ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

AUDIENCIA NACIONAL
JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCION UNO
SUMARIO 27/2007

FISCALIA
REGISTRO GENERAL
17 MAR. 2014
Número.....
ENTRADA

AUTO

En Madrid a 17 de marzo de 2014.

HECHOS

PRIMERO.-. La presente causa se sigue por un delito **contra las personas** y bienes **protegidos en caso de conflicto armado**, previsto en el artículo 611.1 del Código Penal, en relación con el **artículo 608.3 del Código Penal**, en concurso real con un delito de homicidio, previsto y penado en el artículo 138 del Código Penal. Los hechos a los que se refiere, y que a continuación se exponen, asimismo están comprendidos en los artículos 146 y 147 del **IV Convenio de Ginebra**, relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra. El Ministerio Fiscal como las demás partes en el presente Sumario están conformes con los hechos como con su calificación jurídica.

De las diligencias obrantes en la causa resulta acreditado que, con ocasión de la ocupación militar de Irak por parte de los Estados Unidos y países aliados - después de que las tropas estadounidenses y británicas cruzaran la frontera con Kuwait (20 de marzo de 2003) e hicieran algunas incursiones en Bagdad hacia el 7 de abril - en la madrugada del 8 de abril del 2003, la 3ª División de Infantería del Ejército de los Estados Unidos cruzó la zona occidental de Bagdad hasta situarse en la ribera del río Tigris. En la mañana de ese día, los carros de combate del 64º Regimiento Blindado, 4º Batallón, pertenecientes a la compañía Alpha de la citada División se situaron en un extremo del puente Al Jumhuriya, Desde el mismo efectuaron disparos a edificios gubernamentales y otras posiciones militares iraquíes. Desde varios días antes del comienzo de la ocupación la mayor parte de los medios de comunicación internacional se encontraban alojados en el hotel Palestina de Bagdad (uno de los edificios más altos y emblemáticos de la ciudad), adonde se habían trasladado por indicación del Pentágono estadounidense. El hotel estaba situado en la zona oriental del río Tigris, donde se encontraba la mayor parte de las áreas residenciales de Bagdad y, por tanto, habitada por población civil. De otro lado, las sedes de televisión árabes Al Yazira y Abu Dhabi, ubicadas en edificios residenciales, se encontraban situadas en el otro margen del Tigris y al este del Puente Al Jumhuriya. Tanto Al Yazira como Abu Dhabi TV habían informado previamente a la invasión su ubicación exacta al Pentágono, marcando además sus sedes con

grades letreros de Prensa. No consta que existieran otros lugares en los que se alojaran o trabajaran otros medios de comunicación. Los citados carros de combate se encontraban a unos 1.700 metros del hotel Palestina y a unos 300 metros de las sedes Al Yazira y Abu Dhabi. De esta forma los medios de comunicación podrían así ver, filmar, retransmitir e informar de la actividad de los carros.

Una de las misiones encomendadas a la citada División era evitar que los medios de comunicación internacionales informaran sobre las operaciones militares en curso en la toma de Bagdad.

A este fin previamente la 3ª División había bombardeado las sedes de las televisiones árabes citadas (una de ellas - Al Yazira - justo en el momento en que dos personas trataban de recolocar las cámaras en la parte superior), para luego y a primera hora de la mañana citada disparar con los carros a las mismas (se ametralló directamente la cámara de Abu Dhabi situada en el techo del edificio) consiguiendo así que no pudieran grabar lo que acontecía o fuera a acontecer y, con ello, emitir.

Tales ataques, aparte de grandes daños materiales, causaron un muerto (el periodista Tarek Ayyoub) y dos heridos en la sede de Al Yazira.

A continuación, para completar el plan, sobre las 11:00 horas aproximadamente, el carro de combate estadounidense "Abrams M1", perteneciente a la compañía "A", disparó un proyectil de 120 mm. contra el hotel Palestina, a la altura de la planta quince. El periodista español de la cadena de televisión Telecinco, don José Manuel Couso Permuy, que se encontraba filmando desde la habitación 1403, fue alcanzado por la metralla procedente del estallido de proyectil, falleciendo pocas horas después en el Hospital Ibn Nafis, de Bagdad. Asimismo, perdió la vida en ese ataque un reportero de la agencia Reuters (Taras Protsyuk), que se encontraba en la planta superior, y resultando con heridas graves al menos otros tres periodistas (Samia Najul, Paul Pasquale y Faleh Kheiber).

El citado carro contaba con elementos de visión con los cuales se podía apreciar con total claridad a las personas que se encontraban en ventanas y balcones en el hotel y los objetos que portaban.

La persona que dio la orden directa de disparar al hotel fue el **Teniente Coronel PHILIP DE CAMP**, al mando del Regimiento de Blindados nº 64 de la Tercera División de Infantería Acorazada del Ejército norteamericano, quien transmitió la orden al **Capitán PHILIP WOLFORD**, al mando de la Unidad de Blindados. Este autorizó a quien materialmente efectuó el disparo, Sargento **THOMAS GIBSON**, perteneciente a la Compañía «A» del Regimiento de Blindados nº 64.

Se ignora qué autoridad superior norteamericana (militar o política) planeó la operación de evitar que los medios de comunicación informaran; si bien la misma pudo ser dada para su ejecución al Jefe del Cuartel General y Comandante de dicha 3ª División **Buford. BLOUNT**, y sucesivamente al jefe de la 2ª Brigada de dicha División, Coronel **David. PERKINS**.

SEGUNDO.- El pasado día 15 de marzo ha entrado en vigor la LO 1/2014, de 13 de marzo, que modifica la LO 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal. La reforma afecta al artículo 23 de la citada Ley y, en lo que se refiere al presente Sumario, en lo siguiente:

Primero.- El nuevo apartado 4 del artículo 23 señala que la jurisdicción española será competente "*para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos cuando se cumplan las condiciones expresadas:*

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

b) ...

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

Segundo.- De otro lado, el nuevo apartado 5 del artículo 23 preceptúa que "*los delitos a los que se refiere el apartado anterior no serán perseguibles en España en los siguientes supuestos:*

a)...

b) ***Cuando se haya iniciado un procedimiento*** *para su investigación y enjuiciamiento en el Estado del lugar en el que se hubieran cometido los hechos o* ***en el Estado de nacionalidad de la persona a que se impute su comisión****, siempre que:*

1º) La persona a la que se impute la comisión de los hechos no se encontrara en territorio español.

Tercero.- La Disposición transitoria única señala que "*las causas que en el momento de entrada en vigor de esta Ley se encuentren en tramitación por los*

delitos a los que se hacen referencia en la misma ***quedarán sobreseídas*** *hasta que no se acredite el cumplimento de los requisitos establecidos en ella*".

TERCERO.- El artículo 146 de la IV Convención de Ginebra, relativa a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, (aprobada el 12 de agosto de 1949 por la Conferencia Diplomática para Elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger a las víctimas de la guerra, celebrada en Ginebra del 12 de abril al 12 de agosto de 1949. Entrada en vigor: 21 de octubre de 1950) que se refiere a las Sanciones Penales, preceptúa:

> **"I. Generalidades:**
>
> *Las Altas Partes Contratantes se comprometen a tomar todas las oportunas medidas legislativas 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 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 las infracciones graves,* ***y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales,*** *sea cual fuere su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiere, y según las condiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si ésta ha formulado contra ella cargos suficientes.*

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Como se observa el nuevo apartado 4.a) del artículo 23 LOPJ, además de introducir nuevos requisitos de perseguibilidad, introduce *ex novo* los delitos *contra las* ***personas*** *y bienes* ***protegidos en caso de conflicto armado.*** Al efecto la justificación de la iniciativa legislativa de esta introducción de "nuevos delitos" se hacía en base a que "*es inobjetable que la ley amplía las posibilidades de actuación de nuestros juzgados y tribunales más allá del territorio de nuestro país cuando se está ampliando la lista de delitos*

ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

que son perseguibles más allá de nuestras fronteras, porque se añaden delitos nuevos" (Debate de la reforma en el Senado el pasado día 12 de marzo). Sin embargo, lo cierto es que estos delitos ya podían ser perseguidos antes sin necesidad de una mención expresa (la prueba es este Sumario), sencillamente porque ya estaban encuadrados en el apartado h) del antiguo artículo 23.4: *Cualquier otro que, según los tratados y convenios internacionales, en particular los Convenios de derecho internacional humanitario y de protección de los derechos humanos,* ***deba ser*** *perseguido en España.*

El Tratado para este caso es la IV Convención de Ginebra de 1949, relativa a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, Convención que España firmó, ratificó y publicó (vigente desde 1952) y que por ello **forma parte de nuestro ordenamiento jurídico** (art. 96.1 CE y 1.5 CC).

En esta Convención se hace referencia a los delitos contra las **personas** y bienes **protegidos en caso de conflicto armado**. Según el artículo 146 de la misma antes trascrito, España se obligaba a dictar las oportunas normas para la sanción penal de estas conductas. En cumplimiento de ello surgieron los artículos 608 y siguientes del Código Penal (en los que expresamente se menciona la citada Convención), y son precisamente los que se aplican al presente caso con ocasión de la muerte del periodista español Sr. Couso por militares norteamericanos. (el propio Tribunal Supremo (STS 1240/2006 y 691/2010 así lo confirmó).

Como se sigue del citado articulo 146, España –al suscribir el Tratado- **se obliga a perseguir el delito** (buscar a las personas y hacerlas comparecer) **sea cual sea la nacionalidad de los autores y estén donde estén**. La obligación es clara y terminante, sin que se reduzca, como en otros tratados, a una facultad del Estado Parte:

Hay tratados que *facultan* (no obligan como el de la IV Convención) a los Estados que a través de sus leyes nacionales puedan asumir para sí una mayor protección y tutela de los bienes jurídicos internacionales que los convenios pretenden proteger. España, en uso de esa facultad, otorgó la máxima protección, siendo un referente mundial (justicia universal absoluta en unos casos y concurrente en otros) hasta la reforma de 2009, siendo con ésta luego limitada y ahora, sin duda, claramente restringida, dados los requisitos de perseguibilidad que se imponen. Pero como se dice para los Estados parte en este tipo de tratados ello solo es facultativo y el legislador español, con la nueva reforma operada, ha decidido limitar la competencia de la jurisdicción española

ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

a los términos previstos en el artículo 23. Tal decisión del legislador será discutible o no y podrá provocar debates en torno a que se dé lugar a una posible impunidad; mas no corresponde a los jueces cuestionar tal decisión, dada su función constitucional; salvo obviamente que supongan una cuestión de inconstitucionalidad.

SEGUNDO.- Como se sigue de la nueva reforma del artículo 23. 4 a) se limita la persecución a que los procesados sean españoles o extranjeros que residan habitualmente en España, o extranjeros que se encuentren en España y cuya extradición haya sido denegada por las autoridades españolas.

Con ello, siendo los procesados extranjeros que no se hallan ni residen en España, de conformidad a la reforma señalada, procedería, sin más, el archivo de la presente causa.

Sin embargo, teniendo en cuenta que el citado artículo 146 de la IV Convención de Ginebra se contradice abiertamente con el nuevo apartado 4 a) del artículo 23, **no procede el archivo de la causa:**

De otro modo estaríamos admitiendo la posibilidad de que una norma interna modifique o derogue una disposición de un tratado o convenio internacional vigente para España, lo cual está proscrito por dos razones:

En primer lugar, porque con ello se vulneraría la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, también suscrita por España, que preceptúa:

Artículo 26: "*Pacta sunt servanda". Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.*

Artículo 27. *El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.*

De hecho, el propio legislador en la Exposición de Motivos de la reforma, viene a reconocerlo implícitamente: *Con esta finalidad, se precisan los límites positivos y negativos de la posible extensión de la jurisdicción española: es necesario que el legislador determine,* ***de un modo ajustado al tenor de los tratados internacionales****, qué delitos cometidos en el extranjero pueden ser perseguidos por la justicia española y en qué casos y condiciones.*

En segundo lugar, porque para modificar o derogar una disposición de un tratado, la propia Constitución Española prevé un específico trámite (art. 96.1 CE): las *disposiciones* de un tratado ***sólo*** *podrán ser derogadas, modificadas o*

suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional; lo que obviamente no acontece en el caso. Así, solo es posible modificar o derogar el artículo 146 siguiendo ese trámite.

SEGUNDO.- La solución del conflicto es evidente: **el juez debe inaplicar la nueva norma.** El Estado de Derecho exige la existencia de órganos independientes que velen por los derechos y libertades de los ciudadanos, aplicando imparcialmente las normas que expresan la voluntad popular y controlando la actuación de los poderes públicos. Al conjunto de estos órganos jurisdiccionales a los que se atribuye este cometido se llama Poder Judicial. Y en la Constitución española el Poder Judicial, además de ostentar en exclusiva el ejercicio de la función jurisdiccional, ejerce un control de los poderes ejecutivo y legislativo a través de los tribunales ordinarios (aparte de la jurisdicción constitucional). Y, así, mediante la inaplicación de una norma interna contraria a una disposición de un tratado el juez está ejerciendo ese control. No es otra cosa sino **la aplicación plena del principio de legalidad**, al que por cierto alude la Exposición de Motivos de la reforma señalada: *Ese es el sentido que inspira la reforma que ahora se lleva a cabo, delimitar con claridad, **con plena aplicación del principio de legalidad** y reforzando la seguridad jurídica, los supuestos en que la jurisdicción española puede investigar y conocer de delitos cometidos fuera del territorio en que España ejerce su soberanía.* Es además una exigencia constitucional, al someter a los jueces únicamente al imperio de la ley (art. 117 CE).

De otro lado, no cabe duda de la primacía del Derecho Internacional sobre el Derecho interno, máxime en materia de Derecho Internacional Humanitario. Así el Tribunal Constitucional ha indicado –STC 78/82- que los tratados sobre estas materias (Derechos Humanos) deben ser considerados canon de interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas, en los términos del artículo 10.2 CE. Y precisamente, los cuatro Convenios de Ginebra se consideran el núcleo de Derecho Internacional Humanitario.

Es más, como se dijo, para modificar una Convención la Constitución (96.1) señala un cauce procedimental, al establecer que las disposiciones del

Tratado solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales del Derecho Internacional, utilizando el mismo procedimiento previsto para su aprobación (art. 96.2 CE). Se está así reconociendo "una especial resistencia o fuerza pasiva" a los tratados en relación con las normas internas (STC 36/91), lo que supone la primacía del tratado, sin que se trate de una relación jerárquica, sino más bien de una relación de competencia, que corresponde decidir a los tribunales ordinarios.

Aún más, el propio legislador en esta reforma reconoce la primacía y obligatoriedad de los tratados:

- en el Debate en el Senado del pasado día 12 de marzo de 2014, tras el cual se aprobó esta reforma, cuando la Senadora del Grupo Popular Sra. Franco González que defendía la reforma manifestaba *de acuerdo con nuestra Constitución los tratados internacionales tienen supremacía sobre cualquier ley orgánica u ordinaria, con lo cual, en el supuesto de un conflicto entre una ley orgánica como ésta y un tratado internacional,* ***siempre*** *va a tener preeminencia lo dispuesto en el tratado internacional.*
- en la Exposición de Motivos: *La extensión de la jurisdicción nacional fuera de las propias fronteras, adentrándose en el ámbito de la soberanía de otro Estado, debe quedar circunscrita a los ámbitos que, previstos por el Derecho Internacional, deban ser asumidos por España en cumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos: la extensión de la jurisdicción española más allá de los límites territoriales españoles debe venir legitimada y justificada por la existencia de un tratado internacional que lo prevea o autorice, el consenso de la comunidad internacional.*
- y en el nuevo apartado 4 p) del artículo 23 LOPJ: la jurisdicción española será competente *para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos: [...]* ***cualquier otro delito cuya persecución se imponga con carácter obligatorio por un Tratado vigente para España.*** Y lo cierto

ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

es que no constan tratados más claros que el citado IV Convenio que impone esa obligatoria persecución.

TERCERO.- Podría pensarse que la solución sería plantear una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Sin embargo en estos casos ello no es posible; tanto por lo expuesto anteriormente como porque los convenios y tratados internacionales no tienen una jerarquía supraconstitucional, sino que, por el contrario, se exige su subordinación a la Constitución, pues así se deduce del artículo 95.1 CE, además de que requieren un control previo de constitucionalidad (art. 95.2 CE) y un control posterior de constitucionalidad, equiparados en este sentido a la ley (art. 161.1ª) CE).

El propio Tribunal Constitucional así lo ha entendido (SSTC 49/88, 28/91, 64/91, 214/91, 142/93 37/94): estos supuestos carecen de relevancia constitucional al no existir un problema de validez constitucional de la norma, puesto que no se encuentra afectada su conformidad con la Constitución, siendo una cuestión de aplicabilidad de una norma al caso concreto cuya resolución corresponde a los órganos judiciales. Por tanto, es a los órganos judiciales a los que corresponde, en uso de su facultad de interpretar las normas jurídicas, decidir si la norma nacional es contraria a una norma de derecho internacional, procediendo en caso afirmativo a su inaplicación.

En consecuencia, procede inaplicar el apartado citado del artículo 23 de la LOPJ, y en su lugar aplicar el apartado 4 p) antes citado; y con ello reafirmar que **la jurisdicción española SÍ es competente** para conocer de los hechos a que se refiere la presente causa.

CUARTO.- A ello no obsta el **nuevo apartado 5 del artículo 23** que exigiría previamente comprobar si los EE UU han *iniciado un procedimiento para su investigación y enjuiciamiento de la persona a que se impute su comisión.* También procede su inaplicación; pues de nuevo entra en contradicción con el artículo 146 de la IV Convención: según el mismo España podría *también, **si lo prefiere,** y según las condiciones previstas en la propia legislación, **entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si ésta ha formulado contra ella cargos suficientes.*** La razón es simple: EE UU no ha

suscrito esa IV Convención, con lo que lo no es "Parte Contratante". No cabe pues, declinar la jurisdicción a EEUU.

Es más, según consta en actuaciones, las autoridades estadounidenses no han formulado cargo alguno contra los aquí procesados.

Más aún, en EE UU no se ha seguido ni se sigue proceso alguno en el sentido *de un proceso con las debidas garantías reconocidas por el derecho internacional*, pues con lo informado por las autoridades norteamericanas en esta causa no deja lugar a dudas de que lo 'investigado' por las mismas no deja de ser sino una mera investigación (un *expediente)* y no un proceso en tal sentido. Y, todavía más, teniendo en cuenta que se trata de un delito contra la comunidad internacional, siendo el propósito del derecho penal internacional, entre otros, remediar las violaciones más graves a los derechos humanos que han puesto en peligro no solo a sus víctimas directas –las personas- sino incluso a la comunidad internacional, resulta fundamental que **las víctimas** (en este caso los familiares del Sr. Couso) tengan el derecho a comparecer y a participar durante los procesos respectivos: en situaciones tan extremas las víctimas buscan ser escuchadas, expresar su dolor y angustia, y obtener una reparación. Es obvio que aquellas autoridades no las han llamado. Por último, las propias autoridades norteamericanas informaron que no se habían iniciado *acciones judiciales*. De esta forma se ratifica la inexistencia de 'proceso' alguno por parte de las autoridades norteamericanas.

QUINTO.- Por último, procede igualmente **inaplicar la Disposición transitoria única** que señala que "*las causas que en el momento de entrada en vigor de esta Ley se encuentren en tramitación por los delitos a los que se hace referencia en la misma quedarán* ***sobreseídas*** *hasta que no se acredite el cumplimento de los* ***requisitos*** *establecidos en ella*". Sin perjuicio de que los requisitos ya estarían cumplidos; también existe otra clara contradicción, pues ¿cómo es posible perseguir un delito si la causa está sobreseída? El sobreseimiento significa archivo. Obviamente no es posible. Y la IV Convención no prevé cumplimiento de requisito alguno de perseguibilidad: la obligación es clara y sin limitaciones, ***buscar a las personas*** *acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves,* ***y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales.***

ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

Y, sobretodo, la citada Disposición Transitoria supondría también una **suspensión** del artículo 146 de la IV Convención (se suspende su aplicación hasta que se den los requisitos); lo cual significaría ignorar el aludido trámite obligatorio que establece la Constitución en el articulo 96.2 CE para suspender una disposición de un tratado (el mismo que para derogarla o modificarla).

SEXTO.- En resumen, el nuevo artículo 23.4 a) de la LOPJ introduce *ex novo* los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, sometiéndolos a un requisito de perseguibilidad. Sin embargo, se contradice con la IV Convención de Ginebra que obliga a perseguir estos delitos sin limitación alguna. Dada la primacía de los tratados y que un tratado no puede ser modificado por una norma interna, resulta inaplicable la nueva norma, subsistiendo la disposición del tratado.

Esta inaplicación supone la aplicación del nuevo aparado p) del artículo 23.4 de la LOPJ, que da cobertura a la IV Convención: *Cualquier otro delito cuya persecución se imponga con carácter obligatorio por un Tratado vigente para España.*

Por tanto, la jurisdicción española SÍ resulta competente para conocer de los hechos y delitos a que se contrae el presente Sumario.

Por ello, y vistos los preceptos citados y demás de general aplicación

DISPONGO: Inaplicar en la presente causa los apartados 4 a) y 5 del artículo 23 de la LOPJ, reformada por la LO, así como su **Disposición Transitoria Única**; sin que haya lugar al sobreseimiento y archivo de la presente causa.

Lo acuerda y firma el Ilmo. Sr. D. Santiago J. Pedraz Gómez, Magistrado-Juez del Juzgado Central de Instrucción núm. Uno. Doy fe.