

ARANZAZU FDEZ. PEREZ
P.I.A. Beatriz Monasterio
P.I.A. PILAR HERMOSO

Re-829/2006.3ª

Nº: 829/2006

Ponente Excmo. Sr. D.: Luis-Román Puerta Luis

Fallo: 05/12/2006

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández



TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

Aranzazu Fernández Pérez
Procuradora de los Tribunales
C/ Rodríguez San Pedro, 18 - 1ª Izq.
Tel. Fax 91 594 36 77 • 28015 Madrid

SENTENCIA Nº: 1240/2006

Excmos. Sres.:

Fecha notificación: 14-12-06

- D. Joaquín Delgado García
- D. Joaquín Giménez García
- D. Julián Sánchez Melgar
- D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca
- D. Luis-Román Puerta Luis

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a once de Diciembre de dos mil seis.

En los recursos de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional que ante Nos penden, interpuestos por MARÍA DOLORES JIMÉNEZ SÁNCHEZ y MARÍA ISABEL COUSO PERMUY, ASOCIACIÓN LIBRE DE ABOGADOS, MARÍA ISABEL PERMUY LÓPEZ y otros y ASOCIACIÓN DE CAMARÓGRAFOS DE TELEVISIÓN Y VÍDEO, contra auto de fecha ocho de marzo de 2.006, dictado por la Sección Segunda de la Sala Penal de la Audiencia Nacional, que estimó el recurso de apelación formulado por el MINISTERIO FISCAL, contra auto del Juzgado Central de Instrucción nº 1, fecha 19/10/2005, por el que se acordó la busca, captura y detención a efectos de extradición de los militares norteamericanos Thomas Gibson, Philip Wolford y Philip de Camp, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan, se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Luis-Román Puerta Luis, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dichos recurrentes representados, respectivamente por: María Dolores Jiménez Sánchez y María Isabel Couso Permuy, por el Procurador Sr. Granizo Palomeque, Asociación Libre de Abogados, por la Procuradora Sra. Lobera Argüelles, María Isabel Permuy López y otros, por la Procuradora Sra. Fernández Pérez, y la Asociación de Camarógrafos de Televisión y Vídeo, por la Procuradora Sra. Herrán Martín.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción Central nº 1 instruyó Procedimiento Abreviado con el nº 99/2003, en el que se dictó auto de fecha 19/10/2005, por el que se acuerda la busca, captura y detención, a efectos de extradición de los militares norteamericanos sargento Thomas Gibson, capitán Philip Wolford y teniente coronel Philip de Camp, confirmado luego por auto de fecha 28/10/2005, por el que se desestima el recurso de reforma interpuesto contra el mismo, resolución que fue recurrida en apelación por el Ministerio

Fiscal ante la Sala Penal de la Audiencia Nacional, cuya Sección Segunda, dictó auto con fecha ocho de marzo de 2.006, que contiene los siguientes **ANTECEDENTES DE HECHO**: "Primero.- En las Diligencias Previas nº 99/2003, el Juzgado Central de Instrucción nº 1 dictó auto con fecha 19/10/05, por el que se acuerda la busca, captura y detención a efectos de extradición de los militares norteamericanos:

Sargento Thomas Gibson, perteneciente a la Compañía "A" del Regimiento de Blindados nº 64 de la Tercera División de Infantería acorazada del Ejército de los Estados Unidos de América.

Capitán Philip Wolford, al mando de la Unidad de Blindados de la Compañía "A" del Regimiento de Blindados nº 64 de la Tercera División de Infantería Acorazada del Ejército de los Estados Unidos de América.

Teniente Coronel Philip de Camp, al mando del Regimiento de blindados nº 64 de la Tercera División de Infantería Acorazada del Ejército norteamericano.

Segundo.- Contra dicho Auto el Ministerio Fiscal interpuso recurso de reforma solicitando la revocación del auto: recurso que fue impugnado por el Procurador Don Roberto Granizo Palomeque, en representación de Doña María Dolores Jiménez Sánchez y de Doña María Isabel Couso Permuy, y por la Procuradora Doña Isabel Herrada Martín, en representación de la Asociación de Camarógrafos de Televisión y Vídeo y por la Procuradora Doña María Aránzazu Hernández Pérez, en representación de Doña María Isabel Permuy López y otros, y por la Procuradora Doña Irene Gutiérrez Carrillo, en nombre de la Asociación Politeia.

Tercero.- Por Auto de 28/10/05, el Juzgado acordó desestimar el recurso de reforma interpuesto por el Ministerio Fiscal y resolvió no haber lugar a reformar el auto de 19/10/05.

Cuarto.- El Ministerio Fiscal presentó escrito interponiendo recurso de apelación oponiéndose a la imputación de los tres militares norteamericanos por falta de Jurisdicción, impetrando el archivo de las

actuaciones, recurso que fue admitido a trámite por proveído de Instrucción de 2/11/2005, que acordó dar traslado de su contenido a las acusaciones personadas para alegaciones escritas, señalamiento de particulares y presentación de documentos justificativas de sus pretensiones.

Quinto.- En su virtud, los Procuradores antes indicados, presentaron escritos de alegaciones impugnando el recurso de apelación el Ministerio fiscal, y también lo hizo la Procuradora doña Ana Isabel Lobera Argüelles, en representación de la acusación popular Asociación Libre de Abogados, designándose particulares para unir al testimonio a librar para la resolución de la apelación.

Los Procuradores Roberto Granizo Palomeque y Doña Irene Gutiérrez Carrillo, en los escritos de impugnación solicitaron la celebración de vista.

Sexto.- Se ha verificado la deliberación y votación del recurso, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Presidente del Tribunal Don Fernando García Nicolás, que expresa la decisión del Tribunal".

2.- La Audiencia de instancia dictó la siguiente **PARTE DISPOSITIVA**: LA SALA ACUERDA: ESTIMAR el recurso formulado por el Ministerio Fiscal, contra el Auto de 19/10/05, cuya reforma fue desestimada por el Juzgado en Auto de 28/10/05, y en su consecuencia:

1º) Declarar la falta de jurisdicción para perseguir los hechos por los que se han seguido las Diligencias Previas 99/03, del Juzgado de Instrucción nº 1.

2º) Revocar y dejar sin efecto el Auto de 19/10/05 por el que se acuerda la busca, captura y detención a efectos de extradición de los militares norteamericanos Sargento Thomas Gibson, Capitán Philip Wolford, y Teniente Coronel Philip de Camp.

3º) Decretar el archivo de las diligencias previas nº 99/03 del Juzgado Central de Instrucción nº 1, debiendo dejar sin efecto el Juzgado las

diligencias que estén en trámite de cumplimiento y en particular las órdenes de detención.

4º) Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y a las partes personadas, significándoles que es firme pues contra la misma no cabe recurso alguno.

5º) Remítase testimonio de la presente Resolución al Juzgado Central de Instrucción nº 1 para cumplimiento de lo resuelto.

6º) Una vez notificada la presente resolución, archívese el Rollo de sala entre los de su clase, dejando nota en el correspondiente Libro de Registro.

3.- Notificada dicho auto a las partes, se prepararon contra el mismo por María Dolores Jiménez Sánchez y María Isabel Couso Permuy, Asociación Libre de Abogados, María Isabel Permuy y otros y Asociación de Camarógrafos de televisión y vídeo, recursos de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las pertinentes certificaciones para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos; quedó desierto el recurso presentado por Politeia, anunciado y no formalizado..

4.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación de MARIA DOLORES JIMÉNEZ SÁNCHEZ Y MARÍA ISABEL COUSO PERMUY formalizó su recurso alegando los siguientes motivos: PRIMERO: Al amparo del art. 5.4 de la L.O.P.J., por violación directa del artículo 24.1 de la Constitución Española que ampara el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva con interdicción de indefensión. SEGUNDO: Al amparo del art. 5.4 de la L.O.P.J., por violación directa del artículo 24.2 de la Constitución Española que ampara el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías. TERCERO: Infracción de ley al amparo del

nº 1º del art. 849 de la L.E.Crim., por infracción de ley y de doctrina legal, por interpretación errónea del artículo 611.1, en relación con el 608.3 del Código Penal y con el art. 23.4 h) de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

La representación de ASOCIACIÓN LIBRE DE ABOGADOS, formalizó su recurso alegando los siguientes motivos: PRIMERO: Infracción de ley al amparo del nº 1º del art. 849 de la L.E.Crim., por inaplicación de los artículos 23.4 en relación con los artículos 23.2 y 23.5 de la L.O.P.J. SEGUNDO: Infracción de ley al amparo del nº 2º del art. 849 de la L.E.Crim., por error en la apreciación de la prueba. TERCERO: Al amparo del art. 5.4 de la L.O.P.J., por vulneración del artículo 24.1 de la Constitución Española que ampara el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y derecho de acceso al juez predeterminado por la ley. CUARTO: Al amparo del art. 5.4 de la L.O.P.J., por vulneración del artículo 24.1 de la Constitución Española que ampara el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. QUINTO: Al amparo del art. 5.4 de la L.O.P.J., por vulneración del artículo 24.1 de la Constitución Española que ampara el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

La representación de MARÍA ISABEL PERMUY LÓPEZ Y OTROS, formalizó su recurso alegando los siguientes motivos: PRIMERO: Al amparo del art. 5.4 de la L.O.P.J., por vulneración del artículo 24 de la Constitución Española que ampara el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de jueces y tribunales, vulneración del principio de contradicción y congruencia en la resolución judicial. SEGUNDO: Al amparo del art. 5.4 de la L.O.P.J., por vulneración del artículo 24 de la Constitución Española que ampara el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de jueces y tribunales. TERCERO: Infracción de ley al amparo del nº 1º del art. 849 de la L.E.Crim., por inaplicación del artículo 23.4 de la L.O.P.J.

La ASOCIACIÓN DE CAMARÓGRAFOS DE TELEVISIÓN Y VÍDEO, formalizó su recurso alegando los siguientes motivos: PRIMERO: Infracción de ley al amparo del nº 1º del art. 849 de la L.E.Crim., por inaplicación del artículo 23.4 de la L.O.P.J. SEGUNDO: Infracción de ley al amparo del artículo 849 y del art. 5.4 de la L.O.P.J., en relación con el art. 24 de la Constitución Española. TERCERO: Infracción de ley al amparo del art. 849.2º de la L.E.Crim., por error en la apreciación de la prueba. CUARTO: Infracción de ley al amparo del art. 849.2º de la L.E.Crim., por error en la apreciación de la prueba. QUINTO: Infracción de ley al amparo del artículo 849 y del art. 5.4 de la L.O.P.J., en relación con el art. 24 de la Constitución Española. SEXTO: Infracción de ley al amparo del artículo 849 y del art. 5.4 de la L.O.P.J., en relación con el art. 24 de la Constitución Española. SÉPTIMO: Infracción de ley al amparo del artículo 849 y del art. 5.4 de la L.O.P.J., en relación con el art. 24 de la Constitución Española. OCTAVO: Infracción de ley al amparo del artículo 849 y del art. 5.4 de la L.O.P.J., en relación con el art. 24 de la Constitución Española.

5.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, expresó su conformidad con la resolución del mismo sin celebración de vista e impugnó todos los recursos por los razonamientos que adujo, quedando los autos conclusos pendientes de señalamiento de día para la votación y fallo cuando en turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento han tenido lugar la votación y fallo prevenidos el cinco de diciembre pasado.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La Sección Segunda de la Sala Penal de la Audiencia Nacional, por auto de ocho de marzo de dos mil seis, al conocer del recurso de

apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el auto del Juzgado Central de Instrucción núm. 1, de fecha 28 de octubre de 2005, acordó estimar dicho recurso y, en su consecuencia: 1/ declarar la falta de jurisdicción para perseguir los hechos por los que se han seguido las Diligencias Previas 99/03 del Juzgado Central de Instrucción nº 1; 2/ revocar y dejar sin efecto el auto de 19 de octubre de 2005 de dicho Juzgado, por el que se acuerda la busca, captura y detención, a efectos de extradición, de tres militares norteamericanos; 3/ decretar el archivo de las diligencias previas 99/03.

Contra dicho auto, han interpuesto sendos recursos de casación: a) la Asociación Libre de Abogados (cinco motivos); b) la viuda (Mª Dolores Jiménez) y la hermana (Mª Isabel) del periodista español José Manuel Couso (tres motivos); c) la madre de este periodistas y otras personas (tres motivos); y, d) la Asociación de Camarógrafos de Televisión y Vídeo (ocho motivos).

SEGUNDO. El auto aquí recurrido comienza haciendo referencia a “los hechos indiciarios que son base del auto recurrido” (el subrayado es nuestro) [en resumen: que en el desarrollo del enfrentamiento bélico en Irak, llevado a cabo por tropas estadounidenses y británicas, hallándose la mayor parte de la prensa internacional alojada en el hotel “Palestina” de Bagdad por indicación del Pentágono estadounidense, el día 8 de abril de 2003, un disparo de un carro de combate estadounidense, efectuado contra el referido hotel, a la altura de la planta quince, alcanzó al periodista español de la cadena de televisión “Telecinco”, José Manuel Couso Permuy, y al reportero de la agencia “Reuters”, Taras Protsyuk, causándoles la muerte]; poniendo de relieve: 1º) que tales hechos, a juicio del Instructor, merecen la calificación de un delito contra la comunidad internacional del art. 611.1, en relación con el art. 608.3, y de un delito de asesinato del art. 139, todos ellos del Código Penal; 2º) que tanto el

Ministerio Fiscal como las acusaciones personadas centran el debate de este recurso en la inexistencia de jurisdicción, que mantiene el primero, y la existencia de jurisdicción por parte de los Tribunales españoles, que sostienen las acusaciones; y, 3º) que “sólo si se decidiera la existencia de jurisdicción podrían examinarse el resto de los alegatos”.

TERCERO. Tras este punto de partida, y tras descartar que el hecho de autos pudiera constituir un delito de terrorismo del art. 577 del CP, como pretendía otra de las acusaciones, la Sala de instancia examina los elementos concurrentes en el hecho denunciado, poniendo de relieve que tanto para el delito de “crimen de guerra” del art. 611 del CP (en relación con el IV Convenio de Ginebra –arts. 146 y 147- y con el Protocolo I Adicional –art. 79-) como el delito de asesinato del art. 139 del CP debe concurrir un “dolo intencional”, que, en su opinión, no concurre en el hecho de autos; y afirma, a este respecto, que “es un hecho notorio difundido por toda clase de medios de comunicación” (el subrayado es nuestro), que no estamos ante un “acto intencional doloso” sino ante un “acto de guerra realizado contra un enemigo aparente, erróneamente identificado”, habida cuenta de que “la intervención de las comunicaciones iraquíes pone en alerta al ejército americano que desde el Hotel Palestina, (...), existe una unidad iraquí desde la que se dirige el tiro de artillería contra las unidades norteamericanas”, de todo lo cual, viene a concluir que “no concurren los elementos típicos necesarios para constituir la figura penal del art. 611.1º, en relación con el art. 608.3º del CP”.

CUARTO. Descartado el carácter penalmente típico del hecho de autos, se adentra la Sala de instancia “en el análisis de la posible aplicación del

párrafo segundo del citado artículo 146 (del IV Convenio de Ginebra)”, entrando así en el examen del art. 23.4. h) de la LOPJ; y así dice que “aunque ya se ha resuelto la falta de jurisdicción en el caso de autos, ha ocupado las deliberaciones del Tribunal la aplicación del principio de persecución universal a los crímenes de guerra, en la que sería conveniente, como se deduce de la sentencia del Tribunal Constitucional de 26/11/05, una reforma legislativa que impusiese algún límite de la acción penal en su persecución”, pues existe “una disimilitud entre el sistema español, con el principio “pro actione” y el derecho de acceso a la jurisdicción, vertiente del derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva respecto de cada uno de los delitos del catálogo del art. 23.4 LOPJ, y entre las soluciones ofrecidas por países de nuestro entorno cultural, jurídico y democrático”. Y, con todos estos argumentos, estima el recurso del Ministerio Fiscal en los términos ya expuestos.

QUINTO. Al enfrentarnos ya con el estudio del posible fundamento de los recursos de casación interpuestos contra la anterior resolución de la Sección 2ª de la Sala Penal de la Audiencia Nacional, llama la atención que ésta, tras poner de manifiesto que el debate de estos recursos se centra en el tema de la jurisdicción (existencia –como entienden las acusaciones recurrentes- o inexistencia –como sostiene el Ministerio Fiscal-), por lo que “sólo si se decidiera la existencia de jurisdicción podrían examinarse el resto de los alegatos”, haya venido a negar la existencia de jurisdicción sobre la base de considerar que los hechos denunciados son penalmente atípicos (“no concurren los elementos típicos necesarios para constituir la figura penal del art. 611.1º, en relación con el art. 608.3º del CP, y con las infracciones graves del IV Convenio de Ginebra, arts. 146 y 147” –v. FF JJ 7º y 9º del auto recurrido-).

Sin duda alguna, es preciso examinar el posible fundamento de las

impugnaciones formuladas contra el auto de la Sala Penal de la Audiencia Nacional, siguiendo el orden inicialmente trazado por la propia Sala de instancia: primero la cuestión de la jurisdicción, y luego, en su caso, el resto de los alegatos; pues, 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. Nos enfrentamos, por tanto, con el estudio del art. 23.4 de la LOPJ, en el que se establece en nuestro Derecho el principio de la justicia universal.

SEXTO. Es sobradamente conocido que, en el campo de Derecho internacional, el "ius puniendi" del Estado se vino considerando tradicionalmente como una emanación de la soberanía del mismo, que aparecía limitada por las fronteras de su territorio y por el principio de no intervención (v. art. 2.7 de la Carta de las Naciones Unidas). La intervención penal de la comunidad internacional en las decisiones de un Estado que pudieran afectar a la paz internacional encuentra uno de los primeros reconocimientos en el Pacto de la Sociedad de Naciones (art. 14), con el establecimiento del Tribunal Permanente de Justicia Internacional, hasta llegarse a la constitución de la Corte Penal Internacional, por medio del Estatuto de Roma de 1998, pasando por la creación de los Tribunales de Núremberg y de Tokio –tras la segunda Guerra Mundial-, el art. VIII del Convenio de Ginebra sobre Prevención y Sanción del Genocidio de 1948, y más recientemente con la constitución de los Tribunales para la ex Yugoslavia y para Ruanda.

La expansión del ámbito de la jurisdicción más allá del marco territorial del Estado se ha ido abriendo camino a través de tres principios fundamentales del llamado Derecho penal internacional: a) el principio de la personalidad; b) el principio real o de defensa; y c) el principio de justicia universal. De ellos, sin la menor duda, es el último el más discutido tanto en el

campo doctrinal como en el propiamente legislativo y en el jurisprudencial.

SÉPTIMO. En nuestro ordenamiento jurídico, es la Ley Orgánica del Poder Judicial la que regula el ámbito de la jurisdicción española, estableciendo el principio de territorialidad (art. 23.1), junto con el de personalidad (art. 23.2), el principio real o de defensa (art. 23.3) y, por último, el principio de justicia universal (art. 23.4), que es el aplicable a la cuestión debatida en estos recursos.

Establece el art. 23.4 de la LOPJ que "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 penal española, como alguno de los siguientes delitos: (...). h) Y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España". Esta última referencia genérica completa la relación de delitos sobre los que la comunidad internacional ha suscrito determinados Tratados o Convenios (genocidio, terrorismo, piratería, falsificación de moneda, prostitución y corrupción de menores y tráfico de drogas).

En la materia que aquí nos ocupa, existen los cuatro Convenios de Ginebra sobre el Derecho de la Guerra, de 12 de agosto de 1949, con sus correspondientes Protocolos Adicionales, relativo uno de dichos Convenios (el IV) a la protección de personas civiles en tiempo de guerra, cuyo art. 146 establece que "las Altas Partes contratantes se comprometen a tomar todas las medidas legislativas necesarias para fijar las sanciones penales adecuadas que hayan de aplicarse a las personas que cometieren o diesen orden de cometer cualquiera de las infracciones graves al presente Convenio que quedan definidas en el artículo siguiente. Cada una de las Partes contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido u ordenado cometer, una

cualquiera de dichas infracciones graves, debiendo hacerlas comparecer ante los propios tribunales de ella, fuere cual fuere su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiriese, y según las condiciones previstas en su propia legislación, entregarlas para enjuiciamiento a otra Parte contratante interesada en el proceso, en la medida que esta otra Parte contratante haya formulado contra ella suficientes cargos. (...)”. Por su parte, el art. 147 del citado Convenio dispone que “las infracciones graves a que alude el artículo anterior son las que implican cualquiera de los actos siguientes, si se cometieren contra personas o bienes protegidos por el Convenio: homicidio adrede, tortura o tratos inhumanos, incluso experiencias biológicas, causar intencionadamente grandes sufrimientos, o atentar gravemente a la integridad física o a la salud, las deportaciones y traslados ilegales, la detención ilegítima, coaccionar a una persona protegida a servir en las fuerzas armadas de la Potencia enemiga, o privarla de su derecho a ser juzgada normal e imparcialmente según las estipulaciones del presente Convenio, la toma de rehenes, la destrucción y apropiación de bienes no justificadas por necesidades militares y ejecutadas en gran escala de modo ilícito y arbitrario”. En este mismo ámbito, el art. 79 del Protocolo I Adicional de 8 de junio de 1977, relativo a “medidas de protección de periodistas”, dice que “1. Los periodistas que realicen misiones profesionales peligrosas en las zonas de conflicto armado serán considerados personas civiles en el sentido del párrafo 1 del artículo 50. 2. Serán protegidos como tales de conformidad con los Convenios y el presente Protocolo, a condición de que se abstengan de todo acto que afecte a su estatuto de persona civil y sin perjuicio del derecho que asiste a los corresponsales de guerra acreditados ante las fuerzas armadas a gozar del estatuto que les reconoce el artículo 4, A 4) del III Convenio (...)”.

Consecuencia de los anteriores Convenios ha sido la inclusión en el Código Penal de 1995, como novedad absoluta en nuestro ordenamiento jurídico, del Capítulo III del Título XXIV (“Delitos contra la Comunidad Internacional”), en cuyo art. 611.1º se castiga al que, “con ocasión de un

conflicto armado: 1º. Realice u ordene realizar ataques indiscriminados o excesivos o haga objeto a la población civil de ataques, represalias o actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizarla”; precisándose en el art. 608 del Código Penal 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”.

OCTAVO. Llegados a este punto, parece obligado poner de relieve los graves problemas que la interpretación y aplicación de la norma cuestionada en los presentes recursos –el art. 23.4 de la LOPJ- puede plantear. Baste, para ello, destacar la amplitud de los términos que definen el ámbito de la jurisdicción española en materias como el terrorismo, la falsificación de moneda, el tráfico de drogas y, de modo especial, la referencia a cualquier otro delito que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España [letra h) del citado artículo de la LOPJ]. Ello, sin duda, fue la causa determinante de la delimitación llevada a cabo por este Tribunal en las conocidas sentencias de 25 de febrero y 20 de mayo de 2003 (sobre los denominados casos de Guatemala y Perú, respectivamente), lo que, en definitiva, no suponía otra cosa que poner de manifiesto la necesidad de un punto de conexión legitimante, sin el cual podría hablarse fundadamente de una desmesurada ampliación de la jurisdicción penal nacional, particularmente si tenemos en cuenta que en nuestro ordenamiento jurídico no se admite el principio de oportunidad y, al propio tiempo, está reconocida sin especial limitación la acción popular (v. art. 125 C.E. y arts. 100, 101 y 270 LECrim.); acción que, en el plano histórico, se admitió únicamente respecto de concretos delitos. Así, en la Constitución de 1812, para los delitos soborno, cohecho y prevaricación de Jueces y Magistrados; en la Constitución de 1869, para perseguir los delitos cometidos

por los Jueces y Magistrados en el ejercicio de sus cargos; y en la Constitución de 1931, para los delitos de detención y prisión ilegales.

En cualquier caso, la intervención de los Tribunales españoles, respecto de hechos cometidos fuera de su territorio, puede plantear indudables conflictos desde el punto de vista de las relaciones internacionales del Estado español –competencia propia del Gobierno de la Nación (v. art. 97 CE)-, materia, por tanto, ajena a la función jurisdiccional, pero que, sin duda, los Tribunales no pueden desconocer de modo absoluto.

Por lo demás, en cuanto al sometimiento de conductas desarrolladas fuera del ámbito territorial de los distintos Estados a la jurisdicción de sus Tribunales, en materias que interesan a la comunidad internacional, especialmente en cuanto pudieran afectar a la paz y a la protección y defensa de los derechos humanos, la evolución del llamado Derecho penal internacional parece orientarse más bien hacia los Tribunales internacionales y a la intervención de las Naciones Unidas, como ya hemos apuntado. En este sentido, llama poderosamente la atención el carácter complementario y subordinado con que el Estatuto de Roma configura la competencia de la Corte Penal Internacional (v. arts. 12 y sgtes. del Estatuto de Roma), así como su ámbito objetivo (v. arts. 5 y sgtes. del citado Estatuto).

No llaman menos la atención, en esta materia, el régimen legal que sobre la misma tienen algunos Estados de nuestro entorno, ante cuyos Tribunales han llegado a plantearse concretas reclamaciones sobre el particular. En este sentido, la sentencia de este Tribunal de 20 de junio de 2006 (FJ 8), destaca cómo el art. 7 de la Ley belga de 23 de abril de 2003 impuso límites al principio de la jurisdicción universal, refiriéndose, “en primer término, a los casos en que el autor no se encuentre en territorio del Reino”, estableciendo, además, que “el Procurador Federal, único que en adelante podrá instar la

acción, no requerirá al Juez de Instrucción para que asuma la causa, si “de las circunstancias concretas del caso resulta que en el interés de una buena administración de justicia y en cumplimiento de las obligaciones internacionales de Bélgica, aquélla debe ser enjuiciada por las jurisdicciones internacionales o por la jurisdicción donde los hechos han sido cometidos, o por la jurisdicción del Estado de la nacionalidad del autor o del lugar en el que éste pueda ser encontrado y en el que esta jurisdicción sea competente, imparcial y equitativa”. De igual modo, se destaca igualmente que, en el Derecho alemán, si bien el parágrafo 1 del Código Penal Internacional no menciona límite alguno al principio de universalidad, “se incorpora a la ley procesal penal (StPO) un nuevo supuesto de aplicación del principio de oportunidad en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, parágrafo 153 f), que somete la persecución de los delitos cometidos fuera del territorio alemán a la decisión del Fiscal”.

En el plano doctrinal, se dice también en la sentencia de este Tribunal de 20 de junio de 2006, que “especial relevancia reviste en esta línea los “Princeton Principles on Universal Jurisdiction”, elaborados en 2001 por profesores de Princeton (EE UU), Utrecht (Holanda), Cincinnati (EE UU), y otros juristas de la Asociación Internacional de Derecho Penal y de la Comisión Internacional de Juristas, prologados por la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. En el principio 1 (2) de este texto se establece que: “La jurisdicción universal puede ser ejercida por un cuerpo competente y ordinario de cada Estado en orden al enjuiciamiento de una persona debidamente acusada de haber cometido los graves crímenes del derecho internacional especificados en el principio 2 (1), siempre y cuando la persona esté presente ante dicho órgano judicial”.

En esta misma línea, cabe destacar igualmente que por la representación de la acusación particular ejercitada por la viuda y la hermana del periodista español, víctima de los hechos denunciados en estas actuaciones, aquí

recurrentes, se hace particular referencia a la "Resolución adoptada por la XVII Comisión del Instituto de Derecho Internacional, en su sesión de Cracovia, celebrada el 26 de agosto de 2005, sobre "La competencia universal en materia penal respecto del delito de genocidio, delitos contra la humanidad y de los crímenes de guerra": (...). Adopta la siguiente Resolución: (...). 3. El ejercicio de la competencia universal está subordinado a las disposiciones que siguen a menos que se convenga de otra manera en forma lícita: (...) b) Con independencia de los actos de instrucción y de las demandas de extradición, el ejercicio de la competencia universal requiere la presencia del sospechoso sobre el territorio del Estado que le persigue ..." (v. Pág. 25, "in fine", del citado recurso).

NOVENO. Con estas consideraciones preliminares, nos adentramos ya en el estudio del posible fundamento de los distintos recursos de casación formulados por cuatro de las acusaciones intervinientes en esta causa, y dada la reiteración de sus argumentos, sistematizaremos los distintos motivos agrupándolos en tres grupos: a) Motivos que denuncian vulneración de preceptos constitucionales; b) Motivos que denuncian error de hecho en la apreciación de la prueba; y c) Motivos que denuncian infracción de legalidad ordinaria.

A) MOTIVOS QUE DENUNCIAN VULNERACIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL (Motivos 3º, 4º y 5º de la Asociación Libre de Abogados; motivos 1º y 2º de Doña María Dolores Jiménez y Doña María Isabel Couso; motivos 1º y 2º de Doña María Isabel Permuy y otros; y motivos

2º, 6º, 7º y 8º de la Asociación de Camarógrafos de Televisión y Vídeo).

DÉCIMO. Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ, se denuncia en los anteriores motivos la vulneración de los derechos fundamentales de la persona a la tutela judicial efectiva, al acceso al juez predeterminado por la ley en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que pueda producirse indefensión, a un proceso con todas las garantías y a los principios de contradicción y de congruencia, por infracción del art. 24.1 de la Constitución Española.

Sostienen todos los recurrentes que, conforme a lo establecido en el IV Convenio de Ginebra y Protocolos Adicionales, corresponde a los Tribunales españoles conocer de los hechos denunciados por las partes acusadoras, cosa que la resolución recurrida pretende eludir atribuyendo carácter no intencional a dichos hechos, hurtando así una fundamentación jurídica adecuada sobre la debatida cuestión de la jurisdicción que debe conocer de ellos, con un pronunciamiento “indebido y extemporáneo”; pues 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. La representación de la viuda y de la hermana de la víctima de estos hechos sostiene que “sobre el tema de fondo, la tipicidad de los hechos, la autoría y la culpabilidad o responsabilidad de los presuntos autores de delito, (...), sólo le sería posible pronunciarse al Tribunal en el periodo del plenario”. Contrariamente, el Tribunal de instancia se ha pronunciado, primeramente, sobre la atipicidad de los hechos, para declarar, seguidamente, la falta de jurisdicción de los Juzgados y Tribunales españoles para conocer de ellos, “haciendo una interpretación restrictiva y errónea del art. 23.4. h) de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, con desconocimiento de lo

establecido, sobre esta materia, en el IV Convenio de Ginebra y en el Protocolo Adicional I, dando así “un salto dialéctico en el vacío” y “sin suficiente motivación”.

Sostienen las partes recurrentes que “no existe hecho notorio”, pues como dice la representación de Doña María Isabel Permuy y otros “los documentos que constan en las diligencias, la testifical practicada y el contenido de las cintas de vídeo aportadas, establecen que a diferencia de lo manifestado en el auto recurrido, los hechos recogidos en la resolución, no tienen el carácter de notorios”, y que, por tanto, “no es el momento procesal para pronunciarse sobre el carácter de imprudente o doloso de los hechos”. La resolución impugnada –dice, en fin, la representación de la Asociación de Camarógrafos de TV y Vídeos- “carece de toda fundamentación”.

Ha de reconocerse la razón que asiste a los recurrentes. En efecto, aunque es cierto que el Tribunal de instancia ha explicitado la razón por la que ha declarado la falta de jurisdicción de los órganos jurisdiccionales españoles para conocer de los hechos aquí denunciados, al considerarlos penalmente atípicos, por ausencia de dolo (al afirmar que constituye un “hecho notorio difundido por toda clase de medios de comunicación” que el disparo efectuado desde un carro de las fuerzas estadounidenses contra el Hotel Palestina fue “un acto de guerra realizado contra un enemigo aparente, erróneamente identificado” (por cuanto la intervención de las comunicaciones iraquíes había puesto en alerta al ejército americano que “desde el Hotel Palestina, (...), existe una unidad iraquí desde la que se dirige tiro de su artillería contra las unidades norteamericanas”) [v. FF JJ 6º, 7º y 9º del auto recurrido], es evidente que tal declaración no puede ser hecha sin haber definido previamente el ámbito de la jurisdicción española, atribuyendo a nuestros Tribunales el conocimiento de estos hechos.

Con independencia de ello, es indudable también que el auto recurrido parte de “los hechos indiciarios que son base del auto recurrido”, en los que nada se precisa sobre la causa del disparo causante de la muerte de los dos periodistas, español y ucraniano (v. FJ 2º de dicho auto), para luego decir que constituye “un hecho notorio difundido por toda clase de medios de comunicación” (v. FJ 6º) la versión de los mismos a que ya hemos hecho referencia. Todo ello, sin especial motivación y sin someter a ningún juicio crítico los elementos probatorios en los que las partes aquí recurrentes pretenden fundamentar su acusación.

De lo expuesto se desprende claramente la vulneración del derecho de los recurrentes a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, causante de indefensión para las partes que sostienen la acusación contra los responsables del disparo causante de la muerte del periodista español, José Manuel Couso Permuy, y del reportero de la Agencia Reuters.

Procede, en consecuencia, dejar sin efecto los pronunciamientos segundo y tercero del auto recurrido, en los que se deja sin efecto el auto de 19 de octubre de 2005 y se decreta el archivo de las Diligencias Previas nº 99/03.

B) MOTIVOS POR ERROR DE HECHO EN LA APRECIACIÓN DE LAS PRUEBAS (motivo 2º de la Asociación Libre de Abogados; y motivos 3º, 4º y 5º de la Asociación de Camarógrafos de Televisión y Vídeo).

UNDÉCIMO. Se combate en los citados motivos la existencia del “hecho notorio” que ha servido al Tribunal de instancia para considerar atípicos

los hechos denunciados y para declarar la falta de jurisdicción de los Tribunales españoles para conocer de ellos.

Afirma la Asociación Libre de Abogados que "esta parte debe disentir (de la tesis del Tribunal de instancia), no sólo porque no se trata de un hecho notorio, pacífico y que no requiera prueba alguna, sino que, por el contrario, de lo actuado y de las diligencias practicadas en la fase instructora desarrollada, nos encontramos con una base fáctica que, al menos con carácter indiciario, ha venido a afirmar lo contrario", citando al efecto una larga serie de artículos periodísticos, de manifestaciones de periodistas sobre el hecho de autos, editoriales de periódicos, filmaciones, noticias de prensa, cinta de vídeo, notas aparecidas en Internet, etc.

La Asociación de Camarógrafos de TV y Vídeo, por su parte, niega también el "hecho notorio" y alude a "testimonios de personas que se encontraban en dicho momento en el lugar de los hechos", y a un "vídeo emitido por la cadena France 3 sobre los hechos ocurridos".

El motivo no puede prosperar, por las siguientes razones:

a) porque el motivo carece de relato de "hechos probados", explícitamente declarados así.

b) porque, desde el punto de vista de la correcta técnica procesal, se trata de una resolución que no precisa de tal declaración (v. art. 248. 2 y 3 LOPJ y art. 141 "in fine" LECrim.), pues el auto recurrido decide sobre una cuestión previa a la investigación, prueba y valoración de los hechos denunciados. Y,

c) porque ninguno de los medios probatorios citados por la parte recurrente puede considerarse una prueba documental, ni que no existan otros medios probatorios de signo contrario, ni, por consiguiente, que se trate de una prueba que por sí misma demuestre la equivocación evidente del órgano

jurisdiccional.

Procede, por todo lo expuesto, la desestimación de todos los motivos formulados al amparo del art. 849. 2º LECrim.

C) MOTIVOS QUE DENUNCIAN INFRACCIÓN DE LEY, POR INAPLICACIÓN DEL ART. 23.4, EN RELACIÓN CON LOS APARTADOS 2 Y 5 DEL ART. 23 DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL, ASÍ COMO DE LOS ARTÍCULOS 611.1 Y 608.3º DEL CÓDIGO PENAL (motivo 1º de la Asociación Libre de Abogados; motivo 3º de Doña María Dolores Jiménez y Doña María Isabel Couso; motivo 3º de Doña María Isabel Permuy y otros; y, motivos 1º y 2º de la Asociación de Camarógrafos de Televisión y Vídeo).

DUODÉCIMO. Al amparo del art. 849.1º de la LECrim., se denuncia en estos motivos la infracción de ley consistente en la falta de aplicación del art. 23.4 de la LOPJ, en cuanto la tesis mantenida por la Sección Segunda de la Sala Penal de la Audiencia Nacional, de que los Tribunales españoles carecen de jurisdicción para conocer de los hechos denunciados por las partes acusadoras, ha dejado de aplicar, indebidamente, el citado artículo de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y, al propio tiempo, ha vulnerado los Convenios de Ginebra (arts. 146 y 147 del Convenio IV) y los artículos 51.1, 51.4 y 5 y 79 del Protocolo Adicional I.

Según las partes acusadoras, los hechos por ellas denunciados están

comprendidos en los artículos 146 y 147 del IV Convenio de Ginebra, así como en los artículos 611.1 y 698.3º del Código Penal. Se trata de un homicidio doloso cometido, en tiempo de guerra, contra una persona protegida, como es el caso del periodista español José Manuel Couso Permuy. En definitiva, de un delito cometido por extranjeros, fuera del territorio nacional, susceptible de tipificarse, según la ley penal española, como un delito comprendido en el IV Convenio de Ginebra, relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra.

Ya nos hemos referido en los primeros Fundamentos jurídicos de esta resolución a los problemas que puede plantear la ampliación del ámbito de la jurisdicción española más allá de las fronteras de su territorio, de acuerdo con el principio de justicia universal, plasmado en el art. 23.4 de la LOPJ.

Nos hallamos, sin la menor duda, ante una cuestión íntimamente relacionada con el derecho a la tutela judicial (art. 24.1 CE), diversificado en el derecho al acceso a la jurisdicción y en el derecho a obtener una respuesta fundada en Derecho. Como es notorio, este último derecho guarda relación directa con los artículos 9.3 y 120.3 de la Constitución, en cuanto proscriben la arbitrariedad de los poderes públicos e imponen a los Jueces y Tribunales la obligación de motivar de las resoluciones judiciales.

En el presente caso, la literalidad del texto legal no somete el principio de justicia universal a limitación alguna y, por otra parte, el principio "pro actione", o derecho de acceso a la jurisdicción, constituye también una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva, respecto del cual tiene declarado el Tribunal Constitucional que "no vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva una decisión de inadmisión o meramente procesal que apreciara razonadamente la concurrencia de un óbice fundado en un precepto expreso de la Ley que, a su vez, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho fundamental"; habiendo precisado, incluso, que "la apreciación de las causas

legales que impide un pronunciamiento sobre el fondo de las pretensiones deducidas corresponde, con carácter general, a los Jueces y Tribunales en el ejercicio de la función que les es propia ex art. 117.3 CE, no siendo, en principio, función de este Tribunal Constitucional revisar la legalidad aplicada. Sin embargo, corresponde a este Tribunal, como garante último del derecho fundamental a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales, examinar los motivos y argumentos en que se funda la decisión judicial que inadmite la demanda o que de forma equivalente elude pronunciarse sobre el fondo del asunto planteado". De ahí que, "cuando del acceso a la jurisdicción se trata, dicha revisión también habrá de ser procedente en los casos en que la normativa procesal se haya interpretado de forma rigorista, excesivamente formalista o desproporcionada en relación con los fines que preserva y los intereses que se sacrifican" (v. STC 237/2005; FJ 2º).

En concreta referencia ya a la interpretación de la regla de atribución de competencia del art. 23.4 de la LOPJ, dice el Tribunal Constitucional que "el fundamento último de esta norma atributiva de competencia radica en la universalización de la competencia jurisdiccional de los Estados y sus órganos para el conocimiento de ciertos hechos sobre cuya persecución y enjuiciamiento tienen interés todos los Estados, ..". Y, a este respecto, ha declarado que "el art. 23.4 LOPJ otorga, en principio, un alcance muy amplio al principio de justicia universal, puesto que la única limitación expresa que introduce respecto de ella es la de la cosa juzgada"; viniendo a concluir el Tribunal Constitucional -al que corresponde la última palabra en materia de garantías constitucionales (v. art. 123 CE)- que "la LOPJ instaura un principio de jurisdicción universal absoluto" (v. STC 237/2005; FJ 3º).

La contundencia de la anterior conclusión a la que ha llegado el Tribunal Constitucional y el irregular fundamento jurídico de la resolución recurrida sobre el concreto problema del ámbito de la jurisdicción española en la

materia, justifican sobradamente la estimación de la infracción de ley denunciada en los motivos especialmente citados, pese a las fundadas observaciones hechas en los primeros Fundamentos jurídicos de la presente resolución.

Por lo demás, ha de reconocerse que, en el presente caso, existe un punto de conexión legitimante que justificaría también la extensión extraterritorial de la jurisdicción española, conforme a la doctrina expuesta en la STS de 25 de febrero de 2003 [(FJ 8º), Caso Guatemala], habida cuenta de que una de las víctimas, el periodista José Manuel Couso Permuy, era un ciudadano español.

En todo caso, finalmente, parece oportuno destacar también que la presente resolución –como es obvio– no hace ninguna valoración jurídica sobre los hechos denunciados más allá del necesario reconocimiento provisionalísimo de que los mismos podrían constituir los delitos que, por las razones expuestas, justifican la intervención de los órganos jurisdiccionales españoles competentes en la materia; pues corresponde a la fase de instrucción procesal allegar los elementos de juicio necesarios para posibilitar la ulterior calificación jurídica de tales hechos.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos **HABER LUGAR a la estimación** de los motivos por vulneración de precepto constitucional y por infracción de ley, **con desestimación** de los recursos formulados al amparo del art. 849.2º de la LECrim., de los recursos de casación interpuestos por las representaciones de la Asociación Libre de Abogados, de Doña María Dolores Jiménez Sánchez y Doña María Isabel Couso Permuy, de Doña Isabel Permuy López y otros, y de la Asociación de Camarógrafos de Televisión; y en su virtud,

casamos y anulamos el auto de la Sección Segunda de la Sala Penal de la Audiencia Nacional, de ocho de marzo de dos mil seis y declaramos de oficio las costas procesales.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicte a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

Así por esta nuestra sentencia que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Joaquín Delgado García

Joaquín Giménez García

Julián Sánchez Melgar

Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Luis-Román Puerta Luis

829/2006

Ponente Excmo. Sr. D.: Luis-Román Puerta Luis

Fallo: 05/12/2006

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA N.º: 1240/2006

Excmos. Sres.:

D. Joaquín Delgado García
D. Joaquín Giménez García
D. Julián Sánchez Melgar
D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca
D. Luis-Román Puerta Luis

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a once de Diciembre de dos mil seis.

En el Procedimiento Abreviado incoado por el Juzgado Central nº 1, y seguido ante la Audiencia Nacional, Sección Segunda, con el nº 99/2003, en apelación contra auto de fecha 19/10/05, por el que se acordaba la captura y detención a efectos de extradición de los militares norteamericanos Thomas Gibson, Philip Wolford y Philip de Camp; y en cuya causa se dictó auto por la mencionada Audiencia de fecha ocho de marzo de dos mil seis, que ha sido casado y anulado por la sentencia dictada por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo en el día de la fecha, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Luis-Román Puerta Luis, hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

ÚNICO. Se dan por reproducidos los de la sentencia decisoria de este recurso.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO. Por las razones expuestas en los Fundamentos jurídicos décimo a duodécimo de la sentencia decisoria de estos recursos, que se dan por reproducidas aquí, procede declarar que los Jueces y Tribunales españoles tienen jurisdicción para conocer de los hechos denunciados en esta causa; así como anular los pronunciamientos de la resolución recurrida relativos al auto de 19 de octubre de 2005 y al archivo de las diligencias previas 99/2003.

III. FALLO

Que declaramos que los Jueces y Tribunales españoles tienen jurisdicción para conocer de los hechos denunciados en esta causa y, al propio

tiempo, dejamos sin efecto los pronunciamientos 2º y 3º de la parte dispositiva del auto dictado por la Sección Segunda de la Sala Penal de la Audiencia Nacional el ocho de marzo de dos mil seis.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Joaquín Delgado García

Joaquín Giménez García

Julián Sánchez Melgar

Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Luis-Román Puerta Luis

PUBLICACIÓN.- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Luis-Román Puerta Luis, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.