

AUDIENCIA NACIONAL

SALA DE LO PENAL

SECCIÓN SEGUNDA

ROLLO DE SALA: APELACION CONTRA AUTOS 144/2009

PROCEDIMIENTO DE ORIGEN: SUMARIO (PROC.ORDINARIO) 27/2007

ÓRGANO DE ORIGEN: JUZGADO CENTRAL INSTRUCCION nº 1

A U T O

MAGISTRADOS

Ilmos. Sres.

D. ÁNGEL HURTADO ADRIÁN (Ponente)

D. JULIO DE DIEGO LÓPEZ

D. ENRIQUE LÓPEZ LÓPEZ

En Madrid, a catorce de Julio de dos mil nueve.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 21 de mayo de 2008, el Juzgado Central de Instrucción nº 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, notificado a las partes, era recurrido en reforma y subsidiariamente en apelación por el **MINISTERIO FISCAL**, siendo desestimada la reforma mediante auto de 1 de junio de 2009 y admitiéndose la apelación en un efecto, emplazándose a las partes ante esta Sección.

SEGUNDO.- Personadas las partes en esta Sección y cumplido el trámite de instrucción, por providencia de 29 de junio de 2009 se señaló para la vista del recurso el 7 de julio de

2009, fecha en que tuvo lugar, a la que asistió el Ministerio Fiscal, representado por el Ilmo. Sr. D. Jesús Alonso Cristóbal como apelante, quien mantuvo su recurso, y como 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 Die Dean, en representación de la Asociación de Camarógrafos de TV, quienes se opusieron al recurso.

TERCERO.- Terminada la vista del recurso y concluida la pertinente deliberación, se dicta la presente resolución, de la que es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Ángel Hurtado Adrián.

II. RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Punto de arranque de la presente resolución, necesariamente, ha de ser la dictada con anterioridad por esta misma Sección, el 13 de mayo de 2008, cuando dejara sin efecto por vez primera el anterior auto de procesamiento que el Instructor dictó con fecha 27 de abril de 2007, lo que implica que lo que en ella se asentó ha de permanecer, a menos que las nuevas diligencias practicadas desde entonces permitan llegar a conclusión contraria.

Antes, sin embargo, conviene recordar algunas consideraciones que en nuestro anterior auto se hicieron, fundamentalmente en el aspecto jurídico, que parece que han pasado desapercibidas por el Instructor, cuando no debiera haber sido así, tanto porque se hicieron en nuestra anterior resolución, que es firme, como porque vienen impuestas por Ley.

En este sentido, hemos de referirnos a la línea que, una vez más, se observa en el nuevo auto de procesamiento, de desatender lo que favorece y centrarse en lo que perjudica al reo, con olvido de lo que dispone el art. 2 LECrim., y no sólo eso, sino que, además, a la hora de ponderar los elementos o diligencias practicadas, tampoco diferencia el tratamiento que merece la valoración de lo que sean elementos de cargo y de descargo, que, en síntesis, se puede resumir diciendo que, en lo que sea desfavorable al reo, sólo cabrá aceptar el hecho o circunstancia que le afecte cuando medie un nivel de certeza que, a nivel de prueba de juicio oral, suponga un convencimiento que supere el canon de la llamada "duda razonable", mientras que, en lo favorable, bastará con considerar que el hecho ocurrió, o que no es descartable que ocurriera, incluso, aunque existan dudas de que efectivamente ocurrió.

Con esas pautas es con las que debemos movernos y pasar a valorar la trascendencia de las nuevas diligencias realizadas, sin entrar, desde luego, en un debate puntual sobre cada una de las consideraciones que hace el auto recurrido, aunque sin perjuicio de que nos detengamos en alguna, porque el Juez Instructor, al haber prescindido de seguir el criterio que sentaba la anterior resolución de este Tribunal, mantiene unos planteamientos valorativos de las nuevas diligencias practicadas que son incompatibles con los que mantiene este Tribunal.

SEGUNDO.- Entrando en el análisis de las diligencias practicadas desde la revocación del anterior auto de procesamiento, donde hemos de centrar la atención es en si la mención que hacíamos en su razonamiento jurídico tercero, cuando hablábamos de la existencia de un francotirador u observador enemigo en los balcones del Hotel Palestina, es una

hipótesis no rescatable ya que, de ser así, una vez más habrá de ser revocado el procesamiento.

Sobre dicho particular nada aporta la prueba practicada, desde luego el informe titulado "La muerte de José Couso, ¿un crimen de guerra?", elaborado a título particular por Gonzalo Jaz Couselo, por cuanto que ni siquiera esta persona, según manifestaba en su declaración judicial, se sintió capaz de determinar si esa muerte era un crimen de guerra o no; como tampoco aporta nada la declaración prestada por la ex sargento Adrienne Kinne, cuyo testimonio, en todo caso, habría de ser mirado con prudencia, pues, sin negar las dificultades que en el acto de la vista del recurso alegaban los apelados para hacerla comparecer, ello no debe hacer olvidar que ese testimonio se pretendía utilizar como elemento de cargo. Es cierto, sin embargo, que no nos encontramos en el acto del juicio oral, pero, desde el punto de vista de lo que al fondo interesa, esta persona tampoco aporta nada sobre la existencia de esa presencia no descartable del francotirador en el Hotel Palestina, siendo, por lo demás, el testimonio que presta de una dudosa validez procesal, cuando a lo largo de todo él reitera en más de una ocasión que su actuación en la intervención de las comunicaciones que llevaba a cabo no era legal o que estaba quebrantando la Ley y la Constitución.

En cuanto a los testigos Juan Sistiaga, Olga Rodríguez y Jesús Hernández Quiñonero, aun cuando prescindieramos de lo que en sus primeras declaraciones manifestaron porque se quejen de que se descontextualizaron en nuestro anterior auto de 13 de mayo de 2008, hay, sin embargo, un extremo de dichas declaraciones que se reitera en el nuevo testimonio que presta Jesús Hernández Quiñonero, cuando dice que se refería a algún irakí de los alrededores descontrolado, que fuera a atacar el Hotel y que ellos intentaban que nadie del exterior entrara en el Hotel, porque esta mención ya se recoge en el auto de 13 de mayo, extraída de la declaración que este mismo testigo

prestara el 5 de diciembre de 2003, de manera que, si en los alrededores del Hotel podía haber algún irakí, por más que intentaran que no entrase en el Hotel, vuelve a no ser descartable que se colase alguno sin control, y como esta hipótesis pudo ser así, tampoco podemos compartir la aseveración que se hace en la resolución recurrida, cuando niega la existencia de francotirador u ojeador u observador enemigo en el Hotel Palestina, por mucho que para mantenerla se apoye en las nuevas declaraciones de estos últimos referidos testigos, con las que, dicho sea de paso, pretende dar por sentado de manera incontrovertible un hecho negativo.

Del informe emitido por el Coronel Javier Manuel Martínez Martín, tampoco se extrae nada nuevo, aunque contiene una consideración más propia del saber común que de una pericia, que dice que los objetivos civiles no pueden ser atacados y sin embargo un edificio civil en el que están localizadas fuerzas militares es un objetivo militar y los objetivos militares pueden ser atacados. Por lo tanto, aunque, efectivamente, en el Hotel Palestina no existiera enemigo alguno, si los procesados creyeron que lo había y, en reacción a esa creencia, dispararon, desde luego, el específico dolo reduplicado que requeriría su acción para a incardinarle en el tipo del 611.1 no es posible apreciarlo.

Al margen de lo anterior, en apoyo de esa no descartable presencia de elementos hostiles en el Hotel Palestina, nos remitimos al informe elaborado por el Comité para la Protección de los Periodistas, al que ya citábamos en nuestra anterior resolución, y se encontrarían las declaraciones prestadas por los ex-ministros Sra. Palacios y Sr. Trillo, en particular la de éste.

A modo de resumen de lo hasta aquí expuesto, y pese a las consideraciones que se hacen en la resolución recurrida y las que han realizado las partes apeladas para negar la presencia

de ese francotirador, o elemento hostil, en opinión de este Tribunal hay elementos indiciarios lo suficientemente relevantes como para no descartar su presencia y, en consecuencia, que tal fuera la creencia de quienes efectuaron el disparo.

TERCERO.- Sentado que no se debió haber prescindido de considerar la presencia de un francotirador o elemento hostil enemigo, por otro lado contamos con un elemento que permite apoyar las conclusiones elaboradas por el Mando Central Norteamericano, en cuanto acepta una hipótesis de defensa propia ante la presencia de un supuesto francotirador, y las debemos aceptar porque no vemos razón, en el caso concreto que nos ocupa, incursos los procesados en una crisis tan anómala como es un conflicto bélico, para descartar que, efectivamente, se encontrasen en la creencia de que, ante un destello, alguien les pudiera atacar.

Con lo dicho, no se pretende definir, desde el punto de vista de una perfecta calificación jurídico penal, la conducta de los procesados, porque ni hay necesidad, ni es el momento procesal para ello, sino que lo que se pretende es determinar si se puede presumir racionalmente la presencia del específico dolo que requiere el tipo contemplado en el art. 611.1 del C.P., que es lo que es necesario, por ser lo que atraería la jurisdicción y competencia del Juzgado Instructor, y lo hacemos porque lo demanda el art. 384 LECrim.

En efecto, para procesar es preciso, según el indicado artículo, la presencia de indicios racionales de criminalidad sobre la participación en un delito, de manera que, si esto es así, así se habrá de operar, y por ello si, como tiene reiterado el Tribunal Supremo, el elemento intencional forma parte de la conducta que define el tipo, con idéntica consistencia fáctica que los aspectos externos de la misma, no hay razón para prescindir de valorar el elemento subjetivo

cuando, en función de las circunstancias concurrentes, pueda ser determinante para el curso del proceso, pues, haciéndolo de esta manera, se pueden evitar situaciones no deseadas por nadie, como la que se conoce como *"pena de banquillo"*.

Por esta razón no podemos compartir el razonamiento que aparece en la resolución recurrida, cuando pretende derivar a un eventual juicio oral la discusión sobre la concurrencia de la parte subjetiva del tipo, y porque, además, con ese planteamiento el Instructor está contraviniendo lo que ya razonó este Tribunal en su anterior auto de 13 de mayo de 2008, cuando explicaba los argumentos para no dejar de valorar, en el caso que nos ocupa, ese elemento intencional en la actual fase procesal, y ponía ejemplos de que no es infrecuente que así se haga, según el caso de que se trate.

Por lo tanto, teniendo en cuenta el clima hostil en que se desenvuelven los acontecimientos, con la presumible tensión que ello generase en quien dispara, bien pudo crear una idea en los procesados que, aunque incorrecta, fuese la desencadenante de su acción y, como, a criterio de este Tribunal, tal manera de actuar permite descartar el dolo que subsumiría la conducta en el tipo que lleva el conocimiento al Instructor, es por lo que hemos de acordar que quede sin efecto el procesamiento.

Por lo demás, para resolver en los términos indicados no sólo contamos con la doctrina que hemos desarrollado, sino que encontramos apoyo en el art. 504 apdo. 4 LECrim., cuando dice que *"no se adoptará en ningún caso la prisión provisional cuando de las investigaciones practicadas se infiera racionalmente que el hecho no es constitutivo de delito o que el mismo se cometió concurriendo una causa de justificación"*, porque, si el legislador ha contemplado la posibilidad de valorar la concurrencia de una causa de justificación junto a la no relevancia penal del hecho para decidir sobre la

situación personal, no supone un esfuerzo analógico excesivo trasladar el criterio que informa dicho artículo a un caso tan particular como el que nos ocupa, en que, de la valoración del elementos subjetivo, va a depender el resultado del proceso.

CUARTO.- Por último, creemos conveniente hacer mención a la referencia que hace la resolución recurrida sobre el documento elaborado por el Mando Central Norteamericano, cuando dice que la razón que en ella se da para archivar el expediente no la considera válida, entrando a valorarla, pero sin dar argumentos que expliquen qué legitimidad tiene el Juez Instructor, como Juez español, para censurar una decisión de dicho organismo extranjero, máxime, si, como indicábamos en nuestro anterior auto de 13 de mayo de 2008, el Departamento de Justicia (que no conviene olvidar que a través del Fiscal General es quien ejerce la acción penal en Estados Unidos), asumió el compromiso de que *"se responsabilizaba de investigar, y si es necesario llevar a juicio, cualquier denuncia relativa a supuestos abusos por parte de miembros de las Fuerzas Armadas en el desarrollo de operaciones militares en aquellos conflictos en los que intervienen los Estados Unidos"*. Dicho de otra manera, el simple desacuerdo por parte del Instructor en la valoración de unos hechos no nos parece suficiente para ignorar el anterior informe, pues, por un lado, supone arrojar una genérica desconfianza sobre las instituciones americanas, que no hay razón para admitir, según se explicó en nuestra anterior resolución y, por otro, olvidar que en el presente proceso se están indagando responsabilidades penales de personas concretas, sobre las que no debería repercutir en contra el descontento que se tenga con la información servida por la institución.

Por lo demás, consideramos que no es necesario entrar en la dinámica a la que pretende llevar el auto recurrido, cuando mantiene que la investigación-resumen dada por el Mando Central Norteamericano no es un documento judicial y no

responde a los cánones mínimamente exigibles en un Estado de Derecho, pues de lo que tiene ninguna duda este Tribunal es que los Estados Unidos de América son una Democracia, incluso con más tradición y arraigo que la nuestra, y que en esa Democracia el ejercicio de la acción penal está en manos del Fiscal General, dependiente del Departamento de Justicia, sobre cuyo compromiso de investigar ya se ha hecho mención. Ahora bien, aun cuando tampoco esto se compartiese, lo que no es aceptable es que se ignore el documento en cuanto favorece a los procesados, máxime cuando el propio Juez Instructor en su auto dice que *"no es que se ponga en duda esa explicación"* (sic), refiriéndose a la dada por el Mando Central, porque, si no lo pone en duda, debería haber asumido con mayor razón lo que allí se dice sobre el archivo del caso al entender justificada la actuación de los militares, y es que, con este argumento que da el Instructor, está llevando el razonamiento a la conclusión a que más arriba hacíamos mención, cuando hemos hecho referencia al apdo. 4 del art. 505 LECrim., con lo que su decisión debió ser no haber procesado.

CUARTO.- Las razones que se han ido exponiendo nos llevan a la estimación del recurso, debiendo el Instructor, tal y como solicita el Ministerio Fiscal, dejar sin efecto cuantas medidas cautelares haya dictado y acordar, inmediatamente, la conclusión del sumario.

Vistos los artículos citados y demás de aplicación,

LA SALA ACUERDA: ESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por el **MINISTERIO FISCAL** en la presente causa, contra el auto de 21 de mayo de 2009, en que se declaran procesados al sargento **Thomas Gibson**, el Capitán **Philip Wolford** y al Teniente Coronel **Philip de Camp**, cuyos procesamientos se dejan sin efecto, así como las medidas

cautelares que contra los mismos hubieran sido adoptadas, debiendo el Instructor acordar la inmediata conclusión del sumario.

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

Remítase testimonio de la presente resolución al Juzgado Instructor para constancia en las actuaciones.

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 dictamos, mandamos y firmamos.

DILIGENCIA: Seguidamente se cumple lo acordado. Doy fe.