



**AUDIENCIA NACIONAL
JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCION UNO
SUMARIO 27/2007**

AUTO

En Madrid a 9 de junio de 2015.

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 constan en el auto de procesamiento, además están comprendidos en los artículos 146 y 147 del **IV Convenio de Ginebra**, relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra.

SEGUNDO.- Con fecha 4 de octubre de 2011 se dictó auto de procesamiento contra el **Sargento THOMAS GIBSON**, el **Capitán PHILIP WOLFORD** y el **Teniente Coronel PHILIP DE CAMP**, todos ellos pertenecientes al Regimiento de Blindados nº 64 de la Tercera División de Infantería Acorazada del Ejército de los EE.UU, por dichos delitos.

El Ministerio Fiscal como las demás partes personadas en el presente Sumario están conformes con los hechos como con su calificación jurídica, no habiendo recurrido el citado auto de procesamiento.

TERCERO.- El 15 de marzo de 2014 entró en vigor la LO 1/2014, de 13 de marzo, que modificaba la LO 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal. La reforma afectaba, entre otros, al artículo 23 de la citada Ley, cuyo nuevo apartado 4 modifica la competencia de la jurisdicción española en el sentido de que *“para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos cuando se cumplan las condiciones expresadas:*

- a) Genocidio, lesa humanidad o contra las **personas** y bienes **protegidos en caso de conflicto armado**, siempre que el procedimiento se dirija contra un español o contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España, o contra un extranjero que se encontrara en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas.*
- p) Cualquier otro delito cuya persecución **se imponga con carácter obligatorio por un Tratado vigente para España** o por otros actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea miembro, en los supuestos y condiciones que se determine en los mismos”.*



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

Con fecha 17 de marzo de 2014 se dictó auto en la presente causa en el que, en resumen, se consideraba que el nuevo artículo 23.4 a) de la LOPJ introducía *ex novo* los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, sometiéndolos a un requisito de perseguibilidad (que los procesados se encuentren en España). 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 apartado 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.

CUARTO.- El pasado 6 de mayo de 2015 se dictó sentencia (296/2015) por el Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, resolviendo diversos recursos de casación contra el auto de fecha 2 de julio de 2014 del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en la causa seguida como Sumario 63/2008 del Juzgado Central de Instrucción Dos (caso genocidio Tibet), que acordó el sobreseimiento y archivo de dicha causa.

En el Fundamento de Derecho Vigésimonoveno de dicha sentencia se señala: ***“En consecuencia, y para que quede claro en éste y en otros procedimientos con similar fundamento, conforme a la vigente Ley Orgánica 1/2014, los Tribunales españoles carecen de jurisdicción para investigar y enjuiciar delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado cometidos en el extranjero, salvo en los supuestos en 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. Sin que pueda extenderse dicha jurisdicción “in absentia” (es decir extensiva a personas que en el momento de iniciarse el procedimiento no se encontrasen en el territorio que asumía la jurisdicción) en función de la nacionalidad de la víctima o de cualquier otra circunstancia”***.¹

¹ Asimismo la sentencia razona que:

Debe establecerse con claridad y firmeza, para éste y para otros supuestos similares, que el apartado p) del art. 23 4º de la LOPJ, no es aplicable a los supuestos que ya aparecen específicamente regulados en los apartados anteriores del precepto, y concretamente a los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado (FD 25).

Pero si procede declarar que no se aprecia que la redacción del art. 23 4º a) de la LOPJ vulnere la Convención de Ginebra. El artículo 146 del IV Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, establece el principio de Justicia Universal obligatoria para los Estados firmantes en el sentido de imponer la obligación de juzgar o extraditar a los responsables de las Infracciones Graves del Convenio, cualquiera que sea el lugar del mundo donde se cometió la infracción y cualquiera que sea la nacionalidad del responsable. Pero esta obligación está referida a los



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

Este instructor interpretó la norma del artículo 146 en el sentido de que cabía la extensión de la jurisdicción española “in absentia”, esto es, que la obligación de buscar y hacer comparecer a los procesados se extendía a cualquier país en el que se encontraran y no solo a España. Al efecto, el término «*in absentia*» (en rebeldía) se aplicaría solo al juicio en sí, no al periodo de instrucción de la causa, dado el concepto de rebeldía en nuestro derecho procesal penal, que no existe en la fase de instrucción (no hay en esta fase declaración de rebeldía cuando el imputado está ausente), y viene solo referida al derecho del acusado a estar presente durante el juicio.

QUINTO.- Como quiera que la fundamentación jurídica de dicha sentencia pudiera afectar a la presente causa (*en otros procedimientos con similar fundamento*), se dio traslado a las partes y Ministerio Fiscal por cinco días para que al efecto hicieran las alegaciones que tuvieran por conveniente. Al efecto, por el Ministerio Fiscal se solicitó se diera cumplimiento a la Sentencia del Tribunal Supremo. Por el resto de las partes se solicitó, en base a la respectiva argumentación, se continuara la instrucción de la causa.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- En la tradición jurídica española y en general en el derecho continental, a diferencia de lo que se suele señalar como característica del derecho anglosajón en donde el Juez tiene reconocida la facultad de crear derecho y cualquier sentencia tiene el valor de un «precedente» de obligado respeto que produce, como regla general, una vinculación del propio Juez y de los demás para lo sucesivo, **las sentencias dictadas por cualquier Juez y por el Tribunal Supremo en particular carecen de efectos jurídicos reconocidos «erga omnes»**, pues se parte de la base de que cada sentencia resuelve el contenido de un proceso, y por

supuestos en que estos responsables se encuentren en el territorio del Estado firmante, pues su contenido y finalidad es evitar que ninguno de estos responsables pueda encontrar refugio en un país firmante de la Convención. (FD 27)

En consecuencia, la expresión buscar y hacer comparecer ante los propios Tribunales, hace referencia necesariamente, según la interpretación literal o gramatical del precepto, a buscar en el propio territorio. Buscar, extraditar y hacer comparecer ante los propios Tribunales, sería la fórmula correcta si se pretendiese establecer con carácter general una obligación de búsqueda en cualquier país del mundo, incluso para los países no beligerantes y completamente ajenos al conflicto armado donde se cometió supuestamente el delito... Lo que la Convención establece, con carácter imperativo, es que todos los Estados firmantes deben buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, cualquier infracción grave, si estas personas se han refugiado u ocultado en su país, y deberá hacerlas comparecer ante los propios Tribunales, sea cual fuere su nacionalidad y el lugar donde se cometió la infracción. (FD 28)



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

lo tanto sólo tiene eficacia en el mismo, sin que del hecho de que se resuelva de una concreta manera signifique que la misma solución pueda servir para resolver otro problema distinto, dado que necesariamente este nuevo proceso tendrá su propio planteamiento y sus propios condicionantes fácticos y jurídicos.

Sin embargo, esta afirmación así hecha con carácter general exige ciertas matizaciones, pues en nuestra historia procesal no siempre a todas las sentencias se les ha dado igual valoración jurídica, ya que en función de su contenido pueden llegar a convertirse en “doctrina legal”. Lo que precisamente acontecería para el presente caso, teniendo en cuenta que la sentencia de referencia (296/2015 de 6 de mayo) se dicta por el **Pleno** de la Sala de lo Penal, esto es, por todos los Magistrados que componen dicha Sala, sin que además concorra voto particular alguno, y, además, en la fundamentación jurídica se dice (y se reitera) que la misma es extensible a ***procedimientos con similar fundamento***.

En definitiva, al Alto Tribunal señala que estamos en presencia de una resolución que es algo más que una sentencia resolviendo una cuestión que afecta a un determinado proceso. Está estableciendo una doctrina para el futuro y con pretensiones de constituir doctrina definitiva, con el objetivo de dar seguridad en la aplicación uniforme de la norma interpretada.

En otras palabras, ante la nueva norma reformada (art. 23.4 LOPJ) y su conjugación con el artículo 146 de la IV Convención de Ginebra, la sentencia establece cuál ha de ser la interpretación correcta de la misma desde que aquélla se promulgó, pues el juzgador no ha hecho decir a la norma ni puede hacerle decir más que lo que aquélla ya decía y dice una vez correctamente entendida.

Con ello, en la práctica, esta doctrina legal de la Sala de lo Penal no solo tendría el valor complementario del ordenamiento jurídico que a la jurisprudencia del Tribunal Supremo le atribuye el art. 1.6 del Código Civil; sino, además, verdadera fuerza vinculante para los Jueces y Tribunales inferiores en grado de dicho orden jurisdiccional.

Y así:

1) La sentencia dice (FD 28) que *lo que la Convención establece, con carácter imperativo, es que todos los Estados firmantes deben buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, cualquier infracción grave, si estas personas se han refugiado u ocultado en su país, y deberá hacerlas comparecer ante los propios Tribunales, sea cual fuere su nacionalidad y el lugar donde se cometió la infracción.*

2) Constatado que los procesados no son españoles ni se encuentran en España,

3) es de aplicación el nuevo apartado a) del artículo 23. 4 de la LOPJ, que exige *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.*

4) por lo que (FD 29) *los Tribunales españoles carecen de jurisdicción para investigar y enjuiciar delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado cometidos en el extranjero.*



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

En consecuencia, con lo señalado anteriormente y si, como reconoce el Tribunal Supremo (FD 30), la Ley Orgánica 1/2014 que reformó el artículo 23 LOPJ ha acogido una modalidad **muy restrictiva** de Jurisdicción Universal², pero que no vulnera lo dispuesto en los Tratados ni en la

² Paradójicamente la reciente Resolución 2222 aprobada por el Consejo de Seguridad de NU (**del que España forma parte**) el 27 de mayo pasado insta una mayor protección a los periodistas en los conflictos armados:

El Consejo de Seguridad,

... *Reconociendo* el importante papel del derecho internacional humanitario, y de las disposiciones aplicables del derecho internacional de los derechos humanos, en la protección de los periodistas, los profesionales de los medios de comunicación y el personal asociado en los conflictos armados,

... *Profundamente preocupado* por la frecuencia con que se cometen actos de violencia en muchas partes del mundo contra los periodistas, los profesionales de los medios de comunicación y el personal asociado en los conflictos armados, en particular ataques deliberados que contravienen el derecho internacional humanitario,

Poniendo de relieve que en el derecho internacional humanitario existen disposiciones que prohíben los ataques intencionados contra civiles, que, en situaciones de conflicto armado, constituyen crímenes de guerra, y *recordando* la necesidad de que los Estados pongan fin a la impunidad de esos actos criminales,

Teniendo presente que la impunidad de los crímenes cometidos contra los periodistas, los profesionales de los medios de comunicación y el personal asociado en los conflictos armados sigue siendo un obstáculo importante para su protección, y que asegurar la rendición de cuentas por los crímenes cometidos contra ellos es un elemento clave para prevenir futuros ataques,

... *Recordando* que los Estados partes en los Convenios de Ginebra tienen la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una violación grave de dichos Convenios, y la obligación de hacerlas comparecer ante sus propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad, o que pueden entregarlas para que sean juzgadas por otro Estado interesado, si este tiene suficientes indicios de criminalidad contra dichas personas,

Recordando también que todos los Estados Miembros tienen la responsabilidad de cumplir sus obligaciones de poner fin a la impunidad e investigar y procesar a los responsables de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra u otras violaciones graves del derecho internacional humanitario, y *observando* que la lucha contra la impunidad de los crímenes más graves de trascendencia internacional cometidos contra civiles se ha fortalecido mediante la labor sobre esos crímenes y su enjuiciamiento realizada por la Corte Penal Internacional, de conformidad con el principio de la complementariedad respecto de las jurisdicciones penales nacionales establecido en el Estatuto de Roma, los tribunales especiales y mixtos, y las salas especializadas de los tribunales nacionales...

1. *Condena* todas las violaciones y abusos cometidos contra los periodistas, los profesionales de los medios de comunicación y el personal asociado en situaciones de conflicto armado, y *exhorta* a todas las partes en los conflictos armados a que pongan fin a esas prácticas;

...

4. *Condena enérgicamente* la impunidad generalizada de las violaciones y los abusos cometidos contra los periodistas, los profesionales de los medios de comunicación y el personal asociado en situaciones de conflicto armado, que a su vez puede contribuir a que esos actos se repitan;

5. *Destaca* que los Estados tienen la responsabilidad de cumplir las obligaciones pertinentes impuestas por el derecho internacional de poner fin a la impunidad y procesar a los responsables de cometer violaciones graves del derecho internacional humanitario;

6. *Insta* a los Estados Miembros a que adopten medidas apropiadas para garantizar la rendición de cuentas por los delitos cometidos contra los periodistas, los profesionales de los medios de comunicación y el personal asociado en situaciones de conflicto armado mediante la realización de investigaciones imparciales, independientes y efectivas dentro de su jurisdicción, y a que se metan a los autores de esos crímenes a la acción de la justicia;

...

18. *Reafirma* que seguirá ocupándose de la cuestión de la protección de los periodistas en los conflictos armados;



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

práctica judicial internacional, acogiéndose a la exclusión de la Jurisdicción Universal "in absentia"; al no resultar ya competente la jurisdicción española para conocer del presente caso, procedería el archivo del mismo. Si bien, al tratarse la presente causa de un Sumario, la competencia para así acordarlo no sería de este Juzgado, sino de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional; por lo que procede al efecto la conclusión del mismo y subsiguiente elevación a dicha Sala para que, tras los trámites oportunos, dicte la resolución consecuente.

SEGUNDO.- Ahora bien, lo cierto es que queda constatado que existen suficientes indicios racionales de que los procesados serían autores de los delitos señalados en el Hecho Primero de esta resolución, esto es, un crimen de guerra (infracción de carácter grave como señala el artículo 146 de la IV Convención), dado el auto de procesamiento. Y como quiera que el artículo 146 obliga a las partes contratantes a buscarlos y hacerlos comparecer, dada la nueva norma, la búsqueda habría que limitarla a España, esto es, dentro de su territorio.

De otro lado, el resto de los países que han suscrito la Convención no conocen ni van a poder conocer que los procesados puedan haber cometido la infracción grave contra el Convenio, de tal forma que pese a la existencia de esos indicios racionales de criminalidad, no podrán buscarlos y hacerlos comparecer ante sus tribunales si se encontraran en los respectivos países, como les exige el citado artículo 146.

Ni la búsqueda en España ni en otros países va a ser posible: La nueva norma dictada por el legislador español impide la persecución de cualquier crimen de guerra cometido contra un español, salvo en el difícil supuesto de que los presuntos criminales se hayan refugiado en España. Para buscar o hacer comparecer ante los Tribunales a aquellos hace falta dictar una orden de búsqueda y ésta solo puede acordarse dentro del seno de un procedimiento; procedimiento que nunca existirá, dado que el nuevo apartado 4 del artículo 23 LOPJ impide su incoación (salvo la existencia de ese difícil supuesto).

Así, ante un crimen de tal tipo cometido contra periodistas o personas españolas consideradas como población civil (p.e. cooperantes), ni aun los familiares de víctimas o el Ministerio Fiscal podrán instar la apertura de diligencias en España para al menos identificar a la víctima, solicitar la autopsia u otras diligencias urgentes o investigar cómo acontecieron los hechos.

Para el presente caso, constatada la falta de competencia de la jurisdicción española, no se puede, por obvio, ordenar o mantener una búsqueda (nacional o internacional) por un órgano "incompetente", ni aún siquiera existe instrumento de cooperación jurídica internacional para hacer saber a otros Estados de la existencia de aquellos indicios de criminalidad. Con ello, "el flexo no podrá mantenerse encendido": los procesados podrán desplazarse a otros países que hayan suscrito la Convención, e incluso a España, con la seguridad de que no van ser



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

buscados, puesto que en los archivos policiales o de otra índole no va a constar tal búsqueda.

TERCERO.- De esta forma, pese a que existen múltiples esfuerzos y recomendaciones a nivel mundial para perseguir y sancionar este tipo de delitos (como así se expone y se reitera en la Resolución 2222 aprobada por el Consejo de Seguridad de NU el 27 de mayo pasado, del que España forma parte), el delito quedaría impune.

La decisión del legislador será discutible y podrá provocar debates en torno a tal impunidad, no solo para el presente caso sino para otros posibles; mas no corresponde a los jueces suplir al legislador, dada su función constitucional (sometimiento al imperio de la Ley: art. 117 CE y art. 1 LOPJ "in fine"); por lo que, en definitiva, procede concluir el presente sumario.

PARTE DISPOSITIVA

SE ACUERDA DECLARAR CONCLUSO ESTE SUMARIO, que se remitirá a la Ilma. Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, previo emplazamiento de las partes por término de DIEZ días ante la misma.

Así lo acuerda, manda y firma D. SANTIAGO J. PEDRAZ GOMEZ, MAGISTRADO-JUEZ del Juzgado Central de Instrucción nº 1 de MADRID-
Doy fe.