

**AUDIENCIA NACIONAL  
SALA PENAL  
SECCIÓN TERCERA.**

**ROLLO DE SALA Nº 34/07  
SUMARIO ORDINARIO Nº:27/07  
JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCIÓN Nº 1**

**VOTO PARTICULAR que efectúa la Magistrada Clara Eugenia Bayarri García,  
Al Auto de fecha 23 de Octubre de 2009**

**En Madrid, a 23 de Octubre de 2009**

Sin perjuicio de la consideración que merece el mayoritario parecer de mis compañeros de Tribunal , he de discrepar del mismo, por cuanto éste se basa en la afirmación ( sustentada ya por la Sección Segunda de esta Sala Penal en su Auto de 14 de Julio de 2009 para *"acordar la inmediata conclusión del sumario sin procesamiento"*) de que : *" estamos ante una sola acción ejecutada en circunstancias que no difieren de las explicaciones del capitán Wolford en los medios informativos y en consecuencia no desvirtúan la credibilidad del error visual, reconociendo la presencia de un francotirador o de un ojeador, que dio lugar a la decisión de atacar el hotel para asegurar la zona, en términos de prevención",( Fundamento jurídico segundo, página 5 del Auto)* considerándose, por ello, innecesaria la práctica de ulteriores diligencias de investigación.

No puedo compartir el archivo de las actuaciones sustentado sobre la tesis de la credibilidad de la hipótesis de la existencia de un error ( tesis sostenida por el Ministerio Fiscal en sus sucesivos escritos de recursos de fechas 11 de Mayo de 2007 y Mayo de 2009 , acogido por la Sección Segunda de esta Sala Penal para acordar la conclusión del Sumario ahora corroborado por mis compañeros) y ello porque :

1º.- El Tribunal Supremo, en su Auto de 11 de Diciembre de 2006 , por el que revocó el inicial Auto de la Sección Segunda de esta Sala Penal de la Audiencia

Nacional archivando el procedimiento, resaltó ya cómo " *parece oportuno destacar... el necesario reconocimiento de que los hechos denunciados 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 tales hechos* ". Criterio del Tribunal Supremo que queda desatendido si se concluye el sumario sin haber practicado las diligencias de investigación mínimas para que los hechos puedan ser calificados como delictivos o como inocuos, no en base a la expectativa de una hipótesis, sino en base a las diligencias de prueba en él recabadas.

2º.- Porque la conclusión del sumario sobre la base de un error que no ha sido siquiera invocado por quien ( al parecer) lo sufrió, contraria de modo flagrante la doctrina del Tribunal Supremo respecto al error, y que, sin ser exhaustivos, viene a determinar que el error pertenece a la esfera íntima del individuo, de ahí la complejidad de su prueba, por ello NO BASTA la mera alegación del mismo, sino que, en todo caso deberá PROBARSE POR QUIEN LO ALEGA, tanto en su existencia cuanto en su carácter de invencible, y, su apreciación NO PUEDE BASARSE solamente en las declaraciones del propio sujeto ( SSTS 2ª 11 de febrero de 2007( Ponente Juan Ramón Berdugo Gómez de laTorre), de 22 de enero de 2007 ( Ponente Joaquín Jiménez) , de 17 de octubre de 2006 (Ponente Martín Pallí) , de 7 de septiembre de 2006 (Ponente Francisco Monterde Ferrer), de 18 de abril de 2006 y 2 de Marzo de 2006 ( Diego A. Ramos Gancedo) , de 26 de Junio de 2006 (Miguel Colmenero).... E infinitas más, en idéntico sentido.

Aún menos, en el presente caso, en que la alegación del supuesto error nunca se ha efectuado por el " propio sujeto" sino por el Ministerio Fiscal sobre la base de unas " declaraciones periodísticas" pues las personas que en los Autos de 27 de abril de 2007 y 21 de Mayo de 2009 fueron procesadas, nunca han prestado declaración, ni se han podido practicar otras diligencias en aclaración de ello pues " *a ello se han negado las autoridades norteamericanas*" ( Auto de procesamiento de 21 de Mayo de 2009, Fundamento jurídico 5º).

Tal y como el Instructor expone en dicho fundamento, sería preciso , entre otras

diligencias, tomar declaración a los imputados, y , si ellos alegasen error, practicar cuantas diligencias de investigación, en descargo de su conducta, se estimasen oportunas ( comprobación de las características de los carros, informe técnico del resto de armamento instalado en los mismos ... etc ).

Verificado todo ello, y sólo entonces, podría efectuarse una fundada calificación de los hechos cuya probanza debería practicarse en juicio oral , salvo flagrante inexistencia de delito.

Respecto a la ilicitud indiciaria de la conducta, me remito al contenido del voto particular que en su día formuló el Magistrado Jose Ricardo de Prada Solaesa en relación al Auto dictado por la Sección Segunda de la Sala Penal en el recurso de apelación nº 158/2007 contra el Auto de procesamiento dictado por el Juzgado de Instrucción Central nº 1 en el sumario 27/2007, a fin de evitar inútiles reiteraciones.

Por todo ello que la resolución debió ser ESTIMATORIA DEL RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por las acusaciones particulares , especialmente el interpuesto por la defensa de la familia COUSO , e improcedente la conclusión del sumario hasta tanto no se practique la diligencia de toma de declaración de los imputados , y, verificado, si éstos alegasen error, sus derivadas , sin que, en ningún caso, de no poderse efectuar tales declaraciones por algún tipo de obstruccionismo al procedimiento , se pudiese cerrar éste de forma provisional sin acordar previamente la detención internacional de los mismos, para su puesta a disposición de los Tribunales Españoles en cuanto fueren habidos a fin de que pueda serles tomada declaración, tal y como interesan los apelantes, por considerarse tal diligencia de prueba imprescindible para la continuación o archivo del procedimiento , y, consecuentemente, que procede la REVOCACIÓN del Auto de conclusión del Sumario, y la devolución del mismo al instructor a fin de que practique las diligencias de prueba interesadas por los apelantes, imprescindibles para la causa.

Es todo cuanto he de exponer en justificación del voto discrepante en relación al de mis estimados compañeros.

Fdo.: C.E. Bayarri García