armadas americanas, porque, según hemos dicho, la presencia de personal iraquí en ese Hotel Palestina y/o sus inmediaciones, es algo que consideramos que no tiene discusión, a la vista de las diligencias examinadas.



CUARTO. - Llegados a este punto, estamos en condiciones de decir, tras valorar cuantas diligencias hay incorporadas a las actuaciones, incluido el informe del Departamento de Justicia de EE.UU, que los elementos que aportan no son suficientes para procesar, pues, junto a los indicios de cargo, que, a tal efecto, ha tenido presente el Juez "a quo", hay que valorar lo que de favorable existe en la causa, y ello nos conduce a que la existencia de ese móvil de aterrorizar, que requiere el art. 611 del Código Penal, no podemos admitir que concurriera en la acción, lo cual, por extensión, nos lleva, también, a entender que los resultados de muerte se encontrarían exculpados por un eventual error.

Como decimos, no vamos a discutir los elementos de cargo de índole objetivo apuntados en las resoluciones recurridas, pero, aunque concurrieran, el simple planteamiento de encontrar como móvil de la acción esa idea de amedrentar a unos periodistas, por el mero hecho de ser periodistas, consideramos que es poner como premisa un móvil, que es de una vileza y bajeza moral, que resulta difícil de asumir, sin más, mucho más cuando entre esos periodistas había también de cinco medios escritos americanos, y aunque por esta sola razón no descartemos dicho móvil, lo que nos siembra una duda más que razonable, como para admitir que se diera, es que la hipótesis de la creencia por parte de las tropas norteamericanas de que había un francotirador o cualquier otra actitud hostil contra ellas desde el Hotel Palestina, es algo posible, y, por lo tanto, no descartable que pensarán en ella y que bajo esa creencia actuasen.

Y así lo consideramos, aún admitiendo que los soldados supiesen que el Hotel Palestina fuese una zona civil, porque el que lo fuera no quita para que, de hecho, se convirtiera en un foco hostil, cuando ya hemos hablado del acceso al mismo y por sus inmediaciones de personal enemigo, extremo que, de alguna manera, llegó a reconocer, incluso, el testigo Juan Sistiaga en su declaración ante el Juez Instructor, prestada el 23 de octubre de 2003, cuando admitió la existencia de

informadores o espías que se hacían pasar por periodistas; como tampoco descartamos, que fuese como consecuencia de la indicada creencia, que se disparase, pese a una serie de detalles que se han alegado en contra de esa creencia, entre los que se ha puesto hincapié en el transcurso de los diez minutos que mediaron desde que se comunicó la incidencia por parte del sargento a sus superiores y se produce el disparo, o en la circunstancia de si, cuando se produce el disparo, es después de un espacio más o menos prolongado de calma, porque el análisis de estas circunstancias se hace ahora, transcurridos más de 5 años después de ocurridos los hechos y con una serenidad que es inimaginable que se tuviera en la dinámica de tensión que se debió vivir por los soldados en unos momentos que se vieron hostigados desde diferentes lugares, entre los que ya hemos dicho que no cabe descartar el Hotel Palestina, y por lo tanto en esa situación de tensión, bajo la creencia de una amenaza sobre sus personas y en un campo de combate, no resulta exigible la misma serenidad y capacidad de análisis que ahora, transcurridos los años, se pretende imponer, con la tranquilidad de encontrarse lejos del conflicto y con el sosiego de analizar los acontecimientos desde un despacho.

⑤ QUINTO.- A la vista de lo que se ha ido desarrollando en los anteriores razonamientos, consideramos que los indicios obrantes en las actuaciones no son suficientes para mantener el procesamiento, fundamentalmente porque falta el elemento intencional en la acción, pues, como se viene diciendo, el disparo efectuado desde el carro de combate no es descartable que se realizara en la creencia de que se dirigía contra un elemento hostil, erróneamente identificado, como una mera manifestación de un acto de guerra.

Así las cosas, no podemos apreciar esa finalidad de aterrorizar a la población civil que requiere el tipo, a la vez que, desde el momento que no es descartable que el disparo sea una manifestación de un acto de guerra, tampoco

consideramos que se pueda estimar como un disparo indiscriminado, ya que, no sólo se dirige al lugar donde se cree que se encuentra el enemigo, sino que quienes lo dirigen, antes de hacerlo, esperan unos diez minutos para asegurar que fuera al enemigo; y, desde luego, tampoco lo consideramos excesivo, porque, teniendo en cuenta que esta nota se predicaría por el solo hecho de ser dirigido el ataque contra la población civil, desde el momento que hemos admitido que se disparara en la creencia de que se dirige contra una posición enemiga, habrá que descartarla.

Consideramos, pues, que, tras las diligencias practicadas y el análisis que de las mismas hemos realizado, no nos permite descartar que, como dice el Ministerio Fiscal, " la conducta llevada a cabo es la típica en una situación de combate donde la guerra tradicional y convencional da paso a actuaciones de guerrilla y emboscada, como es el caso de los combates que se producen no en campo abierto, sino en cascos urbanos o zonas habitadas: la respuesta, además de ser más complicada, presenta más peligro y dificultad", por eso decíamos más arriba que no es exigible que los mismos criterios de serenidad y capacidad de análisis con que ahora se trata la cuestión, se pretendan trasladar a la situación de tensión que se padeció en el campo de combate, que, por las circunstancias de riesgo, es natural que coadyuvase a esa creencia en quienes dispararon de que sobre ellos se cernía una amenaza seria y cierta.

Siendo insuficiente lo actuado para mantener esa específica finalidad de aterrorizar a la población civil y ubicado el hecho en el contexto de una acción de guerra contra un enemigo aparente, es consecuencia de ello no apreciar una intencionalidad dolosa en las muertes de las personas civiles, lo que, necesariamente, ha de llevar a dejar sin efecto el procesamiento por los dos delitos por los que se ha pronunciado.



SEYTC - Creemos conveniente hacer referencia a la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2006, que revoca y deja sin efecto el auto de 8 de marzo de 2006, en que esta misma Sección declaraba, por un lado, la falta de jurisdicción y, por otro, el archivo de las actuaciones, estimando, en su lugar, el Tribunal Supremo que los Jueces y Tribunales españoles tienen jurisdicción para conocer los hechos denunciados, y creemos que es conveniente hacer mención, porque la misma ha sido invocada en el acto de la vista y utilizada por los letrados de la parte apelada, quienes, de una u otra manera, vienen a decir que en ella el Tribunal Supremo ha declarado competente a la Audiencia Nacional para enjuiciar los crímenes cometidos, en aplicación del art. 611.1º del Código Penal, pues encuentra indicios en los actos enjuiciados que forman parte del mencionado tipo penal (folio 998: Asociación de Camarógrafos), o que el Ministerio Fiscal con su postura en el recurso trata de sustraer la competencia a la jurisdicción española, lo que sería ir en contra de la Sentencia del Tribunal Supremo (folio 1002: Asociación Libre de Abogados), o que el Ministerio Público, no obstante el rotundo pronunciamiento, vuelve a insistir sobre hechos ficticios y conceptos extravagantes (folio 1023: Representación de Mª Dolores Jiménez Sánchez).

Pues bien, cualquiera que sea el alcance que con sus alegaciones pretendan dar los letrados a la indicada Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2006, lo que, en modo alguno, es aceptable es que con ellas se pretenda llegar a la conclusión de que el mismo se ha pronunciado sobre la presencia de indicios que apuntan a la existencia de un delito del art. 611.1º del Código Penal, o que el Ministerio Fiscal, con su recurso, pretenda sustraer la competencia de la jurisdicción española, o que vuelva a insistir sobre hechos o conceptos sobre los que ya ha emitido un pronunciamiento el Tribunal Supremo, y ello, no ya porque el Ministerio Fiscal mantiene en su recurso que no pone en duda la competencia para conocer del tipo penal recogido en el art. 611.1º del Código

Penal, sino porque, *si algo* se desprende de dicha *sentencia*, es que la valoración jurídica que hace de los hechos denunciados, no sólo no la deja cerrada, sino que no va más allá del necesario reconocimiento provisionalísimo de que los mismos podrían constituir delitos que justifican la intervención de los órganos jurisdiccionales españoles, lo cual, entendido como consideramos que debe entenderse, implica que el Tribunal Supremo, cuando en la sentencia hace referencia a los delitos que atraen la competencia a la Jurisdicción española, lo hace de manera instrumental, porque, visto el discurso que desarrolla en toda ella, tiene que utilizar algún punto para fijar esa competencia, y el que utiliza, de ninguna manera, puede ser a costa de descender a una discusión a fondo sobre el tipo penal, porque en ese caso el propio Tribunal Supremo sería incongruente consigo mismo, dado que a la resolución que casa le está reprochando, precisamente, que haya profundizado en las valoraciones jurídicas que hace hasta llegar a decir que los hechos no son típicos.

Desde luego, no nos parece incongruente, una vez leída en su integridad, la sentencia, de entre cuyos pasajes hemos encontrado uno, en el fundamento jurídico 5º, cuando dice "solamente si se considera que los Jueces y Tribunales españoles tienen jurisdicción para conocer de los hechos de autos podrán adentrarse los mismos en el campo de su calificación jurídica", que precisamente apunta a que, si en la propia sentencia hay que hacer alguna valoración jurídica, ésta tiene que ser instrumental, de cara, exclusivamente, a un pronunciamiento sobre competencia, pues ya sabe el Tribunal Supremo que, al estar discutiéndose en la resolución la jurisdicción, no puede entrar a hacer un pronunciamiento referente a calificaciones jurídicas, en lo que vuelve a incidir en el fundamento jurídico 10º, donde, tras reprochar de nuevo, por "indebido y extemporáneo" el pronunciamiento de la Sección, dice que "el Tribunal de instancia se ha pronunciado sobre la tipicidad de los hechos denunciados antes





de definir el ámbito de la jurisdicción de los Tribunales Españoles para conocer de ellos, lo cual constituye un *prius lógico y jurídico*".

En definitiva, ni la sentencia del Tribunal Supremo hace una calificación jurídica acabada de los hechos y mucho menos entra en un análisis sobre esos hechos que le permitan llegar a una determinada calificación, en profundidad, de los mismos, sino que se limita a un mero reconocimiento de que pueden constituir delitos que justifiquen la intervención de la jurisdicción española, que, además, es "provisionalísimo", evidente muestra de que no es una valoración inamovible y "necesario", que significa que, porque tenía que hacerse para cumplir con el objeto sobre el que debía resolverse en la resolución que dicta, es decir, sobre la jurisdicción, es por lo que se hace, por obligación, tal valoración.

Así pues, la Sentencia del Tribunal Supremo no cierra el paso a ulteriores calificaciones jurídicas de los hechos, sino que lo deja abierto y, por eso, en su fundamento jurídico 10º, no está conforme con que la resolución que revoca haya llegado a las conclusiones que llega "sin especial motivación y sin someter a ningún juicio crítico los elementos probatorios en los que las partes recurrentes pretenden fundamentar su acusación", con cuya consideración entendemos que el Tribunal Supremo deja abierto el camino a que, con la motivación suficiente, se valoren los aspectos fácticos que aportan las diligencias de investigación y, en consecuencia, se llegue a las conclusiones jurídicas que de aquéllas se extraigan, que es lo que hemos hecho en la presente resolución.

**SÉPTIMO.**- Las consideraciones realizadas, nos conducen a la estimación del recurso planteado por el Ministerio Fiscal, si bien no con el alcance de acordar el archivo de la causa, que también pide, pues, siendo un auto de procesamiento lo recurrido, es al procesamiento y las medidas cautelares acordadas como consecuencia del mismo a lo que se ha de reducir, porque la decisión de archivo, que sólo tendría lugar

tras acordar el sobrestamiento, no es éste el momento procesal para acordarla, que queda reducido a la revocación de la resolución recurrida y a la devolución de las actuaciones al Juzgado de origen, para que el Instructor proceda a dejar, inmediatamente, sin efecto las medidas cautelares y sea él quien, por no estar concluida la instrucción, decida los pasos y actuaciones que estime procedente llevar a cabo.

En atención a lo expuesto,

**LA SALA ACUERDA: ESTIMAR** el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal en la presente causa, contra el auto de 27 de abril de 2007, en que se declaran procesados el Sargento **THOMAS GIBSON**, el Capitán **PHILIP WOLFORD** y el Teniente Coronel **PHILIP DE CHAMP**, cuyos procesamientos se dejan sin efecto, así como las medidas cautelares contra los mismos acordadas.

Notifíquese esta resolución al Ministerio Fiscal, y demás partes personadas, haciéndoles saber que la misma es firme, pues contra ella no cabe interponer recurso alguno.

Remítase testimonio de la presente resolución al Juzgado Instructor a los efectos acordados.

Una vez notificada la presente resolución, archívese el Rollo de Sala entre los de su clase, dejando nota en el correspondiente Libro Registro.

Así, por este nuestro auto, lo acordamos, mandamos y firmamos.



DILIGENCIA: Seguidamente se cumple lo acordado. Doy fe.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO JOSE RICARDO DE PRADA SOLAESA EN RELACIÓN CON EL AUTO DICTADO POR LA MAYORIA DE LA SALA EN EL RECURSO DE APELACION Nº 158/2007 CONTRA AUTO DE PROCESAMIENTO DICTADO POR EL JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCIÓN Nº 1 EN EL SUMARIO 27/2007.

**Primero.** Discrepo profundamente de la decisión dictada por la mayoría de la Sala, no sólo con respecto al resultado, ya que en mi opinión el recurso interpuesto por el Fiscal debió de ser desestimado al considerar que existen suficientes indicios racionales de criminalidad para procesar a los tres militares de nacionalidad estadounidense: Thomas Gibson, Philip Wolford y Philip De Camp, a quienes se refiere el auto recurrido, por crímenes de guerra del artículo 611.1 y de asesinato del artículo 139 del Código Penal, sino también con varios de los argumentos centrales que se utilizan en dicho auto para desautorizar la resolución del juzgado instructor.

**Segundo.** En mi opinión, el auto de la mayoría de la Sala enfoca el recurso contra el auto de procesamiento de los militares estadounidenses una forma totalmente inusual, utilizando criterios y razonamientos insólitos, y que de ser utilizados en la generalidad de los casos llevaría al desprocesamiento de prácticamente la totalidad de las situaciones que son sometidos a diario a la consideración de este Tribunal. Este enfoque interpretativo "ad hoc", que utiliza la Sala para este específico caso, se refiere no solo a cuestiones de procedimiento, cuando, por ejemplo, sustituye la normal valoración a realizar en este momento sobre la razonabilidad y racionalidad de los indicios en que el instructor ha basado su hipótesis de investigación y que ha plasmado en el auto de procesamiento, formalizando con ello la imputación, por parámetros de valoración probatoria que, además de discutibles, son propios de la sentencia penal, sino también en los propios criterios de valoración utilizados a la hora de apreciar los indicios y contraindicios, como también de los elementos típicos penales del tipo penal imputado, especialmente de sus elementos subjetivos.

**Tercero.** Los razonamientos utilizados en el auto van, a mi juicio, mucho más allá de una neutral valoración de la concurrencia de los requisitos legales del procesamiento - existencia o no de indicios racionales de criminalidad - , sino que buscan, introducen

elementos, argumentan, explican y realizan inferencias tendentes únicamente a la exculpación de los encausados.

El argumento que se utiliza en el auto para justificar su separación de los criterios que generalmente suelen seguirse en el tratamiento del proceso penal, de que se trata de una situación excepcional de grave crisis en el marco de una guerra, es en mi opinión inadmisibles y trasmite algo totalmente contrario a lo que pretende el Derecho Internacional Humanitario.

Prácticamente se da a entender que en la guerra no hay normas que regulen las conductas de los combatientes ni protejan a las víctimas civiles, que en ella todo es excepcional y casi todo es incontrolable y posible y a la postre justificable por razones de defensa. Para la Sala, para la investigación de los hechos y aplicación de los tipos penales que establece nuestro Código Penal se requiere, ya en la misma fase de procesamiento, una especial prueba de elementos intencionales de especial perfidia, que, de facto, no llegan a resultar ni tan siquiera inferibles a través de los múltiples y significativos elementos objetivos concurrentes, que se expresan en el auto de procesamiento, a los que se puede siempre buscar otra explicación favorable amparada en razones de defensa militar y que como tales nada pueden contra la presunción de actuación adecuada de los militares norteamericanos que causaron la muerte de los periodistas José Couso y Taras Protsyuk. Aquellos, no obstante el interés del juzgado, no han declarado en el procedimiento, pero sus autoridades civiles y militares, que han negado cualquier clase de cooperación con la justicia española a este respecto, si han venido a decir que los militares bajo su mando actuaron en legítima defensa putativa en un contexto de guerra, admitiéndose, sin más, de forma acrítica, por la Sala, esta versión, a la que por otra parte da una fuerza tal que contra ella parece que nada pueden los múltiples otros indicios existentes, incluidos los significativos patrones de conducta probados de ataques ocurridos ese mismo día contra igualmente objetivos civiles relacionados con la prensa, ni la inconsistencia interna ni en el tiempo de la versión dada por las mismas autoridades civiles y militares norteamericanas, que han venido dando varias diferentes explicaciones justificativas exculpantes del actuar de sus tropas en la muerte de los dos periodistas.

Cuarto. En el auto tampoco se lleva a cabo una correcta interpretación del artículo 611,1º de nuestro Código Penal. Por una parte, no se contiene una mínima exégesis de los elementos típico penales de los distintas conductas previstas en el mismo, y lo que en su lugar se hace son únicamente referencias parciales a algunos requisitos de algunas de ellas, por ejemplo al referirse a la intención de aterrorizar, pero se ha de tener presente que esta exigencia claramente se refiere a una de las conductas entre las varias establecidas en dicho precepto, y no a todas.

Así, el artículo 611,1 se refiere tanto a los ataques indiscriminados o excesivos contra la población civil, como también a los ataques, represalias o amenazas que tengan por finalidad principal aterrorizar a la población civil (terrorismo de guerra).

En mi opinión es claro que, a la hora de entender e interpretar el sentido de las normas contenidas en nuestro Código Penal referidas a crímenes de guerra (delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado), deben tenerse especialmente en cuenta las normas de Derecho Internacional Humanitario (DIH), especialmente las Convencionales (singularmente los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos adicionales), aunque también las normas de derecho internacional consuetudinario en la materia.

Los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 de forma común (art 49, 50, 129 y 146) establecen la responsabilidad penal internacional para una serie de actos prohibidos susceptibles de ser calificados como crímenes de guerra.

Además los Estados se comprometen a legislar *“para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las infracciones graves contra el presente Convenio”* definidas en los artículos 50, 51, 130 y 147 respectivamente común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y arts. 11 y 85 del Protocolo I.

Aunque el Estado español es signatario de los cuatro Convenios de Ginebra y del Protocolo Adicional I, Estados Unidos sólo lo es de los Convenios. Sin embargo, ello no implica que las normas de protección de las víctimas en conflictos armados de carácter

internacional no le sean aplicables, sino por vía de derecho convencional, si por la del derecho internacional consuetudinario igualmente de obligado cumplimiento.

Para la correcta interpretación de lo que son los ataques indiscriminados o excesivos contra la población civil deben tenerse en cuenta una serie de normas o principios generales relativos a la forma de conducción de hostilidades en relación con la población civil o personas especialmente protegidas, contenidas tanto en el Protocolo I como en el derecho internacional consuetudinario, que los citaremos tal como estos han sido recogido por el Comité Internacional del Cruz Roja (CICR) en reciente publicación.

1) Reglas referidas a la necesidad militar y proporcionalidad en los ataques.

a) Prohibición de los ataques indiscriminados. Protocolo Adicional I. Artículo 51 4. Y Reglas 11 a 13, que prohíben los ataques indiscriminados. Son ataques indiscriminados entre otros:

- i) los que no están dirigidos contra un objetivo militar concreto;
- ii) los que emplean métodos o medios de combate que no pueden dirigirse contra un objetivo militar concreto; o
- iii) los que emplean métodos o medios de combate cuyos efectos no sea posible limitar y que, en consecuencia, pueden alcanzar indistintamente a objetivos militares y a personas civiles o a bienes de carácter civil.

2) Reglas referidas a la proporcionalidad en los ataques. Reglas 14 y 21. Protocolo Adicional I. Artículo 51.5.b)

Se consideran indiscriminados los ataques, cuando sea de prever que causarán incidentalmente muertos y heridos entre la población civil, o daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista. Por ello, el Artículo 57. 2.)a. iii) obliga a abstenerse de decidir un ataque cuando sea de prever que causará incidentalmente muertos o heridos en la población civil, daños a bienes de

carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista. b) un ataque será suspendido o anulado si es de prever que el ataque causará incidentalmente muertos o heridos entre la población civil, daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista;

3) Reglas referidas a la precaución en los ataques. Reglas 15 a 21. Precaución en los efectos de los ataques Reglas 22 a 24. Protocolo Adicional I. Artículo 57 – 2º

Precauciones en el ataque:

1. Las operaciones militares se realizarán con un cuidado constante de preservar a la población civil, a las personas civiles y a los bienes de carácter civil.

2. Respecto a los ataques, se tomarán las siguientes precauciones:

a) Quienes preparen o decidan un ataque deberán: i) hacer todo lo que sea factible para verificar que los objetivos que se proyecta atacar no son personas civiles ni bienes de carácter civil, ni gozan de protección especial, sino que se trata de objetivos militares en el sentido del párrafo 2 del artículo 52 y que las disposiciones del presente Protocolo no prohíben atacarlos; ii) tomar todas las precauciones factibles en la elección de los medios y métodos de ataque para evitar o, al menos, reducir todo lo posible el número de muertos y de heridos que pudieran causar incidentalmente entre la población civil, así como los daños a los bienes de carácter civil; iii) abstenerse de decidir un ataque cuando sea de prever que causará incidentalmente muertos o heridos en la población civil, daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista; b) un ataque será suspendido o anulado si se advierte que el objetivo no es militar o que goza de protección especial, o que es de prever que el ataque causará incidentalmente muertos o heridos entre la población civil, daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista; c) se dará aviso con la debida



antelación y por medios eficaces de cualquier ataque que pueda afectar a la población civil, salvo que las circunstancias lo impidan.

El Estatuto de la Corte Penal internacional cuando en su artículo 8 tipifica los Crímenes de Guerra (art 8.2.b-I ,II y IV. ) se refiere al hecho de dirigir intencionadamente ataques contra la población civil en cuanto tal o contra personas civiles que no participen en las hostilidades , o contra bienes que no sean objetivos militares, así como lanzar ataques intencionadamente, a sabiendas de que se causaran pérdidas incidentales de vidas, lesiones a civiles, daños a bienes civiles, etc.

**Quinto.** Todas las reglas y principios que se acaban de exponer entran en plena contradicción con los criterios interpretativos utilizados por la Sala y ponen de manifiesto que en las guerras, no obstante la grave crisis que representan, existen normas que es necesario respetar, especialmente en cuanto a la conducción de hostilidades, medios utilizables y personas y objetivos protegidos, entre los que, sin duda, como víctimas civiles que son, están los periodistas, incrustados o no, siempre que no participen de forma alguna en las hostilidades.

En el presente caso, cuando menos, cabe apreciar un ataque intencional, indiscriminado y desproporcionado, contra objetivos civiles, con personas civiles a las que se les causo la muerte, utilizando medios de combate con gran capacidad mortífera, sin que se adoptaran las necesarias precauciones para discriminar ni el carácter no militar de los objetivos ni los resultados de víctimas civiles producidos. Son muchos los elementos expuestos en el auto de procesamiento que razonablemente mueven a pensar el pleno conocimiento por parte de los militares encausados del carácter puramente civil del Hotel Palestina, de que era el lugar que ocupaban los periodistas desde el que era perfectamente conocido seguían el discurrir de la guerra, especialmente la entrada en Bagdad, desde hacia ya varios días y que por ello no era un objetivo militar atacable. Resulta cierto que es una especulación, admisible y razonable como veremos, pero especulación al fin y al cabo, concluir que la principal finalidad de dicho ataque fue aterrorizar a la población civil, sin embargo, no lo es, que se trató de un ataque intencionado contra un objetivo civil, excesivo, por su carácter de objetivamente desproporcionado, e indiscriminado por la falta de adopción de las

acciones y precauciones mínimas exigibles ni en la discriminación del objetivo ni en su resultado, evitando muertes de civiles no solo perfectamente previsibles, sino que parece que buscadas, dadas las características técnicas del tipo de proyectil utilizado.

Contribuye a fortalecer el anterior juicio el hecho de la existencia de un patrón de conducta que claramente se ha podido establecer, dado que el mismo días en pocas horas se produjeron tres ataques selectivos a tres objetivos civiles con la característica común de ser lugares desde los que se estaba llevando a cabo actividad informativa por periodistas, de los llamados "no incrustados", causando víctimas civiles en dos de ellos y siendo también especialmente significativa la forma en como se produce el ataque contra la televisión Abu Dhabi, que se dirigió con extremada precisión a neutralizar una cámara automatizada que operaba desde la azotea del edificio, como también en el caso de la televisión Al Yazira, cuyo edificio fue bombardeado justo en el momento en que dos personas trataban recolocar las cámaras ubicadas en su parte superior, produciendo la muerte de una de ellas.

**Sexto.** La causa de justificación del actuar de los militares encausados, que de forma atípica han hecho llegar las autoridades norteamericanas al proceso, no obstante negarse a dar ninguna clase de cooperación judicial, es en si misma netamente insuficiente, no solo por razones de forma sino también de fondo. Responde a un esquema de exculpación puramente pro forma y como tal debe ser tenida. La única posibilidad de ser verdaderamente tenida en cuenta y darle el valor exculpatorio pretendido, que, no obstante, es el que se le asigna en el Auto de la Sala, es tras el interrogatorio de los intervinientes en los hechos y la confrontación y contratación de sus declaraciones con los otros elementos existentes, de tal manera que pueda adquirir verosimilitud lo que, de inicio, por lo que se deduce de una superficial contrastación con otros elementos indiciarios que abiertamente lo contradicen, no lo tiene.

No es solo, como afirma el auto recurrido, que no se de valor per se y porque no han querido colaborar con las españolas a lo que afirman las autoridades del departamento de justicia norteamericano con base según parece en los informes del Mando Central norteamericano, sino que dicha investigación no puede ni debe sustituir a una investigación judicial, que no consta que se haya llevado a cabo en

EEUU, ni según parece están dispuestos a realizar ni a colaborar de ninguna forma con la que está llevando en España. La valoración que el juzgado instructor realiza de dicho documento no judicial y de su contenido no es solo que sea razonable sino que es la única que cabe hacer. Es bastante obvio, desde mi punto de vista, que no se puede calificar de normal relación institucional de cooperación judicial a una situación de denegación puramente administrativa, es decir no basada en criterios jurisdiccionales estrictos, del auxilio judicial solicitado entre dos Estados, y pretender dar a su contenido pleno efecto jurídico exculpatario de los militares bajo el mando de quien la niega, basándose en una presunción general, pero acrítica, de buena fe y de imparcialidad en la actuación de dichas autoridades. Ello podrá resultar admisible en el plano de lo diplomático, pero no en el de la valoración jurídica de unos hechos de la entidad y características de los investigados.

**Séptimo.** En definitiva, a mi juicio, existen suficientes y razonables indicios para sostener el procesamiento de los tres militares norteamericanos implicados en la muerte de los dos periodistas y para que, por tanto, continúe la investigación judicial sobre los hechos, pero confiriéndoles a partir de este momento la cualidad procesal de procesados, con constancia formal de los hechos que se imputan contra ellos y las razones fundadas de esta imputación.

Dado a trece de Mayo de dos mil ocho

