

RESPUESTA A LA EXPOSICIÓN HECHA POR ESTADOS UNIDOS

**EN RELACIÓN CON LA QUERRELLA PENAL
PENDIENTE CONTRA**

**DAVID ADDINGTON, JAY BYBEE, DOUGLAS FEITH,
ALBERTO GONZALES, WILLIAM HAYNES Y JOHN YOO**

**EN LA AUDIENCIA NACIONAL, MADRID, ESPAÑA
PROCESO N° 134/2009**

Abril de 2011

I. Antecedentes

El 17 de marzo de 2009, la Asociación Pro Dignidad de Presos y Presas de España incoó en la Audiencia Nacional de España una querrela contra seis ex funcionarios del gobierno de Estados Unidos, a saber: David Addington, ex asesor jurídico y jefe de personal del ex vicepresidente Cheney; Jay S. Bybee, ex fiscal general delegado, Despacho de Asesoramiento Jurídico (OLC, por sus siglas en inglés), Departamento de Justicia de Estados Unidos (DOJ, por sus siglas en inglés); Douglas Feith, ex subsecretario de defensa a cargo de normativas, Departamento de Defensa de Estados Unidos (DOD, por sus siglas en inglés); Alberto R. Gonzales, ex asesor jurídico del ex presidente George W. Bush, y ex fiscal general de la nación; William J. Haynes, ex asesor jurídico general, DOD; y John Yoo, ex fiscal general delegado, OLC, DOJ.¹ Se afirma que los querrellados aportaron de manera material a un plan sistemático de tortura y trato cruel, inhumano y degradante de personas detenidas por Estados Unidos en el contexto de la llamada “Guerra contra el terror”. La querrela contiene imputaciones que incluyen la tortura y contravenciones de los Convenios de Ginebra de 1949.

Este proceso le correspondió por reparto al juez Eloy Velasco. En 4 de mayo de 2009, el juez Velasco emitió cartas rogatoria a Estados Unidos, conforme al Tratado de asistencia jurídica mutua en materia penal ratificado en 1990 entre el Reino de España y Estados Unidos de América. En dicho auto, el juez preguntó si “los actos referidos en esta querrela se están o no investigando o persiguiendo en Estados Unidos” y de ser ese el caso, pidió que se identificara a la autoridad a cargo del proceso y se informara al Tribunal del procedimiento concreto mediante el cual se puede referir la querrela para efectos de acumulación de cargos. No se recibió respuesta alguna a la solicitud.

El juez Velasco repitió su solicitud a Estados Unidos en dos ocasiones. El 7 de abril de 2010 reiteró la solicitud, recalcando la ‘urgencia de responder a las cartas rogatoria internacionales remitidas a Estados Unidos’. El 18 de octubre de 2010, expidió un mandato en el que *inter alia* citó la comisión rogatoria remitida al gobierno estadounidense el 4 de mayo de 2009 y recalcó la “urgencia de cumplir” con las cartas rogatorias.

Por fin, el 28 de enero de 2011, el juez Velasco expidió una orden en la que fija una fecha límite para que Estados Unidos le informe si se está o no efectuando una investigación o un procesamiento de los eventos estipulados en la querrela. El juez Velasco especificó que si no se obtenía una respuesta, consideraría cumplido lo que se detalla en el Artículo 23(4) Secciones 2 a 3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ).² Conforme a un escrito recibido del Ministerio Fiscal en el que se le solicita al juez Velasco que indague acerca del nombramiento de un fiscal

¹ La documentación de este proceso se puede leer (tanto en inglés como en español) en: <http://www.ccrjustice.org/ourcases/current-cases/spanish-investigation-us-torture>; www.ecchr.de/index.php/us-accountability/articles/ecchr-files-legal-submission-in-spanish-guantanamo-case.html.

² Según el Artículo 23(4) de la LOPJ, España ejercería su jurisdicción, *inter alia*, si hallase que “no hay ningún otro país ni tribunal internacional competente en el que se hayan iniciado procedimientos que constituyan una investigación y persecución en relación con los actos punibles”.

especial en Estados Unidos, el juez Velasco incluyó dicha consulta concreta en su seguimiento a Estados Unidos.

El 15 de marzo de 2011, se les informó a las partes que Estados Unidos había respondido al juez Velasco, y la respuesta estadounidense, de fecha primero de marzo de 2011, recibida por el Tribunal el 4 de marzo subsiguiente, se puso a disposición de las partes el día 21 de marzo de 2011. En la exposición de Estados Unidos no se ofrece ninguna explicación acerca de los casi dos años que se tomó Estados Unidos para responder a la consulta del juez Velasco.

II. Resumen

El *Center for Constitutional Rights* (CCR) y el *European Center for Constitutional and Human Rights* (ECCHR) reaccionan en la presente respuesta a la carta presentada por la Oficina de Asuntos Internacionales del Departamento de Justicia de Estados Unidos.³ CCR y ECCHR, siendo entidades que llevan años participando plenamente en acciones que procuran reparaciones y exigen la rendición de cuentas a nombre de personas que han sido sometidas a torturas y otras violaciones graves del derecho internacional mientras se encontraron detenidas por Estados Unidos, presentaron al juez Velasco tres opiniones de expertos relacionadas con el proceso contra los seis ex funcionarios del gobierno de Bush: dos autos se concentraron en qué procedimientos, investigaciones o persecuciones, si las hay, se están efectuando en Estados Unidos con respecto al proceso que nos ocupa,⁴ y en el tercer auto se presenta un marco conceptual jurídico que se podría aplicar para responsabilizar penalmente a los querellados, ex abogados oficiales, y constituye prueba clave contra los querellados.⁵ Con base en lo expuesto en estas opiniones de expertos, CCR y ECCHR determinaron que era correcto que el juez Velasco y la Audiencia Nacional conocieran del proceso pues este yace dentro de su jurisdicción.

La exposición de Estados Unidos no altera para nada la conclusión de que el proceso penal contra los llamados “seis de Bush” está debidamente radicado en el tribunal español: demuestra que ninguna jurisdicción competente está investigando ni persiguiendo las imputaciones de la

³ Departamento de Justicia de Estados Unidos, División Penal, Despacho de Asuntos Internacionales, carta de Mary Ellen Warlow y Kenneth Harris dirigida a la señora Paula Mongé Royo, “Ref: solicitud de asistencia de España en el asunto de Addington, David; Bybee, Jay; Feith, Douglas; Haynes, William; Yoo, John; y Gonzalez, Alberto; Número de referencia español: 002342/2009-CAP,” de fecha primero de marzo de 2011 marcado con sello el 4 de marzo de 2011 (“Exposición de Estados Unidos”).

⁴ Véase Opinión de experto conjunta, 26 de abril de 2010, que se puede ver en inglés y en español en: <http://ccrjustice.org/files/FINAL%20Expert%20Opinion%20final%20es.pdf> y en http://www.ccrjustice.org/files/FINAL%20EXPERT%20OPINION%20ENG_0.pdf (“Opinión de experto de abril de 2010”); y auto suplementario de la Opinión de experto conjunta del 26 de abril de 2010, 11 de diciembre de 2010, que se puede ver en inglés y en español en: http://www.ccrjustice.org/files/Spain%20Supplemental%20Final_English%20-%20EXHIBITS.pdf y en http://www.ccrjustice.org/files/Spain%20Supplemental%20Submission_SPANISH%20-%20FINAL%20with%20Exhibits.pdf (“Opinión de experto suplementaria de diciembre de 2010”).

⁵ Véase Opinión de experto conjunta: Responsabilidad de los seis querellados, 4 de enero de 2011, que se puede ver en inglés y en español en: <http://www.ccrjustice.org/files/FINAL%20English%20Lawyers%20Responsibility%20Submission.pdf> y en <http://www.ccrjustice.org/files/FINAL%20English%20Lawyers%20Responsibility%20Submission.pdf>.

querrela. Las iniciativas que se detallan como emprendidas por el gobierno estadounidense en diversos foros, si bien indican alguna medida pequeña de inquietud con respecto al “maltrato” o al “abuso” de detenidos y la asesoría jurídica proporcionada en relación con el trato de detenidos, estas, al fin y al cabo, no responden ni se aplican a las acusaciones que se detallan en la querrela española.

No ha habido ni habrá ninguna investigación ni persecución penales del trato dado a las víctimas nombradas ni de las actuaciones de los querrelados nombrados. No ha habido ni hay en la fecha ninguna investigación penal de las actuaciones de los funcionarios de alto nivel del gobierno de Bush que participaron en la creación y puesta en práctica de una normativa de detención e interrogatorio según la cual los denunciantes y otras personas detenidas en Guantánamo, en Irak, en Afganistán y en sitios de detención secretos, fueron sometidos a torturas y trato cruel, inhumano y degradante y a otras violaciones graves del derecho internacional.

La exposición de Estados Unidos deja en claro que los querrelados nombrados en este proceso no serán perseguidos ni enjuiciados en Estados Unidos: ***“el Departamento de Justicia ha concluido que es improcedente iniciar procesos penales contra ningún otro funcionario del poder ejecutivo, incluidos aquellos nombrados en la querrela, que se basaron en los memorandos expedidos por el Despacho de Asesoramiento Jurídico para participar en las normas y procedimientos de detención e interrogatorio”.***

Si bien no cabe duda que Estados Unidos cuenta con el marco conceptual jurídico que le da jurisdicción sobre las acusaciones de tortura y otras violaciones graves del derecho internacional por los que los querrelados nombrados individuales en quienes recae la responsabilidad penal individual, ***es aparente que el no haber investigado ni perseguido ni enjuiciado a ningún funcionario de nivel intermedio o alto en 9 años, Estados Unidos no se valdrá de su fuero respecto a esta querrela.*** De hecho, las siete páginas de la exposición, en las que se improvisan vínculos entre respuestas gubernamentales inconexas relacionadas con la tortura o el maltrato de detenidos en centros de detención manejados por Estados Unidos, terminan dejando en claro el punto mismo que Estados Unidos está tratando de aclarar en su respuesta: la exposición de Estados Unidos demuestra que Estados Unidos no ha dado ni dará ni un solo paso hacia la investigación o el enjuiciamiento por los delitos de tortura y otros abusos graves de los detenidos contra estos querrelados u otros funcionarios de alto nivel del gobierno de Estados Unidos.

CCR y ECCHR responden a continuación a los diversos puntos tratados en la exposición de Estados Unidos y, al hacerlo, demuestran que en Estados Unidos no hay investigaciones ni procesos que interfieran con el ejercicio por parte del Reino de España de su jurisdicción por sobre “los seis de Bush”.

III. Marco conceptual jurídico aplicable:

La opinión de experto de abril de 2010 detalla el fundamento jurisdiccional español para conocer de este proceso y la relación entre la jurisdicción española y la jurisdicción estadounidense en este asunto, sobre todo a la luz de la falta de acción en Estados Unidos. Dicha opinión también aclara la jurisprudencia internacional y europea sobre las investigaciones concretas. A continuación resaltamos algunos de los puntos principales de dicha opinión, recalcando su pertinencia respecto de la pregunta si el Tribunal debe retener o deferir la jurisdicción.

Según el Artículo 23(4) de la LOPJ, la jurisdicción española será competente para conocer de ciertos delitos internacionales “si no hay ningún otro país con competencia... en el que se hayan iniciado procedimientos que constituyan una investigación y persecución efectivas en relación con los hechos punibles”. Este punto es de importancia fundamental: ***la jurisdicción de los juzgados españoles para conocer de la querrela que nos ocupa puede ser contrarrestada sólo si las autoridades estadounidenses pueden demostrar que han iniciado por su propia cuenta una investigación y persecución efectivas con respecto a estos hechos.*** Si bien no hay duda de la competencia estadounidense para iniciar una investigación efectiva (dada la nacionalidad de los querrelados y las leyes nacionales, incluido el Estatuto de crímenes de guerra (18 U.S.C. § 2441) y el Estatuto contra la tortura (18 U.S.C. § 2340A), es evidente al efectuar un análisis de la exposición de Estados Unidos que no se ha iniciado ni concluido en dicho país ninguna tal investigación efectiva de los hechos punibles. Es más, por los motivos que se esbozan a continuación, queda muy en claro que ninguna tal investigación *se efectuará* en Estados Unidos mientras ejerza el poder la administración actual. Por consiguiente, conforme al Artículo 23(4) de la LOPJ, el proceso tiene que proseguir ante el juzgado español en lugar de ser diferido provisionalmente.

Tal como lo manifestáramos anteriormente en nuestra Opinión de experto de abril de 2010, la jurisprudencia en Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuyos dictámenes son necesariamente vinculantes para los juzgados españoles, se tiene que tener en cuenta al interpretarse el alcance de las disposiciones de “efectividad” contenidas dentro del Artículo 23(4) a (5) de la LOPJ.⁶ Visto en forma acumulativa, para ser “efectiva” la investigación tiene que ser independiente; tiene que habilitar la determinación de lo querrelado y ofrecer un derecho de reparación; y tiene que ser oportuna. Anteriormente esbozamos el conjunto europeo de sentencias y doctrinas aplicable sobre la “efectividad” y por lo tanto no la repetimos acá.⁷ Sin embargo, hay dos puntos clave en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que realzamos para formalizar el contexto de la presente respuesta.

Primero, a fin de habilitar la determinación de lo querrelado (y por lo tanto, para ser efectiva), la investigación tiene que “tener la capacidad de llevar hacia la identificación y el castigo de los

⁶ De hecho, en el asunto de *Al Daraj*, los juzgados españoles explícitamente se basaron en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para interpretar el alcance de las cláusulas de “efectividad” contenidas en el Artículo 23(4) a (5) de la LOPJ. Véase, por ejemplo, Opinión disidente, Sentencia No. 1/09, Tribunal Superior Nacional (División Penal), Apelación No. 31/09 (sobre procedimientos preliminares No. 157/08), 17 de julio de 2009, páginas 8 a 10, se puede leer en: http://www.ccrjustice.org/files/National%20High%20Court%20-%20Appeals%20Dissent%20Opinion%20of%2007.17.2009_ENG.pdf.

⁷ Véase Opinión de experto de abril de, en las páginas 17 a 20

responsables”.⁸ Es fundamental que dado que la tortura es un delito tipificado en el derecho internacional, esta obligación de identificar y enjuiciar a los supuestos perpetradores necesariamente implica una investigación y/o una persecución *penales*.⁹ Por lo tanto, una evaluación administrativa que no tiene la capacidad de concluir en un enjuiciamiento penal necesariamente es una respuesta inefectiva y, por lo tanto, claramente inadecuada para los delitos presuntos de tortura ya que no avanza de ninguna manera hacia la reparación efectiva ni hacia el enjuiciamiento de quienes consumaron los delitos.

Segundo, está bien establecido que una investigación se considere efectiva, tiene que “ser independiente en términos jerárquicos e institucionales de todo aquél que esté implicado en los hechos”.¹⁰ Es decir, en cuanto a lo más básico, los querellados tienen que mantenerse separados y desconectados institucionalmente de los procedimientos de investigación y los hallazgos que tienen que ver con su supuesta actividad. O sea que tal como se detalla más a fondo a continuación, si se convidó a los querellados en este asunto a evaluar y a realizar cambios sustantivos en las investigaciones de sus actividades, no se han satisfecho los criterios de independencia y efectividad.

IV. Respuesta a la exposición de Estados Unidos

La exposición de Estados Unidos identifica iniciativas administrativas del gobierno, investigaciones del Congreso, el enjuiciamiento de personal civil por delitos cometidos en Afganistán, una investigación preliminar limitada, e investigaciones dentro del Departamento de Defensa que resultaron en el enjuiciamiento de una cantidad reducida de soldados de bajo rango. CCR y ECCHR responderán a cada elemento, uno por uno.

A. El proceso realizado por el Despacho de Responsabilidad Profesional (OPR, por sus siglas en inglés)

Como lo señala la exposición de Estados Unidos, el Despacho de Responsabilidad Profesional (en lo sucesivo, el OPR por sus siglas en inglés) inició una investigación de la conducta profesional de dos de los seis querellados nombrados, a saber, Jay Bybee y John Yoo. Sin embargo, en cuanto al informe producido por el OPR, la exposición de Estados Unidos es tanto engañosa como incompleta. De ninguna manera presenta dicha exposición una descripción precisa o completa del mandato y la jurisdicción del Despacho de Responsabilidad Profesional, de los casi cinco años de investigación que emprendió acerca de la conducta —o falta de conducta— profesional de John Yoo y Jay Bybee, del papel que Yoo y Bybee desempeñaron en ese proceso, y de la decisión de David Margolis de anular los resultados de la investigación del

⁸ *Aksoy versus Turquía* (1997) 23 EHRR 553 (en el párrafo 98)

⁹ Rodley, N. y Pollard, M. (2009). *El trato de prisioneros según el derecho internacional* (3a ed.) OUP (en la página 151); véase también Opinión de experto de abril de 2010, no. 63.

¹⁰ *Davydov y otros versus Ucrania* [Aplicaciones nos. 17674/02 y 39081/02, 1 de julio de 2010 (en el párrafo 277)] [ECtHR]. Véase también Opinión de experto de abril de 2010, p. 18, y los procesos que allí se citan.

OPR. Al no definir el muy estrecho alcance del proceso de evaluación del OPR, Estados Unidos oculta su falta de pertinencia con respecto al análisis de complementariedad y subsidiariedad.

La exposición de Estados Unidos trae a colación las conclusiones del fiscal general delegado David Margolis, pero no reconoce ni presenta los hallazgos de la investigación de casi cinco años realizada por el OPR, que culmina con el informe de 261 folios que se expidió el 29 de julio de 2009.¹¹ El informe del OPR concluyó que John Yoo había cometido mala conducta profesional intencionalmente y que Jay Bybee había cometido mala conducta profesional.

La exposición de Estados Unidos es engañosa —y carente de honradez— en su presentación del significado del proceso del OPR: la exposición de Estados Unidos manifiesta que “no existe ningún fundamento para proseguir con el procesamiento penal de [John] Yoo o de [Jay] Bybee” con base en los hallazgos modificados de un fiscal general delegado, David Margolis, quien, después de un repaso que duró varios meses y que se basó en gran parte en las respuestas al informe del OPR de julio de 2009 que presentaron Bybee y Yoo, determinó que ninguno de los dos había cometido mala conducta profesional. *Los hallazgos del proceso del OPR— sean de mala conducta o no— no tienen ingerencia alguna en si existe o no fundamento para proseguir con un procesamiento penal.* El proceso del OPR es pura y llanamente un proceso disciplinario y de ninguna manera está conectado con investigaciones o procesamientos penales.

Como se trata en mayor detalle a continuación, en la exposición de Estados Unidos también se reconoce que el Departamento de Justicia ha tomado una decisión *normativa* de no enjuiciar a nadie que se haya basado en los memorandos sobre tortura, inclusive, tal parece, a los autores de dichos memorandos. La exposición de Estados Unidos reconoce y confirma que “*el Departamento de Justicia ha concluido que es improcedente iniciar un proceso penal contra ningún otro funcionario del poder ejecutivo, incluidos aquellos nombrados en la querrela que hayan actuado con base en tales memorandos [el de Yoo y el de Bybee] y otros generados por el Despacho de Asesoramiento Jurídico durante el curso de su participación con respecto a las normas y procedimientos de detención e interrogatorio*”.¹² Tal *decisión normativa* demuestra que *Estados Unidos no está dispuesto —y no que no tiene la capacidad—* a investigar estos delitos por los cuales hay suficientes hechos comprobados para de hecho, tener la obligación de investigar, *inter alia*, por violaciones del Convenio contra la tortura. España no debe, y no puede, deferir una decisión *normativa* de no perseguir ni debe transferir el proceso a Estados Unidos cuando dicho país ha manifestado de manera inequívoca que no enjuiciará a nadie.

El alcance de la evaluación del Despacho de Responsabilidad Profesional (OPR) fue limitado

¹¹ Departamento de Justicia de Estados Unidos, Despacho de Responsabilidad Profesional, Investigación de los memorandos del Despacho de Asesoramiento Jurídico sobre temas relacionados con el uso por parte de la CIA (Agencia Central de Inteligencia) de “Técnicas de interrogatorio perfeccionadas” en supuestos terroristas, 29 de julio de 2009 (“Informe de OPR”), se puede leer en: <http://judiciary.house.gov/hearings/pdf/OPRFinalReport090729.pdf>

¹² Exposición de Estados Unidos, p. 2.

- El Despacho de Responsabilidad Profesional tiene un mandato limitado: el *OPR investiga mala conducta profesional de abogados del Departamento de Justicia, y no tiene mandato para realizar investigaciones penales ni para examinar responsabilidad penal.*

Es responsabilidad del OPR “investigar denuncias de mala conducta por parte de los abogados del Departamento y que se relacionen con el ejercicio de su autoridad para investigar, litigar o dar asesoría jurídica, así como también cualquier denuncia de mala conducta por personal de orden público cuando se relacionan con afirmaciones de mala conducta de los abogados que están dentro de la jurisdicción del OPR.”¹³ No existe ninguna relación entre las labores definidas del OPR y los procedimientos penales, tal como se aclara en la exposición de Estados Unidos.

Por lo tanto, la evaluación del OPR no sólo se limitó en su alcance a evaluar mala conducta profesional, sino que también se limitó a abogados del Departamento de Justicia, y así sólo abarcó a dos de los seis querellados nombrados.¹⁴ Los otros cuatro querellados trabajaron en otras dependencias, fuera del alcance del OPR del Departamento de Justicia, durante el tiempo de los hechos que se están querellando, a saber: David Addington fue asesor jurídico y jefe de personal del ex vicepresidente Cheney; Douglas Feith fue subsecretario de defensa a cargo de la definición de normativas en el Departamento de Defensa; Alberto R. Gonzales fue asesor jurídico del presidente George W. Bush; y William J. Haynes fue asesor general en el Departamento de Defensa. Sobre ninguno de ellos se ha hecho investigación alguna respecto a sus actuaciones.

Existe una diferencia inequívoca entre el proceso del OPR y un proceso penal

¹³ Véase <http://www.justice.gov/opr/about-opr.html> . Véase 28 C.F.R. Sección .39a(a)(1) (“Funciones” del OPR): (a) El Asesor: (1) recibirá, evaluará, investigará y referirá para que se tomen las medidas del caso toda acusación de mala conducta por personal de orden público cuando tales denuncias se relacionan con acusaciones de mala conducta de algún abogado dentro de la jurisdicción del OPR del Departamento de Justicia [...] (3) reportará al funcionario del Departamento que esté a cargo los resultados de las pesquisas e investigaciones que surjan de las autoridades de los estados, territorios y del Distrito de Columbia con respecto a asuntos de mala conducta profesional [...] conforme a los párrafos (a)(1) y (2) de la presente sección, y, cuando corresponda, **hacer recomendaciones sobre medidas disciplinarias y otras medidas correctivas**; [...] (6) trabajar en conjunto con el grupo disciplinario del colegio de abogados. Véase también el informe del OPR, página 14, en el que se define el mandato del OPR como “evaluar el cumplimiento de los abogados del Departamento según las normas departamentales y profesionales, sea en litigios o al dar asesoramiento jurídico, siendo esa la función clave del OPR.”; La “**jurisdicción del OPR se limita a repasar denuncias de mala conducta que se hagan contra los abogados del Departamento de Justicia** y contra personal de orden público que obre con base en las labores de los abogados de su autoridad para investigar, litigar o dar asesoría jurídica”. Se puede leer en: <http://www.justice.gov/opr/process.htm>.

¹⁴ La investigación del OPR de la conducta profesional de John Yoo y Jay Bybee se inició formalmente en octubre de 2004.

- El proceso del OPR es distinto al de una investigación penal y los investigadores del OPR tienen poderes más limitados que los de los fiscales o los agentes del orden público.
 - Aquel que no sea empleado *actual* del Departamento de Justicia puede negarse a ser entrevistado en una investigación del OPR; ***el OPR no tiene poderes para expedir órdenes de comparecencia a testigos.***¹⁵ Tales fueron los casos con varios de los testigos cuyo testimonio se procuró durante la investigación de Yoo y Bybee, incluidos entre otros: el ex fiscal general John Ashcroft, personal y abogados del centro de contraterrorismo de la CIA, y otros, que se negaron a ser entrevistados¹⁶ *Es de notarse que el querellado David Addington, ex asesor del vicepresidente Cheney, ni respondió a las solicitudes de entrevista de los investigadores del OPR.*¹⁷
 - El ***OPR no cuenta con poderes para hacer citatorias judiciales de documentos.***¹⁸ Tal como lo aclara el Informe del OPR: *“La evaluación administrativa del OPR de las afirmaciones de mala conducta profesional son diferentes de un litigio civil, en el que las partes puede pedir documentos o valerse de declaraciones juramentadas, y son diferentes de una investigación penal en la que se tiene acceso a testigos y documentos mediante el uso de los emplazamientos obligatorios del jurado de acusación”.*¹⁹
 - Incluso en casos en los que se establece la mala conducta profesional, el ***“castigo” es exclusivamente de índole disciplinaria,*** incluida una remisión al asesor jurídico del colegio de abogados en las jurisdicciones en las que se les otorga al abogado su licencia para ejercer, lejos de las sanciones que se pueden imponer en un proceso penal.²⁰ Cuando el OPR falló que John Yoo “intencionalmente había cometido mala conducta profesional al violar su deber de ejercer un juicio legal independiente mediante asesoría jurídica cabal, objetiva y franca”, y que Jay Bybee “había cometido mala conducta profesional cuando actuó con imprudencia e indiferencia de su deber de ejercer un juicio legal independiente mediante asesoría jurídica cabal, objetiva y franca”, el castigo para ambos fue “dar aviso al colegio de abogados en los estados en los que Yoo y Bybee cuentan con licencias para ejercer su profesión”.²¹

Dada la índole disciplinaria y no penal del proceso del OPR, no se puede considerar una investigación “efectiva” para los efectos que se definen en el Artículo 23(4) de la LOPJ interpretado a la luz de la jurisprudencia que corresponde.

¹⁵ Informe del OPR, página 12.

¹⁶ Informe del OPR, página 7.

¹⁷ Informe del OPR, página 7.

¹⁸ Véase el Informe del OPR, páginas 12 y 13.

¹⁹ Informe del OPR, página 13, nota 12.

²⁰ Véase el Informe del OPR, página 13.

²¹ OPR, página 11, nota 10.

También es importante recalcar que en contraste con las investigaciones penales, el proceso de investigación del OPR en el caso de Yoo y Bybee incluyó el repaso del borrador del informe por John Yoo y Jay Bybee. Tal repaso por Yoo y Bybee parece haber sido resultado de sendos repastos realizados en diciembre de 2008 por el fiscal general y el fiscal general delegado en las últimas semanas del gobierno de Bush. Ambos señores manifestaron “sus críticas acérrimas de los hallazgos citados en el borrador del informe” y remitieron una carta al OPR expresando sus inquietudes y críticas.²² Si bien el OPR había tenido la intención de divulgar el informe en enero de 2009 sin someterlo a repaso por John Yoo y Jay Bybee, el fiscal general Musakey del gobierno de Bush y su fiscal delegado, expresaron sus objeciones por lo que el informe no había sido revisado por los sujetos de la investigación antes de que divulgara públicamente.²³

El borrador del informe se le entregó entonces a los sujetos de la investigación —Bybee y Yoo— para que lo repasaran y presentaran sus comentarios dentro de un marco de 60 días. Ambos sujetos presentaron sus comentarios en mayo de 2009. De tal manera, la divulgación del informe se retrasó seis meses.²⁴

Las reacciones de Yoo y Bybee al borrador del informe fueron “fuertemente críticas” y se observaron diferencias significativas entre el borrador original y el informe definitivo, aunque en ambas versiones el OPR concluyó que ambos sujetos habían cometido mala conducta profesional.²⁵

Si bien mantenemos nuestra oposición a la clasificación de la evaluación del OPR como una “investigación” propiamente dicha para efectos de evaluar si Estados Unidos está realizando una “investigación efectiva” de los hechos que se citan en la querrela, tal como se indicó anteriormente, según la jurisprudencia europea aplicable, una investigación “efectiva” es una que es “independiente jerárquica e institucionalmente de cualquier persona implicada en los hechos”.²⁶ El hecho de que Yoo y Bybee participaron directamente en el proceso de revisión del OPR y tuvieron injerencia directa en su resultado hace surgir preguntas —e inquietudes— muy graves acerca de la independencia de este proceso de investigación.

Deficiencias y errores de hecho en el informe del OPR

²² Informe del OPR, página 9.

²³ Véase Memorando del fiscal general delegado David Margolis dirigido al fiscal general de la nación Eric Holder, *Decisión ref: las objeciones sobre los dictámenes de mala conducta profesional en el Informe del Despacho de Responsabilidad Profesional sobre la investigación de los memorandos del Despacho de Asesoramiento Jurídico respecto al uso por la CIA de ‘Técnicas de interrogatorio perfeccionadas’ con supuestos terroristas*, 5 de enero de 2010 (el “memorando de Margolis”), que se puede leer en <http://judiciary.house.gov/hearings/pdf/DAGMargolisMemo100105.pdf>, páginas 4-6.

²⁴ Véase el memorando de Margolis, página 6.

²⁵ Memorando de Margolis, páginas 7 y 8. Véase también el informe del OPR, página 10 : “el OPR estas respuestas detenidamente y efectuó los cambios que correspondían en el borrador del informe”.

²⁶ Véase *supra* página 4, nota 10

- La investigación del OPR adolece de errores de hecho, debidos en gran parte al acceso limitado que con que contaron los investigadores del OPR a testigos y documentos, sobre todo en cuanto se refiere a la CIA, así como a la misteriosa desaparición de los mensajes electrónicos del querellado John Yoo.
 - Tal como se reconoce en el informe del OPR: *“Si bien hemos tratado de presentar el recuento más completo posible de los hechos y las circunstancias que rodean el papel del Departamento en la implantación de ciertas prácticas de interrogatorio por parte de la CIA, es importante señalar que **nuestro acceso a información y testigos por fuera del Departamento de Justicia se limitó a aquellas personas y dependencias dispuestas a colaborar con nuestra investigación**”*.²⁷
 - La investigación del OPR *“se vio obstaculizada por la pérdida de los mensajes electrónicos de Yoo y de Philbin, por nuestra necesidad de procurar la colaboración voluntaria de testigos que no eran empleados del Departamento de Justicia, y también por nuestro acceso limitado a la documentación de la CIA y de testigos de dicha entidad (incluidos casi todos los abogados de la CIA y todos los testigos de la Casa Blanca, aparte del ex consejero de la Casa Blanca Alberto Gonzales)”*.²⁸
- Los investigadores del OPR también reconocieron la incertidumbre y la falta de conclusividad de sus hallazgos.
 - *“Durante el curso de nuestra investigación, salieron a la luz, gracias a las iniciativas de la prensa y en fechas más recientes gracias a investigaciones del Congreso, elementos significativos. Aunque creemos que nuestros hallazgos relacionados con los consejos jurídicos contenidos en el memorando de Bybee y otros memorandos posteriores relacionados son completos, dadas las dificultades que el OPR experimentó al obtener información durante los últimos cinco años, sigue siendo posible que con el tiempo surja otra información sobre el programa de la CIA y los programas militares de interrogatorio que podrían influir en nuestras conclusiones”*.²⁹

La revisión por parte de Margolis

Luego de la determinación del OPR de que John Yoo y Jay Bybee debían ser remitidos a sus respectivos colegios de abogados debido a los sendos dictámenes de mala conducta profesional, el informe fue transmitido al fiscal general delegado David Margolis para su estudio. Yoo y

²⁷ Informe del OPR, página 10.

²⁸ Informe del OPR, página 14.

²⁹ Informe del OPR, página 10.

Bybee presentaron a Margolis comentarios sobre el informe del 29 de julio de 2009.³⁰ Al hacer uso de una norma menos exigente para evaluar la conducta de los sujetos, Margolis concluye que si bien el trabajo de Bybee refleja “errores”, no amerita medidas disciplinarias.³¹ Con respecto a Yoo, aunque dice que es “cuestión cerrada”, al fin de cuentas, Margolis “no está listo para concluir” que Yoo a sabiendas dio asesoría jurídica imprecisa o que actuó con indiferencia conciente con respecto a las consecuencias de sus actuaciones.³²

Margolis indica con claridad absoluta que el resultado de su rechazo del dictamen de mala conducta profesional por el OPR y su reemplazo por un hallazgo de que Yoo y Bybee tuvieron “errores de criterio” es que los casos de los dos sujetos no serán remitidos por el Departamento de Justicia a las autoridades disciplinarias de sus respectivos colegios de abogados;³³ no hay sugerencia, y menos posibilidad, de que el resultado de los análisis de Margolis pudieran ser lo que sugiere la exposición de Estados Unidos, o sea que no existe ningún fundamento para proseguir con un procesamiento penal. *La exposición de Estados Unidos sencillamente está errada cuando manifiesta que Margolis concluyó que Yoo y Bybee no habían violado ninguna “norma jurídica”. Margolis no examinó los precedentes en el derecho penal para adscribir la responsabilidad de abogados. El tema de la persecución penal se vio totalmente excluido del mandato de la evaluación de Margolis, de la misma manera que se encontró por fuera de la investigación del OPR.*

Por consiguiente, tal como con el proceso del OPR, la evaluación de Margolis es insuficiente para habilitar una determinación acerca de las afirmaciones de la querrela, y por lo tanto no puede ser fundamento apropiado para que el Tribunal defiera la jurisdicción conforme a lo que se estipula en el Artículo 23(4) de la LOPJ, interpretado a la luz de la jurisprudencia aplicable.

La responsabilidad penal por conducta ilícita sí puede recaer en los abogados del gobierno

Tal como se explicita en detalle en la “Exposición de expertos sobre la responsabilidad de los abogados por contravenciones del derecho internacional”,³⁴ según el derecho internacional, se puede fallar que los querrelados son responsables de sus acciones. El informe del OPR contiene hallazgos que cuadran dentro del marco conceptual establecido en Nuremberg con respecto a la responsabilidad de los abogados. Por ejemplo, en el informe del OPR se especifica:

³⁰ Memorando de Margolis, página 2.

³¹ Memorando de Margolis, páginas 64 y 65.

³² Memorando de Margolis, página 67.

³³ Memorando de Margolis, página 68.

³⁴ Véase sobre todo páginas 2 a 8 en las que se presentan los argumentos jurídicos sobre responsabilidad, *se pueden leer aquí* (en inglés):

<http://www.ccrjustice.org/files/FINAL%20English%20Lawyers%20Responsibility%20Submission.pdf> y aquí (en español): <http://www.ccrjustice.org/files/FINAL%20Spanish%20Lawyers%20Responsibility%20Submission.pdf>.

“concluimos que los memorandos no representaron consejos jurídicos cabales, objetivos y francos, pero que se redactaron para darle al cliente una justificación jurídica para un programa de interrogatorios que incluyó el uso de ciertas técnicas de interrogatorio perfeccionadas... hallamos amplias pruebas de que la CIA no esperaba ver un diálogo objetivo y franco acerca de los significados del estatuto contra la tortura. En lugar, como lo admitiera con franqueza John Rizzo, la dependencia buscaba proporcionarles a sus funcionarios la máxima protección jurídica, y en un momento dado, Rizzo incluso le pidió al Departamento [de Justicia] un rechazo por adelantado del procesamiento penal. ... También hallamos pruebas de que los abogados del Despacho de Asesoramiento Jurídico tenían conocimientos del resultado deseado por el cliente y redactaron los memorandos con el fin de darle apoyo a ese resultado, a expensas de su deber de obrar con cabalidad, objetividad y franqueza. ... Goldsmith vio en el memorando de Bybee un ‘cheque firmado en blanco’ que podía utilizarse para justificar las técnicas de interrogatorio perfeccionadas sin necesidad de ningún otro repaso por el Departamento de Justicia... Según Rizzo, nunca hubo ninguna duda de que Yoo aprobaría el simulacro de ahogamiento, y el cliente claramente observó que el Despacho de Asesoramiento Jurídico estaba dispuesto a hallar la manera de lograr el resultado deseado”.³⁵

B. Estados Unidos responde a las “afirmaciones de malos tratos” de detenidos

La exposición de Estados Unidos cita una serie de pasos que diversas dependencias y departamentos estadounidenses han dado respecto a lo que clasifica de “maltrato” o “abuso” de detenidos. (Huelga anotar que la exposición de Estados Unidos no se refiere nunca a tortura, ni a crímenes de guerra ni a contravenciones de tratados internacional de los cuales Estados Unidos forma parte, incluidos los Convenios de Ginebra y el Convenio contra la tortura. Estas contravenciones son el tema de la querrela ante el juez Velasco). En reconocimiento de que los casos citados “*no se relacionan al asesoramiento antedicho dado [por los querellados Yoo y Bybee] con respecto a los asuntos relacionados con interrogatorios*,”³⁶ Estados Unidos prosigue a demostrar que puede ejercer jurisdicción sobre violaciones cometidas contra personas bajo su custodia en ubicaciones fuera de Estados Unidos, una pregunta que no es procedente ni pertinente. Lo que sí es procedente y lo que la exposición de Estados Unidos no trata, es si la División Penal del Departamento de Justicia de Estados Unidos está *dispuesta* a ejercer tal jurisdicción sobre ex funcionarios estadounidenses de nivel intermedio y alto. Tomando la pauta del presidente Barack Obama que hizo la famosa declaración de que tenemos que “mirar hacia adelante y no hacia atrás”³⁷ y que “*este es un momento de reflexión y no de retribución... nada se*

³⁵ Informe del OPR páginas 226 y 27.

³⁶ Exposición de Estados Unidos, página 3.

³⁷ Transcripción, “This Week”, 11 de enero de 2009, *se puede leer en* <http://abcnews.go.com/ThisWeek/Economy/story?id=6618199&page=3>.

ganará si le dedicamos nuestro tiempo y energía a echar la culpa por algo que ocurrió en el pasado”,³⁸ la respuesta a esta pregunta claramente es un no.

Juicios penales federales concluidos: David Passaro y Don Ayala

La exposición de Estados Unidos cita el enjuiciamiento de dos contratistas civiles de que el Departamento de Justicia de Estados Unidos puede encargarse y de hecho se encargará de las numerosas denuncias de tortura y otras violaciones de gravedad cometidas contra centenares e incluso millares de personas retenidas en centros de detención estadounidenses a lo largo y ancho del orbe. ***El hecho de que el Departamento de Justicia puede señalar a tan solo dos enjuiciamientos que ni siquiera son de empleados del gobierno revela claramente el hecho de que el Departamento de Justicia ha optado, durante los últimos nueve años, por mirar hacia el otro lado para no iniciar investigaciones de los actos de funcionarios del gobierno.*** Además, la investigación y el enjuiciamiento de dos *contratistas civiles* por delitos cometidos en Afganistán —en ambos casos implica la muerte de un detenido— fundamentalmente no tiene ninguna injerencia en la decisión de si los 6 ex funcionarios gubernamentales de alto nivel van a ser enjuiciados por tortura y otras violaciones graves del derecho internacional.³⁹

La exposición de Estados Unidos parece proseguir con la noción errada de que lo único que tiene que hacer para satisfacer al juzgado español a fin de que defiera su jurisdicción por sobre el caso es demostrar que el sistema judicial estadounidense podría —en teoría— permitir que se realizara el procesamiento de los querrelados. No hay duda de que el sistema judicial de Estados Unidos cuenta con jurisdicción por sobre el enjuiciamiento de estas personas, sea según *inter alia* el Estatuto contra la tortura (18 USC § 2340A) o el Estatuto de crímenes de guerra (18 USC § 2441).

Investigaciones pendientes en el Distrito Este del estado de Virginia

En la exposición de Estados Unidos se hacen unos comentarios imprecisos en el sentido de que la fiscalía del Distrito Este del estado de Virginia está “investigando varias denuncias de abusos de detenidos” y que la fiscalía se ve restringida por las leyes estadounidenses de tratar las denuncias más a fondo.⁴⁰ Esta manifestación no se puede leer como una indicación de que se ha emprendido una investigación penal más amplia que podría incluir las actuaciones de los querrelados o la tortura y demás violaciones sufridas por las víctimas nombradas. La exposición

³⁸ Declaración del presidente Barack Obama al divulgarse los memorandos del Despacho de Asesoramiento Jurídico, 16 de abril de 2009, *se pueden leer en internet en* http://www.whitehouse.gov/the_press_office/Statement-of-President-Barack-Obama-on-Release-of-OLC-Memos/.

³⁹ También se debe recalcar que en el caso de David Passaro, Passaro causó la muerte de un detenido, Abdul Wali, en Afganistán. Passaro fue acusado y condenado de *agresión*; no hubo imputación de asesinato ni de homicidio contra Passaro por causar la muerte de Wali, a quien Passaro le propinó sendas palizas el 19 y el 20 de junio de 2003, y quien falleció en su celda el 21 de junio de 2003.

⁴⁰ Exposición de Estados Unidos, páginas 3 y 4.

de Estados Unidos trata de ocultarse detrás de los aspectos de confidencialidad de los procedimientos del jurado de acusación (o “gran jurado”, en términos populares) al sugerir que dicha investigación es una indagación robusta sobre el abuso de detenidos. Es de notarse, no obstante, que el gobierno de Estados Unidos no ha hablado de ninguna investigación en Virginia cuando ha tratado el tema de las investigaciones efectuadas sobre las torturas perpetradas por dicho país: Eric Holder se ha referido en tan sólo una ocasión a la investigación de John Durham,⁴¹ y el asesor jurídico del Departamento de Estado también mencionó sólo la investigación de Durham, al referirse al tema de la responsabilidad por la tortura en Estados Unidos en el contexto de la revisión periódica universal ante el Consejo de Derechos Humanos de la ONU.⁴² Además, Amnistía Internacional ha indicado que las investigaciones en el Distrito Este del estado de Virginia se han concentrado en el comportamiento de *contratistas particulares y no de funcionarios del gobierno*.⁴³

Investigaciones vigentes / Repaso: la investigación de Durham

La exposición de Estados Unidos cita, con poco comentario, la investigación que tiene en marcha el fiscal delegado de la nación John Durham. Huelga notarse, en el contexto de este diálogo sobre la investigación del OPR, que Estados Unidos reconoció que la investigación de Durham no se concentra en los querellados ya que los “memorandos sobre tortura” se consideran por fuera del alcance de la investigación: ***“el Departamento de Justicia ha concluido que es improcedente iniciar procesos penales contra ningún otro funcionario del poder ejecutivo, incluidos aquellos nombrados en la querrela, que se basaron en los memorandos expedidos por el Despacho de Asesoramiento Jurídico para participar en las normas y procedimientos de detención e interrogatorio.”***⁴⁴

CCR y ECCHR se han referido en detalle anteriormente a las deficiencias de las investigaciones de Durham, a su alcance estrecho, y al hecho de que de manera explícita no incluye a los

⁴¹ Declaración del fiscal general Eric Holder en relación con una revisión preliminar sobre el interrogatorio de ciertos detenidos, 24 de agosto de 2009, *se puede leer en* <http://www.usdoj.gov/ag/speeches/2009/ag-speech-0908241.html>

⁴² Véase Preguntas y respuestas, Harold Koh, asesor jurídico del Departamento de Estado (y de otros) en la ‘Conferencia de prensa de la delegación estadounidense a la UPR (Transcripción),’ 5 de noviembre de 2010:

“Prensa: Una pregunta de seguimiento muy breve. ¿Significa eso que Estados Unidos consideraría... todavía están considerando la posibilidad de realizar investigaciones judiciales y el procesamiento federal de aquellos quienes pudieron haber ordenado taal práctica en el pasado?

Mr. Koh: Creo que es bien sabido que el fiscal general ha referido precisamente tal tema al fiscal especial John Durham de Connecticut. Dichas investigaciones están en marcha. La cuestión no es si lo considerarían pues dicho diálogo se está efectuando ahora mismo”. *Se puede leer en:* <http://geneva.usmission.gov/2010/11/05/upr-press-conf/>

⁴³ Véase “Falta de rendición de cuentas por delitos cometidos en el extranjero”. Testimonio ante la Comisión de la Cámara sobre el Poder Judicial, subcomisión sobre delitos, terrorismo y seguridad nacional, 19 de julio de 2007, *se puede leer en:* <http://judiciary.house.gov/hearings/June2007/Razook070619.pdf> y en <http://www.amnestyusa.org/military-contractors/page.do?id=1101665>

⁴⁴ Exposición de Estados Unidos, página 2.

querellados en cuanto excluye de su alcance a cualquiera que se haya basado en los memorandos. En la Opinión de experto de abril de 2010, CCR y ECCHR declararon:

El fiscal general Holder ha dado un pequeño paso hacia el nombramiento de un fiscal para que inicie una investigación estrecha y *preliminar* de un número limitado (se reporta que menos de diez y posiblemente hasta menos de cinco) incidentes que implican a la CIA. En particular, y de nuevo es un asunto preocupante, el fiscal general Holder demuestra una aceptación de los memorandos sobre la tortura, en el sentido de que se basa en esos documentos para eximir de toda responsabilidad a cualquier perpetrador directo que se haya basado en ellos para actuar.

La siguiente declaración la hizo el fiscal general Holder el 24 de agosto de 2009 luego de su estudio del informe del OPR, que evaluó ciertas secciones de los memorandos del Despacho de Asesoramiento Jurídico, y el informe del inspector general de la CIA que analizó las técnicas de interrogatorio que la CIA empleó con ciertos detenidos. Los siguientes apartes de su declaración son emblemáticos del enfoque que el fiscal general Holder ha tomado respecto a la responsabilidad por crímenes de guerra, delitos de lesa humanidad y tortura:

“He concluido que la información que me es conocida me lleva a dar inicio a un *estudio preliminar* de si se violaron leyes federales en relación con el interrogatorio de ciertos detenidos concretos en ubicaciones en el exterior... *quiero hacer hincapié en el hecho de que ni el inicio de un estudio preliminar ni, si las pruebas lo ameritan, el inicio de una investigación completa, signifique que necesariamente se concluirá en la imputación de alguien.*

[Los hombres y las mujeres en nuestra comunidad de inteligencia] se merecen nuestro respeto y agradecimiento por la labor que hacen. Es más, *tienen que saber que están protegidos de todo riesgo jurídico cuando actúan de buena fe y dentro del alcance de una orientación jurídica. Por eso he dejado muy en claro en el pasado que el Departamento de Justicia no enjuiciará a nadie que haya obrado de buena fe y dentro del alcance de la orientación proporcionada por el Despacho de Asesoramiento Jurídico con respecto al interrogatorio de detenidos.* Quiero reiterar ese punto hoy, y recalcar el hecho de que *este estudio preliminar no se centrará en aquellas personas.*

Comparto la convicción del presidente de que como país, debemos, en cuanto nos sea posible, mirar hacia delante y no hacia atrás cuando se trate de asuntos como estos. Si bien este Departamento cumplirá con su obligación de dar este paso preliminar para

investigar posibles contravenciones de la ley, no permitiremos que nada nos descarrile de nuestra importante tarea de mantener la seguridad del pueblo norteamericano”. [...] ⁴⁵

Como lo explica la Opinión de experto complementaria de diciembre de 2010, el fiscal general Holder confirmó en fecha reciente que el alcance de la investigación de Durham no incluye los “memorandos sobre tortura” ni a sus autores, cuando declaró: “Es cosa de cuestionar si alguna persona se pasó de esas opiniones tan poco convencionales [del Despacho de Asesoramiento Jurídico], si hubo personas que se pasaron de eso. Esto es lo que estamos estudiando”. ⁴⁶

CCR y ECCHR también hicieron referencia en la Opinión de experto complementaria de diciembre de 2010 al hecho de que Durham cerró la investigación sobre la destrucción de la cintas que muestran la tortura sin procesar a nadie. ⁴⁷

C. Respuestas de otros componentes del gobierno estadounidense

El juez Velasco le preguntó a Estados Unidos “si alguna autoridad están investigando o procesando los hechos detallados en esta querrela”. La única “autoridad” que está habilitada para iniciar una investigación y persecución penales de los querrelados nombrados es el Departamento de Justicia. La mención en la exposición de Estados Unidos de las medidas que han tomado otros componentes del gobierno estadounidense —a saber, el Departamento de Defensa, la Agencia Central de Inteligencia y el Congreso— está fuera de orden, por más que sea muy reveladora. Aparte de la mención de las investigaciones que están efectuando otros departamentos del gobierno y las acciones tomadas por el Departamento de Defensa contra un número reducido de soldados perpetradores, Estados Unidos sólo podría citar el enjuiciamiento de dos empleados no gubernamentales y una investigación preliminar que está en marcha y que es de alcance limitado de tal manera que excluye a los querrelados nombrados, como respuesta a los muy bien documentados recuentos de tortura, trato cruel, inhumano y degradante y otras contravenciones graves cometidas contra personas retenidas en custodia de Estados Unidos a lo largo y ancho del planeta que han identificadas como tales por numerosas fuentes, incluido el Comité Internacional de la Cruz Roja y varios componentes de Naciones Unidas, incluido el reportero especial sobre tortura.

⁴⁵ Opinión de experto de abril de 2010, páginas 9 y 10, que cita la declaración del fiscal general Eric Holder sobre una revisión preliminar del interrogatorio de ciertos detenidos, 24 de agosto de 2009, *se puede leer en internet en* online at <http://www.usdoj.gov/ag/speeches/2009/ag-speech-0908241.html>.

⁴⁶ Opinión de experto suplementaria, diciembre de 2010 página 8, en la que se cita a R. Reilly, “Holder: Casi lista la revisión del trato de detenidos de la CIA”, 18 de junio de 2010, *se puede leer en*: <http://www.mainjustice.com/2010/06/18/review-of-cias-treatment-of-detainees-nearly-complete/>

⁴⁷ Opinión de experto suplementaria, diciembre de 2010 página 7. Las cintas incluían pruebas del uso de las llamadas “técnicas de interrogatorio perfeccionadas” —o tortura— con detenidos. Véase, p. ej., “Tribunal ordena que no se destruyan las pruebas de tortura: tribunal federal se pronuncia sobre el escándalo de la destrucción de las cintas de la CIA”, CCR, Comunicado de prensa, 12 de diciembre de 2007, *se puede leer en*: <http://www.ccrjustice.org/newsroom/press-releases/court-orders-government-not-destroy-torture-evidence>. Los detenidos en las cintas que nos ocupen permanecen en custodia en el centro en la Bahía de Guantánamo.

La realidad sigue siendo, sin embargo, que las investigaciones para definir los hechos, efectuadas por dependencias del gobierno y por el Congreso, de ninguna manera reemplazan investigaciones y enjuiciamientos penales completos.⁴⁸ Como se dijo anteriormente con relación al Despacho de Responsabilidad Profesional, estas investigaciones carecen de poderes limitados respecto al emplazamiento obligatorio de testigos y documentos.

La información contenida en la exposición de Estados Unidos en relación con las acciones de otras dependencias u otros componentes del gobierno, no obstante, precisa algún comentario o aclaración:

- Los enjuiciamientos del Departamento de Defensa se han *limitado a soldados de bajo rango; dicho Departamento no ha ascendido por la cadena de mando para enjuiciar a oficiales, y sin duda alguna tampoco ha contemplado a los funcionarios civiles de alto nivel del Departamento*. Incluso en el tristemente célebre caso de Abu Ghraib, los enjuiciamientos se limitaron a las llamadas “manzanas podridas”.
- Si bien el Departamento de Defensa ha realizado toda una serie de investigaciones, que han que han concluido que los detenidos en custodia de Estados Unidos han sido sometidos a conductas que violan las leyes nacionales y el derecho internacional, la manera como se realizaron las investigaciones ha sido problemática. Las investigaciones se limitaron a unidades o ubicaciones específicas,⁴⁹ y nunca examinaron al Departamento de Defensa en su totalidad, hasta llegar e incluir al Secretario de Defensa, Donald Rumsfeld.
- Los 232 folios de la “Indagación sobre el trato de detenidos en custodia de Estados Unidos de la Comisión de Servicios Armados del Senado” (el “Informe de la SASC”)⁵⁰ nos da un análisis detallado y completo de los orígenes de las técnicas de interrogatorio utilizadas y el trato que se les dio a los detenidos de Estados Unidos recluidos en Guantánamo, Irak y Afganistán. Este informe, que es el resultado de una investigación de gran alcance, llega a una serie de conclusiones muy pertinentes, incluida una que reza que “las opiniones del Despacho de Asesoramiento Jurídico [en las que se examina la legalidad de las técnicas de interrogatorio de la CIA] distorsionaron el significado y el espíritu de las leyes contra la tortura, racionalizaron el abuso de los detenidos en custodia de Estados Unidos, e influyeron en las determinaciones del Departamento de Defensa respecto de cuáles técnicas de interrogatorio eran legales para utilizar durante las sesiones dirigidas por el personal militar estadounidense” así como también en toda una serie de

⁴⁸ Véase en general Opinión de experto de abril de 2010, página 8.

⁴⁹ Véase p. ej., el Informe de Taguba (que se concentró en la conducta de operaciones dentro de las operaciones de detención e internamiento de la Brigada 800 de la Policía Militar del 1 de noviembre de 2003 a abril de 2004); Fay y A. Jones, Ejército de EE.UU., AR 15-6 Investigación de las actividades de inteligencia en la prisión de Abu Ghraib y la Brigada 205 de Inteligencia Militar (2004) (con enfoque en la Brigada 205 de Inteligencia Militar), *se puede leer en* <http://fl1.findlaw.com/news.findlaw.com/hdocs/docs/dod/fay82504rpt.pdf>.

⁵⁰ 20 de noviembre de 2008, *se puede leer en*: Comisión del Senado sobre Servicios Armados, Indagación sobre el tratamiento de detenidos en custodia de Estados Unidos.

conclusiones específicas relacionadas con los querellados nombrados, incluidas “las instrucciones del asesor general William J. Haynes II del Departamento de Defensa al Grupo de Trabajo del Departamento de Defensa a principios de 2003 instándolos a considerar como fidedigno un memorando jurídico de John Yoo del Despacho de Asesoramiento Jurídico del Departamento de Justicia, impidiéndole al Grupo de Trabajo realizar un análisis fiel y completo, y resultando, en vez, en un informe que el entonces asesor general Alberto Mora del Departamento de la Armada dijo textualmente que contenía “errores de fondo en su análisis jurídico”.⁵¹ El informe sin embargo, no contiene recomendaciones y la Comisión no tiene ningún poder para poner en marcha investigaciones penales.

D. Lo que falta en la exposición de Estados Unidos

La exposición de Estados Unidos menciona diversas medidas que el gobierno de Estados Unidos ha tomado como respuesta a la tortura y al trato cruel al que se sometieron los detenidos en su custodia. La exposición de Estados Unidos adolece, no obstante, de una rendición de cuentas completa respecto de la posición del gobierno estadounidense respecto de los “malos tratos” de los detenidos. Los siguientes puntos tienen que ser considerados cuando se evalúa la exposición de Estados Unidos y se tome la decisión de si España debe deferir su jurisdicción por sobre este proceso.

- *El presidente Barack Obama ha acogido una norma de impunidad cuando manifiesta que tenemos que “mirar hacia adelante y no hacia atrás”. Un ejemplo reciente demuestra la cultura de impunidad que existe en Estados Unidos: el ex presidente George W. Bush confesó en sus memorias que el autorizó que se practicara el simulacro de ahogamiento —un acto de tortura— en personas retenidas en centros de detención secretos.⁵² Bush admitió esto porque se siente inmune de toda persecución; la falta de reacción del Departamento de Justicia ante esta admisión, pese a que de manera formal y pública ha reconocido en varias ocasiones, incluso ante Naciones Unidas, que el simulacro de ahogamiento es un acto de tortura como norma de ley, demuestra que Bush —al igual que los querellados en este proceso— tiene la razón al sentirse sin ningún peligro de ser enjuiciado en Estados Unidos. **NO se ha procesado a ni un solo funcionario de nivel intermedio o alto en los nueve años desde que surgieron las primeras acusaciones de tortura y otros abusos graves.***
- El Departamento de Justicia de Estados Unidos ha intervenido activamente en los tribunales estadounidenses para obstruir toda forma de resarcimiento para las víctimas del programa de tortura de Estados Unidos. *Hasta la fecha, a ni una sola víctima de la*

⁵¹ Informe de la SASC, páginas xxvii y xxviii.

⁵² Opinión de experto suplementaria de diciembre de 2010.

normativa impuesta después del 11 de septiembre se le ha permitido comparecer en un proceso judicial. De hecho, hasta la fecha, ni una sola víctima ha recibido siquiera una disculpa del Poder Ejecutivo. El Departamento de Justicia se ha opuesto a todos y cada uno de los procesos que cualquier persona que estuvo detenida o que fue entregada para que la torturaran ha tratado de iniciar contra funcionarios u oficiales estadounidenses. Al hacerlo, Estados Unidos ha procurado que no recaiga en nadie la responsabilidad por la tortura.⁵³ La inmunidad que el gobierno de Obama aspira a lograr para los funcionarios y oficiales estadounidenses —tal como lo logró el gobierno de Bush antes de Obama— crea una cultura de impunidad que deja abierta la puerta para que tales conductas flagrantes vuelvan a ocurrir.

V. Conclusión

En vista de las normas que son vinculantes como hecho de ley para los juzgados del reino español, y a la luz de lo expuesto en la evaluación de la exposición de Estados Unidos que se ha hecho en estas páginas, es evidente que no se han cumplido los criterios para que España defiera la jurisdicción. No se está efectuando ninguna investigación relacionada con los seis querellados nombrados ni con los hechos punibles que se destacan en la querella. Hasta el punto que se han iniciado investigaciones y encausamientos relacionados—si bien sólo en forma tangencial— con este proceso, es irrefutable que las investigaciones y los procesamientos de ninguna manera constituyen investigaciones y procesamientos *efectivos* en relación con los hechos punibles que se detallan en la querella incoada en España.

Por medio de sus acciones e inacciones, Estados Unidos claramente ha demostrado su *falta de voluntad* para ejercer su jurisdicción para investigar y procesar a los querellados nombrados por graves violaciones del derecho internacional. Referir esta investigación de España a Estados Unidos sería transferir este proceso con conocimiento de que se va a cerrar.

⁵³ Véase Opinión de experto de abril de 2010, página 10.