

**TRIBUNAL SUPREMO**  
**Sala de lo Penal**  
**SENTENCIA**

***Sentencia N°:*** 691/2010

***RECURSO CASACION N°:***2629/2009

***Fallo/Acuerdo:***

***Procedencia:*** Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Sección 3ª

***Fecha Sentencia:*** 13/07/2010

***Ponente Excmo. Sr. D.:*** Francisco Monterde Ferrer

***Secretaría de Sala:*** Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

***Escrito por:*** NBR

**Muerte de corresponsal de guerra español en Bagdad (Irak). Disparo de carro de combate de los EEUU contra Hotel donde se alojaba.**

**Auto confirmando la conclusión del sumario y acordando el sobreseimiento libre.**

**Cuestión preliminar: recurribilidad del auto acordando el sobreseimiento libre, a pesar de no existir procesado alguno en la actualidad.**

**Tutela judicial efectiva. Interdicción de indefensión. Proceso con todas las garantías. Derecho a la prueba.**

**Infracción de ley. Ataque indiscriminado a población civil, en concurso con homicidio u homicidio imprudente. Arts 608, 611 y 138 y ss. CP. Derecho Internacional Humanitario. Convenciones de Ginebra y sus correspondientes Protocolos.**

**Dando lugar en parte a los recursos.**

**Nº: 2629/2009**

**Ponente Excmo. Sr. D.: Francisco Monterde Ferrer**

**Fallo: 06/07/2010**

**Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río**

**TRIBUNAL SUPREMO**  
**Sala de lo Penal**

**SENTENCIA Nº: 691/2010**

**Excmos. Sres.:**

**D. Joaquín Giménez García**  
**D. Perfecto Andrés Ibáñez**  
**D. Francisco Monterde Ferrer**  
**D. Manuel Marchena Gómez**  
**D. Diego Ramos Gancedo**

---

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 trece de Julio de dos mil diez.

En el recurso de casación que ante Nos pende con el nº 2629/2009, interpuesto por las representaciones procesales de D. J.C.P., D. D.C.P., Dª B.C.C.P.

y D<sup>a</sup> M.I.P.L.; D<sup>a</sup> M.D.J.S. que actúa en su nombre y en el de sus hijos menores J.C.J. y J.C.J. y D<sup>a</sup> M.I.C.P.; ASOCIACIÓN LIBRE DE ABOGADOS y ASOCIACIÓN DE CAMARÓGRAFOS DE TELEVISIÓN Y VÍDEO, contra el auto dictado el 23 de octubre de 2009 por la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en el Rollo de Sala 34/07, correspondiente al Sumario nº 27/07 del Juzgado Central de Instrucción nº 1, que declaró la conclusión y el sobreseimiento libre de las actuaciones iniciadas para el esclarecimiento de las circunstancias y presuntos responsables de la muerte en Irak el día 8 de abril de 2003, del periodista D. J.C.P.; habiendo sido parte en el presente procedimiento como recurrentes: D. J.C.P., D. D.C.P. y D<sup>a</sup> B.C.C.P., así como D<sup>a</sup> M.I.P.L., representados por el Procurador D. José Miguel Martínez-Fresneda Gamba; D<sup>a</sup> M.D.J.S., en su nombre y en el de sus hijos menores de edad, J.C.J. y J.C.J., así como D<sup>a</sup> M.I.C.P., representados por el Procurador D. Roberto Granizo Palomeque; la Procuradora D<sup>a</sup> Ana I. Lobera Argüelles, en representación de la Asociación Libre de Abogados; y, la Procuradora D<sup>a</sup> Isabel Herrada Martín, en nombre de la Asociación de Camarógrafos de Televisión y Vídeo; como recurridos: LA ASOCIACIÓN DE LA PRENSA DE MADRID, representada por el Procurador D. Felipe Segundo Juanas Blanco, y el Excmo. Sr. Fiscal, han dictado sentencia los Excmos. Sres. mencionados al margen, bajo ponencia de D. Francisco Monterde Ferrer que expresa el parecer de la Sala con arreglo a los siguientes:

## **I. ANTECEDENTES**

1º.- El Juzgado Central de Instrucción nº 1 dictó auto en 23 de octubre de 2009, cuyos Antecedentes de Hecho son del siguiente tenor literal:

*"Primero.- El Juzgado Central de Instrucción núm. 1 dictó auto en 16 de julio de 2009 declarando concluso el sumario instruido para investigar las circunstancias y presuntos responsables de la muerte en Irak del periodista de "Telecinco" Don J.C.P., acontecida el día 8 de abril de 2003, una vez hubo recaído auto de la Sección 2ª de esta Sala Penal de la Audiencia Nacional, en 14 de julio de 2009 estimatorio del recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal y, en virtud del cual, fue revocado el procesamiento de tres militares americanos acordado por el Juzgado instructor en 21 de mayo de 2009. En*

*ejecución de la decisión de la Superioridad, se elevó el sumario en 20 de julio de 2009 para que conociera del mismo esta Sección 3ª.*

*Segundo.- Conferido traslado sucesivo del sumario a las partes en cumplimiento del artículo 627 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por el Ministerio Fiscal se ha solicitado el sobreseimiento provisional con base a lo dispuesto en el artículo 641.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.*

*Tercero.- En nombre de la Asociación de Camarógrafos de Televisión y Video interesaba la práctica de las diligencias acordadas en fase de instrucción y no practicadas consistentes en: recibir declaración al legal representante en España y/o en la Unión Europea de las televisiones Al Yazeera y Abbu Dabhi para esclarecer el ataque sufrido por sendas cadenas de televisión en sus respectivas sedes de Bagdad; comisión rogatoria para desplazar una comisión judicial al efecto de practicar el oportuno reconocimiento judicial.*

*Cuarto.- En igual sentido se condujo la representación técnica de la Asociación Libre de Abogados, y además interesaba la declaración testifical de la sargento A.K., que se había admitido como diligencia de investigación en providencia de 20 de mayo de 2008.*

*Quinto.- La acusación particular ejercida en defensa de la familia C.P., reiteró la práctica de la declaración de la sargento, la inspección ocular, la declaración de los procesados y propuso adicionalmente una prueba pericial de parte: informe del catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad de Lleida, Profesor A.G.J.. Subsidiariamente se interesaba el sobreseimiento libre previsto en el artículo 637.2 de la Ley Procesal Penal.*

*Sexto.- La acusación particular en defensa de la familia C.J. y otra perjudicada de la familia C.P. consideraba que las diligencias de investigación no habían quedado agotadas y se remitía a la admisión del Juez instructor respecto al reconocimiento judicial, la declaración de la sargento americana en calidad de testigo y la declaración de los procesados, y en el suplico, postulaba la revocación de lo autos confirmando y revocando en sus propios términos el auto del instructor de 21 de mayo de 2009, y con carácter subsidiario se acordara el sobreseimiento libre".*

**2º.-** La parte dispositiva del auto de la Audiencia Nacional recurrido ante esta Sala, contiene el siguiente pronunciamiento:

*"SE CONFIRMA EL AUTO DE CONCLUSIÓN DEL SUMARIO DE 16 DE JULIO DE 2009.*

*SE DECLARA EL SOBRESEIMIENTO LIBRE DE LAS ACTUACIONES.*

*Notifíquese esta resolución a las partes y al Ministerio Fiscal haciéndoles saber que no es firme y cabe interponer recurso de casación\_ ex artículo 848 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal".*

**3º.-** La Magistrada Dña. Clara Bayarri García formuló voto particular respecto de tal resolución de la mayoría, alegando que debió ser estimatoria del recurso de apelación interpuesto por las acusaciones particulares, especialmente el interpuesto por la defensa de la familia C.P., e improcedente la conclusión del sumario hasta tanto no se practique la diligencia de toma de declaración de los imputados y, verificado, si estos alegasen error, sus derivadas, sin que, en ningún caso, de no poderse efectuar tales declaraciones por algún tipo de obstruccionismo al procedimiento, se pudiese cerrar éste de forma provisional sin acordar previamente la detención internacional de los mismos, para su puesta a disposición de los tribunales españoles, en cuanto fueren habidos, a fin de que pueda serles tomada declaración, tal y como interesan los apelantes, por considerarse tal diligencia de prueba imprescindible para a continuación o archivo del procedimiento y, consecuentemente, que procede la revocación del auto de conclusión de sumario, y la devolución del mismo al instructor a fin de que practique las diligencias de prueba interesadas por los apelantes, imprescindibles para la causa.

**4º.-** Notificada la resolución a las partes, el Procurador D. Roberto Granizo Palomeque, en nombre de las **acusadoras particulares** Dña. M.D.J.S., que actúa en nombre de los menores J.C.J. y J.C.J., y Dña. M.I.C.P.; el Procurador D. D. José Miguel Martínez-Fresneda Gamba, en nombre de los **acusadores particulares** D. J.C.P., D. D.C.P., Dña. B.C.C.P., y Dña. M.I.P.L.; la Procuradora Dña. Ana I. Lobera Argüelles, en nombre de la **acusadora popular** Asociación Libre de Abogados; y la Procuradora Dña. Isabel Herrada Martín, en nombre de la **acusadora popular** Asociación de Camarógrafos de Televisión y Vídeo, prepararon recurso de casación por infracción de ley, de precepto constitucional y por quebrantamiento de forma, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el Rollo y formalizándose el recurso.

5º.- Los recursos interpuestos se basaron en los siguientes **MOTIVOS DE CASACION**:

*Por las acusadoras particulares Dña. M.D.J.S., que actúa en nombre de los menores J.C.J. y J.C.J. , y Dña. M.I.C.P.:*

**Primero.-** Al amparo del artículo 5.4 LOPJ, por violación del art. 24.1 CE, que ampara el derecho a la tutela judicial **efectiva**, con interdicción de indefensión.

**Segundo.-** Al amparo del artículo 5.4 LOPJ, por violación del art. 24.1 CE, que ampara el derecho a la tutela judicial **efectiva**, en su vertiente de derecho de defensa.

**Tercero.-** Al amparo del artículo 5.4 LOPJ, por violación del art. 24.1 CE, que ampara el derecho a la **tutela judicial efectiva**, en su vertiente del derecho a la prueba, cuya omisión produce indefensión.

**Cuarto.-** Al amparo del artículo 5.4 LOPJ, por violación del art. 24.1 CE, que ampara el derecho a la **tutela judicial efectiva**, en su vertiente del derecho de defensa, con resultado de indefensión material.

**Quinto.-** Por **infracción de ley**, al amparo del art. 849.1 LECr., por infracción de precepto legal, al vulnerar por falta de aplicación el art. 611, en relación con el art. 608.3º CP.

**Sexto.-** Por **infracción de ley**, al amparo del art. 849.1 LECr., por infracción de precepto legal, por falta de aplicación del art. 138 CP.

*Por los acusadores particulares D. J.C.P., D. D.C.P. y Dña. B.C.C.P., y Dña. M.I.P.L.:*

**Primero.-** Por **infracción de ley**, al amparo del art. 849.1 LECr., por infracción de precepto legal, al vulnerar por falta de aplicación el art. 611.1º y 3º y 139 CP, en relación con los arts. 49, 50, 51 de la I Convención de Ginebra, arts.

146 y 147 de la IV Convención; y arts. 11, 48, 49, 50, 51, 57, 79 y 85 del Protocolo Adicional I, en relación con los principios de precaución y proporcionalidad.

**Segundo.-** Por **quebrantamiento de forma**, al amparo del art. 851.1º, 2º y 3º LECr.

**Tercero.-** Por **error en la apreciación de la prueba**, al amparo del art. 849.2 LECr.

**Cuarto.-** Al amparo del artículo 5.4 LOPJ, por violación del art. 24.1 CE, que ampara el derecho a la **tutela judicial efectiva**, y a un proceso con todas las garantías, en su vertiente del derecho a un proceso público, a la defensa, a la prueba, a la congruencia interna y a los recursos; y por violación de los arts. 9.3 y 120.3 CE por insuficiente motivación del auto recurrido.

***Por la acusadora popular Asociación Libre de Abogados:***

**Primero.-** Por **infracción de ley**, al amparo del art. 849.1 LECr., por infracción de precepto legal, al vulnerar por falta de aplicación del art. 23.4, 23.2., 23.5 LOPJ, en relación con los arts. 49, 50, 51 de la I Convención de Ginebra, arts. 146 y 147 de la IV Convención; y arts. 11, 48, 49, 50, 51, 57, 79 y 85 del Protocolo Adicional I, en relación con los principios de precaución y proporcionalidad.

**Segundo.-** Al amparo del artículo 5.4 LOPJ, por violación del art. 24.1 CE, y 6 CEDH que ampara el derecho a la **tutela judicial efectiva**, en su vertiente del derecho de defensa, con resultado de indefensión material.

**Tercero.-** Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECr., por infracción de precepto legal, y del derecho a la **tutela judicial efectiva**, al vulnerar por falta de aplicación los arts. 23.4, 23.2, 23.5 LOPJ, en relación con los arts. 49, 50, 51 de la I Convención de Ginebra, arts. 146 y 147 de la IV Convención; y arts. 11, 48, 49, 50, 51, 57, 79 y 85 del Protocolo Adicional I, al impedirse la continuación del procedimiento.

**Cuarto.-** Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECr., 5.4 LOPJ, por infracción de precepto legal, y del derecho a la **tutela judicial efectiva** del art.

24.1 CE, por vulneración de los requisitos de congruencia de la resolución judicial, vulneración del principio de contradicción, proceso con las debidas garantías, en relación con los arts. 637 y 326 y 385 LECr.

*Por la acusadora popular Asociación de Camarógrafos de Televisión y Vídeo:*

**Primero.-** Al amparo del artículo 5.4 LOPJ, por violación del art. 24.1 CE, que ampara el derecho a la **tutela judicial efectiva**, con interdicción de indefensión por falta de práctica de diligencias de instrucción pendientes.

**Segundo.-** Por **error en la apreciación de la prueba**, al amparo del art. 849.2 LECr.

**Tercero.-** Por **infracción de ley**, al amparo del art. 849.1 LECr. en relación con el art. 141 del mismo cuerpo legal.

**Cuarto.-** Al amparo del artículo 5.4 LOPJ, por violación del art. 24.1 CE, que ampara el derecho a la **tutela judicial efectiva**, con interdicción de indefensión, por falta de práctica de diligencias de instrucción pendientes.

**Quinto.-** Por **error en la apreciación de la prueba**, al amparo del art. 849.2 LECr.

**Sexto.-** Al amparo del artículo 5.4 LOPJ, por violación del art. 24.1 CE, que ampara el derecho a la **tutela judicial efectiva**, con interdicción de indefensión, por falta de práctica de diligencias de instrucción pendientes.

**6º.-** Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos y habiendo solicitado su inadmisión y subsidiariamente su desestimación, la Sala admitió a trámite los mismos, quedando conclusos los autos para señalamiento cuando por turno correspondiera.

**7º.-** Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día **6-7-010**.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

*I.- Cuestión preliminar, suscitada por el Ministerio Fiscal, sobre la admisibilidad y procedencia del recurso de casación, respecto de la resolución objeto de recurso.*

**PRIMERO.-1.** El Ministerio Fiscal plantea en su escrito de impugnación de los motivos de los recurrentes, como previa, la cuestión sobre la *irrecurribilidad* del auto de 23-10-09, dictado por la Sección Tercera de la Audiencia Nacional, en atención a que, si bien es cierto que se trata de una resolución que acuerda el *sobreseimiento libre* de las actuaciones, en éstas *no existe vigente procesamiento* de persona alguna, tal como exige el art. 848 de la LECr.

Además, también aduce que no se da la -igualmente exigida-, conforme al art. 637.2º LECr., discrepancia entre el instructor y la Sala respecto del *carácter delictivo* de los hechos imputados, sino sobre la valoración indiciaria de las diligencias probatorias acumuladas durante la instrucción sumarial.

**2.** Ciertamente, el recurso de casación penal *sólo cabe* contra las resoluciones respecto de las cuales la legislación procesal penal expresamente lo prevé, conforme a lo dispuesto en los arts. 847 y 848 de la LECr., estando prevista como causa de inadmisión (884, 2º LECr.) la interposición del recurso contra resoluciones distintas de las previstas en los preceptos citados.

También es cierto que establece el párrafo primero del art. 848 de la LECr. que "Contra los autos dictados, bien en apelación por las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, bien con carácter definitivo por las Audiencias, *sólo procede el recurso de casación, y únicamente por infracción de ley, en los casos en que ésta lo autorice de modo expreso*".

Y el párrafo segundo del mismo artículo prescribe que "A los fines de este recurso, los autos de sobreseimiento se reputarán *definitivos* en el solo caso de que fuere *libre* el acordado, por entenderse que los hechos sumariales *no* son

constitutivos de *delito* y alguien se hallare *procesado* como culpable de los mismos".

Con arreglo a ello, no cabe duda que la resolución recurrida es un auto *definitivo*, en cuanto que el sobreseimiento acordado *es libre*, según el propio tenor de la resolución, que cita expresamente "su integración en el art. 637 núm. 2 LECr.", precepto que, a su vez, supone la consideración de que "*el hecho no es constitutivo de delito*".

La única cuestión que cabe plantearse es si -como propugna el Ministerio Fiscal en este caso- la exigencia, adicional a las anteriores señaladas, de "*que alguien se halle procesado*", ha de entenderse en sentido literal, como una situación actual, o bien, como defienden los recurrentes, ha de realizarse una interpretación histórica, de modo que sea suficiente que en el procedimiento sobreseído se haya producido en algún momento un acto de procesamiento o similar de inculpación, no siendo exigible que, en el momento de dictarse el sobreseimiento, permanezca en vigor dicho procesamiento.

Abona esta última interpretación el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de esta Sala II, de 9-2-2005, cuando, a los efectos de determinar qué autos eran recurribles en casación cuando hubieren recaído en un Procedimiento Abreviado, equiparó al procesamiento la "imputación procesal equivalente, que consista en una resolución judicial en que se describa el hecho, el derecho aplicable y las personas responsables", pero expresando la exigencia de que "*haya recaído*" tal imputación judicial, sin exigir la vigencia o actualidad de la misma.

Igualmente, la STS de 19-2-2010, nº 129/2010 proclama que "el sentido y la letra de la ley, tanto en el art. 848, como en tal interpretación, es que se haya producido *en algún momento* un acto judicial de imputación, y sin embargo, con posterioridad, se haya dictado una resolución judicial de sobreseimiento libre".

Y esta misma sentencia precisa que "la ley posibilita la intervención de esta Sala Casacional, concediendo este recurso, únicamente cuando *exista alguna discrepancia judicial sobre la inexistencia de delito*, pero no -desde luego- cuando sobre esta cuestión no se haya planteado ninguna divergencia entre los distintos órganos judiciales que hayan podido entender sobre tal problemática. Dicho de otra

manera: si todos los órganos judiciales no han tenido duda acerca de que los hechos investigados (hechos sumariales, dice concretamente la ley) no son constitutivos de delito, el asunto no puede acceder al Tribunal Supremo mediante un recurso extraordinario de casación".

Y concluye la propia resolución en el sentido de que "al no haberse producido *en momento alguno* en esta causa un acto similar de inculpación, no se ha cumplido con el requisito exigido en el art. 848 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y en consecuencia, el recurso de casación no debió ser admitido a trámite, por no tratarse de una resolución judicial susceptible del mismo".

En esta línea, la STS 23-11-2005, nº 1401/2005, excluyendo la procedencia del recurso de casación, se refiere al auto de sobreseimiento libre y archivo dictado en diligencias previas, en el que aun *no* había escrito de *acusación* de las partes acusadoras.

La STS de 5-10-2005, nº 1153/2005, rechazó la recurribilidad del auto, porque *no se había acordado* procesamiento alguno, ni había existido imputación equivalente contra los querellados.

La STS de 5-7-2005, nº 927/2005 admite la recurribilidad del auto en que se hubiere acordado el sobreseimiento, cuando el enjuiciamiento de los hechos hubiera correspondido a la Audiencia, y *hubiera existido* en la causa *una inculpación judicial* contra el denunciado o querellado.

La STS de 8-4-2005, nº 435/2005, señala que "como quiera que, en el presente caso y al margen de las consideraciones que merezcan los otros dos requisitos recogidos en el texto transcrito, es indudable *que no existe resolución* judicial alguna, equivalente a procesamiento, que contenga imputación contra personas posiblemente responsables, con descripción fáctica y derecho aplicable a la misma, puesto que nos encontramos, precisamente, ante una *inadmisión de querrela previa al inicio* de cualquier trámite, debe concluirse en la íntegra desestimación del recurso".

El ATS de 14-1-2004, rec. 68/2003, admite la recurribilidad casacional del auto, "en cuanto en el caso, el Instructor, después de recibir declaración al

querellado, acordó la continuación del procedimiento, lo que supone una **consideración inicial acerca de la existencia de un delito y de una concreta persona a la que se imputa** una cierta participación en su comisión. Posteriormente, ante el recurso de reforma interpuesto por el así inculpado, el instructor modificó su criterio y acordó el sobreseimiento libre de las actuaciones con mención expresa del artículo 637.2º de la LECr."

3. Por otra parte, hay que destacar que en el caso se da la **existencia de discrepancia judicial sobre la inexistencia de delito**, como requisito habilitante para la intervención de esta Sala Casacional, lo que no sucede cuando no se haya planteado ninguna divergencia entre los distintos órganos judiciales sobre tal problemática.

En efecto, la observación de lo actuado pone de manifiesto que, en Sumario 27/2007, mediante auto de fecha **27-4-2007**, el Juez de Instrucción Central nº 1 declaró **procesados** a los militares del Ejército de los EEUU, Sargento T.G., Capitán P.W. y Teniente Coronel P.D.C., como indiciariamente autores de un **delito** contra la **Comunidad Internacional**, previsto en el art. 611.1 CP, en relación con el art. 608.3 CP, y un delito de **asesinato** (alevosía) del art. 139 CP. La Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, conociendo del recurso de **apelación** interpuesto contra la anterior resolución por el Ministerio Fiscal, por **auto de 13-5-2008**, considerando que los indicios obrantes en las actuaciones no eran suficientes para mantener el procesamiento, fundamentalmente por la falta del elemento intencional en la acción típica, consistente en la finalidad de aterrorizar a la población civil, y entendiéndolo que el disparo efectuado desde el carro de combate no era descartable que se realizara en la creencia de que se dirigía contra un elemento hostil, erróneamente identificado, como una mera manifestación de un acto de guerra contra un enemigo aparente, resolvió dejar **sin efecto los procesamientos** y las medidas cautelares consiguientes, pero sin acordar el archivo de la causa, también interesado por el Ministerio Fiscal, devolviendo, en cambio, las actuaciones al Instructor para que, **no estando concluida la instrucción**, decidiera sobre los pasos y actuaciones que estimara procedente llevar a cabo.

Practicadas las diligencias que consideró oportunas para el esclarecimiento de los hechos, y propuestas otras (declaraciones de representantes en España de las televisiones Al Yazeera y Abbu Dabhi y reconstrucción de hechos en Bagdad, a

través de comisión rogatoria) que no pudieron ser llevadas a cabo, el Instructor dictó, en **21-5-2009**, con expresión de unas y otras diligencias, **nuevo auto de procesamiento** contra los referidos militares norteamericanos, como indiciariamente autores de un delito **contra la Comunidad Internacional**, previsto en el art. 611.1 CP, en relación con el art. 608.3 CP, que indica los sujetos protegidos, y un delito de **homicidio**, previsto y penado en el art. 138 CP, dado el **ataque a población civil** con la causación de la muerte del Sr. J.M.C.P.; o también incluso, **acto o amenazas de violencia con finalidad de aterrorizar** a la población civil o a los periodistas.

La Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, por medio de **auto de 14-7-2009**, estimó el recurso de **apelación** interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el auto del instructor de 21-5-09, acordando dejar **sin efecto los procesamientos** y las medidas cautelares consiguientes, **ordenando** al Instructor la inmediata **conclusión del sumario**.

El Juez Central de Instrucción nº 1, en acatamiento de la citada resolución, no sin observar que no se daba el supuesto del art. 622 LECr., pues restaría alguna diligencia por practicar (comisión rogatoria a Irak, para reconocimiento judicial y reconstrucción de hechos) y podrían practicarse otras, declaró, mediante **auto de 16-7-09, concluso** el sumario 27/2007, remitiendo las actuaciones a la Sección Tercera de la misma Sala de la Audiencia Nacional.

Finalmente, en **23-10-09**, la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la AN, dictó **auto confirmando el auto de conclusión** del sumario de 16-7-09, y decretando el **sobreseimiento libre**, conforme al art. 637 núm. 2 de la LECr., de las actuaciones.

**4.** Es evidente, pues, que una interpretación contraria a la viabilidad del recurso de casación, preparado e interpuesto conforme a lo previsto en la LECr. y al citado Acuerdo del Pleno de esta Sala y a la interpretación histórica mantenida por la jurisprudencia, significaría la utilización indebida de un mecanismo procesal dirigido a eludir toda posibilidad de revisión en vía casacional y el pronunciamiento en la misma sobre el fondo, contradiciendo el principio *pro actione* y el derecho fundamental de los recurrentes a la tutela judicial efectiva sin indefensión, en su vertiente del derecho de acceso a los recursos.

Téngase en cuenta, además, que, como recuerda la sentencia de esta Sala de 20-1-1992, rec. 4945/1990, "el art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que la infracción de un precepto constitucional es suficiente fundamento para recurrir en casación cuando este recurso proceda. A su vez el art. 5.7 de la misma Ley dispone que "los derechos y libertades reconocidos en el capítulo 11 del título 1 de la Constitución Española vinculan, en su integridad, a todos los Jueces y Tribunales, y están garantizados bajo la tutela efectiva de los mismos". De ambas disposiciones se deduce que todo auto definitivo, cuyos efectos sean equivalentes a los de una sentencia, deberá contar con una vía ordinaria de recurso, cuando, vulnerando derechos constitucionales, impida el acceso a la jurisdicción. Ello regirá tanto para el inculpado como para las partes acusadoras, toda vez que el art. 24.1 de la Constitución Española se refiere a todas las personas que tengan un interés legítimo.

En el caso concreto del auto de sobreseimiento libre, por otra parte, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva puede tener lugar no sólo cuando exista un procesado como culpable de los hechos, sino, también, cuando el procesamiento ha sido eludido por el Tribunal, privando a la acusación de la posibilidad de defender sus intereses legítimos en un juicio con todas las garantías.

Esta ampliación de los supuestos en los que cabe el recurso de casación, en relación a los autos de sobreseimiento definitivo que afecten derechos fundamentales, es consecuencia del efecto irradiante de los derechos fundamentales y del mandato genérico de protección efectiva de los mismos establecido en el citado art. 5.7.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial".

En el mismo sentido, jurisprudencia reciente, como la constituida por la STS de 22-10-2009, nº 1172/2009, admite respecto del sobreseimiento libre, que siendo esta decisión equivalente a una sentencia absolutoria, sea susceptible de recurso de casación, ex artículo 848.2 LECr.

Asimismo, se debe tener en cuenta que el núm. 2º del art. 637 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal cuando se refiere a que "el hecho no sea constitutivo de delito" se debe entender asimilando la expresión "delito" a tipicidad, es decir, en sentido análogo a la forma en que se lo interpreta generalmente en el art. 313 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En consecuencia, el sobreseimiento dictado ha impedido a las acusaciones, con una fundamentación de hechos que estas no pudieron controvertir, el acceso a un juicio en el que hubieran podido defender un interés legalmente reconocido, a pesar de existir *prima facie* prueba indiciaria de la realización del tipo o tipos atribuidos a los querellados.

Procede, por tanto, rechazar la tesis del Ministerio Fiscal.

**II.- Recurso de las acusadoras particulares Dña. M.D.J.S., que actúa en nombre de los menores J.C.J. y J.C.J., y Dña. M.I.C.P. (esposa, hijos y hermana, respectivamente, de D. J.C.P.):**

**SEGUNDO.-** El primer motivo se articula, al amparo del artículo 5.4 LOPJ, por violación del art. 24.1 CE, que ampara el derecho a la **tutela judicial efectiva**, con interdicción de la indefensión.

1. Se alega por los recurrentes que el auto de 23-10-09, ordenando el sobreseimiento del sumario, en cuanto impide indebidamente la continuación del proceso, iniciado como Diligencias Previas seis años atrás, **anticipando una sentencia absolutoria**, les produce **indefensión material**. Los indicios racionales de delito son, cuando menos, contradictorios entre sí, con respecto a los contraindicios. Y se ha de hacer constar:

A) que no se han agotado las diligencias de instrucción, ya ordenadas por el instructor, tales como:

- la declaración de los procesados a presencia judicial, esencial para determinar la intencionalidad o eventualmente el error al que se hace referencia para justificar la exculpación de los procesados.

- la declaración a presencia judicial de la ex Sargento de los Servicios de Inteligencia Militar estadounidenses Sra. A.K..

- la comisión rogatoria a Irak, a efectos de reconocimiento judicial en el lugar de los hechos y su eventual reconstrucción.

Y aquellas otras que pudieran proponerse sucesivamente a la vista de lo actuado y que fueran declaradas pertinentes.

B) El auto recurrido se esfuerza por desvirtuar una pretendida causa de imputación basada en el segundo inciso del art. 611.1º CP, cuando lo cierto es que en la última ocasión el instructor, basó el procesamiento, también, en su primer inciso, que hace referencia a *ataques indiscriminados o excesivos*, lo que ha de valorarse, conforme se expresa en el voto particular discrepante de la mayoría, conforme a los principios del Derecho Internacional Humanitario y consuetudinario, por el Tribunal, y no de una manera anticipada.

C) El auto recurrido *carece de motivación* al ignorar los fundamentos sustanciales del segundo auto de procesamiento en cuanto se refiere al inciso primero del art. 611.1º CP, o comete un error manifiesto al analizar el tipo penal comentado.

D) Sobre el tema de fondo, referente a la tipicidad de los hechos, autoría y culpabilidad de los presuntos autores, sólo en sentencia, tras el plenario, con la práctica contradictoria de las pruebas, puede pronunciarse el tribunal, efectuando un juicio sobre las *intenciones* de los acusados, dando opción en su caso a la interposición de los recursos de casación, no solo por infracción de ley -como ahora restringe el art. 848 LECr.-, sino, también, por quebrantamiento de forma.

E) Aún admitiendo a efectos puramente dialécticos que pudieran existir *dudas*, sobre la prevalencia de los contraindicios, frente a los indicios racionales de criminalidad apreciados por el instructor, subsistirá de lo actuado la *probabilidad* de haberse cometido un delito, cuya existencia habrá de dilucidarse en el juicio oral.

F) La IV Convención de Ginebra y su Protocolo Adicional I, incorporados a nuestro ordenamiento interno a través del art. 96.1 CE, que establecen la protección al personal definido como "civil" (específicamente los periodistas) y la obligación de *aut dedere aut iudicare*, han sido manifiestamente incumplidos por los EEUU, así como el Tratado de Asistencia Jurídica Mutua en materia penal entre el Reino de España y los EEUU, suscrito el 20-11-90, ratificado en 23-4-93, en relación con el art. 27 del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados.

2. Ante todo debemos recordar que, como dice la STC 256/2000 de 30 de octubre, el derecho a obtener la tutela judicial efectiva "no incluye un pretendido derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, salvo que con ellas se afecte el contenido de otros Derechos Fundamentales distintos al de tutela judicial efectiva" (SSTC 14/95 de 24 de enero, 119/96 de 4 de junio, 20/97 de 10 de febrero).

Según la STC 82/2001 "solo podrá considerarse que la resolución judicial impugnada vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, cuando el razonamiento que la funda incurra en tal grado de arbitrariedad, irrazonabilidad o error, que, por su evidencia y contenido, sean tan manifiestas y graves que para cualquier observador resulte patente que la resolución de hecho, carece de toda motivación o razonamiento".

La tutela judicial efectiva, desde el prisma de la parte acusatoria, sólo se instala en el ámbito propio de la mera legalidad, lo cual significa que tiene derecho a acudir a los Jueces y Tribunales para obtener la justicia que demanda, pero una decisión en cualquier sentido, clara y no vinculada necesariamente a la versión y criterio interesado de dicha parte, por lo que no equivale a que, en todo caso, la pretensión haya de ser atendida, cualquiera que sea la razón que asista al postulante, esto es, que la tutela judicial efectiva la concede el Texto Constitucional *in genere* y que, por ello, no habrá denegación de justicia cuando las pretensiones no prosperan, máxime cuando los órganos jurisdiccionales, forzosamente han de fallar en pro de una de las partes, sin que el acogimiento de las formuladas por la parte contraria entrañen falta de tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos.

Por ello, debe señalarse que no existe un derecho constitucional a obtener la condena penal de otra persona que pueda esgrimirse frente al legislador o frente a los órganos judiciales (SSTC 199/96 de 3-12, 41/97 de 10-3, 74/97 de 21-4, 67/98 de 18-3, 215/99 de 29-11, 1999/36639, 21/2000 de 31-1).

En esta dirección la sentencia de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo de 19-5-2004, precisa que el Derecho Fundamental a la tutela judicial efectiva no incorpora el derecho a la condena del acusado en virtud de la acción penal

planteada sino que, como hemos recordado de forma reiterada, este derecho tiene un contenido complejo que incluye el derecho a acceder a Jueces y Tribunales, el derecho a obtener de ellos una resolución fundada en derecho y a su ejecución, y el derecho a que la pretensión deducida sea resuelta en el procedimiento previsto en la Ley, sin que pueda incluirse en su comprensión un derecho a la obtención de una resolución acorde a la pretensión (SSTS de 3-10-97, 6-3-97).

En lo que se refiere concretamente a la motivación es suficiente con que en la sentencia se expliciten las razones que ha tenido el Tribunal para adoptar su decisión, tanto respecto de los hechos como del derecho aplicable, de manera comprensible para el directamente interesado y para la sociedad en general, y de modo que permita su control por vía de recurso (STS de 28-10-2003).

Y por lo que se refiere a una resolución, como es el auto de sobreseimiento libre, sostiene la STS de 5-7-2005, nº 927/2005, que la motivación necesaria de una resolución de esa naturaleza requiere que se expongan los hechos que se entienden probados o que configuran el relato fáctico de la denuncia o querrela y el derecho aplicable.

**3.** En el supuesto que nos ocupa, según vimos en el fundamento jurídico anterior, el auto objeto de recurso, en cuanto acuerda el sobreseimiento libre, anticipa una sentencia absolutoria, cuando no se han agotado las diligencias de instrucción, ya ordenadas por el instructor, y aquellas otras que pudieran proponerse sucesivamente a la vista de lo actuado y que fueran declaradas pertinentes. Lo cual es susceptible de producir a las partes indefensión material. Y tanto más cuanto la resolución recurrida (FJ2º) mantiene la existencia de un error visual respecto de la presencia posible de un francotirador u ojeador, basándose, nada menos, que en *"las explicaciones del Capitán P.W. (uno de los querrelados) en los medios informativos"*, lo cual, por su absoluta falta de consistencia, se califica por sí mismo.

Además, como se alega, el auto recurrido parece poner su énfasis en desvirtuar una causa de imputación basada en el segundo inciso del art. 611.1º CP (*hacer objeto a la población civil de ataques, represalias o actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizarla*), cuando lo cierto es que en la última ocasión el instructor, basó el procesamiento, también, en su primer inciso,

que hace referencia al que *realice u ordene realizar ataques indiscriminados o excesivos*, lo que ha de valorarse, conforme se expresa en el voto particular discrepante de la mayoría, de acuerdo con los principios del Derecho Internacional Humanitario y consuetudinario, por el Tribunal, y no de una manera anticipada. Con ello el auto recurrido carece de la necesaria motivación al ignorar los fundamentos sustanciales de ese segundo auto de procesamiento, que aunque hubiese sido dejado sin efecto previamente, no deja de haber sido tenido en cuenta en la resolución recurrida en casación.

Por otra parte, el auto recurrido si bien rechaza la utilidad de las diligencias probatorias pendientes de realizar, exponiendo las razones que a su entender concurren para ello, en cambio, sin más, llega a unas conclusiones sobre la procedencia del sobreseimiento libre, conforme al art. 637.2 LECr. (porque *el hecho no es constitutivo de delito*), basándose en la afirmación de existencia de un *error* en la fuerza militar actuante.

Así, el auto insiste en la "*credibilidad respecto del error visual sobre la presencia de un francotirador o de un ojeador en el Hotel, como causa de la decisión de atacar el inmueble para asegurar la zona, en términos de prevención*" (fundamento jurídico segundo); y en que "*se trata de un ataque aislado, caracterizado como un supuesto de acción militar sostenible en el conflicto armado de Irak en el curso del año 2003... y no orientado a conseguir una perturbación extrema física-psíquica, destinada a castigar la presencia de observadores autorizados de medios informativos*" (fundamento jurídico tercero).

Siendo así, el motivo ha de ser estimado.

**TERCERO.-** Como segundo motivo se alega, al amparo del artículo 5.4 LOPJ, la violación del art. 24.1 CE, y del derecho a la **tutela judicial efectiva**, en su vertiente de derecho de defensa.

1. Por los recurrentes se insiste en que el auto de 23-10-09, ordenando el sobreseimiento del sumario, en cuanto impide indebidamente la continuación del proceso y la defensa contradictoria, les produce *indefensión material*. Y así, porque viola el **principio acusatorio**, pues resuelve sobre la atipicidad de los hechos, fuera del debate contradictorio, no habiendo aquélla sido alegada ni impugnada; porque

se ha impedido a las partes formular su escrito de acusación, proponer los medios de prueba necesarios y formular sus pretensiones sobre penalidad y responsabilidades civiles. También, porque se impide a las partes ejercer con plenitud el derecho a los recursos, quedando excluido el de quebrantamiento de forma. Y, finalmente, porque se ha dictado una verdadera sentencia anticipada y prematura, sin las garantías propias del proceso.

2. Para admitir los argumentos de los recurrentes es suficiente que nos remitamos a lo ya expuesto en los dos fundamentos jurídicos anteriores.

Sólo añadiremos que, por lo que se refiere a la plenitud del derecho a los recursos, ciertamente, basta recordar el contenido del art. 848 LECr. para ver las limitaciones que una resolución como la que es objeto de análisis, esta sometida desde el punto de vista de la motivación casacional. Así señala el aludido precepto que "Contra los autos dictados, bien en apelación por las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, bien con carácter definitivo por las Audiencias, *sólo procede el recurso de casación, y únicamente por infracción de ley, en los casos en que ésta lo autorice de modo expreso*".

Finalmente, en lo que atañe a la alegación de violación del principio acusatorio, en cuanto se dice que el auto recurrido resuelve sobre la atipicidad de los hechos fuera del debate contradictorio, no habiendo aquella sido alegada ni impugnada, diremos que, independientemente de la resolución prematura de la cuestión, efectivamente, fuera de la contradicción propia de un plenario, petición de parte sí ha existido. Los propios antecedentes del auto recurrido reflejan que, aunque el Ministerio Fiscal, se limitó a solicitar el sobreseimiento provisional de las actuaciones, al menos dos de las acusaciones particulares, propusieron, subsidiariamente, el sobreseimiento libre del art. 637.2 LECr., y según explican, con objeto de propiciar el recurso de casación evitando la indefensión que su privación les produciría.

Consecuentemente, salvo en este último extremo, el motivo ha de ser estimado.

**CUARTO.-** El tercer motivo se formula, al amparo del artículo 5.4 LOPJ, por violación del art. 24.1 CE, que ampara el derecho a la **tutela judicial efectiva**,

en su vertiente del *derecho a la prueba*, cuya omisión produce indefensión, en relación con las consideradas pertinentes y acordadas por el Instructor.

1. Se alega que el auto recurrido hace caso omiso de la abundante *prueba* practicada como diligencias de instrucción, e impide llevar a cabo -aventurando un resultado negativo- aquellas otras acordadas por el Instructor, sin considerar la obstaculización sistemática por las autoridades norteamericanas de otras imprescindibles como la declaración a presencia judicial de los procesados, ignorando la jurisprudencia del TC y del TS al respecto, como por ejemplo la que señala que no se puede denegar una prueba o dejar de practicarla y luego fundar la decisión en la falta de acreditación de los hechos cuya demostración se intentaba obtener con la prueba omitida.

Igualmente, debe atenderse a la tutela judicial efectiva de los derechos de las *víctimas*, y a la especial relevancia constitucional de la protección del derecho a la vida.

2. Esta Sala ha dicho que "el derecho a utilizar los medios de prueba tiene rango constitucional en nuestro derecho al venir consagrado en el art. 24 CE, pero no es un derecho absoluto. Y la Constitución se refiere a los medios de prueba pertinentes de manera que tal derecho de las partes no desapodera al Tribunal de su facultad de admitir las pruebas pertinentes rechazando las demás (arts. 659 y 792.1 LECrim.). El Tribunal Constitucional ha señalado reiteradamente que el art. 24.2 CE. no atribuye un ilimitado derecho de las partes a que se admitan y se practiquen todos los medios de prueba propuestos, sino solo aquellas que, propuestas en tiempo y forma, sean lícitas y pertinentes (STC 70/2002, de 3-4). Por ello, el motivo podría prosperar cuando la prueba, o la suspensión del juicio ante la imposibilidad de su practica, se haya denegado *injustificadamente*, y cuando la falta de practica de la prueba propuesta haya podido tener una *influencia decisiva* en la resolución del pleito (SSTC 50/88, de 22-3; 357/93, de 29-11; 131/95, de 11-9; 1/96, de 15-2; 37/2000, de 14-2).

La jurisprudencia de esta Sala ha establecido una serie de requisitos, formales y materiales, para que este motivo pueda prosperar. Entre los primeros, las pruebas han de ser propuestas en tiempo y forma, de conformidad con las reglas específicas para cada clase de proceso. En segundo lugar, ante la resolución del

Tribunal, que debe ser fundada, rechazando las que no considere pertinentes, o denegando la suspensión del juicio ante la imposibilidad de practicar en ese momento las previamente admitidas, quien ha propuesto la prueba debe hacer constar la oportuna protesta, tras la reproducción de su petición en las condiciones exigidas por los artículos 785.1 y 786.2 de la LECr., en su redacción actualmente vigente (anteriores artículos 792.1 y 793.2), cuando se trate de Procedimiento Abreviado. En tercer lugar, si se trata de prueba testifical, han de hacerse constar las preguntas que quien la propone pretendía dirigir al testigo, con la finalidad de que, primero el Tribunal de enjuiciamiento, y después esta Sala, en su caso, puedan valorar la trascendencia de la prueba propuesta. En cualquier caso, la parte que la propone, debe preocuparse de que conste la eventual trascendencia de la prueba respecto del fallo de la sentencia. La omisión de este requisito no impedirá, sin embargo, la estimación del motivo cuando la pertinencia y necesidad de la prueba se desprenda fácilmente de su propia naturaleza y características.

Como requisitos materiales, la prueba ha de ser pertinente, esto es, relacionada con el objeto del juicio y con las cuestiones sometidas a debate en el mismo; ha de ser *relevante*, de forma que tenga potencialidad para modificar de alguna forma importante el sentido del fallo, a cuyo efecto el Tribunal puede tener en cuenta el resto de las pruebas de que dispone (STS núm. 1591/2001, de 10 de diciembre y STS núm. 976/2002, de 24 de mayo); ha de ser *necesaria*, es decir, que tenga utilidad para los intereses de defensa de quien la propone, de modo que su omisión le cause indefensión, (STS núm. 1289/1999, de 5 de marzo); y ha de ser *posible*, en atención a las circunstancias que rodean su práctica.

**3.** Como se ve, la doctrina jurisprudencial va preferentemente dirigida a la admisibilidad de la prueba para el juicio oral, porque es allí donde se realizan las verdaderas pruebas. Las diligencias probatorias de la instrucción aunque poseen otro carácter, pues se limitan a preparar la posibilidad de la formulación de una acusación y la consiguiente apertura del juicio oral, no dejan de tener su importancia, y por ello no pueden despreciarse, afectando también al derecho de la parte proponente a la tutela judicial efectiva.

Ciertamente, como dice el Ministerio Fiscal, la indebida desestimación de pruebas tiene su cauce impugnatorio, como *vicio in procedendo*, a través de los motivos por quebrantamiento de forma previstos en los supuestos del art. 850 de la

LECr., sin embargo, a pesar de la exclusión de tal cauce casacional -restringido a la infracción de ley- en los casos en que la resolución recurrida acuerda el sobreseimiento libre de las actuaciones, de acuerdo con las previsiones del art. 848 LECr., el rechazo indebido de las diligencias probatorias de la instrucción -dada la trascendencia antes expuesta- no cabe duda que afecta al derecho a la tutela judicial efectiva de las partes proponentes, y puede ser admitido al amparo del art. 852 LECr., en relación con el art. 24.1 CE.

En el caso actual, en conjunto, por las acusaciones particulares y populares, se interesaba: *a)* recibir declaración al legal representante en España de las televisiones Al Yazeera y Abbu Dabhi *b)* que se cursara comisión rogatoria para practicar el oportuno reconocimiento judicial y reconstrucción de hechos en Bagdad, con determinación de los dispositivos ópticos con que contaba el carro de combate que disparó; *c)* la declaración testifical de la sargento A.K. (en un programa televisivo dijo que el Hotel Palestina fue designado como objetivo militar por la cadena de mando del ejercito norteamericano, a pesar de conocerse que allí se alojaba la prensa); y *d)* la pericial consistente en el informe del catedrático de Derecho Internacional Público, profesor A.G.J.. Tales diligencias no dejan de tener interés para el esclarecimiento de los hechos; y además "*podieran practicarse otras*", tal como cita el auto de 16-7-09 de conclusión del sumario, como por ejemplo la declaraciones de los tres militares presuntamente responsables del disparo.

Consecuentemente, el motivo ha de ser estimado.

**QUINTO.-** El cuarto motivo se configura al amparo del artículo 5.4 LOPJ, por violación del art. 24.1 CE, que ampara el derecho a la **tutela judicial efectiva**, en su vertiente del derecho de *defensa*, con resultado de indefensión material.

**1.** Como corolario de los motivos anteriores se alega que el auto recurrido impide el derecho de defensa, contrariando el principio *pro actione* de las víctimas, mediante fundamentos plagados de inferencias absurdas e irrazonables, o desvirtuando las pruebas cuya práctica ya había sido acordada por el Instructor.

**2.** No cabe duda tampoco que el auto recurrido, como ya se vio en los motivos anteriores, en cuanto pudiera adquirir fuerza de cosa juzgada material,

habiendo ordenado la conclusión del sumario, su sobresimiento libre y archivo, tras desatender las diligencias de prueba practicadas y la posibilidad de practicar otras de interés solicitadas, impide proseguir la defensa de los intereses de los acusadores particulares y populares.

Por ello, el motivo ha de ser igualmente estimado.

**SEXTO.-** Como quinto motivo se aduce **infracción de ley**, al amparo del art. 849.1 LECr., por infracción de precepto legal, al entenderse vulnerado, por falta de aplicación, el art. 611, en relación con el art. 608.3º CP.

1. Con carácter meramente subsidiario de los anteriores, se reclama la aplicación de los arts. 611.1 CP y 608, 3º CP, y en su defecto el tipo abierto del art. 614 CP, por si solos o en concurso real con el delito de homicidio del art. 138, o de homicidio imprudente, del art. 142 CP, en cuanto se refieren a las personas civiles "protegidas" por el IV Convenio de Ginebra y por su Protocolo Adicional.

2. El art. **611** del CP, efectivamente, castiga *"con la pena de prisión de diez a quince años, sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados producidos, 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.*

*2º) Destruya o dañe, violando las normas del Derecho Internacional aplicables en los conflictos armados, buque o aeronave no militares de una Parte adversa o neutral, innecesariamente y sin dar tiempo o sin adoptar las medidas necesarias para proveer a la seguridad de las personas y a la conservación de la documentación de a bordo.*

*3º) Obligue a un prisionero de guerra o persona civil a servir, en cualquier forma, en las Fuerzas Armadas de la Parte adversa, o les prive de su derecho a ser juzgados regular e imparcialmente.*

*4º) Deporte, traslade de modo forzoso, tome como rehén o detenga o confine ilegalmente a cualquier persona protegida o la utilice para poner ciertos puntos, zonas o fuerzas militares a cubierto de los ataques de la parte adversa.*

*5º) Traslade y asiente, directa o indirectamente, en territorio ocupado a población de la parte ocupante, para que resida en él de modo permanente.*

6º) *Realice, ordene realizar o mantenga, respecto de cualquier persona protegida, prácticas de segregación racial y demás prácticas inhumanas y degradantes basadas en otras distinciones de carácter desfavorable, que entrañen un ultraje contra la dignidad personal.*

7º) *Impida o demore, injustificadamente, la liberación o la repatriación de prisioneros de guerra o de personas civiles.*

8º) *Declare abolidos, suspendidos o inadmisibles ante un Juez o Tribunal los derechos y acciones de los nacionales de la parte adversa.*

9º) *Atente contra la libertad sexual de una persona protegida cometiendo actos de violación, esclavitud sexual, prostitución inducida o forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de agresión sexual".*

Por su parte el **art. 614** CP dispone que: *"El que, con ocasión de un conflicto armado, realizare u ordenare realizar cualesquiera otras infracciones o actos contrarios a las prescripciones de los Tratados internacionales en los que España fuere parte y relativos a la conducción de las hostilidades, protección de los heridos, enfermos y náufragos, trato a los prisioneros de guerra, protección de las personas civiles y protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años".*

Y el **art. 608** de nuestro CP, iniciando el CAPÍTULO III, que lleva por rúbrica *"De los Delitos Contra Las Personas y Bienes Protegidos en Caso de Conflicto Armado"*, dentro del T. XXIV dedicado a los *"Delitos Contra la Comunidad Internacional"*, precisa que, *"a los efectos de este capítulo se entenderán por personas protegidas:*

1º) *Los heridos, enfermos o náufragos y el personal sanitario o religioso, protegidos por el I y II Convenios de Ginebra de 12 agosto 1949 o por el Protocolo I Adicional de 8 junio 1977.*

2º) *Los prisioneros de guerra protegidos por el III Convenio de Ginebra de 12 agosto 1949 o por el Protocolo I Adicional de 8 Junio 1977.*

3º) *La población civil y las personas civiles protegidas por el IV Convenio de Ginebra de 12 agosto 1949 o por el Protocolo I Adicional de 8 Junio 1977.*

4º) *Las personas fuera de combate y el personal de la Potencia Protectora y de su sustituto protegidos por los Convenios de Ginebra de 12 agosto 1949, o por el Protocolo I Adicional de 8 Junio 1977.*

5º) *Los parlamentarios y las personas que los acompañen, protegidos por el Convenio II de La Haya de 29 julio 1899.*

6º) *El personal de Naciones Unidas y personal asociado, protegidos por la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y del Personal Asociado, de 9 de diciembre de 1994.*

6º) *Cualquier otra que tenga aquella condición en virtud del Protocolo II Adicional de 8 Junio 1977, o de cualesquiera otros Tratados internacionales en los que España fuere parte.*

7º) *Cualquier otra que tenga aquella condición en virtud del Protocolo II Adicional de 8 Junio 1977, o de cualesquiera otros Tratados internacionales en los que España fuere parte".*

Los Convenios a los que se remite nuestro CP son, efectivamente, el componente más importante **del Derecho Internacional Humanitario (DIH)**, la rama del Derecho que protege a los civiles y a las personas que han dejado de participar en las hostilidades, incluidos los militares heridos y enfermos y los prisioneros de guerra. La finalidad de los Convenios no es poner fin a las guerras sino limitar la barbarie de los conflictos armados. Los Convenios de Ginebra son el intento de normalizar el Derecho Internacional Humanitario. Son el resultado de los esfuerzos de J.H.D., creador de la Cruz Roja. Están formadas por una serie de tratados internacionales firmados en Ginebra, Suiza, entre 1864 y 1949 con el propósito de minimizar los efectos de la guerra sobre soldados y civiles. Y dos protocolos adicionales a la convención de 1949, fueron aprobados en 1977.

Las Convenciones de Ginebra han sido:

- La Primera Convención de Ginebra, de 1864, que comprende el Convenio de Ginebra para el mejoramiento de la suerte que corren los militares heridos en los ejércitos en campaña de 1864.

- La Segunda Convención de Ginebra, de 1906, que comprende el Convenio de Ginebra para el mejoramiento de la suerte de los militares heridos en los ejércitos en campaña de 1906.

- La Tercera Convención de Ginebra, de 1929, que comprende: Convenio de Ginebra para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de los ejércitos en

campaña y el Convenio de Ginebra relativo al trato de los prisioneros de guerra del 27 de julio de 1929.

- La Cuarta Convención de Ginebra, de 1949, que comprende 4 convenios aprobados por la Conferencia Diplomática para Elaborar Convenios Internacionales a proteger a las víctimas de la guerra en 1949. Entró en vigor el 21 de octubre de 1950 y contiene:

-- I Convenio de Ginebra para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos y Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña;

-- II Convenio de Ginebra para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos, los Enfermos y los Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar;

-- III Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra; y

-- *IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra.*

Se incluyen en la Cuarta Convención los protocolos de adiciones en 1977.

-- Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I).

-- Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional.

Por su interés, y relación con el caso, debemos reproducir el **Artículo 146 de la IV Convención, 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, y que dice así:

## **"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.***

*Cada Parte Contratante tomará las oportunas medidas para que cesen, aparte de las infracciones graves definidas en el artículo siguiente, los actos contrarios a las disposiciones del presente Convenio.*

*Los inculcados se beneficiarán, en todas las circunstancias, de garantías de procedimiento y de libre defensa, que no podrán ser inferiores a las previstas en los artículos 105 y siguientes del Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra.*

## **Artículo 147 - II. Infracciones graves:**

*Las infracciones graves a las que se refiere el artículo anterior son las que implican uno cualquiera de los actos siguientes, si se cometen contra personas o bienes protegidos por el Convenio: **el homicidio intencional**, la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o **de atentar gravemente contra la integridad física o la salud**, la deportación o el traslado ilegal, la detención ilegal, el hecho de forzar a una persona protegida a servir en las fuerzas armadas de la Potencia enemiga, o el hecho de privarla de su derecho a ser juzgada legítima e imparcialmente según las prescripciones del presente Convenio, la toma de rehenes, la destrucción y la apropiación de bienes no justificadas por necesidades militares y realizadas a gran escala de modo ilícito y arbitrario.*

**Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), 8 de junio de 1977:**

## **Artículo 11 - Protección de la persona.**

1. No se pondrán en peligro, mediante ninguna acción u omisión injustificada, la salud ni la integridad física o mental de las personas en poder de la Parte adversa o que sean internadas, detenidas o privadas de libertad en cualquier otra forma a causa de una situación prevista en el artículo 1. Por consiguiente, se prohíbe someter a las personas a que se refiere el presente artículo a cualquier acto médico que no esté indicado por su estado.

**Artículo 48 - Norma fundamental:**

A fin de garantizar el respeto y la protección de la población civil y de los bienes de carácter civil, las Partes en conflicto harán **distinción en todo momento entre población civil y combatientes**, y entre bienes de carácter civil y objetivos militares y, en consecuencia, dirigirán sus operaciones únicamente contra objetivos militares.

**Artículo 49 - Definición de ataques y ámbito de aplicación:**

1. Se entiende por ataques los actos de violencia contra el adversario, sean ofensivos o defensivos.

2. Las disposiciones del presente Protocolo respecto a los ataques serán aplicables a todos los ataques en cualquier territorio donde se realicen, inclusive en el territorio nacional que pertenezca a una Parte en conflicto, pero que se halle bajo el control de una Parte adversa.

3. Las disposiciones de la presente Sección se aplicarán a cualquier operación de guerra terrestre, naval o aérea que pueda afectar en tierra a la población civil, a las personas civiles y a los bienes de carácter civil. Se aplicarán también a todos los ataques desde el mar o desde el aire contra objetivos en tierra, pero no afectarán de otro modo a las normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados en el mar o en el aire.

4. Las disposiciones de la presente Sección **completan las normas relativas a la protección humanitaria contenidas en el IV Convenio**, particularmente en su Título II, y en los demás acuerdos internacionales que obliguen a las Altas Partes contratantes, así como las otras normas de derecho internacional que se refieren a la protección de las personas civiles y de los bienes de carácter civil contra los efectos de las hostilidades en tierra, en el mar o en el aire.

**Capítulo II - Personas civiles y población civil. Artículo 50 - Definición de personas civiles y de población civil:**

1. Es persona civil cualquiera que no pertenezca a una de las categorías de personas a que se refieren el artículo 4, A. 1), 2), 3), y 6), del III Convenio, y el

*artículo 43 del presente Protocolo. En caso de duda acerca de la condición de una persona, se la considerará como civil.*

**2. La población civil comprende a todas las personas civiles.**

*3. La presencia entre población civil de personas cuya condición no responda a la definición de persona civil no priva a esa población de su calidad de civil.*

**Artículo 51 - Protección de la población civil:**

**1. La población civil y las personas civiles gozarán de protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares.** Para hacer efectiva esta protección, además de las otras normas aplicables de derecho internacional, se observarán en todas las circunstancias las **normas siguientes.**

**2. No serán objeto de ataque la población civil como tal ni las personas civiles.** Quedan prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea **aterrorizar a la población civil.**

*3. Las personas civiles gozarán de la protección que confiere esta Sección, salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación.*

**4. Se prohíben los ataques indiscriminados. Son ataques indiscriminados:**

*a) los que no están dirigidos contra un objetivo militar concreto;*

*b) los que emplean métodos o medios de combate que no pueden dirigirse contra un objetivo militar concreto; o*

*c) los que emplean métodos o medios de combate cuyos efectos no sea posible limitar conforme a lo exigido por el presente Protocolo; y que, en consecuencia, en cualquiera de tales casos, pueden alcanzar indistintamente a objetivos militares y a personas civiles o a bienes de carácter civil.*

**5. Se considerarán indiscriminados, entre otros, los siguientes tipos de ataque:**

*a) los ataques por bombardeo, cualesquiera que sean los métodos o medios utilizados, que traten como objetivo militar único varios objetivos militares precisos y claramente separados situados en una ciudad, un pueblo, una aldea u otra zona en que haya concentración análoga de personas civiles o bienes de carácter civil;*

*b) los ataques, cuando sea de prever que causarán incidentalmente muertos y heridos entre la población civil, o daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista.*

6. *Se prohíben los ataques dirigidos como represalias contra la población civil o las personas civiles.*

7. *La presencia de la población civil o de personas civiles o sus movimientos no podrán ser utilizados para poner ciertos puntos o zonas a cubierto de operaciones militares, en especial para tratar de poner a cubierto de ataques los objetivos militares, ni para cubrir, favorecer u obstaculizar operaciones militares. Las Partes en conflicto no podrán dirigir los movimientos de la población civil o de personas civiles para tratar de poner objetivos militares a cubierto de ataques, o para cubrir operaciones militares.*

8. *Ninguna violación de estas prohibiciones dispensará a las Partes en conflicto de sus obligaciones jurídicas con respecto a la población civil y las personas civiles, incluida la obligación de adoptar las medidas de precaución previstas en el artículo 57.*

#### **Artículo 52 - Protección general de los bienes de carácter civil:**

1. *Los bienes de carácter civil no serán objeto de ataques ni de represalias. Son bienes de carácter civil todos los bienes que no son objetivos militares en el sentido del párrafo 2.*

2. *Los ataques se limitarán estrictamente a los objetivos militares. En lo que respecta a los bienes, los objetivos militares se limitan a aquellos objetos que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar o cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida.*

3. *En caso de duda acerca de si un bien que normalmente se dedica a fines civiles, tal como un lugar de culto, una casa u otra vivienda o una escuela, se utiliza para contribuir eficazmente a la acción militar, se **presumirá que no se utiliza con tal fin.***

#### **Artículo 57 - Precauciones en el ataque:**

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

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

a) *quienes preparen o decidan un ataque deberán:*

i) *hacer todo lo que sea factible para **verificar que los objetivos que se proyecta atacar no son personas civiles ni bienes de carácter civil, ni gozan de protección especial, sino que se trata de objetivos militares en el sentido del***

*párrafo 2 del artículo 52 y que las disposiciones del presente Protocolo no prohíben atacarlos;*

*ii) tomar todas las precauciones factibles en la elección de los medios y métodos de ataque para evitar o, al menos, reducir todo lo posible el número de muertos y de heridos que pudieran causar incidentalmente entre la población civil, así como los daños a los bienes de carácter civil;*

***iii) abstenerse de decidir un ataque cuando sea de prever que causará incidentalmente muertos o heridos en la población civil, daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista;***

*b) un ataque será suspendido o anulado si se advierte que el objetivo no es militar o que goza de protección especial, o que es de prever que el ataque causará incidentalmente muertos o heridos entre la población civil, daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista;*

*c) se dará aviso con la debida antelación y por medios eficaces de cualquier ataque que pueda afectar a la población civil, salvo que las circunstancias lo impidan.*

*3. Cuando se pueda elegir entre varios objetivos militares para obtener una ventaja militar equivalente, se **optará** por el objetivo cuyo ataque, según sea de prever, presente menos peligro para las personas civiles y los bienes de carácter civil.*

*4. En las operaciones militares en el mar o en el aire, cada Parte en conflicto deberá adoptar, de conformidad con los derechos y deberes que le corresponden en virtud de las normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados, todas las precauciones razonables para evitar pérdidas de vidas en la población civil y daños a bienes de carácter civil.*

*5. Ninguna de las disposiciones de este artículo podrá **interpretarse** en el sentido de autorizar ataque alguno contra la población civil, las personas civiles o los bienes de carácter civil.*

### **Capítulo III - Periodistas:**

#### **Artículo 79 - Medidas de protección de periodistas:**

***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.

3. Podrán obtener una **tarjeta de identidad** según el modelo del Anexo II del presente Protocolo. Esa tarjeta, que será expedida por el gobierno del Estado del que sean nacionales o en cuyo territorio residan, o en que se encuentre la agencia de prensa u órgano informativo que emplee sus servicios, **acreditará** la condición de periodista de su titular.

**Artículo 85 - Represión de las infracciones del presente Protocolo:**

1. Las disposiciones de los Convenios relativas a la represión de las infracciones y de las infracciones graves, completadas por la presente Sección, son aplicables a la represión de las infracciones y de las infracciones graves del presente Protocolo.

2. Se **entiende por infracciones graves del presente Protocolo** los actos descritos como infracciones graves en los Convenios si se cometen contra personas en poder de una Parte adversa protegidas por los artículos 44, 45 y 73 del presente Protocolo, o contra heridos, enfermos o náufragos de la Parte adversa protegidos por el presente Protocolo, o contra el personal sanitario o religioso, las unidades sanitarias o los medios de transporte sanitarios que se hallen bajo el control de la Parte adversa y estén protegidos por el presente Protocolo.

3. Además de las infracciones graves definidas en el artículo 11, se considerarán infracciones graves del presente Protocolo **los actos siguientes**, cuando se cometan intencionalmente, en violación de las disposiciones pertinentes del presente Protocolo, y causen la muerte o atenten gravemente a la integridad física o a la salud;

a) **hacer objeto de ataque a la población civil o a personas civiles;**

b) **lanzar un ataque indiscriminado que afecte a la población civil o a bienes de carácter civil a sabiendas de que tal ataque causará muertos o heridos entre la población civil o daños a bienes de carácter civil, que sean excesivos en el sentido del artículo 57, párrafo 2, a) iii;**

c) **lanzar un ataque contra obras o instalaciones que contengan fuerzas peligrosas a sabiendas de que ese ataque causará muertos o heridos entre la población civil o daños a bienes de carácter civil, que sean excesivos en el sentido del artículo 57, párrafo 2, a) iii;**

*d) hacer objeto de ataque a localidades no defendidas y zonas desmilitarizadas;*

*e) hacer objeto de ataque a una persona a sabiendas de que está fuera de combate;*

*f) hacer uso péfido, en violación del artículo 37, del signo distintivo de la cruz roja, de la media luna roja o del león y sol rojos o de otros signos protectores reconocidos por los Convenios o el presente Protocolo".*

2. La resolución recurrida declaró el sobreseimiento libre de las actuaciones, conforme al art. 637.2 LECr., en cuanto que consideró que "*los hechos no eran constitutivos de delito*", sin embargo, las actuaciones de instrucción practicadas, no permiten compartir las conclusiones del Tribunal de instancia; por el contrario, indiciariamente los hechos merecen la subsunción en los preceptos penales citados, y en las normas del Derecho Internacional Humanitario antes transcritas.

Consecuentemente, el motivo ha de ser estimado.

**SÉPTIMO.-** El sexto motivo se formula **por infracción de ley**, al amparo del art. 849.1 LECr., por infracción de precepto legal, por falta de aplicación del art. 138 CP.

1. Se sostiene que el ultimo auto de procesamiento entendió indiciariamente que los hechos eran constitutivos de un delito de Homicidio del art. 138 CP, en concurso real con un delito contra la Comunidad Internacional del art. 611.1º CP.

Y se entiende que la *participación* en la *muerte* del Sr. J.C.P. de los procesados Sargento T.G., Capitán P.W. y teniente Coronel P.D.C., está incluso admitida por diversos documentos extraprocesales hechos llegar al procedimiento por las autoridades norteamericanas. Tampoco se cuestiona la pertinente calificación de las víctimas como *personal civil protegido*, conforme a la IV Convención de Ginebra y a su Protocolo. Todo ello fundamenta el auto de procesamiento, sin perjuicio de ser determinado en sentencia, tras el juicio oral con todas las garantías, la relación de causalidad entre acción y resultado, grado de participación individualizada de cada uno de los procesados, intencionalidad,

posible dolo eventual, o concurrencia de imprudencia grave, circunstancias eximentes o modificativas de la responsabilidad si las hubiere.

2. Por su coincidencia esencial con el motivo anterior, el presente debe ser estimado por las razones con relación a él expuestas.

**III.- Recurso de los acusadores particulares D. J.C.P., Dña. B.C.C.P., y Dña. M.I.P.L. (hermanos y madre, respectivamente, de D. J.C.P.):**

**OCTAVO.-** El primero de los motivos se formula por **infracción de ley**, al amparo del art. 849.1 LECr., por infracción de precepto legal, al vulnerar por falta de aplicación el art. 611.1º y 3º y 139 CP., en relación con los arts. 49, 50, 51 de la I Convención de Ginebra, arts. 146 y 147 de la IV Convención; y arts. 11, 48, 49, 50, 51, 57, 79 y 85 del Protocolo Adicional I, en relación con los principios de precaución y proporcionalidad.

1. Se entiende que la jurisprudencia tan solo exige para incoar sumario la consideración de *probabilidad de la existencia de delito*, no siendo necesario acreditar que los procesados sean autores del delito, puesto que la certeza de su existencia corresponde al Tribunal sentenciador. No existe, por otra parte, indicio alguno de que fuera utilizado el Hotel como "*escudo*" para cometer una acción contra los procesados, tal como sostuvo el Ministerio Fiscal en su momento, y acogió el auto recurrido. No hay vestigio -a diferencia de lo que dice el auto- que hubiera *error visual* sobre la presencia de un francotirador o un ojeador en el Hotel. Tampoco de que se hiciera fuego sobre el tanque en los 35 minutos anteriores, ni que hubiera artillería anticarro, capaz de alcanzarle desde el Hotel, teniendo en cuenta que se encontraba a más de 1500 metros de distancia, y un lanzagranadas RPG no alcanza mas de 650 mts. Y, caso de existir tal riesgo, debió advertirse a los periodistas del Hotel.

2. Por su coincidencia esencial, debemos remitirnos a cuanto dijimos en relación a los motivos quinto y sexto de los recurrentes anteriores, sobre la subsistencia de indicios racionales de la comisión de delitos que conculcan el *ius in bello*, es decir, las normas del Derecho Internacional Humanitario, que deben observar los beligerantes.

Ahora tan solo añadiremos que, el sobreseimiento libre acordado, al amparo del art. 637.2º LECr., supone y requiere "*que el hecho no sea constitutivo de delito*", es decir, que el mismo sea *atípico*, o bien que el mismo aún siendo subsumible en la descripción típica, sea *antijurídico*, por la estimación de una causa de justificación (Cfr. STS de 7-6-1988).

Como expone la sentencia de esta Sala de 31-3-2010, nº 319/2010, del examen del artículo 14.3 del CP se desprende que constituyen supuestos de *error de prohibición*, aquellos en los que el autor ha tenido un conocimiento correcto de las circunstancias determinantes de la ilicitud pero ha obrado creyendo que la realización del tipo no estaba prohibida por la ley o no ha obrado en la creencia que la realización de la acción no estaba ordenada por la ley.

Esa creencia errónea de estar obrando lícitamente puede tener distintas manifestaciones: bien porque exista desconocimiento de la existencia de la prohibición o del mandato de acción (error de prohibición directo); o bien por la suposición de una causa de justificación que en realidad el ordenamiento jurídico no prevé (error de prohibición indirecto) o creencia errónea de obrar lícitamente por la suposición de los presupuestos de una causa de justificación prevista en el ordenamiento jurídico.

Es decir, acorde con el artículo 14 del Código Penal existirá error de prohibición en aquellos supuestos en los que el autor ha creído obrar lícitamente bien porque el hecho no está prohibido o porque supone que está autorizado para obrar como lo ha hecho.

Además, el error de prohibición no puede confundirse con la situación de duda, pues ésta no es incompatible con la esencia del error que es la creencia errónea, de manera que no habrá situación de error de prohibición cuando existe duda sobre la licitud del hecho y decide actuar de forma delictiva, existiendo en estos supuestos culpabilidad de la misma manera que el dolo eventual supone la acción dolosa respecto a la tipicidad subjetiva (STS 1141/97, de 14 de noviembre).

Por otra parte, el presupuesto del error de prohibición debe ser alegado y racionalmente expuesto, pues dadas las funciones que en un Estado democrático realiza la norma penal, valoradora, sancionadora y determinante de conductas, es

razonable afirmar el conocimiento por los ciudadanos de la antijuricidad de la norma sancionadora, pues forma parte de la cultura de España, país en el que vive el acusado (Cfr. STS de 4-3-2010, nº 174/2010).

Corresponde a quien lo alega, y su defensa, exponer las condiciones que hacen que en el sujeto concreto concurre el supuesto de exclusión de la responsabilidad penal, o su atenuación, por la concurrencia del error; y su razonabilidad deberá ser extraída de condicionamientos particulares que concurren en el sujeto, y bien entendido que, como ha declarado la Sala II, resulta inverosímil, y por lo tanto inadmisibile la invocación del error de prohibición cuando se trata de "infracciones de carácter natural o elemental, cuya ilicitud es notoriamente evidente y de comprensión y constancia generalizada" (Cfr. STS núm. 71/2004, de 2 de febrero, y las que cita).

No obstante, hay que tener en cuenta que ni siquiera en acciones bélicas pretendidamente defensivas o de respuesta a agresiones previas reales (mucho menos en las supuestas), cabe aplicar circunstancias, como la legítima defensa, cuando quien se convierte en beligerante, comete cualquiera de las acciones tipificadas como contrarias al Derecho de la Guerra, atacando del modo transcrito a quien merece la consideración de "persona protegida", en los términos del art. 608 de nuestro CP, y de acuerdo con el supuesto tipificado en el nº 1º del art. 611 del mismo texto legal, según el que tal previsión punitiva es *sin perjuicio* de la que corresponda por los *resultados producidos*, que en el caso de autos, no cabe duda que están constituidos por el delito de Homicidio previsto en los arts. 138 y ss CP.

Por otra parte, la estratégica bélica denominada "*de impacto y pavor*", consistente en actos como el bombardeo sobre personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, en cuanto que la responsabilidad penal es puramente personal, si bien no puede surgir del mero apoyo político o logístico de acciones bélicas, sí es penalmente imputable a quien tenga dominio sobre la dirección específica de las operaciones bélicas (Cfr. ATS de 21-1-2004, rec. 142/2003).

Consecuentemente, el motivo ha de ser estimado.

**NOVENO.-** Como segundo motivo se alega **quebrantamiento de forma**, al amparo del art. 851.1º, 2º y 3º LECr.

1. Se denuncia la ausencia de hechos probados y la utilización, en cambio, como si de aquéllos se tratara, de conceptos jurídicos predeterminantes del fallo. Igualmente, que el auto recurrido expresa que los hechos alegados no se han probado, pero sin hacer mención a los que resultaron probados. Y, finalmente, que no se han practicado las pruebas propuestas por la parte y aprobadas por el instructor, y que no se han resuelto todos los puntos objeto de impugnación por la defensa.

2. Los reproches de los recurrentes serían apropiados con respecto a una sentencia, que lógicamente debe redactarse conforme a las prescripciones de los arts. 142 y 742 de la LECr. y 248 de la LOPJ, pero, respondiendo los autos a una estructura distinta (ex art. 141 LECr. y 248 LOPJ), de acuerdo con ello excluye expresamente el art. 848 LECr. otro motivo de casación que no sea el de infracción de ley.

Consecuentemente, el motivo formulado por quebrantamiento de forma, ha de ser desestimado.

**DÉCIMO.-** Como tercer motivo se arguye **error en la apreciación de la prueba**, al amparo del art. 849.2 LECr.

1. Se aduce que el auto recurrido incurre en error, cuando ratifica la conclusión del sumario, a pesar de estar pendientes de ratificación a presencia judicial las declaraciones efectuadas a la prensa por la ex sargento del ejército de los EEUU, A.K. declaraciones incorporadas a las actuaciones, junto con el escrito de la parte de 19-5-08.

Igualmente, se denuncia no haber valorado correctamente el resultado de la prueba pericial practicada por el Coronel de Artillería Sr. M.M.

Y, finalmente, se critica la valoración efectuada de los testimonios obrantes en las actuaciones, de los periodistas presentes en el Hotel Palestina en el momento de los hechos, y del informe presentado por el General de la Guardia Civil Sr. J.C..

2. Como ya vimos con relación al motivo anterior, la estructura de la resolución recurrida, diferente de la propia de una sentencia, impide la existencia de un *factum*, de unos hechos probados a los que pueda atribuirse un error, evidenciable a través de unos documentos con eficacia literosuficiente a efectos casacionales. Y en el caso, ni siquiera los documentos que se cita -que son pruebas personales documentadas- reúnen los caracteres exigidos jurisprudencialmente para ser tenidos en cuenta como tales.

Consecuentemente, el motivo ha de ser desestimado.

**UNDÉCIMO.-** Como cuarto motivo se formula el que se apoya en el artículo 5.4 LOPJ, por violación del art. 24.1 CE, que ampara el derecho a la **tutela judicial efectiva**, y a un proceso con todas las garantías, en su vertiente del derecho a un proceso público, a la defensa, a la prueba, a la congruencia interna y a los recursos; y por violación de los arts. 9.3 y 120.3 CE por insuficiente motivación del auto recurrido.

1. Se razona que al impedirse -en contra del principio *pro actione*- continuar la instrucción, se ha imposibilitado allegar los elementos de juicio necesarios para posibilitar la posterior calificación jurídica de los hechos en la fase plenaria, y su resolución en tal fase de la pretensión deducida.

2. Dada su coincidencia esencial, habrá que estar a lo que dijimos con relación a los motivos primero y cuarto de los recurrentes anteriores.

Y por ello el motivo ha de ser estimado.

#### ***IV.- Recurso de la acusadora popular Asociación Libre de Abogados:***

**DÉCIMO SEGUNDO.-** El primer motivo se formula por **infracción de ley**, al amparo del art. 849.1 LECr., por infracción de precepto legal, al vulnerarse por falta de aplicación los arts. 23.4, 23.2, 23.5 LOPJ, en relación con los arts. 49, 50, 51 de la I Convención de Ginebra, arts. 87-1, 146 y 147 de la IV Convención; y arts. 11, 48, 49, 50, 51, 57, 79 y 85 del Protocolo Adicional I, en relación con los principios de precaución y proporcionalidad.

1. Entiende la recurrente que se vulneran las Convenciones y Protocolos internacionales y las normas jurídicas internas citadas, al resolver la Sección Tercera de la Audiencia Nacional más allá de lo solicitado por el Ministerio Fiscal, al establecer el sobreseimiento libre de oficio, y pronunciarse sobre materias, sobre las que no lo había hecho la Sección Segunda de la AN, al devolver las actuaciones y revocar el previo auto de procesamiento, estableciendo la ausencia de tipicidad o antijuricidad de los hechos.

2. Habremos de remitirnos a cuanto dijimos con referencia a los motivos segundo y tercero de los primeros recurrentes, siendo estimado el presente solamente en parte, de conformidad con lo allí expuesto.

**DECIMOTERCERO.-** El segundo motivo se articula, al amparo del artículo 5.4 LOPJ, por violación del art. 24.1 CE, y 6 CEDH que ampara el derecho a la **tutela judicial efectiva**, en su vertiente del derecho de defensa, con resultado de *indefensión material*.

1. Se sostiene que la resolución recurrida acuerda el sobreseimiento libre, aplicando la figura del *error*, como cuestión que surge por primera vez, y de oficio, no bastando su alegación, sino precisándose su probanza; y habida cuenta de que no cabe invocar el error cuando se utilizan vías de hecho desautorizadas por el ordenamiento jurídico y de todo el mundo conocidas, vulnerándose el principio de contradicción y el de *igualdad de armas*. Igualmente, se critica que el auto recurrido se refiera a la existencia de *condiciones técnicas de beligerancia*, como causa de exclusión de aplicación de las normas y acuerdos internacionales, cuando esa situación es la que determina la aplicación de tales normas.

2. Habrá que estar a cuanto dijimos en relación con el primer motivo de los primeros recurrentes, y primero motivo de los segundos recurrentes.

En consecuencia el motivo habrá de ser estimado.

**DECIMOCUARTO.-** El tercer motivo, se constituye por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECr., por infracción de precepto legal, y del derecho a la **tutela judicial efectiva**, al vulnerar por falta de aplicación los arts. 23.4, 23.2, 23.5 LOPJ, en relación con los arts. 49, 50, 51 de la I Convención de Ginebra, arts. 146

y 147 de la IV Convención; y arts. 11, 48, 49, 50, 51, 57, 79 y 85 del Protocolo Adicional I, al impedirse la continuación del procedimiento.

1. Se considera que la reconfiguración que efectúa el auto recurrido va en contra de los principios de *proporcionalidad* aplicados en la casuística internacional respecto de la población civil especialmente protegida.

2. Coincidiendo básicamente con el primero y el quinto de los primeros recurrentes, el motivo, por las razones con relación a ellos expuestas, ha de ser igualmente estimado.

**DECIMOQUINTO.-** Como cuarto motivo se alega infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECr., 5.4 LOPJ, por infracción de precepto legal, y del derecho a la **tutela judicial efectiva** del art. 24.1 CE, por vulneración de los requisitos de congruencia de la resolución judicial, vulneración del principio de *contradicción*, proceso con las debidas garantías, en relación con los arts. 637 y 326 y 385 LECr.

1. Se sostiene que se ha producido indefensión a la parte, al no haberse agotado los medios de investigación, y haberse dejado sin realizar las *diligencias de investigación* acordadas en su día: - comisión rogatoria a Irak, para efectuar reconstrucción de los hechos; - declaraciones de los representantes de las televisiones de Al Yazeera y Abbu Dabhi - la incorporación de la entrevista de la Sargento A.K. en el programa "Democracy Now", y su declaración como testigo.

2. Habremos de remitirnos a lo expuesto con relación al motivo tercero de los segundos recurrentes, y, en su consecuencia, el motivo ha de ser igualmente desestimado.

**V.- Recurso de la acusadora popular Asociación de Camarógrafos de Televisión y Vídeo:**

**DECIMOSEXTO.-** El primer motivo se articula al amparo del artículo 5.4 LOPJ, por violación del art. 24.1 CE, que protege el derecho a la tutela judicial **efectiva**, con interdicción de indefensión, por falta de práctica de diligencias de instrucción pendientes.

1. Se cita la ausencia de la toma de declaración del representante de las televisiones de Al Yazeera y Abbu Dabhi y de la comisión rogatoria con objeto de practicar un reconocimiento judicial *in situ*, y la declaración de la Sargento A.K. todo ello de gran utilidad para el esclarecimiento de los hechos.

2. Remitiéndonos a las razones expuestas en relación con los motivos primero y tercero de los primeros recurrentes, el motivo ha de ser estimado.

**DECIMOSÉPTIMO.-** Como segundo motivo se alega **error en la apreciación de la prueba**, al amparo del art. 849.2 LECr.

1. Se sostiene que no puede basarse el razonamiento de la Sala que ha dictado el auto recurrido en la existencia de un auto de otra Sección revocatorio del auto de procesamiento dictado por el juzgado instructor. Tal auto simplemente valoró la existencia o no de indicios que justificaran el procesamiento, pero no la necesidad de la práctica de nuevas pruebas.

2. Sin perjuicio de lo dicho también en los motivos anteriores, por su coincidencia, habremos de remitirnos a lo expuesto respecto del tercer motivo de los segundos recurrentes.

En consecuencia, el motivo ha de ser desestimado.

**DECIMOCTAVO.-** Como tercer motivo se aduce **infracción de ley**, al amparo del art. 849.1 LECr. en relación con el art. 141 del mismo cuerpo legal.

1. Se insiste en que se basa el auto recurrido en otra resolución que no trata los hechos que valora tal auto, como son las diligencias no practicadas. Se alega, por tanto, incongruencia procesal al decretarse el sobreseimiento, antes de la práctica de las diligencias de instrucción solicitadas.

2. La incongruencia es ajena al cauce casacional esgrimido. Por ello, el motivo ha de ser desestimado.

**DECIMONOVENO.-** Como cuarto motivo se plantea, al amparo del artículo 5.4 LOPJ, la violación del art. 24.1 CE, que ampara el derecho a la **tutela judicial efectiva**, con interdicción de indefensión, por falta de practica de diligencias de instrucción pendientes.

1. Se refiere la recurrente, además de las diligencias de instrucción acordadas, a otras que también son necesarias, como las declaraciones de los procesados, en cuya comisión rogatoria para su localización, ha de insistirse.

2. Debemos remitirnos igualmente a los motivos primero y tercero de los primeros recurrentes, y, conforme a lo allí dicho, el motivo ha de ser estimado.

**VIGÉSIMO.-** Como quinto motivo se alega **error en la apreciación de la prueba**, al amparo del art. 849.2 LECr.

1. Para los recurrentes, de las diligencias acordadas no puede deducirse la existencia de un error que destipifique los hechos.

2. Coincide el motivo con el tercero de los segundos recurrentes. Conforme a lo allí expresado el motivo ha de ser desestimado.

**VIGÉSIMO PRIMERO.-** Como sexto y último motivo, al amparo del artículo 5.4 LOPJ, se aduce violación del art. 24.1 CE, que ampara el derecho a la **tutela judicial efectiva**, con interdicción de indefensión, por falta de práctica de diligencias de instrucción pendientes.

1. Se insiste en la producción de indefensión por la confirmación del error en quienes efectuaron u ordenaron efectuar el disparo, sin haberse llegado a practicar las diligencias necesarias para la averiguación de los hechos.

2. Evitando repeticiones inútiles, debemos remitirnos a las razones expuestas con relación al motivo tercero de los primeros recurrentes, primero de los segundos y a los concordantes de los demás.

El motivo se desestima.

**VIGÉSIMO SEGUNDO.-** Estimándose en parte los recursos, procede declarar de oficio las **costas** correspondientes a los mismos, de conformidad con lo dispuesto en el art. 901 de la LECr.

### **III. FALLO**

Que **debemos declarar y declaramos haber lugar en parte** a los recursos de casación interpuestos por las representaciones procesales de D. J.C.P., D. D.C.P., D<sup>a</sup> B.C.C.P. y D<sup>a</sup> M.I.P.L.; D<sup>a</sup> M.D.J.S. que actúa en su nombre y en el de sus hijos menores J.C.J. y J.C.J. y de D<sup>a</sup> M.I.C.P.; ASOCIACIÓN LIBRE DE ABOGADOS y ASOCIACIÓN DE CAMARÓGRAFOS DE TELEVISIÓN Y VÍDEO, por quebrantamiento de forma, e infracción de ley y de precepto constitucional, contra el auto dictado con fecha 23-10-09.

Y en su virtud, **debemos dejar y dejamos sin efecto** el **auto** de fecha 23-10-09, dictado por la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Rollo de Sala 34/2007, correspondiente al Sumario 27/2007 del Juzgado de Instrucción Central nº 1), que confirmó el auto de **conclusión** del sumario y declaró el **sobreseimiento libre** de las actuaciones. En consecuencia, deberán proseguir las actuaciones, practicándose las diligencias de instrucción pendientes y las demás que resultaren procedentes para el esclarecimiento de los hechos investigados.

Se declaran de oficio las costas causadas en los presentes recursos. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

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

D. Joaquín Giménez García

D. Perfecto Andrés Ibáñez

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Manuel Marchena Gómez

D. Diego Ramos Gancedo

**PUBLICACION.-** Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Francisco Monverde Ferrer, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.