

Sentencia Audiencia Nacional (Sala de lo Penal) 5/2017, de 6 marzo
[ROJ: SAN 498/2017]

«PLAN GAVILÁN» Y «PLAN OPERATIVO PAVO REAL»

Los hechos. El 22 octubre de 2005 diecinueve reclusos escaparon a través de un túnel de la cárcel de máxima seguridad denominada «El Infiernito», ubicada en el departamento de Escuintla. Para la recaptura de los presos fue elaborado un plan a través de una orden de servicio denominado «Plan Gavilán», atribuyéndose competencia para su ejecución al Ministerio Público en concierto con la Policía Nacional Civil. Los reclusos fugados, Rafael Hernán, Justo Edemiro y Justo Onesimo, fueron localizados gracias a la información de un confidente, y muertos por disparos de miembros de las Fuerzas de Seguridad. El resto de los reclusos fueron recapturados y regresados con normalidad al sistema penitenciario. *Por su parte*, la Granja Modelo de rehabilitación Penal de Pavón ubicada en el municipio de Fraijanes es un Centro Penitenciario en el que en el año 2006 y desde al menos 10 años atrás, un grupo de reclusos ejercía el control total a través del autodenominado Comité de Orden y Disciplina. Desde el interior del Centro operaban organizaciones criminales que desarrollaban su actividad delictiva dentro y fuera del Penal, practicándose todo tipo de abusos. El plan para la recuperación del control de Pavón se encomendó al Sistema Penitenciario, Policía Nacional y Ejército, con apoyo del Ministerio Público, lo que se tradujo en un documento titulado «Plan operativo Pavo Real». En su curso se produjo la muerte de internos que habían sido previamente asegurados y por causa de los disparos procedentes de miembros de las Fuerzas de Seguridad y colaboradores intervinientes que no han sido parte en ese procedimiento. El presente caso se inicia tras la interposición de querrela criminal por el Ministerio Fiscal, sumado a lo propio por la Asociación pro derechos humanos de España. El primero presentó escrito de conclusiones provisionales en fecha 15 de octubre de 2015 considerando que los hechos son constitutivos de ocho delitos de asesinato del artículo 1391 del CP vigente en el momento de los hechos, siendo autor el acusado y procediendo imponer al mismo la pena de 20 años de prisión y accesoria de inhabilitación absoluta por cada uno de los asesinatos con el límite del cumplimiento de 40 años, y por vía de responsabilidad civil la indemnización correspondiente. Por su parte, la acusación particular y popular consideró que los hechos son constitutivos de 10 delitos de lesa humanidad tipificados en el artículo 607 bis 1 y 2 del CP, y alternativamente que son constitutivos de un delito de lesa humanidad en concurso real con 10 delitos de asesinato del artículo 1391 del CP; de un delito de lesa humanidad, con la causa nación de 10 muertes alevosas; de 10 delitos de asesinato que constituyen crímenes contra la humanidad según el derecho internacional, o de 10 delitos de asesinato del artículo 1391 del CP, procediendo imponer al acusado la pena de 30 años por cada uno de los 10 delitos de lesa humanidad, o, alternativamente, la pena de 30 años por el delito de lesa humanidad y 10 penas de 20 años por cada uno

de los asesinatos, o la pena de 20 años de prisión por cada uno de los 10 asesinatos, y por vía de responsabilidad civil la indemnización correspondiente. La defensa propició la libre absolución del procesado. En la resolución judicial, la sentencia que en esta oportunidad analizo, dictada por la Sección 2.^a de la Audiencia Nacional, en la Villa de Madrid, a seis de marzo de dos mil diecisiete, absuelve al acusado como autor de un delito de asesinato.

Querrela. Es loable que la *Asociación pro derechos humanos* se haya hecho eco del presente caso, puesto que muchas de las reformas penales han sido el resultado de operaciones de grupos de presión institucionalizados y no institucionalizados. Entre estos últimos, las víctimas. Pero justo es decir también que este sector, apoyado por los medios y por grupos políticos oportunistas, ha sido la fuente de numerosas reformas marcadas por su alto voltaje punitivo. Sin embargo, y aquí establezco la siguiente paradoja: el fenómeno de la «enfermedad punitiva» juega un rol simbólico relevante en la mente de los políticos y de la sociedad. En los primeros, producirá el deber logrado y la satisfacción de haber hecho algo, mientras en la segunda la –errónea– impresión de tener el problema bajo control, porque piensa que lo soluciona.

Acusaciones. De acuerdo a las múltiples categorías de autoría, participación y conductas delictivas aquí involucradas, fundamentalmente la amplitud de acusaciones alternativas o subsidiarias son, de menos, de manera improlija las que realizó la Fiscalía –*como si el acusado tuviera que responder por algún delito sí o sí*–, pasaré a analizar la conducta desplegada por él y los aspectos jurídicos interesantes unidos a estas.

Pruebas. La Audiencia Nacional no considera probado que el acusado participase en la ejecución de los reclusos, ni ordenándola, ni autorizándola, ni manifestando su respaldo o aquiescencia, ni que conociese o tuviese razones para conocer o prever que podía producirse. Y ¿por qué? *Básicamente* porque no hay pruebas que respalden estas afirmaciones. A poco que se lee la sentencia, debe repararse en un testimonio que «ubica» al acusado en el lugar de los hechos. El Tribunal dice que «reviste escasa credibilidad». Podría criticarse que es una frase desafortunada, si no fuese porque se fundamenta desde un punto de vista objetivo, al decir que «no sólo por la falta de concreción y seguridad en las respuestas, o por el hecho de que sea el único testigo que sitúa al Ministro en las proximidades», sino también desde un punto de vista subjetivo, respaldado por hechos judiciales concretos, esto es, por sus «antecedentes personales», puesto que es el propio testigo quien «admite que tenía un expediente por encubrir una violación efectuada por un policía en un Centro Penitenciario, que fue suspendido con 30 días». Es decir, todas estas circunstancias comprometen seriamente la veracidad de su testimonio. En esto debo reparar, que no se trata de eliminar de plano su aporte probatorio, sino solo restarle la importancia que debería tener si otras fueras las circunstancias ya analizadas. Merece sin embargo mencionar que las acusaciones propusieron como prueba documental las audiciones de una serie de testigos que depusieron en fase de investigación en el procedimiento

judicial seguido por los mismos hechos en Guatemala, testigos que, por demás llamativo, no fueron propuestos en los escritos de acusación para prestar su testimonio en el plenario. En este sentido, dichas declaraciones fueron prestadas ante la autoridad judicial guatemalteca sin que conste asistencia del letrado defensor del ahora acusado, y fueron documentadas con la consideración de «anticipo de prueba». Puesto ello así, conforme a la Jurisprudencia española, dichos documentos no son otra cosa que testimonios documentados, ni pueden ser considerados como prueba anticipada conforme a lo dispuesto en artículo 730 LeCrim., ni pueden ser objeto de valoración pues adolecen de manifiesta falta de respeto a las más elementales garantías, y entre ellas, de manera destacada, el principio de contradicción, que se muestran como una exigencia ineludible del derecho de defensa y del derecho a un proceso público con todas las garantías, siendo obligación de los órganos judiciales posibilitarlo. En relación a la prueba indiciaria, sin duda la postura adoptada por la fiscalía y la acusación particular es una deducción compatible con el cuadro indiciario con que se cuenta, *pero no es la única posible*. Subrayo esta última afirmación, porque de acuerdo al cuadro probatorio, son imaginables otras hipótesis con, al menos, el mismo grado de probabilidad. En este sentido, la prueba indiciaria está huérfana de uno de sus elementos esenciales: que la inferencia sea concluyente o, dicho desde otra perspectiva, que no sea tan débil o abierta como para permitir otras alternativas fácticas con igual grado de probabilidad que la inculpatoria. *Específicamente en el caso que me ocupa*, la existencia de una relación de dependencia jerárquica respecto de los autores materiales de un hecho delictivo no determina en si misma que el superior ordene, autorice o tenga conocimiento de las actuaciones llevadas a cabo por el inferior en la escala jerárquica. Ello es tan así, puesto que, si la existencia de esa relación constituye presupuesto bastante para la atribución de un conocimiento de los hechos y la consiguiente responsabilidad penal, estaremos construyendo una especie de responsabilidad objetiva por hecho ajeno o por el cargo que es contraria a los principios irrenunciables de responsabilidad personal y culpabilidad que informan el Derecho Penal.

¿Participación omisiva? Sobre la participación del acusado en los hechos, las acusaciones han sostenido hábilmente en sus informes finales, el Ministerio Fiscal, que existe ignorancia deliberada por no investigar, y la Acusación Particular, que el acusado tenía el deber de controlar a sus subordinados, ocupando la oposición de garante porque tenía la obligación de conocer lo que ocurría. Entre otras cosas, señalan que «... nos encontramos ante un superior que desentiende, que no quiere saber, ante una falta de control deliberado de quien sabiendo el riesgo, se coloca en situación de ignorancia, lo que permite la imputación objetiva de los delitos cometidos por sus subordinados...», concluyendo que «no nos creemos que no supiera nada». Pero he de advertir jurídicamente que no estamos ante una cuestión de creencia, más o menos intuitiva, sino ante el análisis de la prueba practicada en el plenario conforme a cánones y reglas de valoración jurisprudencialmente consolidadas. *Porque* ambas Acusaciones

parten del error de considerar acreditada la premisa necesaria para que pueda imputarse el hecho al acusado por comisión por omisión, al amparo de lo dispuesto en el artículo 11 del CP. En definitiva, *no existe dolo* cuando no haya tenido conocimiento de la situación de hecho, pues para que pueda apreciarse autoría «en comisión por omisión» es preciso que el omitente tenga la posibilidad de intervenir en el hecho con dominio potencial para evitarlo. En este sentido, *se impide sólo lo que se puede y se debe evitar, con capacidad de intervención inmediata, impidiendo la continuación de la acción antijurídica.*

Múltiples escenarios que impiden certeza de condena. En este sentido, se pueden plantear tres hipótesis alternativas. Conforme a la primera, el ministro ordenó las ejecuciones extrajudiciales, en cuyo caso sería autor intelectual que tantos asesinatos como víctimas se hubieran producido. Conforme a la segunda, el ministro, conocedor de que las ejecuciones se iban a producir, las consintió, manifestando su aquiescencia expresa o tácita. Encontrándose en una situación de garante sería responsable de los asesinatos a título de comisión por omisión (coautoría por omisión o participación por cooperación necesaria de carácter omisivo), por no haber evitado las ejecuciones, pudiendo hacerlo. Finalmente, según la tercera hipótesis, el ministro no tuvo conocimiento previo de las ejecuciones, que fueron llevadas a cabo por uno o dos grupos incontrolados, en los que participaban responsables policiales del Operativo, y que se extralimitaron en sus funciones, alternativa que se sostiene en la existencia de tales grupos enquistados en las altas esferas del Ministerio y de la Policía, y en la situación social y política, con prácticas reiteradas de ejecuciones extrajudiciales y de operaciones de «limpieza social». Todas estas teorías son perfectamente válidas y probables o posibles, pero escapan a la certeza exigible para dictar una sentencia condenatoria en contra de una persona que, inicialmente, se considera inocente hasta que este estado se destruya por un cúmulo probatorio que no permita dudas acerca de la alternatividad de acontecimientos delictivos. Pero este no es dicho supuesto. Y ello puede explicarse de manera sencilla. En primer lugar, sobre el conocimiento que tuviera el acusado de los hechos, su ausencia afecta al elemento subjetivo del tipo penal, que normalmente se acredita mediante juicios de inferencia de naturaleza inductiva. En segundo aspecto, es perfectamente concebible que los autores materiales de las muertes que no han sido parte en el proceso actúen sin control de sus superiores. En tercer lugar, tampoco puede descartarse que algunos responsables policiales se extralimitaran, cometiendo los gravísimos delitos que han sido objeto de acusación. Tan posible es este último escenario que ya han sido condenados por otros Tribunales el director general de la Policía y el jefe de división de Investigación Criminal. Como si fuera poco, tampoco puede descartarse que incluso los hechos ahora juzgados se deban a represalias contra él mismo por haber «limpiado el sistema policial», circunstancia tampoco acreditada pero posible dentro de las alternativas, que le restan certeza a un cúmulo desordenado de pruebas penalmente relevantes en contra del acusado.

¿Delito de lesa humanidad? De acuerdo al artículo 607 bis del Código Penal español –*cuya fuente es el artículo 7 del Estatuto de Roma*, cuyo texto se distribuyó como documento A/CONF.183/9, de 17 de julio de 1998, enmendado por los *procès-verbaux* de 10 de noviembre de 1998, 12 de julio de 1999, 30 de noviembre de 1999, 8 de mayo de 2000, 17 de enero de 2001 y 16 de enero de 2002, entrando en vigor el 10 de julio de 2002–, estos crímenes –y sin entrar en particularidades– son aquellos «hechos se cometan como parte de un ataque sistemático y generalizado contra la población civil o una parte de ella». Así, un ataque tiene la primera característica cuando se ajusta a un sistema, a un conjunto ordenado de normas y procedimientos, lo que supone una elaboración rigurosa, una tarea ordenada, que se efectúa siguiendo un método o sistema. *Estoy de acuerdo* con la sentencia cuando afirma que nada de ello acontece en el caso analizado. Sí, nos encontramos ante hechos muy graves, pero aislados y en los que se aprecia una importante dosis de improvisación. En esta dirección probatoria, los móviles de los autores pueden ser diversos, sin que pueda descartarse una intencionalidad económica o la existencia de una animadversión personal. Pero tampoco existe la menor constancia de un plan diseñado desde el Gobierno para su eliminación física.

Voto particular. El magistrado José Ricardo de Prada Solaesa establece que «ha quedado probado más allá de cualquier duda razonable la participación delictiva del acusado Sr. Doroteo Raimundo en relación con los hechos relativos a las ejecuciones extrajudiciales de diez personas». Pero a poco que se analizan sus fundamentos, podrá observar el lector que no es tal. En primer lugar, manifiesta que la sentencia minimiza el valor de los testimonios de expertos (que constituyen auténticas periciales de investigación o de inteligencia). Debe advertirse que más allá del conocimiento que aporten –*que puede ser mucho*– no pueden valorarse como periciales si no han sido introducidas como tales en el proceso para dotarlas de todas las garantías de las partes, sobre todo el derecho de defensa del imputado, donde el debate –*juicio*– es el ámbito natural de contradicción de las pruebas, salvo que haya motivos suficientes para no hacerlo, los cuales parecen no ser expuestos por este magistrado. En segundo lugar, al hacer referencia a los «anticipos de prueba», el ponente entremezcla las normativas vigentes tanto en España –*LeCrim*– y el Código Procesal Penal de Guatemala, intercalando ambos postulados para forzar una interpretación acerca de su admisión o denegación, sin explicar si quiera por qué elige una u otra en distintos tramos de su razonamiento. En otro orden de ideas, para negar la postura absolutoria de la sentencia, se basa principalmente en la falta de pruebas o no diligenciadas, pero no en el contenido de las que existen en la causa, queriendo asumir un rol –*de Fiscal*– que no tiene ni debe tener. Esta postura –*a mi parecer incorrecta*– se manifiesta de manera patente cuando expresa que «la mayoría del tribunal consideró que la prueba así practicada carecía de la menor garantía y vulneraba abiertamente las previsiones del Convenio, lo que a mi juicio no era justificación real ni suficiente para denegar a la parte la posibilidad factible

de práctica de una prueba testifical directa por videoconferencia», olvidando una garantía inviolable cual es que el impulso procesal y probatorio debe estar en cabeza de las partes, en el sentido de que si nadie insistió o lo solicitó, ¿cómo puede hacerlo el tribunal sin dañar el principio de imparcialidad? Al mismo tiempo, en otros pasajes (por tal «... de los poderes y competencias previstos para el organismo de investigación en los iniciales proyectos a las finalmente reconocidas a la CICIG había una gran distancia y en realidad su aprobación respondió más a la presión y cumplimiento de los compromisos internacionales, pretendiendo dar apariencia de que algo se hacía...»), realiza aseveraciones con carácter partidario político que nada aportan a un razonamiento judicial que debe tener por su alto cargo, menos al juzgar una causa tan relevante desde el punto de vista político –en uno u otro sentido, sin entrar al análisis de a quién perjudica o beneficia–. En esta dirección, parecería haber una insistencia en una ideología política más que en probar jurídicamente y fácticamente los hechos y participación del acusado. Por último, realiza afirmaciones que solo encuentran lugar en su mente, desprovista de todo tipo de control acerca de su racionalidad, precisamente uno de los elementos esenciales que hacen a toda sentencia válida y por ende no nula, tal cuando afirma –*vaya a saber uno de dónde responde ello*– que «la finalidad de este plan y de esta estructura policial paralela sería escarmentar a los reclusos y mostrarles que en caso de evasión, algunos no regresarían vivos». Es decir, en definitiva, el magistrado, en mi parecer, realiza «opiniones» de prueba, que solo aportan cuestiones meramente procesales, con conclusiones que no encuentran respaldo probatorio y hasta análisis políticos que poco tienen que ver con los elementos jurídicos que se deberían analizar en este caso –y en cualquier otro– sometido a los Tribunales. Por lo demás y en todo lo demás, ya he expresado mis consideraciones al respecto en las líneas iniciales.

Marcos MORENO
Máster en Derecho Penal, Universidad de Salamanca, España
Auxiliar en el Poder Judicial de la Excma. Cámara 8.º
Criminal y Correccional, Córdoba, Argentina
uccmm@hotmail.com