

# LA COMPETENCIA EXTRATERRITORIAL DE LA JURISDICCIÓN ESPAÑOLA PARA INVESTIGAR Y ENJUICIAR CRÍMENES DE GUERRA: EL CASO “COUSO”\*

**José Manuel Sánchez Patrón\*\***

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. LA CUESTIÓN DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA. III. LA CUESTIÓN DE LA COMPETENCIA JUDICIAL. VI. CONCLUSIONES.

## I. INTRODUCCIÓN

El 8 de abril de 2003, un tanque Abrams M1, perteneciente a la 3ª División de Infantería Acorazada de los Estados Unidos (en adelante EEUU), 2ª Brigada, Regimiento de Blindados 64, Compañía A, disparó un proyectil contra el Hotel Palestina. El inmueble hotelero se encontraba ubicado en una de las zonas residenciales de Bagdad (Irak), y albergaba a la mayor parte de la prensa internacional que cubría la guerra que se desarrollaba, en aquellos momentos, entre tropas irakíes, estadounidenses y británicas. A resultas del impacto armado, fallecen D. José Couso Permy, cámara de la cadena Tele 5 y Toras Protsyuk, periodista de la Agencia Reuters, además de herir a varias personas que se encontraban alojadas en el establecimiento hotelero atacado.

Tras el fallecimiento del periodista español, sus familiares presentaron una querrela criminal ante el Juzgado Central de Instrucción de la Audiencia Nacional con fecha 27 de mayo de 2003<sup>1</sup>. Desde entonces, el llamado caso “Couso” aún continúa instruyéndose en medio de la decidida voluntad opositora de nuestro Ministerio Fiscal y de la manifiesta falta de colaboración de las autoridades estadounidenses. La primera se

---

\* El presente trabajo de investigación ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación “Justicia Penal Universal”, financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia [SEJ2007-65135/JURI], y ha sido concluido en julio de 2007.

\*\* Profesor del Departamento de Derecho internacional “Adolfo Miaja de la Muela” de la Universitat de València. Doctor en Derecho.

© José Manuel Sánchez Patrón. Todos los derechos reservados.

<sup>1</sup> El texto de la querrela así como otra documentación relevante puede consultarse en la página web: <http://www.josecouso.info/>

ha traducido en la interposición de recursos judiciales, mientras que la segunda se ha reflejado en la falta de respuesta a los auxilios judiciales requeridos. En suma, unos y otros han acabado convirtiendo el presente caso en un ejemplo de agonía judicial...

Entremedias; normas aplicables discutibles, interpretaciones legales divergentes, hechos probados discordantes y calificaciones jurídicas diversas; esto es, toda una serie de cuestiones merecedoras de ser analizadas a la luz de los datos disponibles y de conformidad con la normativa internacional e interna de aplicación. Precisamente, el presente trabajo de investigación tiene por objeto examinar los aspectos más controvertidos que se suscitan acerca de este asunto y que hemos agrupado en torno a las dos cuestiones que, a nuestro modo de ver, resultan nucleares: la cuestión de la calificación jurídica de los hechos ocurridos, y la cuestión de la competencia judicial de nuestros órganos jurisdiccionales para la investigación y enjuiciamiento de los mismos.

## II. LA CUESTIÓN DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA

### 1. El Derecho aplicable

Los primeros instrumentos internacionales de Derecho internacional humanitario consideraban a los periodistas como una categoría de personas incierta que seguían a las fuerzas armadas sin llegar a formar parte de éstas<sup>2</sup>. Pese a esta incertidumbre, los periodistas disfrutaban del estatuto de persona civil, si bien es cierto que, en caso de captura, tenían derecho a recibir el trato debido a los prisioneros de guerra<sup>3</sup>. La consideración de prisioneros de guerra se produciría siempre y cuando fuesen portadores de una tarjeta identificativa expedida por las autoridades de su país respectivo y que los acreditara como tales periodistas. Con la adopción de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 (en adelante CG), este régimen se mantendría, aunque con la única diferencia de que se moderaría la exigencia de ser portadores de la autorización acreditativa correspondiente<sup>4</sup>. Aunque la exigencia anterior se suavizase, la protección de los periodistas en los conflictos armados seguía estando por concretar. Por este motivo, el Protocolo I de 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra (en adelante PI), corrige la indefinición anterior introduciendo un precepto específico relativo a los “periodistas”<sup>5</sup>. Este precepto acaba

---

<sup>2</sup> Ver: art. 13 del Reglamento Anexo a los Convenios de La Haya de 1899 y 1907 y art. 81 del Convenio de Ginebra de 27 de julio de 1929 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra.

<sup>3</sup> GASSER, H.P., “La protección de los periodistas en misión profesional peligrosa” en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, nº 55, enero-febrero de 1983, pp. 3-19.

<sup>4</sup> El artículo 4.A.4 del III CG: “(Las) (p)ersonas que sigan a las fuerzas armadas sin formar parte integrante de ellas, tales como miembros civiles de tripulaciones de aviones militares, corresponsales de guerra, proveedores, individuos de unidades de trabajo o servicios encargados del bienestar de las fuerzas armadas, a condición de que para ello hayan recibido permiso de las fuerzas armadas que acompañan, teniendo éstas la obligación de entregarles a tal efecto una tarjeta de identidad (...)”.

<sup>5</sup> El artículo 77 del Protocolo I: “1.Los periodistas que realicen misiones profesionales peligrosas en las zonas de conflicto armado serán considerados personas civiles (...).2. Serán protegidos como tales de

confirmando lo que ya podía deducirse de la regulación normativa anterior: que los periodistas son personas civiles y que como consecuencia de ello se les aplicaría el régimen previsto para esta categoría de personas. Esta nueva regulación continua contemplando que el periodista que desarrolle su labor acreditando su condición y formando parte de las fuerzas armadas, podrá disfrutar además de la condición de prisionero de guerra, caso de que sea capturado por las fuerzas enemigas<sup>6</sup>. Fuera de este supuesto, con acreditación o sin ella, formando parte o sin serlo de unidades militares, los periodistas son personas civiles y se encuentran sometidos a su estatuto jurídico. Esto quiere decir que los periodistas son titulares de los derechos y también destinatarios de las exigencias propias de esta figura jurídicamente protegida<sup>7</sup>.

Por lo que aquí nos interesa<sup>8</sup>, el periodista goza de los derechos derivados del estatuto de persona civil como es el del derecho a la vida, no pudiendo ser, por consiguiente, objeto de un ataque o atentado con el que pueda ponerse fin a la misma<sup>9</sup>. Sin embargo, este derecho a la vida puede llegar a limitarse, o incluso, desconocerse en función de como y donde el periodista desarrolla su labor. En efecto, la prohibición de acabar con la vida del periodista no constituye una infracción jurídica si éste comienza a participar en las hostilidades propias de un conflicto armado<sup>10</sup>. Tampoco constituye una infracción jurídica el que se acabe con la vida del periodista cuando éste es objeto de un ataque incidental que no sea excesivo en relación con la ventaja militar perseguida. Obviamente, como decimos, el periodista no puede ser objeto de ataque si el ejercicio de sus actividades permiten mantenerlo incluido en el estatuto de persona civil; pero, aun en este caso, si fuese, casualmente, objeto de un ataque dirigido contra un objetivo militar, la vida del periodista puede llegar a ser sacrificada a favor de la ventaja militar que se persigue con el ataque. Esto significa que la acción bélica referida no podría calificarse como una infracción jurídica, y como tal, como un crimen de guerra<sup>11</sup>.

#### Al respecto, el IV CG incrimina

---

conformidad con los Convenios y el presente Protocolo, a condición de que se abstenga 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 le reconoce el artículo 4.A.4 del III CG (ver: *supra*, nota: 4). 3. Podrán obtener una tarjeta de identidad (...). 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”.

<sup>6</sup> BALGUY-GALLOIS, A., Protección de los periodistas y de los medios de información en situaciones de conflicto armada, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, nº 853, marzo de 2004, pp. 37-68.

<sup>7</sup> AAVV., *Commentaire des Protocoles additionales de 8 juin de 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, (SANDOZ, Y., y otros, éd.), Genève, CICR, 1986, p. 947.

<sup>8</sup> Acerca del régimen jurídico aplicable a las situaciones de conflicto armado interno, ver: GASSER, H.P., “La protección de los periodistas en misión profesional peligrosa” en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, nº 55, enero-febrero de 1983, pp. 3-19

<sup>9</sup> Ver: arts 3 y 27 del IV CG. Asimismo, art. 51.2, 4 y 5 así como art. 57.2a iii) del Protocolo I.

<sup>10</sup> Art. 51.3 del Protocolo I.

<sup>11</sup> BALGUY-GALLOIS, A., Protección de los periodistas y de los medios de información en situaciones de conflicto armada, en *op.cit.*, pp. 67-68.

“(…) el homicidio adrede, (…)”<sup>12</sup>.

Y, por su parte, el PI, los siguientes actos cuando se comentan intencionadamente y causen la muerte o afecten a la integridad física/salud de las personas civiles; en particular:

“a) (h)acer objeto de ataque a la población civil o a personas civiles; b) Lanzar un ataque indiscriminado que afecte a la población civil (...) a sabiendas de que tal ataque causará muertos o heridos entre la población civil (...), que sean excesivos (...)”<sup>13</sup>.

Estos mismos crímenes - tipificados penalmente en el Estatuto de la Corte Penal Internacional de 17 de julio de 1998<sup>14</sup>, del que España es Parte<sup>15</sup> - han sido recogidos en nuestro Código Penal de tal manera que se castiga

“(…) sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados producidos, al que, con ocasión de un conflicto armado: 1. 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”<sup>16</sup>.

## 2. La aplicación del Derecho

### A) *Internacional*

A la vista de la normativa internacional e interna aplicable y de la consideración de los hechos del caso, ¿puede considerarse que el ataque dirigido por el Ejército estadounidense contra el periodista español es constitutivo de un crimen de guerra? Sin duda alguna, los órganos jurisdiccionales serán los que tengan la última palabra al respecto, pero si partimos de las informaciones disponibles y de la interpretación de las mismas a la luz del derecho concerniente, puede avanzarse que la muerte del camarógrafo español constituye un crimen de guerra. Y ello por una serie de razones.

En primer lugar, existe información suficiente para admitir que los hechos que tuvieron lugar sobre el territorio irakí, con posterioridad al 20 de marzo de 2003, son

---

<sup>12</sup> Art. 147 del IV CG.

<sup>13</sup> Art. 85.3 a) y b) en relación con los artículos 51.2 -4 - 7 y art. 57.2a iii) del Protocolo I. En relación con el artículo 85.3 del PI, ver: ROUCOUNAS, E., Les infractions graves au Droit humanitaire, en *Revue Hellenique de Droit international*, 1978, pp. 96-103 y AAVV., *Commentaire des Protocoles additionales de 8 juin de 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, op.cit., pp. 1013-1021.

<sup>14</sup> Ver: arts. 8.2a-i), 8.2b-i) y 8.2b-iv).

<sup>15</sup> España ratificó el Estatuto de la Corte Penal Internacional el 24 de octubre de 2000. A partir de entonces, el Código Penal ha introducido una serie de modificaciones a fin de adecuar su articulado a las competencias de la Corte Penal Internacional. Ver: Exposición de Motivos III k) de la Ley orgánica 15/2003 de 25 de noviembre por la que se modifica la Ley orgánica 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal

<sup>16</sup> Art. 611.1. Este artículo tiene su origen último en las prohibiciones establecidas en el art. 51.2 del PI.

constitutivos de un conflicto armado internacional si consideramos las partes enfrentadas. Aunque pueda parecer baladí esta primera constatación, no lo es tanto si tenemos en cuenta que la existencia de un conflicto armado va a condicionar que pueda tener lugar o no un crimen de guerra; y de su carácter internacional o interno, que la normativa internacional sobre la que se fundamenta dicho crimen sea diferente. Confirmar que el conflicto armado tiene carácter internacional nos permite identificar cuales son las normas aplicables y cuales son las consecuencias que se derivan de su trasgresión. Precisamente, el contenido y alcance de dicha normativa internacional, en relación con la labor desarrollada por los periodistas en este tipo de situaciones de violencia, ha sido expuesto sucintamente en el apartado anterior. Lo que ahora importa considerar es como dicha normativa internacional se aplica al caso del que nos ocupamos; esto es, el IV CG y, sobre todo, por su mayor incidencia, el PI.

Si partimos de la base de que el periodista español se encontraba desarrollando su labor profesional cuando fue objeto de un ataque por parte de militares estadounidenses - provocándole la muerte -, y sin necesidad de profundizar más en los elementos y las singularidades de dicho ataque letal, podemos afirmar que nos encontramos en el ámbito de aplicación de los dos instrumentos internacionales mencionados. Ahora bien, el hecho de que el ataque proviniese de un carro de combate estadounidense, nos obliga a plantearnos si el cumplimiento de las prohibiciones establecidas por aquellos dos tratados internacionales son exigibles al Ejército norteamericano. Pues bien, EEUU ratificó en su día el IV CG, pero no su PI<sup>17</sup>. Esto quiere decir que las disposiciones normativas establecidas por éste último instrumento internacional no le serían exigibles, razón por la cual las tropas estadounidenses no pueden conculcar una normativa que no le resulta obligatoria, dando lugar a la comisión de un crimen de guerra. Pero, el IV CG contempla idéntica infracción; ¿bastaría con que la potencia norteamericana tenga ratificado éste último instrumento internacional? Si examinamos el ámbito de aplicación del IV CG, comprobaremos que la protección reconocida en sus disposiciones está limitada, salvo excepciones, a las personas civiles que se encuentran bajo el poder de uno de los Estados Partes en el conflicto armado, y siempre que estas personas civiles no sean nacionales suyos o tengan cualquier otro tipo de vinculación<sup>18</sup>. Así se explica que no pueda considerarse crimen de guerra los actos cometidos contra personas civiles que no se encuentran en poder de quien comete el acto criminal o tenga algún tipo de vinculación – por supuesto que, nacionalidad incluida – con éste último<sup>19</sup>. Puede presumirse que el periodista español víctima del ataque estadounidense no tenía ningún tipo de relación con los EEUU, pero parece que también puede extenderse la presunción al hecho de que el lugar donde se encontraba

---

<sup>17</sup> EEUU ratificó los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 el 2 de agosto de 1955.

<sup>18</sup> Según el artículo 4.1 del IV CG: “(q)uedan protegidas por el Convenio las personas que en un momento cualquiera y de cualquier manera que sea se encontrasen, en caso de conflicto u ocupación, en poder de una Parte contendiente o de una Potencia ocupante de la cual no sean súbitas”.

<sup>19</sup> DAVID, E., *Principes de Droit des conflits armes*, 2ª edición, Bruylant, Bruxelles, 1999, pp. 598-600 y SANCHEZ PATRÓN, J.M., “La distinción entre crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad a la luz de la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales para la exYugoslavia y Ruanda”, en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 78, julio-diciembre, 2001, pp. 72-74.

situado – el Hotel Palestina – no estaba bajo el control de las tropas estadounidenses, ni tampoco bajo la ocupación de la potencia norteamericana. Precisamente, el hecho fatal se produce semanas después de que EEUU iniciase el conflicto armado internacional, momento en el que se estaba luchando por el control de Bagdad y aún no se había completado la ocupación del territorio irakí<sup>20</sup>. Por este motivo, puede afirmarse que las disposiciones del IV CG; en particular, las que prevé que la muerte de personas civiles puede constituir un crimen de guerra, no resultan aplicables en estas circunstancias<sup>21</sup>.

Por el contrario, el PI tiene un ámbito de aplicación más amplio. Ciertamente es que los ataques considerados en su articulado son los que se dirigen contra el enemigo; no, por regla general, contra los propios nacionales o personas vinculadas a la parte atacante. Sin embargo, este instrumento internacional no exige que la víctima se encuentre en poder o bajo el control del autor del ataque para que su acción pueda constituir un crimen de guerra. A la inversa, el PI requiere, respecto de las personas civiles que pueden ser objeto de un ataque, que éstos se encuentren “bajo el control de una Parte adversa”<sup>22</sup>. Así pues, ¿esto significa que el Hotel Palestina debía encontrarse bajo dominio irakí para que el instrumento internacional resulte aplicable? A los efectos perseguidos por el PI, bastaría con que la zona objeto del ataque no estuviese bajo el control de las tropas estadounidenses, como así puede deducirse de los hechos; pero, además, se da la circunstancia de que el periodista víctima del ataque no era norteamericano, razones ambas que justifican la aplicación de este tratado internacional.

A la vista de lo dicho, si las disposiciones de los dos instrumentos internacionales (IV CG y PI) no resultan exigibles en este caso por una razón o por otra, ¿la muerte del periodista español no podría considerarse un crimen de guerra? Ciertamente es que EEUU forma parte de tratados internacionales de los que puede colegirse la prohibición de atacar a personas civiles<sup>23</sup>, pero el carácter vetusto – datan de 1899 y 1907 – e impreciso de sus disposiciones, que, precisamente, el PI pretende actualizar y concretar, dificultan su aplicación a este tipo de supuestos. Por este motivo, resulta más adecuada la utilización del PI. Ahora bien, el hecho de que EEUU no haya ratificado este instrumento internacional no impide que la mayoría de sus disposiciones normativas se les pueda exigir, debido a la naturaleza consuetudinaria que les caracteriza; en particular, los preceptos que interesan<sup>24</sup>. Esto significa que la mayoría de

---

<sup>20</sup> Ver: AN. Auto de 19 de octubre de 2005. Fº.Jº. 1º.

<sup>21</sup> Art. 147.

<sup>22</sup> .Art. 49.2 del PI.

<sup>23</sup> Nos referimos especialmente al Convenio II de La Haya de 29 de julio de 1899 relativo a las leyes y usos de la guerra terrestre y su anejo: Reglamento sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre (en vigor desde el 4 de septiembre de 1900) y el Convenio IV de La Haya de 18 de octubre de 1907 relativo a las leyes y usos de la guerra terrestre y reglamento sobre las leyes y usos de la guerra terrestre (en vigor desde el 26 de enero de 1910). Estos textos pueden consultarse en: ORIHUELA CALATAYUD, E., *Derecho internacional humanitario. Tratados internacionales y otros textos*, McGraw-Hill, Madrid, 1998.

<sup>24</sup> La 26ª Conferencia Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja, celebrada en 1995, encargó al Comité internacional de la Cruz Roja la preparación, junto a expertos y consultores, de un estudio sobre

las prescripciones establecidas por este tratado internacional son obligatorias para los Estados con independencia de que lo hayan ratificado o no. Su naturaleza consuetudinaria las hace oponible a los Estados y, por tanto, su incumplimiento genera la responsabilidad internacional de estos últimos, aparte de la que se les pueda exigir a los órganos o agentes – en el caso de que nos ocupa: tropas militares que pertenecen al Ejército estadounidense - que actúan en el nombre o por cuenta de EEUU.

En segundo lugar, si partimos de la base de que la prohibición de atacar a civiles - incriminada por el PI- , resulta exigible a las fuerzas estadounidenses, resta conocer si la disposición jurídica en cuestión se aplica al caso presente en función de sus propias exigencias normativas así como de las circunstancias fácticas particulares que lo rodean.

Ya avanzamos que la regla objeto de examen no se aplicaría, en primer término, si el civil – en este supuesto, el periodista español – participa en las hostilidades, lo que no es el caso<sup>25</sup>. En segundo término, la prohibición de atacar civiles se encuentra limitada por el cumplimiento de necesidades militares, hasta el punto de que el ataque incidental a civiles podría estar justificado, siempre y cuando dicho ataque militar no fuese indiscriminado o excesivo en razón de la ventaja estratégica que pretende alcanzarse con la perpetración del mismo. En efecto, un ataque militar que acabe con la vida de civiles puede ser lícito siempre y cuando no sea indiscriminado y no resulte desproporcionado con respecto a la consecución de la ventaja militar buscada. Por ataques indiscriminados debe entenderse, básicamente, aquellos que no están dirigidos contra un objetivo militar concreto, o bien aquellos que emplean métodos o medios que no permitan dirigir dichos ataques o limitar sus efectos a tales objetivos militares específicos<sup>26</sup>. Por su parte, la proporcionalidad del ataque debe valorarse en función de la ventaja militar que pretende alcanzarse con el mismo, lo que exige una valoración de esta condición de proporcionalidad en cada uno de los casos que se examinen<sup>27</sup>.

No cabe duda que la actividad profesional del periodista español y el Hotel Palestina en el que estaba alojado no constituían un objetivo militar y que el ataque combatiente perpetrado contra el inmueble iraquí, así como sobre la víctima española no conceden una ventaja militar que explicase dicho ataque y que justificase sus

---

las reglas consuetudinarias de Derecho internacional aplicables tanto a los conflictos armados internacionales como internos. Este estudio fue ultimado y publicado en 2005. Ver: AAVV., *Customary international humanitarian law*, vol. I: Rules, Cambridge University Press, Cambridge, 2005. Según este estudio, “Las partes en un conflicto deben distinguir en todo momento entre civiles y combatientes. Los ataques sólo pueden dirigirse contra los combatientes. Los ataques no deben dirigirse contra los civiles” (Regla 1). *Ibid.*, pp. 3-8. Partiendo de esta premisa, y en relación con los informadores, “los periodistas civiles dedicados a su misión profesional en un conflicto armado deben ser respetados y protegidos siempre y cuando no formen parte de las hostilidades” (Regla 34). *Ibid.*, pp. 115-118.

<sup>25</sup> Según el estudio del Comité Internacional de la Cruz Roja sobre las reglas consuetudinarias de Derecho internacional aplicables tanto a los conflictos armados internacionales como internos, “Los civiles están protegidos de los ataques al menos que y durante ese momento tomen parte directa en las hostilidades”(Regla 6). *Ibid.*, pp. 19-24.

<sup>26</sup> Art. 51.4 del PI. El art. 50.5 del PI ejemplifica que debe entenderse por ataques indiscriminados.

<sup>27</sup> Art. 57.2a)iii.

consecuencias. Por consiguiente, el resultado causado – esto, es la muerte del camarógrafo español –, constituiría, en principio, un crimen de guerra...<sup>28</sup>.

### **B) Interno**

Tal y como hemos adelantado, las exigencias normativas establecidas por los instrumentos internacionales – CG y PI – tienen su traducción en el articulado respectivo de nuestro Código Penal. Los órganos judiciales internos acuden a esta normativa interna sabedores de que ésta última debe interpretarse a la luz de la internacional de la que trae causa. Por este motivo, los preceptos penales aplicables al caso son reflejo de los exigibles según la normativa internacional. Así, el artículo 611.1 del Código Penal castiga el ataque perpetrado contra civiles, teniendo en cuenta que la concreción de quienes son civiles – como señala el artículo 608.3 del Código Penal – se deja en manos de los instrumentos internacionales en la materia: IV CG y PI.

Aunque el IV CG no resulte aplicable en un sentido estricto y su PI tampoco puede ser exigido a las tropas estadounidenses en un sentido formal, el hecho es que el Juez instructor se refiere indistintamente a ambos tratados internacionales en relación con el precepto interno que invoca a la luz de los hechos: el 611.1 del Código Penal. En realidad, éste último artículo está estrechamente ligado a las infracciones previstas en el PI, mientras que las contempladas en el IV CG – por ejemplo, el artículo 609 del texto español – no las toma en consideración a los efectos de este asunto. Por esta razón, creemos que la opción del Juez instructor es acertada – no tanto la referencia indistinta que hace a los CG y a su PI –, al tiempo que la ausencia de ratificación estadounidense del PI no debe suponerle un obstáculo jurídico mayor que el de tener que justificar su existencia consuetudinaria, y su aplicación vía artículo 611.1 del Código Penal.

Como decimos, el Juez instructor considera que resultan aplicables al caso los artículos 611.1 y 608 del Código Penal, calificando provisionalmente los hechos en cuestión como un crimen de guerra. Sin embargo, la legislación española introduce una especialidad respecto de la infracción tipificada en el PI. El tratado internacional exige que el ataque perpetrado cause la muerte o afecte a la integridad/salud de los civiles. Por el contrario, la legislación española no requiere este resultado, sino que se conforma con considerar como delictivo el ataque lanzado en determinadas condiciones. Si además, produce un resultado punible – muerte o lesiones – se añadirán las consecuencias penales exigibles en estos casos. Así se explica que el Juez instructor considere que además de aplicarse el artículo 611.1, también resulta de aplicación el 139.1 del Código Penal que castiga el delito de asesinato, en razón de la muerte del periodista español.

---

<sup>28</sup> Partiendo del estudio del Comité Internacional de la Cruz Roja sobre las reglas consuetudinarias de Derecho internacional aplicables tanto a los conflictos armados internacionales como internos, las exigencias de que los ataques lanzados no sean indiscriminados ni excesivos tienen carácter consuetudinario. Según dicho estudio “Los ataques indiscriminados están prohibidos” (Regla 11). También ver: Reglas 12 y 13. Asimismo, “Lanzar un ataque que podría causar pérdidas incidentales de vidas civiles, lesiones a civiles, daños a bienes civiles o una combinación de ellos, que fueran excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa perseguida, está prohibido” (Regla 14). También ver: Reglas 15 a 24. *Ibid.*, pp. 37-76.

El artículo 611.1 del Código Penal castiga dos tipos de conductas: a) realizar ataques indiscriminados o excesivos contra la población civil; y b) hacer objeto a la población civil de ataques, represalias o actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizarla<sup>29</sup>. Cualquiera de ellas es autónoma y constituye un crimen de guerra por sí solas, sin que ambas tengan que concurrir en un caso concreto<sup>30</sup>.

En relación con este primer comportamiento incriminado, el Juez instructor se limita a constatar que junto al carácter civil de la víctima – tal y como exige el artículo 608.3 del Código Penal – el emplazamiento en el que se ubicaba también tenía este carácter. El Hotel Palestina en el que se alojaba la prensa internacional, era un edificio civil ubicado en una de las zonas residenciales de Bagdad donde habitaba población civil. Por tanto el objetivo al que se dirige el ataque norteamericano era civil. Ello permite pensar al Juez instructor que se ha cometido el ilícito penal del artículo 611.1<sup>31</sup>.

No obstante, la Sala de la Audiencia Nacional sostiene que, intervenidas las comunicaciones iraquíes, se alertó al Ejército estadounidense de que existía una unidad iraquí que disparaba contra las unidades norteamericanas desde el Hotel Palestina. Esto quiere decir que existía un ataque previo al que las tropas estadounidenses respondieron con el lanzamiento de un proyectil que acabó con la vida de dos camarógrafos; entre ellos, el periodista español. Por tal motivo, la Audiencia Nacional sostiene que:

“(…) no se trata de un acto intencional doloso de causar la muerte de dos personas civiles protegidas, sino de un acto de guerra realizado contra un enemigo aparente, erróneamente identificado, y no concurre en los hechos el requisito de intencionalidad dolosa o “adrede” en las muertes de las personas civiles, o como es de requerir respecto de la figura del asesinato (...), el dolo directo de matar a personas civiles, que lo hace incompatible con la imprudencia”<sup>32</sup>.

Además, esta misma Sala de lo Penal añade que la respuesta estadounidense no fue ni indiscriminada ni excesiva tal y como requiere el PI al que se remite el artículo 611.1 de nuestro Código Penal. Para el Tribunal

“El disparo del tanque norteamericano se dirigió específicamente contra una unidad erróneamente identificada como combatiente, y consecuentemente fue dirigido únicamente contra un objetivo militar, en el ámbito de las intenciones. En este plano no fue indiscriminado, al estar dirigido contra ese objetivo militar concreto. Y no fue excesivo en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista, sino proporcional y limitado al punto que ponía en riesgo a unidades norteamericanas”<sup>33</sup>.

---

<sup>29</sup> Ver: *supra*, notas 13 y 16.

<sup>30</sup> PIGNATELLI MECA, F., *La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español. Consideraciones sobre el Capítulo III del Título XXIV del Libro II del Código Penal*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2003, pp. 355-369.

<sup>31</sup> AN. Auto de 19 de octubre de 2005.

<sup>32</sup> AN. Auto de 8 de marzo de 2006. Fº.Jº.6º.

<sup>33</sup> *Ibid.*

Por tanto, la Audiencia Nacional considera que no hubo intencionalidad de atacar a la población civil, sino de responder a un ataque previo del enemigo y que, en cualquier caso, dicho ataque no fue indiscriminado ni excesivo, razón por la cual los hechos examinados aquí no revestirían a tenor de estas circunstancias un crimen de guerra.

Sin embargo nuestro Tribunal Supremo considera que las conclusiones a las que ha llegado la Audiencia Nacional no están suficientemente motivadas ni son el producto de un juicio crítico de los elementos probatorios existentes en la causa, razón por la cual

“(d)e lo expuesto se desprende claramente la vulneración del derecho de los recurrentes a la tutela judicial efectiva y un proceso con todas las garantías, causante de la indefensión para las partes que sostienen la acusación contra los responsables del disparo causante de la muerte del periodista español, (...)”<sup>34</sup>.

Con este pronunciamiento, el Tribunal Supremo revoca formalmente el archivo las diligencias practicadas al tiempo que, sustantivamente, cuestiona el razonamiento jurídico realizado por la Audiencia Nacional a partir de las pruebas disponibles. No obstante, el Ministerio Fiscal sigue insistiendo en la interpretación efectuada por la Audiencia Nacional en el sentido expuesto en los párrafos precedentes<sup>35</sup>. A la vista de ello, ¿la muerte del periodista español constituye un crimen de guerra?

Para el Juez instructor, partiendo de los indicios existentes,

“(...) no puede apreciarse ni autodefensa ni respuesta proporcionada, al no existir ataque previo ni riesgo conocido contra las tropas norteamericanas, ni la posible “imprudencia” alegada por el Ministerio Fiscal, máxime si desde que se dice que se vio al “ojeador” hasta que se dispara transcurre un dilatado tiempo para analizar la situación”.

Además, no cabe sostener que los ataques fueran concretos y proporcionados, sino todo lo contrario. A juicio del Juez encargado de la instrucción,

“(...) el lanzamiento de un proyectil de carro de combate de 120 mm - de efecto lógicamente devastador – es de todo punto “exagerado” para “neutralizar” a un “ojeador”, siendo previsibles los “daños colaterales” (dolo eventual) que se habrían de producir: la muerte y/o lesiones de los alojados”

Aparte de que

“(los periodistas fallecidos), se encontraban, a diferencia de lo que señalaba el Ministerio Fiscal, en distinta planta, lo que confirma lo indiscriminado del ataque, no contra un objetivo concreto (...)”<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup> TS. Sentencia de 11 de diciembre de 2006. Fº.Jº. 10º.

<sup>35</sup> Alegación 2ª del recurso de reforma y subsidiaria apelación presentado por el Ministerio Fiscal. El texto de este recurso así como otra documentación relevante puede consultarse en la página web: <http://www.josecouso.info/>

<sup>36</sup> .- Auto de 24 de mayo de 2007, Fº.Jº. 3º.

En conclusión, pese a la falta de una sentencia definitiva sobre el asunto que determine si existe realmente un crimen de guerra, la posición del Juez instructor es la de considerar, provisionalmente, la existencia de tal crimen. Las condiciones establecidas por la normativa internacional e interna para la determinación del crimen de guerra parecen cumplirse, en este caso, a la luz de las pruebas existentes. En primer término, existe un ataque intencionado – conocido y querido – sobre un objetivo que no reviste carácter militar, sino civil, en el contexto de un conflicto armado internacional. Este objetivo se concreta en la existencia de un edificio civil (Hotel Palestina) albergado por personas civiles (periodistas internacionales), teniendo en cuenta que su carácter civil no queda desvirtuado por el hecho de que no se ha probado la existencia de ataques procedentes de dicho edificio que hubieran sido realizados por sus ocupantes, y que, en dicho caso, hubiese permitido sospechar la existencia de un objetivo militar. En segundo lugar, la decisión de atacar, sin que quedase suficientemente probada la existencia de un objetivo militar, apunta ser indiscriminada, al tiempo que los medios empleados – disparo de un misil de las características referidas – resultan excesivos; no sólo por la falta de precaución a la hora de efectuar un ataque contra un objetivo no suficientemente identificado, sino por la desproporción de la ventaja militar que se hubiera alcanzado en el hipotético supuesto de haber sido realmente un objetivo militar<sup>37</sup>.

Por otra parte, el Juez instructor señala que existen elementos – aunque, a nuestro parecer más débiles – que podrían justificar la aplicación de la segunda de las conductas tipificadas en el artículo 611.1 del Código Penal; esta es: hacer objeto a la población civil de ataques, represalias o actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizarla, lo que también constituye un crimen de guerra. Según su parecer,

“(…) de forma indiciaria ha de concluirse que los imputados sabían y conocían que el Hotel Palestina (como la zona en que se encontraba) estaba ocupada por población civil, sin que conste acreditada la existencia de amenaza alguna (francotirador o disparo) contra los mismos o las tropas norteamericanas, por lo que el disparo efectuado desde el carro de combate que ocasionó la muerte del Sr. Couso se constituiría como ataque, represalia o acto de amenazas de violencia con la finalidad de aterrorizar a los periodistas, máxime si como se señala el mismo día se dirigieron ataques a las cadenas televisivas Al Yazira y Abu Dhabi”<sup>38</sup>.

Precisamente, el Ministerio Fiscal considera las apreciaciones anteriores desmedidas debido a que no se puede acreditar que el ataque producido se realizara con la finalidad señalada aparte de que el hecho de que se produjera en el mismo día sólo resulta coincidente. Pese a ello, el Juez instructor insiste en que

“(…) puede llegarse a la “fundada sospecha, producto de un raciocinio lógico, serio y desproporcionado” de que el ataque pretendiera “atemorizar” a los periodistas alojados en el

---

<sup>37</sup> También, ver: PEREZ CEPEDA, A.I., Crímenes de guerra. Especial referencia al caso “Couso” en *Revista Penal*, nº 15, 2005, pp. 105-136, especialmente, pp. 133-136.

<sup>38</sup> Auto de 27 de abril de 2007, Fº.Jº 2º.

hotel, máxime si, como se señaló, el mismo día se atacaron otras sedes de medios de comunicación. Consta, por tanto, el elemento finalístico de la acción que el tipo penal exige: se dispara un proyectil contra el hotel donde se alojan la mayor parte de los medios de comunicación que cubren la información sobre el conflicto armado, con la intención de que los mismos – atemorizados – no puedan cubrir la misma”<sup>39</sup>.

### III. LA CUESTIÓN DE LA COMPETENCIA JUDICIAL

#### 1. El Derecho aplicable

Con independencia de que se considere probada la existencia de un crimen de guerra, el segundo de los problemas jurídicos que plantea el presente caso, es el de la competencia de los órganos jurisdiccionales españoles para el conocimiento del mismo. España, ¿puede conocer de un posible crimen de guerra cometido fuera de su territorio? ¿Tiene que existir alguna justificación que legitime la extensión de la jurisdicción española para el conocimiento de la comisión de dicho crimen de guerra?

Tal y como hemos examinado en la primera parte de este estudio jurídico, los crímenes de guerra que podrían haberse cometido en el caso que nos ocupa, están tipificados en el PI; instrumento internacional del que EEUU no es Estado Parte, pero que queda obligado por su contenido debido al carácter consuetudinario de sus disposiciones jurídicas. Pues bien, ¿qué establece este tratado internacional acerca de la determinación de la jurisdicción competente para conocer de los crímenes de guerra que tipifica? En realidad el PI es un instrumento convencional que completa a los CG, lo que explica que sólo se dedique a completar las disposiciones normativas de éstos últimos<sup>40</sup>. Por este motivo, la concreción de la competencia de las jurisdicciones nacionales para conocer de la comisión de un crimen de guerra tipificado en su articulado, está recogida en los CG. El PI sólo se limita a añadir algunas disposiciones relativas a la cooperación internacional en general, y en particular, a la asistencia judicial en materia penal<sup>41</sup>. Precisamente, el PI establece que:

“(l)as disposiciones de los Convenios relativas a la represión de las infracciones y de las infracciones graves, (...), son aplicables a la represión de las infracciones e infracciones graves del presente Protocolo”<sup>42</sup>.

Esto quiere decir que en lo no dispuesto por el PI acerca de los crímenes de guerra – como ocurre con la concreción de la jurisdicción nacional competente -, resulta de aplicación las previsiones de los CG. Y al respecto, los CG disponen que:

“(c)ada una de las Partes contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de dichas infracciones graves, debiendo

<sup>39</sup> Auto de 24 de mayo de 2007, Fº.Jº. 3º.

<sup>40</sup> Art.1.3. PI.

<sup>41</sup> Arts. 88 y 89 del PI. También, ver: *infra* nota 67.

<sup>42</sup> Art. 85.1.

hacerlas comparecer ante los propios tribunales de ella, fuera cual fuere su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiriese, y según las condiciones previstas en su propia legislación, entregarlas para enjuiciamiento a otra Parte contratante interesada en el proceso, en la medida que esta otra Parte contratante haya formulado contra ella suficientes cargos”<sup>43</sup>.

Por tanto, cada Estado Parte se compromete a perseguir y enjuiciar a quienes hayan cometido crímenes de guerra, sea cual sea “su nacionalidad”, posibilidades de las que puede deducirse el reconocimiento del principio de justicia universal a falta de una mención más explícita sobre el particular<sup>44</sup>. Esta deducción ha sido luego confirmada en la práctica estatal, otorgándole carácter consuetudinario<sup>45</sup>. Así el principio de justicia universal resulta aplicable – como criterio para la determinación de la jurisdicción nacional competente – con vistas al conocimiento de los crímenes de guerra del PI.

Nuestra legislación nacional contempla el principio de justicia universal en el artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985, modificada por la Ley Orgánica 11/1999 de 30 de abril y 3/2005 de 8 de julio (en adelante LOPJ), y en el que se establece que la jurisdicción española será competente:

“(…) para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos: a) genocidio b) terrorismo c) piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves d) falsificación de moneda extranjera e) los relativos a la prostitución y los de corrupción de menores o incapaces f) tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes g) los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentre en España h) cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España”<sup>46</sup>.

El precepto citado enumera los crímenes internacionales que son susceptibles del ejercicio universal de nuestra jurisdicción a los efectos de su persecución y

---

<sup>43</sup> Arts. 49.2 ICG, 50.2 IICG, 129.2 IIICG y 146.2 del IV CG.

<sup>44</sup> BOLLO AROCENA, M. D., *Derecho internacional penal: estudios de los crímenes internacionales y de las técnicas para su represión*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 2004, p. 381. También, ver: STERN, B., *La compétence universelle en France: Le cas des crimes commis en exYugoslavie et au Rwanda*, en *German Yearbook of International Law*, vol 40, 1997, pp. 285 y ss.

<sup>45</sup> Para el Comité Internacional de la Cruz Roja y en relación con las reglas consuetudinarias de Derecho internacional aplicables tanto a los conflictos armados internacionales como internos, “Los Estados tienen el derecho a ejercer la jurisdicción universal sobre los crímenes de guerra ante sus órganos judiciales” (Regla 157). Según su estudio “(l)a práctica estatal establece esta regla como norma de Derecho internacional consuetudinario con respecto a los crímenes de guerra cometidos en conflictos armados internacionales e internos. El principio de justicia universal es complementario de otros principios sobre el alcance la jurisdicción penal: principio de territorialidad (...), principio de personalidad activa (...), principio de personalidad pasiva (...) y principio de protección”. *Ibid.*, p. 604.

<sup>46</sup> El apartado e) ha sido modificado por la Ley Orgánica 11/1999 de 30 de abril en virtud de la aplicación de la Acción común de la Unión Europea de 29 de noviembre de 1996. Por su parte, la Ley Orgánica 3/2005 ha introducido el apartado g). Ver BOE, nº 163, sábado 9 de julio de 2005, p. 24457. No obstante, el Gobierno español ha presentado recientemente una nueva modificación para introducir la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas. Ver: Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie A de 22 de junio de 2007. Asimismo, puede consultarse el informe realizado por el CGPJ en relación con esta iniciativa de 27 de junio de 2007.

enjuiciamiento<sup>47</sup>. Sin embargo, el lector podrá comprobar que en la relación de infracciones penales referida no se encuentra los crímenes de guerra. Esta omisión, ¿presupone que España no podrá ejercer su jurisdicción universal para el conocimiento de este tipo de crímenes internacionales? La letra h) del artículo 23.4 de la LOPJ prevé una “cláusula de cierre” en virtud de la cual también podrán ser perseguidos y enjuiciados en España las infracciones penales que, pese a no estar mencionados expresamente en los apartados anteriores, estén recogidos en “tratados o convenios internacional” de los que nuestro país sea Parte<sup>48</sup>. Como hemos visto, España lo es de los CG y de su PI, instrumentos internacionales que tipifican crímenes de guerra y que contemplan para su conocimiento el ejercicio del principio de justicia universal<sup>49</sup>. Esto significa que los órganos judiciales españoles se encuentran facultados para perseguir y enjuiciar los crímenes de guerra previstos en los CG y su PI con arreglo al Derecho internacional e interno. Y hacerlo además, en defecto de criterios tales como el de territorialidad o personalidad, sobre la base del principio de justicia universal<sup>50</sup>.

## 2. La aplicación del Derecho

### A) *Interno*

Pese a que no resulta difícil inducir del artículo 23.4 de la LOPJ la extensión universal de la jurisdicción española en relación con una serie de crímenes internacionales, lo cierto es que la interpretación y aplicación de esta disposición normativa por parte de los órganos jurisdiccionales españoles no ha sido pacífica. Para estos últimos la competencia extraterritorial de nuestra jurisdicción, tal y como resulta del artículo 23.4 de la LOPJ podría llegar a ser excesiva, por lo que resultaba conveniente introducir exigencias razonables que limitasen su alcance; sobre todo porque, si no se introducían dichas limitaciones, nuestros órganos jurisdiccionales se verían en la tesitura de conocer hechos cometidos por cualquier autor, sobre cualquier víctima y en cualquier parte del mundo. Para evitar este resultado indeseable parecía más lógico buscar en los hechos concretos algún *punto de conexión* que justificase la extraterritorialidad de la jurisdicción española. Esta tesis fue mantenida, sobre todo, por

---

<sup>47</sup> Acerca del principio de justicia universal y la jurisdicción española, pueden consultarse nuestros trabajos: SANCHEZ PATRÓN, J.M., “La aplicación del principio de justicia universal por los órganos jurisdiccionales españoles”, en *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, nº 17, enero de 2006, pp. 81-101, y “La competencia extraterritorial española: El principio de justicia universal”, en *Tribunales Penales y Crímenes Internacionales*, Tirant lo Blach, Valencia (en prensa).

<sup>48</sup> BUENO ARÚS, F., ZARAGOZA, J.M., *Manual de Derecho internacional penal*, Madrid, Universidad Pontificia de Comillas, 2003, pp. 145 y 146.

<sup>49</sup> España ratificó los CG el 4 de agosto de 1952 y el PI el 21 de abril de 1989.

<sup>50</sup> En relación con crímenes de guerra y principio de justicia universal, ver: FERNANDEZ FLORES, J.L., “La represión des infractions individuelles au droit de la guerre”, en *Revue Internationale de la Croix Rouge*, nº 789, mayo-junio 1991, pp. 302 y 303, y DIENG, A., «La mise en ouvre du droit international humanitaire: Les infractions et les sanctions”, en *Law in humanitarian crises. Le droit face aux crises humanitaires*, vol.I, Bruylant, Bruxelles, 1995, pp. 341-346.

nuestro Tribunal Supremo que sostenía la conveniencia de que, al menos, la víctima fuese española para que nuestros Juzgados y Tribunales pudieran conocer de un asunto.

No obstante, el Tribunal Constitucional español ha corregido esta pretensión restrictiva en su sentencia de 26 de septiembre de 2005. El Alto Tribunal ha recordado, en los fundamentos jurídicos de dicha resolución, que el artículo 23.4 de la LOPJ no prevé las restricciones que nuestros órganos judiciales han estado exigiendo en la práctica<sup>51</sup>. Para el máximo intérprete de nuestro texto constitucional, la única limitación que ha de considerarse en la práctica viene establecida en el párrafo siguiente; esto es en el artículo 23.5 de la LOPJ. Según este apartado, que a su vez, se remite a uno previo, el principio de justicia universal resulta aplicable siempre y cuando

“(...) el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o en este último caso, no haya cumplido la condena. Si sólo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda<sup>52</sup>.”

Este extremo ha sido confirmado por nuestro Tribunal Constitucional – convirtiéndose en el argumento nuclear que le ha permitido afirmar el carácter absoluto del principio en cuestión - al señalar que el artículo 23.4 de la LOPJ

“(...) otorga, (...), un alcance muy amplio al principio de justicia universal, puesto que la única limitación expresa que introduce respecto de ella es la de cosa juzgada; esto es, que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero (...). (Ello) obliga (...) (a) concluir que la LOPJ instaura un principio de jurisdicción universal absoluto<sup>53</sup>.”

Sin embargo, y pese a la contundencia de la posición del Tribunal Constitucional español en relación con el modo en el que debe interpretarse y aplicarse el artículo 23.4 de la LOPJ, los órganos jurisdiccionales españoles, fundamentalmente, el Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional han seguido matizando, cuando no contestando el alcance del principio de justicia universal<sup>54</sup>. Precisamente, el caso del que aquí nos ocupamos ha servido de escenario para volver a poner de manifiesto la inquietud y el desacuerdo que comparten, como decimos, la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo.

Tras acordarse por parte del Juez instructor la búsqueda, captura y detención de los militares estadounidenses, presuntos responsables de la muerte del periodista

---

<sup>51</sup> Esta sentencia fue adoptada a raíz del recurso interpuesto contra la decisión adoptada a su vez por el Tribunal Supremo en el “caso Guatemala”. A este recurso se sumó igualmente el propio Fiscal General del Estado español. Ver: Diario El País de 1 de junio, 5 de junio y 21 de noviembre de 2004, pp. 9, 19 y 26, respectivamente

<sup>52</sup> Art- 23.2 c).

<sup>53</sup> TC. Sentencia nº 237 de 25 de septiembre de 2005, Fº.Jº 3º.

<sup>54</sup> Por ejemplo, ver: AN. Auto de 10 de enero de 2006. Fº. Jº 10º; TS. Sentencia nº 645/2006 de 20 de junio de 2006. Fº.Jº. 3º. También, sobre el particular, SANCHEZ PATRÓN, J.M., La competencia extraterritorial española: El principio de justicia universal, en *Tribunales Penales y Crímenes Internacionales*, (BOU FRANCH, V., coord.). Tirant lo Blanch, Valencia, (en prensa).

español<sup>55</sup>, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional reconoce la aplicación a este asunto del criterio competencial recogido en los CG<sup>56</sup>, el cual, incluso, llega a reproducir<sup>57</sup>. Con ello, el órgano colegiado manifiesta implícitamente la competencia de la jurisdicción española con respecto de los crímenes de guerra; competencia que, paso seguido, cuestiona y niega. En efecto, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional aprecia que a la luz de los hechos del caso no ha existido crimen de guerra, sino un ataque contra un objeto “erróneamente identificado”. Esta circunstancia excluye que la acción militar examinada encierre el dolo necesario para considerarla un crimen de guerra. Por ello, no ha lugar perseguir y juzgar un crimen internacional inexistente. Esta argumentación – admisible o no – resulta suficiente para negar el ejercicio de la jurisdicción española sobre el asunto concreto - como así lo acaba acordando -, pero, además, el colegio de magistrados aprovecha la coyuntura para cuestionar el alcance del artículo 23.4 de la LOPJ, haciendo uso, incluso, de la mención al derecho comparado europeo; en concreto a las legislaciones alemana, francesa y belga.

Nuestro Tribunal Supremo también es presa de las referencias al derecho comparado además de iniciativas doctrinales existentes en relación con el alcance del principio de justicia universal. Con ello evidencia también sus reparados a la aplicación desmedida que de dicho principio ha de hacerse a partir de lo concluido por el Tribunal Constitucional español en su sentencia de 26 de septiembre de 2005<sup>58</sup>.

El Tribunal Supremo advierte que el artículo 23.4 de la LOPJ contempla la posibilidad de aplicar el principio de justicia universal a aquellos crímenes internacionales que deban ser perseguidos y enjuiciados por nuestro país en virtud de “tratados o convenios internacionales”. A continuación se refiere a los CG y a las disposiciones normativas específicas sobre el particular, recordando que nuestro Código Penal ha introducido las infracciones graves recogidas en los textos internacionales para erigirlas en delitos penales. Todo ello nos permite pensar que el Tribunal Supremo es sabedor de que los crímenes de guerra cometidos en vulneración de los CG y PI son susceptibles de ser conocidos por nuestros Juzgados y Tribunales en virtud del principio de justicia universal. Pese a esta circunstancia, aprovecha la ocasión para recordar que en el presente caso

“(…) existe un punto de conexión legitimante que justificaría también la extensión extraterritorial de la jurisdicción española, (...) habida cuenta de que una de las víctimas, (...) era un ciudadano español”<sup>59</sup>.

En realidad, este recordatorio esconde el desacuerdo de la jurisdicción ordinaria acerca de la concepción absoluta del principio de justicia universal tal y como ha sido

---

<sup>55</sup> AN. Auto de 19 de octubre de 2005.

<sup>56</sup> Ver: *supra*, nota 43.

<sup>57</sup> AN. Auto de 8 de marzo de 2006. Fº.Jº 6º.

<sup>58</sup> TS. Sentencia de 11 de diciembre de 2006. Fº.Jº. 8º.

<sup>59</sup> *Ibid.*

interpretado por nuestro Tribunal Constitucional. El hecho de que el Tribunal Supremo subraye la existencia de un punto de conexión – la muerte de un nacional español – constituye a su juicio la justificación necesaria para poder avalar el establecimiento de la competencia extraterritorial de nuestros órganos judiciales, dotando a su ejercicio, siempre según su parecer, no sólo de la legitimación, sino de la racionalidad necesaria.

Pero, lo determinante es que el Tribunal Supremo es también consciente de que la Audiencia Nacional se excedió. Y lo hizo al considerar prematuramente que no existía conducta dolosa en el disparo realizado por el Ejército estadounidense y que dio lugar al crimen de guerra. Al respecto, reconoce que en el examen de los elementos fácticos del caso

“(…) no hace ninguna valoración jurídica sobre los hechos denunciados más allá del necesario reconocimiento provisionalísimo de que los mismos podrían constituir los delitos que, por las razones expuestas, justifican la intervención de los órganos jurisdiccionales españoles competentes en la materia; pues corresponde a la fase de instrucción procesal allegar los elementos de juicio necesarios para posibilitar la ulterior calificación jurídica de los hechos”<sup>60</sup>.

Esto significa que no es necesaria la calificación jurídica definitiva de los hechos para determinar el establecimiento de nuestra jurisdicción, sino que basta con una provisional que permita el ejercicio de la misma a fin de conocer los hechos denunciados. Por este motivo, el Tribunal Supremo entiende que comprobar si realmente existió o no un crimen de guerra con carácter previo a la determinación de si existía competencia o no de nuestros órganos jurisdiccionales resulta excesivo; máxime si tenemos en cuenta que dicha comprobación sólo puede hacerse efectiva, con las garantías correspondientes, en la fase del juicio oral, y no en la meramente instructora como ha pretendido llevar a cabo la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

Por tales razones, el Tribunal Supremo acaba resolviendo que:

“(…) los Jueces y Tribunales españoles tienen jurisdicción para conocer de los hechos denunciados en este causa, (...)”<sup>61</sup>.

## ***B) Internacional***

Como hemos visto, la extensión de la competencia de la jurisdicción española para conocer de la muerte del camarógrafo español ocurrida en territorio irakí, se realiza en aplicación del principio de justicia universal y basándose en el Derecho internacional; en particular de los CG y de su PI. Además, ya hemos avanzado que los criterios de determinación de la competencia judicial para conocer de los crímenes cometidos en infracción del PI, se extrapolan de los CG a los que sirve de complemento. Ahora bien, ¿tiene algún tipo de consecuencias sobre las consideraciones anteriores el hecho de que EEUU no haya ratificado el PI? Según este mismo tratado internacional:

---

<sup>60</sup> *Ibid.* F.º J.º 12.º.

<sup>61</sup> *Ibid.* Fallo. Al respecto, también ver: TOMAS ORTIZ DE LA TORRE, J.A., El caso “Couso”: ¿Tienen jurisdicción los Tribunales de España?, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 4, 2004, pp. 1593-1598.

“(…) si una de las Partes (…) no está obligada por el presente Protocolo, las Partes en el presente Protocolo seguirán, no obstante, obligadas por él en sus relaciones recíprocas”<sup>62</sup>.

Esto quiere decir que, aunque EEUU no haya ratificado el PI, España, que sí es Estado Parte, se encuentra vinculada por sus disposiciones normativas; en concreto por la remisión que realiza el PI a los criterios de determinación de competencias expresados por los CG a los efectos de conocimiento de los crímenes de guerra.

Ahora bien, el problema se plantea – no ya en el ejercicio de la competencia extraterritorial por parte de nuestros Juzgados y Tribunales – sino, en primer lugar, en la obligación de EEUU de conocer de los crímenes de guerra cometidos por sus tropas militares, y en segundo lugar, en la obligación estadounidense de colaborar con los órganos judiciales de otro Estado que sí están conociendo de tales crímenes.

Con respecto a la primera cuestión, varios tratados internacionales, pero sobre todo, los CG establecen la obligación de los Estados de conocer de los crímenes de guerra que hubieran podido perpetrar sus Ejércitos<sup>63</sup>, hasta el punto de que ésta constituye una obligación que tiene carácter consuetudinario y que es oponible al conjunto de los Estados sean Partes o no en los tratados internacionales aludidos<sup>64</sup>. Al parecer EEUU ha dado respuesta a esta obligación internacional – al menos de manera inicial y formal –, si bien para acabar señalando que:

“(…) el Comando Central de Estados Unidos ya investigó los hechos y concluyó que un tanque de la compañía Alfa, del regimiento 4-64, hizo fuego contra un equipo de francotiradores y que fue una respuesta justificada y proporcionada, acorde con las reglas de la guerra”<sup>65</sup>.

El hecho de que las autoridades norteamericanas se hayan limitado a incoar un procedimiento administrativo y no judicial, permite que se pueda iniciar uno de ésta última naturaleza ante la jurisdicción española; como así ha sucedido. Y es en este punto en el que se plantea la segunda cuestión; ésta es: si EEUU se encuentra obligado a colaborar con la justicia española. El propio PI prevé una disposición normativa sobre el particular, relativa a “la asistencia mutua judicial en materia penal”. Según ésta

“(l)as Altas Partes contratantes se prestarán la mayor asistencia posible en lo que respecta a todo proceso penal relativo a las infracciones graves de los Convenios o del presente Protocolo”<sup>66</sup>.

---

<sup>62</sup> Art. 96.2.

<sup>63</sup> Arts. 49.2 ICG, 50.2 IICG, 129.2 IIICG y 146.2 del IV CG.

<sup>64</sup> Según el estudio elaborado por el Comité Internacional de la Cruz Roja en relación con las reglas consuetudinarias de Derecho internacional aplicables tanto a los conflictos armados internacionales como internos, “Los Estados deben investigar los crímenes de guerra cometidos por sus nacionales o fuerzas armadas, o en su territorio, y, en su caso, perseguir a los sospechosos. Además, deben investigar otros crímenes sobre los cuales tienen jurisdicción y, en su caso, perseguir a los sospechosos”(Regla 158).*Ibid.*, pp. 607-611.

<sup>65</sup> Diario El País de 15 de febrero de 2006, p. 22. También, este mismo periódico de 5 de febrero de 2007, p. 23.

Pero, como ya sabemos, EEUU no es Parte en el presente PI, sin que, insistimos una vez más, esto equivalga a que pueda dejar de cumplir con las obligaciones prescritas en este instrumento internacional, debido al carácter consuetudinario que reviste la misma, según han concluido los expertos en la materia<sup>67</sup>. En cualquier caso, los EEUU y España tienen suscrito con España un Tratado de Asistencia Jurídica Mutua en Materia Penal de 20 de noviembre de 1990<sup>68</sup>. Conforme a este convenio bilateral, los Estados Partes se comprometen a prestarse asistencia mutua en lo referente a “las investigaciones y procedimientos en materia criminal seguidos en cualquiera de ellos”<sup>69</sup>. Acogiéndose a lo dispuesto en este tratado internacional, el Juez instructor ha acordado dos comisiones rogatorias – una de 21 de abril de 2004 y otra de 6 de junio de 2005 – dirigidas a las autoridades norteamericanas por las que se solicita: la primera en el tiempo, que se informe sobre los hechos y las actuaciones realizadas; la segunda, que se tome declaración a los presuntos responsables de la muerte del periodista español<sup>70</sup>. Sin embargo, ninguna de las dos solicitudes de auxilio judicial ha sido ejecutada, sin que el rechazo obedezca a alguno de los motivos previstos en el propio texto del convenio internacional para que se pueda proceder a la no ejecución de lo solicitado<sup>71</sup>. A la vista de ello, y dada

“(…) la nula cooperación judicial prestada por las autoridades norteamericanas para el esclarecimiento de los hechos, a pesar del vínculo de cooperación mutua entre España y aquel país establecido por el Tratado de Asistencia Jurídica Mutua en Materia Penal (...) y de los repetidos recordatorios librados para la ejecución y cumplimiento de las solicitudes de auxilio enviadas al Fiscal General Norteamericano”<sup>72</sup>,

el Juez instructor ha decidido acordar

“(…) medida cautelar consistente en la busca, captura y detención a efectos extraterritoriales de los imputados”<sup>73</sup>.

---

<sup>66</sup> Art. 88.1.

<sup>67</sup> Asimismo, el Comité Internacional de la Cruz Roja, en relación con las reglas consuetudinarias de Derecho internacional aplicables tanto a los conflictos armados internacionales como internos, ha establecido que: “Los Estados deben hacer esfuerzos para cooperar, cuanto les sea posible, con otros a fin de facilitar la investigación de los crímenes de guerra y la persecución de los sospechosos” (Regla 161). *Ibid.*, pp. 618-621

<sup>68</sup> Este tratado internacional fue ratificado el 20 de noviembre de 1990 y entró en vigor el 30 de junio de 1993. Ver: BOE nº 144 de 17 de junio de 1993, pp. 18539-18543.

<sup>69</sup> Art. 1.

<sup>70</sup> AN. Auto de 19 de octubre de 2005. Hechos.

<sup>71</sup> El artículo 3 del convenio bilateral dispone que: “La Autoridad Central del Estado requerido podrá denegar la asistencia, si: a) La solicitud se refiere a un delito tipificado en la legislación militar y no en la legislación penal ordinaria; o b) la cumplimentación de la solicitud pudiera atentar contra la seguridad u otros intereses esenciales del Estado requerido”.

<sup>72</sup> AN. Auto de 19 de octubre de 2005. Fº.Jº 2º.

<sup>73</sup> *Ibid.*

Esta decisión ha vuelto a ser confirmada después de que el Tribunal Supremo español admitiese la competencia de la jurisdicción española para el conocimiento de los hechos, si bien el Juez instructor se ha tropezado con la necesidad de que se faciliten las filiaciones completas de los militares estadounidenses inculcados, a fin de proceder a su búsqueda y captura. Esta filiación ha sido solicitada a la Embajada estadounidense en nuestro país, pero la representación diplomática norteamericana no la ha proporcionado<sup>74</sup>. Finalmente, el Juez instructor ha decidido procesar a los tres militares estadounidenses, exigiéndoles, para que puedan hacer frente de las eventuales responsabilidades pecuniarias que puedan contraer, fianza de un millón de euros<sup>75</sup>.

A tenor de lo expuesto, EEUU parece que no ha cumplido con las dos obligaciones referidas, lo que, de ser así, constituye una violación jurídica que genera su responsabilidad internacional. En primer lugar, la obligación de conocer los crímenes de guerra que hubieran podido cometer su Ejército no puede satisfacerse con la conclusión de un expediente administrativo, sino que debe solventarse en sede judicial. Ciertamente que podría resultar tan evidente la inexistencia de la comisión de un crimen de guerra que fuese injustificado el inicio de actuaciones judiciales, pero el hecho de que otra jurisdicción nacional – nos referimos a la española – haya iniciado actuaciones en este ámbito, pone de manifiesto la necesidad de que la norteamericana actuara judicialmente. En segundo lugar, la obligación de colaborar con los Juzgados y Tribunales españoles resulta manifiestamente incumplida como lo demuestra el hecho de que el propio Juez instructor haya solicitado explicaciones y haya estudiado proponer la suspensión del Tratado de Asistencia Jurídica Mutua en Materia Penal de 20 de noviembre de 1990<sup>76</sup>.

Por todo ello, consideramos que EEUU ha incumplido con obligaciones a las que se encuentra vinculado consuetudinaria o convencionalmente, generando por ende la responsabilidad internacional correspondiente. Esta consecuencia es paralela de la que se le pueda exigir personalmente a los responsables de la comisión del crimen de guerra en discusión, así como de la que también se pueda derivar institucionalmente para el país norteamericano en razón de los actos criminales que hayan cometido sus tropas militares en tanto que órganos o agentes que actúan en su nombre<sup>77</sup>.

#### IV. CONCLUSIONES

Aunque la resolución última del caso dependerá de la valoración que la jurisdicción española realice de los elementos probatorios existentes en la fase de

---

<sup>74</sup> Diario El País de 5 de febrero de 2007, p. 23.

<sup>75</sup> AN. Autos de 27 de abril de 2007 y de 24 de mayo de 2007.

<sup>76</sup> Nota de Europa Press de 17 de febrero de 2006 y Diario El País de 5 de febrero de 2007, p. 23.

<sup>77</sup> Ver: Arts. 4 y ss. Proyecto de Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos en A/RES/56/83 de 28 de enero de 2002. Anexo.

enjuiciamiento; *prima facie*, puede concluirse que los hechos examinados constituyen un crimen de guerra sobre el que España puede ejercer su jurisdicción.

La jurisdicción española puede ejercerse sobre la base del principio de justicia universal tal y como aparece formulado en el artículo 23.4 de nuestra LOPJ. Pese a que los crímenes de guerra no están explicitados en este precepto legal, la remisión que hace en uno de sus apartados a los crímenes previstos en tratados o convenios internacionales en los que España es Parte, permiten incluirlos en su ámbito de aplicación. Además, el ejercicio de la jurisdicción española – según el Tribunal Supremo - fundamentándose en el principio de justicia universal, no requiere de certidumbre bastante sobre la existencia del crimen, sino que basta con la concurrencia de indicios que justifiquen su investigación. Esto quiere decir que la conveniencia de investigar la posible comisión de un crimen de guerra legitima la extensión de la jurisdicción española sobre la base del principio de justicia universal independientemente de su calificación final.

La concreción de si los hechos investigados constituyen un crimen de guerra depende de la coincidencia del conjunto de elementos normativos exigidos por los preceptos jurídicos aplicables. Al respecto, la normativa interna es fiel reflejo de la internacional a la luz de la cual debe interpretarse y aplicarse la primera. Teniendo en cuenta esta circunstancia, hemos observado que los hechos denunciados no se encuentran previstos en el IV CG, sino en su PI, con el inconveniente de que EEUU no es Parte en éste último instrumento internacional. No obstante, este obstáculo formal queda superado por el carácter consuetudinario de las disposiciones normativas del PI; naturaleza ésta que permite exigir el cumplimiento de sus exigencias jurídicas al Ejército de EEUU. A tal efecto, el PI prohíbe realizar ataques indiscriminados y excesivos contra civiles – estatus atribuido a los periodistas en el ejercicio de sus funciones en un conflicto armado internacional -, condiciones ambas en las que se centra la polémica y de cuya coincidencia depende la existencia de un crimen de guerra. Esta tesis es la sostenida por el Juez instructor a la luz de las investigaciones realizadas; investigaciones que se topan con la falta de colaboración judicial de los EEUU, lo que constituye un motivo adicional para plantear su responsabilidad internacional...