

EL ASUNTO *COUSO* EN LOS TRIBUNALES NACIONALES Y EN LAS RELACIONES INTERNACIONALES

Carlos R. FERNÁNDEZ LIESA

Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales
Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. CONFLICTOS ARMADOS Y MEDIOS DE COMUNICACIÓN: EL ASUNTO *COUSO*.—2.1. El régimen de la prensa y los periodistas en los conflictos armados.—2.2. Elementos básicos del asunto *Couso*.—2.3. El asunto *Couso* ante los Tribunales españoles.—2.3.1. La competencia de la jurisdicción española.—2.3.2. Las tesis en presencia en cuanto al fondo.—2.3.3. El derecho a la tutela judicial efectiva y la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2010.—2.4. El asunto *Couso* y las relaciones internacionales.—2.4.1. El art. 3 del Convenio Interpol.—2.4.2. Los papeles del Departamento de Estado.

1. INTRODUCCIÓN

El fallecimiento de José Manuel Couso Permuy durante la guerra de Irak, el día 8 de abril de 2003, está en el origen de un rosario de acontecimientos jurídico-políticos objeto de esta contribución. El 27 de mayo de 2003 un grupo de familiares de Couso presentaron una querrela ante el Juzgado Central de Instrucción de la Audiencia Nacional. La madre y los hermanos de Couso solicitaron que se incoase el pertinente sumario para el esclarecimiento de la muerte, la identificación de los responsables y su procesamiento.

Sobre la competencia de la Audiencia Nacional invocaban los arts. 23.4.g) y 65.1.e) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pues se habría producido un crimen de guerra, del que sería competente la jurisdicción española tanto según el Derecho español como en virtud de los convenios de Ginebra de 1949 y de los protocolos adicionales de junio de 1977, además de que la víctima era de nacionalidad española. En cuanto a los hechos, a las 11 horas de la maña-

na del 8 de abril un carro de combate estadounidense Abrams M1 disparó un proyectil contra el Hotel Palestina. José Couso falleció al ser alcanzado por el impacto, mientras estaba filmando desde la habitación 1403 del Hotel Palestina, falleciendo poco después en el Hospital Ibn Nafis de Bagdad. Asimismo falleció en el ataque Taras Protsyuk, de la Agencia Reuters (que estaba en la habitación 1503), y tres periodistas fueron heridos de gravedad. En el escrito se relataba una serie de hechos que permitían pensar en la posible existencia de un crimen de guerra.

Muy sucintamente, cabe señalar que el hecho de que en el Hotel Palestina desde hacía días estaba la mayor parte de la prensa internacional, que se había trasladado desde el Hotel Rashid, por indicaciones del Pentágono; que el Hotel es uno de los edificios más altos de la ciudad y se encuentra en una zona residencial; que la coalición angloamericana sabía que el Hotel tenía carácter civil y que se alojaban unos trescientos enviados especiales de la prensa internacional. Asimismo, las sedes de Al Yazira y de la televisión de Abu Dhabi habían sido atacadas por la tercera división, poco antes. Ambas sedes estaban claramente identificadas y habían transmitido sus coordenadas al Pentágono dos meses antes. Por lo demás, el Pentágono reconoció el ataque si bien lo justificaría sobre la base de que habría un francotirador en el tejado.

Este asunto plantea muchas cuestiones vinculadas al Derecho internacional humanitario y a la interpretación de los convenios de Ginebra, la jurisdicción internacional española y el Derecho internacional de los derechos humanos. Así puede ser objeto de reflexión tanto el derecho a la vida en los conflictos, que se ve afectado en relación con los civiles en mucha mayor medida que con los miembros de fuerzas armadas, como otros derechos como la libertad de información. La cuestión central es, sin embargo, la de esclarecer si hubo intencionalidad en el ataque y si, por tanto, el mismo tenía por objeto influir sobre la prensa internacional y tratarse de un crimen de guerra tipificado en el Derecho internacional humanitario y en el Código Penal español. El largo iter político-judicial que se inicia en 2003 ha dado lugar a diversas posiciones jurídicas tanto del instructor, como de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, del Tribunal Supremo y de la Fiscalía, además de la movilización de la sociedad civil a favor de Couso, que se está convirtiendo en un símbolo de la libertad de información. En esta nota analizaremos los principales elementos del asunto *Couso* ante los tribunales españoles, así como algunos de sus efectos desde la perspectiva de las relaciones internacionales.

2. CONFLICTOS ARMADOS Y MEDIOS DE COMUNICACIÓN: EL ASUNTO *COUSO*

2.1. El régimen de la prensa y los periodistas en los conflictos armados

Couso no es el primero ni será el último periodista español fallecido en un conflicto armado, pero es por el momento el único cuyo caso se ha inter-

nacionalizado y judicializado. Cabe traer a la memoria a otros profesionales de la prensa, fallecidos en diversas circunstancias, como Julio Anguita (7 de abril de 2003, Irak), Ricardo Ortega (marzo de 2004, Puerto Príncipe, Haití), Julio Fuentes (Afganistán, 2001), Jordi Pujol (Sarajevo, 1992), Juntxo Rodríguez (Panamá, 1989) etcétera.

En los últimos diez-quince años han fallecido en conflictos más de medio millar de periodistas. No se trata de un fenómeno esporádico o aislado, sino crecientemente preocupante. Los profesionales de la información y los medios de comunicación son testigos incómodos en los conflictos. La labor de los corresponsales, estén o no integrados (o incrustados, *embedded*, como se dice en el lenguaje periodístico), es positiva, pues erosiona la tentación de cercar la información y de manipular los datos que salen a la luz pública. Muy especialmente han fallecido en Irak muchísimos periodistas, si bien los de la zona o de países árabes no han atraído la atención de los medios de comunicación occidentales, y la información ha llegado con sordina.

Todos los ejércitos tienen una política informativa esencial en los conflictos, mediante la que pretenden diversos objetivos, como legitimar sus acciones y fundamentalmente poner a la opinión pública de su parte. El control de la información está en aumento, como muestra, entre otros, el trabajo del General Jar Couselo sobre los periodistas en los conflictos. Este autor mostraba cómo desde la Guerra de Crimea (1854) hasta los conflictos de Afganistán, Irak o Georgia la información es objeto de un creciente control. Si la guerra de Cuba evidenció los peligros de la propaganda de guerra, la española mostró el poder de las imágenes (Kapa), en la Segunda Guerra Mundial se llegó al cenit con Goebbels, en Vietnam empezó a verse el poder de la televisión. Esta línea de conducta se va a ver confirmada en conflictos como los de Malvinas (1981), Panamá (1989), Granada (1983), Golfo (1991), Somalia (1991), Bosnia (1992), Ruanda (1994) o Kosovo (1989). La prensa ha pasado, de ser un observador ajeno al conflicto, a constituirse en un actor incómodo que es conveniente tener controlado.

Existen normas jurídicas internacionales sobre la prensa en los conflictos armados, tanto en el Derecho internacional humanitario como en otros aspectos¹.

Los periodistas tienen un papel axiológico en los conflictos, en la medida en que deberían contribuir a difundir determinados valores como la paz, los derechos humanos, la lucha contra el racismo, como señala la Declaración de la UNESCO de 28 de noviembre de 1978.

El Derecho internacional también prohíbe la *propaganda de guerra*, norma que no ha sido transpuesta al Derecho español, a pesar de que la Observación

¹ Véase DÍAZ BARRADO, C., y FERNÁNDEZ LIESA, C. (dirs.), *Conflictos armados y medios de comunicación: Aspectos jurídicos y periodísticos*, Colección Ciencias Jurídicas y Sociales, Servicio de Publicaciones Universidad Rey Juan Carlos, 2009, 159 pp.; GASSER, H. P., «La protección de los periodistas en misión profesional peligrosa», *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 55, enero-febrero de 1983, pp. 3-19.

núm. 11, de 20 de julio de 1983 (del Comité del Pacto de Derechos civiles y políticos) considera que a ello se obligan los Estados en interpretación del art. 20.1 de dicho Pacto (que, muy claramente, indica que: «Toda propaganda de guerra estará prohibida por ley»).

Otras normas restringen la *libertad de información* en los conflictos, o establecen la *responsabilidad penal internacional* del periodista cuando utiliza las ondas para incitar directa y públicamente a cometer genocidio, como sucedió en la Segunda Guerra Mundial (Streicher), y en conflictos más recientes como Yugoslavia o Ruanda. Así, en el asunto *Nahimara* (2007) se puso de relieve el importante papel de la Radio televisión de las Mil colinas en el genocidio ruandés.

El régimen de *Derecho internacional humanitario* ha evolucionado desde los convenios de La Haya. El art. 13 del Convenio II indicaba que los corresponsales de periódicos tienen el derecho al trato de prisioneros de guerra a condición de que estuviesen provistos de carta de legitimación de la autoridad militar a la que acompañasen. Si bien no se ha aprobado —como se negoció en 1970— un Convenio sobre los periodistas en misión profesional peligrosa, el III Convenio de Ginebra de 1949 (art. 4.A.4) y, fundamentalmente el protocolo I, de 8 de junio de 1977, art. 79.1 vienen a equipararlos a la protección de la población civil, con independencia de cualquier otra consideración. De tal modo que un periodista no es un objetivo militar. Su vida está protegida tanto por los convenios de Derecho internacional humanitario como por el Derecho internacional de los derechos humanos. En concreto el art. 147.IV del Convenio de Ginebra tipifica el «homicidio adrede», del mismo modo que lo hace el Estatuto de Corte Penal internacional [arts. 8.2.a)i), 8.2.b)i), y el 8.2.b)iv)] o el Código Penal español (art. 611.1).

Una laguna de estos convenios es que no contienen una protección expresa de las *instalaciones periodísticas*, que en la actualidad son uno de los objetivos en algunos conflictos, como muestran los bombardeos de la radio/televisión en Bagdad, Belgrado o Gori, en reciente conflictos. Las instalaciones periodísticas deben considerarse como bienes civiles que, como indicó el Tribunal para la antigua Yugoslavia en el asunto *Blaskic* no tiene la misma protección que la población civil. La OTAN justificó el ataque a la radiotelevisión serbia el 23 de abril de 1999 sobre la base de que se estaba utilizando con un doble uso civil y militar².

² DÍAZ BARRADO, C., y TRINIDAD NÚÑEZ., P., «Marco jurídico de la protección de los periodistas y de los medios de información en los casos de conflictos armados: realizaciones y propuestas», 83, *Revista Española de Derecho Militar*, 63 (2005), pp. 66 y ss.; BALGUY-GALLOIS, A., «Protección de los periodistas y de los medios de información en situaciones de conflicto armado», *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 853, 2004, pp. 42 y ss.; SÁNCHEZ PATRÓN, J., «La competencia extraterritorial de la jurisdicción española para enjuiciar crímenes de guerra: el caso *Couso*», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2007, núm. 14, 21 pp.

2.2. Elementos básicos del asunto *Couso*

El caso *Couso* tiene un gran impacto mediático, pero también es importante desde la perspectiva judicial española y en el Derecho internacional. Cabe recordar algunos elementos.

En primer lugar, que la querrela criminal ante la Audiencia Nacional se presentaba contra tres militares norteamericanos, el sargento Gibson, el capitán Worldford, y el teniente coronel de Camp. La persona que, en opinión del Juez Santiago Pedraz, titular del juzgado central de instrucción núm. 1, habría dado la orden directa de disparar fue el teniente coronel Philip de Camp, al mando del regimiento de blindados núm. 64 de la tercera división de infantería acorazada del ejército norteamericano, quien transmitió la orden al capitán Philip Wolford, al mando de la unidad de blindados de la compañía A del regimiento de blindados núm. 64 de la tercera división de infantería acorazada del Ejército de los Estados Unidos de América. Éste habría autorizado a quien materialmente efectuó el disparo, el sargento Thomas Gibson, perteneciente a la compañía A del regimiento de blindados núm. 164 de la tercera división de infantería acorazada del Ejército de los Estados Unidos de América. Estos hechos podían constituir —señala el instructor— un delito contra la comunidad internacional, del art. 611.1, en relación con el art. 608.3 del Código Penal, que indica los sujetos protegidos, en concurso real con un delito de homicidio, previsto y penado en el art. 138 del mismo Código.

En segundo lugar, los querellantes estimaban que se trataba de un «crimen premeditado y de una agresión contra periodistas». Sin entrar en las circunstancias que a su juicio permiten considerarlo así, estimaban que la prensa independiente situada en Bagdad estaba fuera del control de la información diseñado, y que ofrecían crónicas e imágenes de la destrucción de los mercados, colegios, universidades, viviendas, mezquitas, hospitales, heridos y muertos civiles. Y que el acceso a esas imágenes podía influir en el curso del conflicto, razón por la cual se habría producido el ataque.

La posición del instructor al procesar a los tres militares parte de la consideración de que, a la luz de los hechos, existe una probabilidad de naturaleza incriminatoria, indicios y motivos bastantes para el procesamiento³. La base jurídica material para el procesamiento está, tanto en el Código Penal, como en el corpus del Derecho internacional humanitario. El Capítulo III del Título XXIV recoge los delitos contra la comunidad internacional, que incluye las infracciones más graves del *ius in bello* en su art. 608, en cuyo párr. 3.º se refiere a las personas protegidas (población civil y personas protegidas en el Convenio IV de 1949 o en el protocolo adicional I de 1977). Del mismo modo,

³ Así, por ejemplo, Auto de 24 de mayo de 2007 por el que se desestima el recurso de reforma interpuesto por el Ministerio Fiscal frente al Auto de 27 de abril de 2007, que había reactivado las órdenes de busca y captura de los tres militares. Esta reactivación se había producido después de que el Tribunal Supremo, el 11 de diciembre de 2006, declarara la jurisdicción de los jueces y tribunales españoles.

entre otros, es relevante el art. 611.1, que castiga los ataques indiscriminados, excesivos y los ataques a la población civil, entre otras conductas.

El iter judicial a que ha dado lugar el asunto se inicia con la querrela, pero tiene diversos momentos clave como el procesamiento de los tres militares norteamericanos, el sobreseimiento del asunto por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, la aceptación del recurso de casación por el Tribunal Supremo, que ordenó que se prosiguiesen las actuaciones, se practicasen las diligencias de instrucción pendientes y las que resulten procedentes para el esclarecimiento de los hechos investigados.

2.3. El asunto *Couso* ante los Tribunales españoles

2.3.1. *La competencia de la jurisdicción española*

Tanto la doctrina como los Tribunales españoles consideran que la jurisdicción española tiene competencia para investigar el caso *Couso*⁴. Y ello porque el Derecho internacional humanitario establece que, en materia de jurisdicción, «cada 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 hacerlas comparecer ante los propios tribunales [...]. 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» (arts. 49.2 ICG, 50.2 IICG, 129.2 IIICG y 146.2 IV CG). Como ha señalado Sánchez Patrón (p. 13) esto supone un reconocimiento del principio de justicia universal que tiene además carácter consuetudinario⁵.

Este principio está reconocido por el art. 23.4 de la LOPJ, tanto antes como después de la reforma de 2009. En ambos supuestos se indica que la jurisdicción española será competente para conocer, entre otros de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse como delitos si deben ser perseguidos en España según «los tratados o convenios internacionales». El 19 de mayo de 2009 las Cortes españolas aprobaron una resolución con motivo del debate sobre el estado de la nación para la modificación del art. 23 de la LOPJ. Se trataba, como

⁴ Véase SÁNCHEZ PATRÓN, J. M., «La competencia extraterritorial de la jurisdicción española para investigar y enjuiciar crímenes de guerra: el caso *Couso*», *op. cit.*; *id.*, «La aplicación del principio de justicia universal por los órganos jurisdiccionales españoles», *Revista Jurídica de la Comunidad valenciana*, núm. 17, enero de 2006, pp. 81-101; TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, J. A., «El caso *Couso*: ¿Tienen jurisdicción los Tribunales de España», *La Ley: Revista Jurídica Española*, núm. 4, 2004, pp. 1593-1598; PÉREZ CEPEDA, A., «Crímenes de guerra. Especial referencia al caso *Couso*», *Revista Penal*, núm. 15, 2005, pp. 105-134.

⁵ Sobre los problemas que la aplicación de la costumbre internacional plantea en el Derecho español, véase FERNÁNDEZ LIESA, C., «La aplicabilidad de la costumbre internacional en el Derecho penal español», TAMARTI SUMALLA, J. (coord.), *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal*, Barcelona, Atelier Libros Jurídicos, 2010, pp. 73-91.

indica la Ley 1/2009, de oficina judicial, de modificar la Ley 6/1985. El nuevo art. 23.4 indica:

«Sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios suscritos por España, para que puedan conocer los tribunales españoles de los anteriores delitos deberá quedar acreditado que sus presuntos responsables se encuentren en España, o que existan víctimas de nacionalidad española, o constarse algún vínculo relevante de conexión con España, y en todo caso, que en otro país competente o en el seno de un Tribunal no se ha iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles. El proceso penal iniciado ante la jurisdicción española se sobreseerá provisionalmente cuando quede constancia del comienzo de otro proceso sobre los hechos denunciados en el país o por el Tribunal a que se refiere el párrafo anterior».

Cabe recordar que el Tribunal Constitucional entendió que se había vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción (art. 24.1 de la Constitución), por lo que anuló el Auto del pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 13 de diciembre de 2000 y la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2003, ambos sobre la competencia de España en relación con el genocidio de Guatemala. Y ello porque para el Tribunal Constitucional el principio de justicia universal se basa en los delitos sometidos a ella, cuya lesividad trasciende sus concretas víctimas y alcanza a la comunidad internacional en su conjunto (FJ 9). Se trata por tanto —indica— de un interés compartido por los Estados y no sólo de un interés de España. Para el TC es de «difícil conciliación unir el interés común por evitar la impunidad de crímenes contra la Humanidad con el interés concreto del Estado en la protección de determinados bienes. Esa interpretación que busca conectar los intereses nacionales con el acceso a la jurisdicción vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva».

Ya ha habido un caso de diferencia entre el Juez y los fiscales en la interpretación del alcance de la reforma de 2009. El 26 de noviembre de 2009 el Juez Andreu libró una comisión rogatoria a las autoridades de Irak para que informasen sobre si había un procedimiento judicial abierto para investigar los hechos denunciados en un escrito de querrela presentado ante la Audiencia Nacional por S. Morteza Komarizadehasl y Reza Mohad contra Hossein al-Shemmari, por delitos contra la comunidad internacional de los arts. 607 bis, 608 a 614 bis y 615 bis del Código Penal, en concurso con otros (asesinatos, detenciones, torturas, daños...) en relación y por la violación del Convenio IV de Ginebra, de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra, ratificado por España e Irak y su protocolo I, de 8 de junio de 1977. Los hechos relatados en el escrito de querrela consisten en que los días 28 y 29 de julio de 2009 unos dos mil soldados de la 9.^a brigada Badr y de la brigada Scorpión de Bagdad, de los batallones 2, 3 y de la policía antidisturbios, planificados por el teniente general Al-Shemmari, habrían lanzado un asalto contra civiles desarmados residentes del Campo de Ashraf, indiscriminadamente sobre personas protegidas por el IV Convenio de Ginebra, falleciendo 11 y deteniendo a otras 36. A esto se opuso la fiscalía

por no ver la conexión española. Con independencia de la interpretación que finalmente se haga sobre la jurisdicción española en relación con los crímenes de guerra sin conexión española, no cabe duda de que sí existe en relación con Couso.

2.3.2. *Las tesis en presencia en cuanto al fondo*

Sobre el fondo del asunto, es decir, sobre la posible existencia de indicios en torno a que el fallecimiento de Couso fuese el resultado de un crimen de guerra hay dos tesis.

La primera tesis es que hay indicios de haberse producido un crimen de guerra. Así, para el instructor —el Juez Pedraz— los tres imputados antes señalados sabían y conocían que el Hotel Palestina estaba ocupado por población civil, sin que hubiese amenaza alguna (francotirador o disparo) contra los mismos o tropas norteamericanas, por lo que el disparo efectuado desde el carro de combate que ocasionó la muerte del señor Couso habría sido un ataque, represalia o acto o amenaza de violencia con la finalidad de aterrorizar a los periodistas, máxime si como se señala el mismo día se dirigieron ataques contra las cadenas televisivas Al Yazira y Abu Dhabi (Auto de procesamiento de 27 de abril de 2007, FJ 2). Es decir, la tesis que sostiene la instrucción interpreta los hechos en el sentido de que podría haber habido un crimen de guerra.

En el mismo sentido se ha pronunciado el Magistrado José Ricardo de Prada Solaesa en su voto particular minoritario en el auto dictado por la mayoría de la Sala en el Recurso de apelación núm. 158/2007, contra el Auto de procesamiento dictado por el Juzgado central de instrucción núm. 1 en el Sumario 27/2007, donde discrepa «profundamente de la decisión de la Sala». A juicio de De Prada la Sala enfoca el recurso contra el auto de procesamiento de los militares estadounidenses de una forma totalmente inusual, utilizando criterios y razonamientos insólitos, y que de ser utilizados en la generalidad de los casos llevaría al desprocesamiento de prácticamente la totalidad de las situaciones que son sometidas a diario a la consideración del Tribunal (considerando 2.º). En su opinión los razonamientos utilizados irían mucho «más allá de una neutral valoración de la concurrencia de los requisitos legales del procesamiento —existencia o no de indicios racionales de criminalidad—, y buscan, introducen elementos, argumentan, explican y realizan inferencias tendentes únicamente a la exculpación de los encausados» (considerando 3.º).

Para De Prada la interpretación de la Sala daría a «entender que en la guerra no hay normas que regulen las conductas de los combatientes ni protejan a las víctimas civiles, que en ella todo es excepcional y casi todo es incontrolable y posible y a la postre justificable por razones de defensa». Del mismo modo considera que no se interpretan adecuadamente los elementos típicos del art. 611.1 del Código Penal, lo que habría de hacerse teniendo en cuenta

las normas del Derecho internacional humanitario y del Derecho internacional consuetudinario en la materia (considerando 4.º). A su juicio las reglas del Derecho internacional humanitario sobre necesidad militar, proporcionalidad y precaución en el ataque no han sido tenidas en cuenta. En su opinión cabe apreciar, en definitiva, un «ataque intencional, indiscriminado y desproporcionado contra objetivos civiles, con personas civiles a las que se les causó la muerte, utilizando medios de combate con gran capacidad mortífera [...]».

La otra posición es la que ha mantenido la mayoría de la *Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional* en varias ocasiones al considerar que no había crimen de guerra, pues el disparo sería un «acto de guerra realizado contra un enemigo aparente, erróneamente identificado, y no concurre en los hechos el requisito de intencionalidad dolosa o “adrede”». Así se pronuncia en el Auto de 8 de marzo de 2006 al analizar los elementos típicos del crimen de guerra. Su posición es que falta el elemento de *intención*. Como se indica en el Fundamento de derecho sexto no concurriría «el dolo directo de matar a personas civiles, que lo hace incompatible con la imprudencia». La Sala entendía que «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».

En el mismo sentido se pronunció la Sala al resolver el recurso de apelación de la fiscalía contra el procesamiento, en un *Auto de 13 de mayo de 2008*. Para la Sala no cabe dar el salto del instructor en cuanto a que el disparo sea un ataque, represalia o acto o amenazas de violencia con la finalidad de aterrorizar a los periodistas. El Juez —indica la Sala— acude exclusivamente a datos de la causa que perjudican a los procesados desechando otros elementos que pueden favorecerles (FJ 1). Para la Sala (FJ 2) en una situación de crisis absolutamente grave y anormal como la de un conflicto armado, donde hay operaciones bélicas, con disparos propios de tales operaciones, guarda la apariencia típica de una acción de guerra; un disparo en un conflicto armado no puede ser valorado de la misma manera que en una situación no bélica, donde sí se justificaría el procesamiento, por el contexto en que se produce. La tesis de la Sala es por tanto que en una situación de guerra el tratamiento de una acción no puede ser el mismo que en una situación de normalidad. En todo caso (FJ 4), para la Sala no estaría presente en la acción el móvil de aterrorizar del art. 611 del Código Penal; además, la Sala tiene la «duda más que razonable» —indica— de que las tropas norteamericanas tenían la creencia de que había un francotirador con actitud hostil hacia ellas en el Hotel Palestina, y que actuaron bajo esa creencia, aunque supiesen que era una zona civil. Por todo ello considera que los indicios no son suficientes para mantener el procesamiento, fundamentalmente por falta del elemento intencional de la acción.

Como vemos, las diferentes tesis son las propias de las diferentes interpretaciones, muy dispares. Ahora no cabe sino esperar a ver el devenir futuro del

asunto que, en todo caso, ha tomado un giro inesperado por el Auto del Tribunal Supremo de julio de 2010. Como quiera que sea, lo cierto es que el Tribunal Supremo ha actuado de tal modo que ha evitado el sobreseimiento.

2.3.3. *El derecho a la tutela judicial efectiva y la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2010*

La reactivación del caso *Couso* se produce por la *Sentencia núm. 691/2010, del Tribunal Supremo* que estima parcialmente los recursos de casación interpuestos por las representaciones procesales de don Javier Couso Permuy (y otros), de doña María Dolores Jiménez Sánchez —en su nombre y en el de sus hijos menores Jaime y José Couso Jiménez, de doña Isabel Couso Permuy, de la Asociación Libre de Abogados y de la Asociación de camarógrafos de televisión y vídeo—, por quebrantamiento de forma e infracción de ley y de precepto constitucional, contra el Auto dictado el 23 de octubre de 2009.

El Auto de 16 de julio de 2009, del juzgado de instrucción núm. 1, declaró concluso el sumario, después de que el 14 de julio la Sala de lo Penal revocase el procesamiento de los tres militares. La sentencia del Supremo deja sin efecto el auto dictado por la sección tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que confirmaba el auto de conclusión del sumario y declaraba el sobreseimiento libre de las actuaciones. El Supremo ha considerado que debían proseguirse las actuaciones y practicarse las diligencias de instrucción necesarias.

La argumentación del Tribunal Supremo es un avance. La aceptación del recurso se basa en una serie de motivos entre los que destaca el *derecho a la tutela judicial efectiva, en diversas dimensiones*. El Tribunal Supremo había precisado el 19 de mayo de 2004 que el derecho a la tutela judicial efectiva incluye el derecho de acceso 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 sea resuelta en el procedimiento previsto en la ley. Sobre todos estos y algún otro motivo se basa el TS en este asunto.

Aborda primero el Auto de 23 de octubre de 2009 de sobreseimiento, para ver si sería recurrible sin haber un procesamiento vigente —exigencia del art. 848 LECr—. Para el TS la resolución recurrida es un auto definitivo, por lo que la exigencia de que «alguien se halle procesado» ha de entenderse en sentido actual o histórico. Es decir que se haya producido en algún momento un acto de procesamiento no siendo exigible que, en el momento de dictarse el sobreseimiento, permanezca en vigor dicho procesamiento.

La interpretación favorable a la viabilidad del recurso de casación es congruente con el principio *pro actione* y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión, en su vertiente de acceso a los recursos (véase FJ 5). En el supuesto sobreseimiento, se estaría privando a la acusación de la posibilidad de defender sus intereses legítimos en un juicio con todas las

garantías, a pesar de existir *prima facie* prueba indiciaria de la realización del tipo o tipos atribuidos a los querellados.

En segundo lugar, el TS considera que el auto recurrido carece de motivación al ignorar los fundamentos sustanciales del segundo auto de procesamiento. Además entiende que puede producir indefensión material pues el sobreseimiento anticipa una sentencia absolutoria, antes de que se hayan agotado las diligencias de instrucción. Para el TS es muy relevante que la resolución recurrida mantenga la existencia de un error visual respecto de la presencia de un francotirador, basándose en las explicaciones del capitán Wolford —uno de los querellados— en los medios informativos, lo cual —indica el TS— por su falta de consistencia se califica por sí mismo.

Para el TS hay indefensión material al vulnerarse el principio acusatorio porque se ha impedido a las partes formular escrito de acusación, proponer los medios de prueba necesarios y formular pretensiones sobre penalidad y responsabilidades civiles (FFJJ 3 y 5), habiéndose dictado una verdadera sentencia anticipada y prematura sin las garantías propias del proceso. También estima el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho a la prueba. Tras analizar la jurisprudencia constitucional y del Tribunal Supremo sobre la prueba, considera que determinadas diligencias no dejan de tener interés para el esclarecimiento de los hechos. En particular se refiere al recibir declaración al representante legal en España de las televisiones Al Yazira y Abu Dabhi, a que se cursase una comisión rogatoria a Bagdad para el reconocimiento judicial, para la declaración testifical de la sargento Adrienne Kinne (que dijo en un programa de televisión que el Hotel Palestina fue designado como objetivo militar por la cadena de mando del Ejército norteamericano) y la pericial del informe del Catedrático de Derecho internacional público, Profesor Galinsoga Jordá.

Asimismo, estima el Tribunal que hay infracción de ley por inaplicación del art. 611, en relación con el art. 608.3 del Código Penal. Para el Alto Tribunal la resolución recurrida declaró el sobreseimiento, de conformidad con el art. 637.2 LECrim., al considerar que «los hechos no eran constitutivos de delito». Sin embargo es bien evidente que los hechos merecen la subsunción en los preceptos penales (arts. 611, 608 y 614 del CP) y en multitud de normas del Derecho internacional humanitario⁶, entre otros diversos motivos que aprecia el Supremo.

En definitiva el sobreseimiento ha impedido a las acusaciones el acceso a un juicio en el que hubieran podido defender un interés legalmente reconocido. Además, anticipa una sentencia absolutoria que produce indefensión

⁶ El Tribunal Supremo hace referencia desde la primera Convención de Ginebra de 1864 a la segunda de 1906, la de 1929 y los Convenios de Ginebra de 1949. En particular subraya la relevancia del IV Convenio de Ginebra sobre la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, a los protocolos adicionales de 1977. Muy especialmente la Sentencia del Tribunal Supremo reproduce los arts. 146 y 147 de la IV Convención de 1949; los arts. 11, 48, 49, 50, 51, 52, 57, 79 y 85 del 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), de 8 de junio de 1977.

material; por lo demás (FJ 2.3) no permite agotar las diligencias de instrucción lo que puede producir indefensión material. Sobre la base de éstas y de otras muchas consideraciones, el TS deja sin efecto el Auto de 23 de octubre de 2009.

En aplicación del pronunciamiento judicial el Juez Pedraz adoptó providencias el 29 de julio de 2010 con objeto de que se fueran realizando algunas diligencias que habían sido acordadas previamente (el 20 de mayo de 2008) y, a tal efecto, pidió que:

«Se oficiase a la Comisaría General de información a fin de que localicen a los periodistas de las televisiones Al Jazeera y Abu Dhabi para aclarar cómo se produjeron los ataques a las respectivas sedes de dichas televisiones en el mismo día a que se refieren los hechos que se investigan en la presente causa.

— Se reiterase la comisión rogatoria librada a Irak a fin de que se autorice el desplazamiento de la comisión judicial de este juzgado al lugar de los hechos, a fin de efectuar el oportuno reconocimiento judicial y, en la medida de lo posible, una reconstrucción de los hechos.

— Se inspeccionasen ocularmente los lugares de los hechos. El Juez consideró que para ello no era necesario librar una comisión rogatoria, y sí sólo una comisión de servicios ante el CGPJ.

— Se librase solicitud de auxilio judicial de conformidad con el tratado de asistencia mutua en materia penal entre España y Estados Unidos, teniendo en cuenta el cambio de administración, para que se recabe del Departamento de Estado, del Departamento de Defensa y de Justicia de EEUU testimonio íntegro de la documentación obrante en esos departamentos sobre los hechos investigados y para que presten declaración en calidad de imputados el sargento Thomas Gibson, el capitán Philip Worlford y el teniente coronel Philip de Camp, en los mismos términos en que se acordó por providencia de 31 de mayo de 2005».

2.4. El asunto *Couso* y las relaciones internacionales

Los asuntos de jurisdicción universal española son un claro ejemplo de la relación entre Derecho y Poder, de cómo las relaciones internacionales pueden influir en el cambio y en la interpretación de las normas nacionales e internacionales. Muestra de lo primero es la modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por lo que se refiere a la conexión española, en respuesta a las presiones de países como Israel, China o Estados Unidos. El Poder no es ajeno a la efectividad del Derecho internacional, lo que se ha manifestado de manera clara en este asunto, tanto por la falta de colaboración de Estados Unidos en todas las fases del proceso como de manera más relevante en la interpretación de las reglas de Interpol y en las relaciones entre España y Estados Unidos.

2.4.1. *El art. 3 del Convenio Interpol*

Tras diversos acontecimientos judiciales, el 29 de julio de 2010 el Juez Pedraz vuelve a ordenar la *búsqueda, captura e ingreso en prisión a efectos de extraditi-*

ción de los militares norteamericanos citados, librándose al efecto las oportunas órdenes internacionales de detención.

Nuevamente se vuelven a manifestar las *dificultades de la cooperación internacional en asuntos de esta naturaleza* y la inadecuada interpretación de las disposiciones convencionales. En este sentido la oficina de asuntos legales de la Secretaría General de INTERPOL ha invocado el art. 3 de los Estatutos de la Organización para eludir la colaboración en el asunto *Couso*, de una manera diseñada para ello, y no sobre la base de una correcta interpretación del Derecho previamente aplicable. El art. 3 indica que «está rigurosamente prohibido a la Organización toda actividad o intervención en cuestiones o asuntos de carácter político, militar, religioso o racial».

El día 4 de octubre de 2010 el instructor Pedraz requirió a la Oficina Central de Policía (Interpol) para que informase sobre el órgano de Interpol que habría acordado la interpretación del art. 3, sobre la razón de considerar el asunto *Couso* como cuestión o asunto militar (o político, religioso o nacional) —y no de Derecho común—, así como por qué en las dos anteriores ocasiones se habrían aceptado las solicitudes sin que los hechos hubiesen variado.

La Oficina de Asuntos Jurídicos de la Secretaría General de Interpol respondió el 18 de octubre de 2010 indicando que, de acuerdo con la práctica y las reglas de Interpol, para ver si un caso de homicidio entra en el ámbito de aplicación del art. 3 hay que tener en cuenta toda la información pertinente, incluyendo los hechos y el contexto general. Los hechos fueron cometidos, indica la Oficina, en el contexto de un ataque militar durante un conflicto armado, con lo que se manifestó claramente que este cargo era de carácter militar; con respecto al segundo cargo (crímenes contra la comunidad internacional) indica la Oficina que, como excepción a la regla general del art. 3, las resoluciones de la Asamblea General de Interpol autorizan generalmente la cooperación en casos de crímenes de guerra. Sin embargo, en junio de 2009 el Comité Ejecutivo de Interpol aprobó una *nueva política provisional relativa a los crímenes de guerra*, divulgada a todos los Estados miembros de Interpol a través de un mensaje enviado el 2 de julio de 2009. De acuerdo con esta política la Secretaría General seguirá aceptando las demandas de publicación de notificaciones rojas relativas a crímenes de guerra cuyas demandas hayan sido presentadas en uno de los siguientes casos:

«Las demandas presentadas por tribunales internacionales.

Las demandas presentadas en contra de los nacionales del Estado solicitante.

Las demandas presentadas en contra de los nacionales de otro Estado mientras el Estado de nacionalidad del individuo concernido no proteste».

Esta nueva política se discutió en octubre de 2009 por el Comité Ejecutivo y por la Asamblea en su 78.^a sesión de Singapur, y se aprobó por el Comité ejecutivo en su 166.^a sesión (junio de 2010).

Por otro lado INTERPOL precisaba que ningún Estado miembro se había dirigido a la Secretaría General. Y que la Oficina de Interpol de Washington, a petición de la Secretaría General, informó que los Estados Unidos se oponen

al registro de información sobre el cargo de crímenes contra la comunidad internacional. Con respecto a las indicadas difusiones previas en dos casos anteriores a que se refería el Juez Pedraz la Secretaría General respondía que «no sabe de ninguna difusión previa en este caso».

Estas nuevas interpretaciones parecen haber sido diseñadas para el caso *Couso*, pues no ha habido precedentes, y se ha iniciado una nueva política en la que se pone el acento en el consentimiento caso por caso (que el Estado de nacionalidad del individuo concernido no proteste), en una nueva manifestación por parte de Estados Unidos de su negativa a que miembros de sus fuerzas armadas sean juzgados por Tribunales de otros países, como también sucedió en relación con algunas dimensiones de la Corte Penal Internacional.

El 22 de octubre de 2010 el Juez Pedraz se dirigió al Comisario Jefe de Interpol España con un nuevo despacho para que la publicación de las tres órdenes internacionales de detención se insertasen como notificación azul (para conseguir más información sobre la identidad de una persona, su paradero) y verde (para difundir alertas o información policial sobre personas que han cometido delitos en un país) y para que se alertase a los países miembros Interpol sobre los delitos cometidos por los inculcados, en grado de seria probabilidad, y se consiguiese la completa identidad de los imputados (ya que sólo consta el nombre y graduación militar). A este requerimiento la Oficina de Interpol respondió el 3 de noviembre de 2010 que no había podido efectuar las difusiones dado que los formularios automáticos ofrecidos por Interpol obligan a la inserción de la fecha de nacimiento de los citados. La respuesta se comenta por sí misma.

2.4.2. *Los papeles del Departamento de Estado*

El conocimiento, en 2011, de muchos cables diplomáticos de la Embajada americana en España por el portal *WikiLeaks* desde el 28 de noviembre de 2010 confirmó las presiones del Embajador Eduardo Aguirre y una cierta connivencia del Gobierno español, a través del comportamiento del Fiscal General del Estado, Cándido Conde-Pumpido, y del Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional, don Javier Zaragoza.

Según las informaciones de la prensa, Estados Unidos maniobró a través de la Embajada en Madrid, para que fiscales y altos cargos de la Administración española diesen «carpetazo» al asunto *Couso*. En este sentido, según un informe confidencial de la Embajada de 26 de enero de 2007 el Embajador Aguirre y su adjunto se habían entrevistado el día anterior con el Fiscal General para «pasar revista a las preocupaciones del Gobierno de Estados Unidos sobre la deriva del caso *Couso* y ver la reacción del Gobierno español ante las novedades». El documento indicaba que el Gobierno no podía hacer nada, que los fiscales «seguirían oponiéndose a las órdenes de detención contra los tres militares estadounidenses implicados en la causa (la orden de detención había sido dictada tres días antes por el Juez Santiago Pedraz). El 18 de ju-

lio del mismo año Conde-Punpido dijo a Aguirre que deseaba el archivo del caso *Couso* (doc. confidencial de 19 de julio de 2007). Junto a los contactos de la fiscalía la ex-Vicepresidenta María Teresa Fernández de la Vega, el ex-Secretario de Estado de Justicia, Julio Pérez Hernández, y los ex altos cargos de exteriores Ángel Losada, Agustín Santos, entre otros, habrían actuado en la misma dirección.

En todo caso, nada sorprende de los cables. Es de destacar que los cables ponen de manifiesto implícitamente que ninguno de los Jueces de la Audiencia Nacional competentes en la materia ha actuado presionado directamente por la Embajada. Por lo demás las conversaciones del Gobierno tienen menor relevancia en cuanto al asunto y están dentro de lo esperable, del mismo modo que no sorprende la propia actuación de la Embajada. Más sorprendente es la fluida comunicación Embajada-Fiscalía sobre la cual se han dado explicaciones en el sentido de que la información transmitida «ha correspondido a la posición jurídica de la fiscalía que ya figuraba en el procedimiento, era pública y se había expresado por escrito». Ahora bien, también hay que señalar que los cables diplomáticos no expresan una posición oficial ni hacen constancia de lo que reflejan sino que suponen la opinión de una persona en relación con una conversación con una autoridad española, por lo que tampoco hay que darle una trascendencia de la que debe carecer. Ahora bien, no por ello deja de ser evidente la presión ejercida sobre los órganos competentes del asunto *Couso* y la relevancia que se le ha dado en las relaciones entre España y Estados Unidos, así como su trascendencia desde la perspectiva de las relaciones internacionales, más allá de su devenir judicial.

RESUMEN

EL ASUNTO *COUSO* EN LOS TRIBUNALES NACIONALES Y EN LAS RELACIONES INTERNACIONALES

La muerte de Couso en Irak (2003) está en el origen de algunos acontecimientos jurídicos. La familia de Couso presentó una querrela en la Audiencia Nacional por crímenes de guerra. Este asunto plantea cuestiones de Derecho internacional humanitario, Derecho internacional de los derechos humanos, política internacional y de otra naturaleza. El estudio analiza los principales elementos del litigio. Se analizan los hechos, las interpretaciones jurídicas y el iter judicial. Es un ejemplo de avance jurídico y, al mismo tiempo, de relaciones Derecho y poder.

Palabras clave: jurisdicción internacional, periodistas, Audiencia Nacional, crímenes de guerra, Derecho internacional humanitario.

ABSTRACT

THE *COUSO* AFFAIR IN THE NATIONAL COURTS AND INTERNATIONAL RELATIONS

The death of José Couso Permuy in Iraq (2003) has given rise to various legal proceedings. The relatives of Couso presented a complaint before the *Audiencia Nacional* in Spain for alleged war crimes. The case raises questions of International Humanitarian Law, Inter-

national Human Rights Law and International Politics, among others. The study analyzes the main elements of this litigation. We report the facts, judicial procedures and court rulings. The case is an example of courts adapting their role to global events and, at the same time, of law-power relations.

Keywords: international jurisdiction, journalists, *Audiencia Nacional*, war crimes, international humanitarian Law.

RÉSUMÉ

L'AFFAIRE COUSO DANS LES TRIBUNAUX NATIONAUX ET DANS LES RELATIONS INTERNATIONALES

La mort de Couso en Iraq (2003) est à l'origine d'une chaîne d'événements juridiques. La famille de Couso a présenté une plainte auprès de l'*Audiencia Nacional* pour crimes de guerre. Cette affaire a soulevé des questions de Droit international humanitaire, de Droit international des Droits de l'Homme, de politique internationale ainsi que d'autres. Dans cette étude, l'auteur analyse les principaux éléments de l'affaire. Il examine les faits, les interprétations judiciaires ainsi que le chemin juridique suivi. C'est un exemple d'avancement juridique et, dans la même mesure, cela permet de montrer les relations entre droit et pouvoir.

Mots clés: juridiction internationale, journalistes, *Audiencia Nacional*, crimes de guerre, Droit international humanitaire.