

ANTE EL JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCIÓN N°6 DE LA AUDIENCIA
NACIONAL
MADRID

DILIGENCIAS PREVIAS N°134/2009

OPINIÓN DE EXPERTO CONJUNTA, por:



Michael Ratner
[Presidente, CCR]



Wolfgang Kaleck
[Secretario General, ECCHR]



Katherine Gallagher
[Abogada, CCR]



Gavin Sullivan
[Analista legal, ECCHR]

26 Abril 2010

1. Introducción

El *Center for Constitutional Rights* es una entidad jurídica y educativa sin ánimos de lucro, con sede en Estados Unidos, que se dedica a fomentar y proteger los derechos garantizados por la Constitución de Estados Unidos y la Declaración Universal de Derechos Humanos. CCR, las siglas de su razón social en inglés, que fuera fundada en 1966 por abogados que representaron a movimientos de derechos civiles en el sur de Estados Unidos y que cuya sede se encuentra ahora en la ciudad de Nueva York, cuenta con una larga trayectoria de dedicación a litigios estratégicos para el bien público, con miras a asegurar que los responsables de abusos en el ejercicio del poder ejecutivo rindan cuentas penales al tiempo que se fortalece el estado de derecho.

El *European Center for Constitutional and Human Rights* es una entidad jurídica y educativa independiente, sin fines de lucro, dedicada de manera semejante a la protección de los derechos civiles y humanos en toda Europa y más allá. Fue fundada en 2007 por un pequeño grupo de abogados especialistas en derechos humanos y tiene su sede en Berlín. ECCHR, las siglas de su razón social en inglés, aspira a facilitar, apoyar y participar en forma directa en litigios novedosos —haciendo uso de leyes internacionales, europeas y nacionales— para hacer cumplir las normas de derechos humanos y responsabilizar a los actores (sean o no gubernamentales) de todo abuso grave.

Juntos, CCR y ECCHR han acumulado un vasto acervo de experiencia jurídica sobre temas que emanan del trato dado a los detenidos en la base en la Bahía de Guantánamo y otras prisiones estadounidenses ubicadas fuera del EE.UU. en el contexto posterior al ataque contra las torres del World Trade Center el 11 de septiembre 2001, gracias a haber asumido complejos litigios contra funcionarios estadounidenses de alto nivel, responsables de facilitar el maltrato y la tortura, inclusive de civiles y de “detenidos de alto valor” en todo el mundo. Además, se han desempeñado a manera de asesores en asuntos que incluyen la aplicación de la jurisdicción extraterritorial y los principios de la jurisdicción universal según el derecho internacional.¹ Por

¹ Desde 2002, CCR ha representado a personas que han sido sometidas a todas las facetas del programa estadounidense de tortura, desde los detenidos en Guantánamo hasta los sobrevivientes de las torturas de Abu Ghraib, y las víctimas de entregas extraordinarias y los prisioneros fantasma de la CIA. CCR ha representado a clientes en los tribunales federales estadounidenses en procesos de *habeas corpus* y en actuaciones civiles, en pos de reparaciones *habeas*, medidas cautelares o daños y perjuicios. Ver, p. ej., los procesos consolidados de la Corte Suprema estadounidense de *Al Odah v. United States* y *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. 723 (2008) (en los que se establecen los derechos de personas que no son ciudadanas de impugnar la legitimidad de su detención en una base militar estadounidense ubicada fuera de Estados Unidos), *al Qahtani v. Bush* (petición de *habeas corpus* radicada a nombre de un detenido en Guantánamo) y *Al-Zahrani v. Rumsfeld et al* (proceso contra el ex Secretario de Defensa y otros a nombre de las familias de dos hombres que murieron en la base de la Bahía de Guantánamo en junio de 2006) – Se encuentran datos acerca de los procesos en: <http://www.ccrjustice.org/current-cases>. CCR también funge a nivel internacional en una diversidad de asuntos de jurisdicción universal. Ver <http://www.ccrjustice.org/case-against-rumsfeld>. Para ver más información acerca de CCR, acuda a <http://ccrjustice.org>. Los abogados de CCR responsables de las opinión experta presentada en el presente informe son Michael Ratner, presidente, y Katherine Gallagher, abogada de planta. Sus hojas de vida se anexan al presente informe.

ECCHR cuenta con experiencia considerable en asuntos de antiterrorismo y derechos humanos y también se ha hecho cargo de litigios de gran perfil en Guantánamo contra funcionarios estadounidenses en varias jurisdicciones europeas. El secretario general de ECCHR Wolfgang Kaleck, por ejemplo, inició previamente dos procesos penales en Alemania (en 2004 y en 2006) y prestó su apoyo en un proceso similar radicado en Francia en 2007 contra el ex Secretario de Defensa Donald Rumsfeld y otros funcionarios militares estadounidenses de alto rango que participaron, entre otras cosas, en la detención y tortura de detenidos en Irak y en Guantánamo. Además, ECCHR también cuenta con experiencia particular en la aplicación de los principios de jurisdicción universal en litigios de interés público en todo el mundo, incluida la incoación de procesos penales contra ex integrantes de la dictadura militar argentina (radicados en Argentina) y contra el presidente checheno Ramzan Kadyrov con cargos de tortura e intentos de coacción (iniciados en Austria). Para ver más información sobre ECCHR y los procesos en los que tienen parte, ver <http://www.ecchr.org>. Los

consiguiente, vemos con beneplácito esta oportunidad para ofrecer nuestra opinión experta conjunta en este proceso de importancia fundamental.

El enfoque de la presente opinión experta es doble.

Primero, escribimos para apoyar las tesis del demandante (a las que se anexa la presente opinión) radicadas conforme al auto de este Juzgado (de fecha 7 de abril de 2010) respecto a la manera en que los requerimientos del Artículo 23(4) a (5) de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en lo sucesivo, LOPJ) claramente se cumplen en este proceso y, por consiguiente, se detalla porqué por derecho este proceso debe continuar en España en lugar de ser interrumpido por motivos procesales (o por otros motivos). Al presentar nuestra opinión, el propósito que tenemos consiste en colaborar con el Juzgado en dos sentidos:

- a) aclarar cómo se establecen tanto el interés y la conexión relevante de España al presente proceso, tocando así la primera rama del Artículo 23(4) a (5) de la LOPJ; y
- b) ofrecer una perspectiva concisa de la poca atención que se le ha prestado en Estados Unidos a los temas tratados en este sumario, con el fin de demostrar que hasta la fecha no se han iniciado procesos de investigación ni de encausamiento en ningún otro fuero con competencia. En este sentido, aspiramos a tocar la segunda rama del Artículo 23(4) a (5) de la LOPJ.

Segundo, pese a que claramente se cumplen los requerimientos que se explicitan en el Artículo 23(4) a (5) de la LOPJ (y sus enmiendas), esbozamos las obligaciones persistentes de España bajo el derecho *internacional* de investigar las contravenciones que se citan en este caso. Luego de esbozar el marco conceptual jurídico de la prohibición internacional de la tortura (en la sección 4), pasaremos a estudiar (en la sección 5) las diferentes bases disponibles según el derecho internacional para establecer la jurisdicción penal a fin de demostrar, entre otros aspectos, que:

- a) el derecho internacional contempla un sistema de jurisdicciones *no jerárquicas y concurrentes*;
- b) la jurisdicción universal es en términos jurídicos distinta de otras formas de jurisdicción que se basan en los intereses nacionales. Los estados que se valen de la jurisdicción universal para enjuiciar delitos internacionales (tales como la tortura) no tienen ninguna obligación jurídica para darle prioridad a los estados que están ligados en términos territoriales a los supuestos actos;
- c) El principio de subsidiariedad —que busca prevenir a los estados de ejercer la jurisdicción si un estado con vínculos territoriales más estrechos respecto al delito ejerce su jurisdicción— es, en el mejor de los casos, un asunto normativo y está condicionado a que los estados territoriales emprendan “investigaciones efectivas” en cumplimiento de

abogados de ECCHR responsables de la opinión experta presentada en el presente informe son Wolfgang Kaleck, Secretario General y Gavin Sullivan, Analista Legal, cuyos currículos se anexan al presente informe.

Para ver análisis completos de los procesos esbozados arriba y una perspectiva general de algunos de los procesos de jurisdicción universal incoados por CCR y ECCHR, ver Kaleck, W. (2009) De Pinochet a Rumsfeld: jurisdicción universal en Europa de 1988 a 2008, *Mich. J. Int'l L.* 30[3]: 927 y Gallagher, K. (2009) Jurisdicción universal en la práctica: actividades para responsabilizar a Donald Rumsfeld y a otros funcionarios estadounidenses de alto nivel del delito de tortura, *J. of Int'l Crim. Justice* 7: 1087-1116; Kaleck, W., Ratner, M., Singelstein, T y Weiss, P. (eds) *Encausamiento internacional de delitos de derechos humanos* (Springer: Berlin, 2007).

normas de derechos humanos aceptadas así como también de la jurisprudencia internacional y europea.

En conclusión, postulamos que las investigaciones estadounidenses que han tenido lugar hasta la fecha están muy lejos de reunir los requisitos de la norma de “investigación efectiva” y que según el derecho internacional yace muy dentro del fuero de este Juzgado conocer este asunto.

2. Antecedentes

Los antecedentes fundamentados en los hechos de este proceso ya se le han presentado al Juzgado en detalle considerable, más notablemente en las Secciones IV (Relación circunstanciada de los hechos en las páginas 5 a 48) y XI (Documentos, relacionados en las páginas 82 a 97) de la querrela radicada en Audiencia Nacional por el procurador Javier Fernández Estrada el 17 de marzo de 2009; de manera que no los repetimos en el curso de la presente opinión experta. Recordamos, no obstante, que la querrela en este caso está dirigida contra seis personas individuales: David Addington, ex consejero y jefe de personal del ex vicepresidente de Estados Unidos, Dick Cheney; Jay S. Bybee, ex fiscal general delegado, Despacho de Asesoría Legal, Departamento de Justicia de Estados Unidos; Douglas Feith, ex sub secretario de defensa para políticas, Departamento de Defensa; Alberto R. Gonzales, ex consejero del ex presidente de Estados Unidos, George W. Bush, y ex fiscal general de Estados Unidos; William J. Haynes, ex asesor general, Departamento de Defensa; y John Yoo, ex sub fiscal general delegado, Despacho de Asesoría Legal, Departamento de Justicia. Además, como se describe con mayor detalle en la sección 3(i) a continuación, por lo menos cuatro de los demandados nombrados en esta causa tienen un vínculo estrecho con España, ya sea en virtud de su nacionalidad, su residencia o alguna otra conexión pertinente.

En términos de antecedentes procesales, tenemos entendido que el 28 de marzo de 2009 el proceso fue admitido por el juez titular del Juzgado Central de Instrucción número 5, Baltasar Garzón Real. El 16 de abril de 2009, el fiscal general de España cursó objeciones públicas acerca de la continuación del proceso. Con posterioridad, el 17 de abril de 2009, la fiscalía del Tribunal del Audiencia Nacional presentó un auto en el que se pedía que el proceso se descontinuara² y que el 23 de abril de 2009 la responsabilidad por investigar el asunto le fue referido a su señoría, el juez Velasco.

El 27 de abril de 2009, el juez Garzón inició una indagación preliminar con alguna interrelación a nombre de cuatro de las víctimas que también son parte de la actual causa, a saber, Hamed Abderrahman Ahmed, Ikassrien Lahcen, Jamiel Abdul Latiff Al Banna y Omar Deghayes, contra “miembros de las fuerzas armadas o la inteligencia militar, y de todos aquellos que ejecutaron y/o diseñaron un plan sistemático de tortura y trato inhumano y vejatorio de prisioneros bajo su custodia”.³ Entendemos que pese a que persisten los intentos de consolidar estas dos querellas superpuestas (diligencias previas nos. 150/09 y 134/2009), hasta la fecha siguen siendo investigaciones independientes.⁴

El 4 de mayo de 2009, este Juzgado remitió una comisión rogatoria internacional a Estados Unidos pidiendo que se confirmara “si en la actualidad los hechos a los que el accionante hace referencia se están o no están investigando o procesando”.⁵ Huelga destacar que hasta la fecha, el gobierno estadounidense no ha dado una respuesta formal a la rogatoria del Juzgado. De hecho, es precisamente esa falta de respuesta y la falta estadounidense en general de tratar las graves

² Informe del fiscal, Investigación preliminar 150/09, 17 de julio de 2009.

³ Sumario 19/97-L Auto, Juzgado Central de Instrucción núm. 5, Diligencias previas 150/09 – N, Torturas y otros (27 de abril de 2009)

⁴ Como se comenta más a fondo en la sección 3(i) de esta opinión experta, el 27 de enero de 2010, el juez Garzón dictaminó que los juzgados españoles tienen competencia para investigar el auto interrelacionado 150/09. Sobre los intentos de consolidar ambas investigaciones en general, ver de la Rasilla del Moral, I. (2009) Swan Song of Universal Jurisdiction in Spain, *Int'l Crim. L. R* 9: 777-808 (aten: 789). Sobre los efectos de las reformas sobre los litigios universales, en general, ver Ambos, K. (2009) Prosecuting Guantánamo in Europe: Can and Shall the Masterminds of the ‘Torture Memos’ be held criminally responsible on the basis of Jurisdicción universal?, *Case W. Res. J. Int'l L.* 42: 405-448.

⁵ Sumario 19/97-L Auto, Juzgado Central de Instrucción num. 6, Diligencias Previas 134/2009 (4 de mayo de 2009).

acusaciones y las pruebas de tortura a lo que nos referiremos específicamente en la sección 3(ii) de la presente tesis.

Además, observamos que el historial legislativo nacional dentro del cual se ha de considerar la presente querrela se ha sometido a cambio dadas las enmiendas al Artículo 23(4) a (5) de la LOPJ, aprobadas por el Senado de España el 15 de octubre de 2009 y que entraron en vigencia el 4 de noviembre de 2009⁶, en las que se establecen ciertas condiciones para el ejercicio de la jurisdicción española sobre actos extraterritoriales. A la luz de estas enmiendas, el Artículo 23(4) a (5) de la LOPJ ahora reza:

Artículo 23(4)

Igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la Ley española, como alguno de los siguientes delitos: (a) Genocidio y lesa humanidad ... (h) Cualquier otro que, según los tratados y convenios internacionales, deba ser perseguido en España.

Sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España, para que puedan conocer los Tribunales españoles de los anteriores delitos deberá quedar acreditado que sus presuntos responsables *se encuentran* en España o que existen víctimas de *nacionalidad española*, o *constatarse algún vínculo* de conexión revelante con España y, en todo caso, que en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional 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 los que se refiere el párrafo anterior.

Artículo 23(5)

Si se tramitara causa penal en España por los supuestos regulados en los anteriores apartados 3 y 4, será en todo caso de aplicación lo dispuesto en la letra c del apartado 2 del presente artículo. [el resaltado fue agregado].⁷

Por consiguiente, el 7 de abril de 2010 – conforme al Artículo 23(4) a (5) de la LOPJ (según esta se ha enmendado y se esboza arriba), este Juzgado expidió una orden en la que se les solicita a las partes que entreguen autos sobre el tema de jurisdicción y la continuación o discontinuación del proceso actual. Por consiguiente, pasamos ahora a los elementos específicos contenidos en las enmiendas de 2009.

⁶ B.O.E. No. 266, 4 de noviembre de 2009, sec. I

⁷ Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación del nuevo Despacho judicial, por la que se enmienda la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

3. Artículo 23(4) a (5) de la Ley Orgánica: cómo se satisfacen los requisitos básicos en este proceso

Antes de tratar las enmiendas y los requisitos especificados en el Artículo 23(4) a (5) de la LOPJ, se tiene que recordar cuáles son el propósito y el alcance de esta disposición, y de hecho, los propósitos de la jurisdicción universal. En el Artículo 23(4)(a) se dispone la jurisdicción para conocer los delitos de lesa humanidad y en (h) se dispone la jurisdicción para conocer “cualquier otro que, según los tratados y convenios internacionales ... deba ser perseguido en España.” Como se detalla a continuación, las acciones que se refieren en este proceso, incluidos sin que sea una relación taxativa, la tortura, el trato cruel e inhumano, y la detención arbitraria prolongada, constituyen violaciones de los tratados internacionales de los cuales España es parte. Entre dichos tratados se enumeran la Convención de la ONU contra la Tortura (que se trata en detalle a continuación) y las graves violaciones de las disposiciones de los Convenios Tercero y Cuarto de Ginebra que disponen la jurisdicción universal de todas las acciones referidas en este proceso.⁸ Por ejemplo, en el Artículo 146 del Cuarto de los Convenios de Ginebra se dispone, en parte:

Las Altas Partes Contratantes se comprometen a tomar todas las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las infracciones graves contra el presente Convenio ... Cada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiere, y según las condiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si ésta ha formulado contra ella cargos suficientes. Cada Parte Contratante tomará las oportunas medidas para que cesen, aparte de las infracciones graves definidas en el artículo siguiente, los actos contrarios a las disposiciones del presente Convenio”.⁹

El Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) ha descrito este artículo así: “la piedra angular del sistema que se emplea para la represión de la contravenciones [del cuarto] Convenio [de Ginebra]” que establece “las obligaciones fundamentales” de cada una de las Partes Contratantes.¹⁰ Quienes redactaron las “contravenciones graves” las incluyeron debido a la reconocida “necesidad de castigar infracciones de los Convenios de Ginebra” con miras a prevenir tales infracciones: “La universalidad de la jurisdicción de violaciones graves es una base de la esperanza de que estas no permanezcan impunes”.¹¹ Respecto a la intención de quienes las redactaran al incluir una relación de las violaciones concretas que estarían sujetas a la jurisdicción universal, el comentario del CICR declara que “también se consideró recomendable incluir como advertencia a los posibles infractores una lista inequívoca de los delitos cuyos autores se buscarían en todos los países”.¹²

Al tratar los siguientes factores pertinentes a una determinación de si el presente proceso yace dentro de la jurisdicción de este Juzgado, se ha de recordar que tal determinación se tiene que tomar “*sin perjuicio de lo que pudieran disponer los otros tratados y convenios internacionales*

⁸ Convenio de Ginebra III (75 UNTS 85) y Convenio de Ginebra IV (75 UNTS 287), aprobados el 12 de agosto de 1949, entrada en vigor: 21 de octubre de 195. España también suscribió la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (A-RES-47-133 Resolución de la Asamblea General 47/133).

⁹ El Artículo 147 del Convenio de Ginebra IV incluye entre las infracciones graves el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, o el hecho de privar con alevosía a una persona protegida de su derecho a ser juzgada legítima e imparcialmente según las prescripciones del presente Convenio.

¹⁰ Comentarios del ICRC sobre el Convenio de Ginebra IV, p. 590.

¹¹ Comentarios del ICRC sobre el Convenio de Ginebra IV, p. 587.

¹² Comentarios del ICRC sobre el Convenio de Ginebra IV, p. 597.

suscritos por España” conforme a lo que se dispone en el Artículo 23(4) de la LOPJ. Por consiguiente, incluso si en este Juzgado se fallare que no se cumple con ninguno de los factores enumerados a continuación, el Juzgado *tiene* que retener la jurisdicción de tales delitos que se enumeran en los tratados y convenios internacionales suscritos por España y por los cuales España está obligada, según el derecho internacional, a iniciar una investigación y persecución con *base en los hechos* de tortura, entre otros, que se describe en la querella. De hecho, entendemos que este enfoque es coherente con el Razonamiento Jurídico en dos veredictos recientes en Juzgados españoles, el No. 211/2009 (de fecha 26 de noviembre de 2009) y el No. 150/09 (de fecha 27 de enero de 2010).¹³ Dada la índole de los delitos que se imputan en el presente proceso, le pedimos a este Juzgado que establezca competencia similar para conocer este asunto conforme al principio de la jurisdicción universal.¹⁴

(i) El interés de España y el vínculo pertinente al proceso

No es nuestro deseo repetir en detalle las tesis que ya han expuesto los demandantes con respecto a cómo se satisfacen en esta querella los elementos concretos del Artículo 23(4) a (5) de la LOPJ. Sin embargo, para asesorar al Juzgado en este asunto, ofrecemos dos puntos de observación:

Primero, observamos que una de las primeras víctimas responsables de incoar la querella que nos ocupa, el señor Hamed Abderrahman Ahmed, identificado como el primer solicitante de la querella incoada en la Audiencia Nacional el 17 de marzo de 2009, es, de hecho, ciudadano español. Como lo indicara el juez Garzón en su dictamen del 27 de enero de 2010 en la diligencia interrelacionada 150/09: “por lo que, por este solo hecho, la jurisdicción española es competente para la investigación de estos hechos, antes y después de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/09 del 3 de noviembre de 2009, si, como es el caso, se da el requisito de la no concurrencia”.¹⁵ Los elementos del Artículo 23(4) de la LOPJ (y sus enmiendas) no son acumulables; es decir la querella ha de satisfacer tan sólo una de las condiciones prescritas (el responsable se encuentra en territorio español, la víctima es de nacionalidad española o se constata algún vínculo de conexión pertinente con España) correspondiente a la primera rama de la legislación. Por lo tanto, con base tan sólo en el principio de la personalidad pasiva tipificado por el Artículo 23(4) de la LOPJ (y sus enmiendas), los juzgados españoles cuentan con competencia basada en los hechos para conocer este asunto.

Segundo, en línea con los aspectos que se destacan en la sección 4, y sin perjuicio de lo que se pudiera disponer en otros tratados y convenios internacionales suscritos por España, invitamos al Juzgado a interpretar, conforme a la intención de los legisladores, los requisitos de la ‘conexión pertinente’ contenida en el Artículo 23(4) de la LOPJ (y sus enmiendas) con el fin de no restringir indebidamente el principio de la jurisdicción universal que al fin de cuentas la ley procura reconocer.

Dentro de este contexto, recalamos la sentencia del Tribunal Constitucional de España en su Sentencia 237/2005 del 26 de septiembre de 2005 (en lo sucesivo, *el caso Guatemala*) en la medida en que los dictámenes del Tribunal Supremo señalan que el alcance de la jurisdicción universal según el Artículo 23(4) se limita y depende, entre otros, de que se establezca un vínculo

¹³ Ver las páginas 13 y 14, que en parte rezan: “los Convenios internacionales suscritos y ratificados por España imponen la persecución de los delitos de lesa humanidad y de tortura, por lo que las limitaciones que se prevén en el art. 23.4 penúltimo párrafo, siempre estarían subordinadas a lo que se establezca en esos tratados.”

¹⁴ Para ver un marco conceptual para la jurisdicción universal con base en la naturaleza del delito, Ver, p. ej., ‘Los principios Princeton sobre la jurisdicción universal’ en Macedo, S. (ed) *Jurisdicción universal: los juzgados nacionales y el encausamiento de delitos graves bajo el derecho internacional* (U. of Pennsylvania: Philadelphia, 2004) en las páginas 18 a 25.

¹⁵ Decisión del 27 de enero de 2010, Juzgado Central de Instrucción núm. 5, Diligencias Previas 150/09.

entre los delitos cometidos y otros intereses pertinentes de España. En esa providencia, que, según entendemos, sigue siendo vinculante para los juzgados menores conforme a lo dispuesto en el Artículo 5 (1) de la LOPJ sin perjuicio de las enmiendas al Artículo 23(4) de la LOPJ, el Tribunal dictaminó (en el aparte 8) que:

la cuestión determinante es que el sometimiento de la competencia para enjuiciar crímenes internacionales [...] a la concurrencia de intereses nacionales, en los términos planteados por la Sentencia, no resulta cabalmente conciliable con el fundamento de la jurisdicción universal.

Si bien esta decisión se divulgó con anterioridad a que entraran en vigencia las enmiendas de 2009 del Artículo 23(4) a (5) de la LOPJ, también ha sido reafirmada por el Tribunal Constitucional en su diligencia STC 227/2007 del 22 de octubre de 2007.¹⁶ Es más, dada la primacía que le da a la jurisdicción universal (en contraste con las restricciones basadas en la territorialidad o la pertinencia); aducimos que da orientación y actúa como un precedente bien razonado para que este Juzgado lo tenga en cuenta en su conocimiento de la querrela del caso.

Además, observamos que el 27 de enero de 2010 en el proceso de torturas en Guantánamo (150/09) que se mencionó anteriormente, el juez Garzón ha interpretado de manera similar los requisitos de ‘conexión relevante’ contenidos dentro del Artículo 23(4) a (5) (y sus enmiendas) de manera que incluya las interrelaciones entre otros demandantes y España. Además de establecer la jurisdicción con base en la nacionalidad española de una de las víctimas (Hamed Abderrahman Ahmed), el Juzgado también halló suficiente conexión para incluir a las otras tres víctimas nombradas en este proceso (Ikassrien Lahcen, Jamiel Abdul Latiff Al Banna y Omar Deghayes) teniendo en cuenta una amplia gama de factores, incluido el hecho de que:

- a) estas víctimas antes habían sido sujetos de procesos tanto penales como de extradición por medio de juzgados españoles
- b) una de las víctimas (Ikassrien Lahcen) actualmente estaba presente en territorio español
- c) la tortura de dos de las otras víctimas en Guantánamo (Al Banna y Deghayes) antes había causado que el tribunal español se abstuviera de emitir una orden europea de detención y entrega en su contra.

En dicha decisión el Juzgado adoptó una construcción de los requisitos de la ‘conexión’ impuestos por el Artículo 23(4) de la LOPJ (y sus enmiendas) con el fin de darle primacía y efecto a las obligaciones de España según el derecho internacional para investigar tales asuntos.¹⁷ Para evitar toda incoherencia y arbitrariedad judicial,¹⁸ y por los motivos esbozados en más detalle a continuación, le sugerimos al Juzgado que adopte una interpretación igual de amplia e intencional de las enmiendas en esta querrela concreta.

(ii) El estado actual de las investigaciones y/o encausamientos en Estados Unidos

Tal parece que Estados Unidos no ha contestado las comisiones rogatorias transmitidas en mayo de 2009. Dado a que no se dio tal respuesta, postulamos lo siguiente para demostrar que Estados

¹⁶ Para ver una perspectiva concisa de los litigios españoles posteriores en torno a la “doctrina de Guatemala”, ver de la Rasilla del Moral, I. (*supra* nota 4).

¹⁷ Concretamente, el juez Garzón cita, entre otros, el Convenio de Ginebra sobre el tratamiento de prisioneros de guerra y la protección de civiles (12 de agosto de 1949, Art.3), Convención de la ONU contra la tortura y otros tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes (10 de diciembre de 1984, Artículo 5(1)(c) (CAT).

¹⁸ Sobre el riesgo de la arbitrariedad y la incoherencia en la aplicación del Artículo 23(4) de la LOPJ (y sus enmiendas) a asuntos de jurisdicción universal, ver Pérez González, C. (2009) La jurisdicción universal y el encausamiento de crímenes de guerra: qué obligaciones impone el Derecho Internacional Público? en Aranzadi (Ed) *La responsabilidad penal por la Comisión de Crímenes de Guerra: el caso de Palestina*. Universidad Carlos III de Madrid.

Estados Unidos ha negado totalmente sus obligaciones de poner en marcha una investigación y encausamiento de los acusados específicos en este proceso ni ha proseguido a nombre de los demandantes nombrados o las demás víctimas de las políticas estadounidenses de interrogación, detención y tortura. Lamentablemente, este sigue siendo el caso con el gobierno de Obama. Además, los gobiernos, tanto de Obama como de Bush, han procurado activamente bloquear todo esfuerzo a nombre de las víctimas de dichas políticas de interrogación, detención y tortura para no darles una oportunidad de resarcimiento judicial, tanto en el contexto de procesos de *habeas* como en actuaciones civiles. Por lo tanto España puede y, de hecho, tiene que ejercer su jurisdicción sobre los acusados nombrados por las violaciones que se alegan en este proceso.

Si Estados Unidos llegara a responder a las comisiones rogatorias después de la expedición del auto del 7 de abril de 2010 o si se aportan datos al expediente en un esfuerzo por demostrar que Estados Unidos sí ha iniciado una investigación y encausamiento efectivos de las contravenciones que se detallan en este proceso, con todo respeto solicitaremos a este Juzgado nuestra opción para proseguir con la entrega de un anexo en el que se trate dicha entrega de documentos.

a) No se ha puesto en marcha ninguna investigación penal cabal e independiente con respecto a las aserciones de este proceso, y no ha habido ningún encausamiento.

No se ha iniciado ninguna investigación penal cabal e independiente sobre las graves contravenciones de la ley, incluidas la tortura, que ocurrieron en el contexto de las políticas estadounidenses de interrogación y detención durante la llamada “guerra contra el terror”. No se ha emprendido ninguna investigación sancionada por el poder judicial. No hay ninguna indicación de que ninguno de los seis acusados nombrados haya sido el sujeto de una investigación criminal cabal e independiente. Sin lugar a dudas, este no fue el caso durante los ocho años del gobierno de Bush cuando muchos de los acusados nombrados siguieron ocupando cargos de alto nivel en las mismas instituciones que pudieran haber iniciado tal investigación o debieron haberla iniciado, incluido el Departamento de Justicia. Así sigue siendo hasta la fecha.

Sí han tenido lugar un número de investigaciones que no son de índole penal y que son de alcance y naturaleza limitadas (es decir, no cuentan con poderes de exigir comparecencia, tienen mandatos limitados dirigidos a incidentes específicos y a unidades específicas y aisladas).¹⁹ Aunque varias de estas investigaciones involucraron a integrantes de una rama dada del gobierno o se trataba del estamento militar autoinvestigándose, el efecto acumulado de estos informes e investigaciones indica que sí hubo violaciones graves del derecho internacional.²⁰ Es lamentable que el efecto también ha sido la impunidad: aparte de una cantidad reducida de soldados de bajo rango presentes en Abu Ghraib e implicados en el escándalo de tortura que se vio allí, ningún

¹⁹ Ver, por ejemplo, A. Taguba, Artículos 15 a 16: Investigación de la Brigada 800 de la Policía Militar (2004). Se consigue en: <http://www.dod.mil/pubs/foi/detainees/taguba/> (se citan instancias de ‘abuso penal sádico, flagrante y alevoso’ en Abu Ghraib); J. Schlesinger, Informe definitivo de Panel para repasar las operaciones de detención del Departamento de Defensa, Agosto de 2004, se consigue en: <http://www.defenselink.mil/news/Aug2004/d20040824finalreport.pdf> (los abusos fueron ‘generalizados’ y graves en cifras y efecto); G. Fay y A. Jones, US Army, AR 15-6 Investigación de las actividades de inteligencia en la prisión de Abu Ghraib Prison y la Brigada 205 de Inteligencia Militar (2004), Se consigue en: http://www.washingtonpost.com/wp-srv/nation/documents/fay_report_8-25-04.pdf; Informe del inspector general de la CIA. Se consigue en: http://luxmedia.vo.llnwd.net/o10/clients/aclu/IG_Report.pdf. Ver también, Médicos para los derechos humanos, leyes violadas, vidas violadas: las pruebas médicas de tortura por el personal estadounidense y su impacto, junio de 2008; Informe del CICR sobre el trato dado por las fuerzas de la Coalición a los prisioneros de guerra y otras personas protegidas por los Convenios de Ginebra en Irak durante la detención, la reclusión y el interrogatorio, febrero de 2004. Se consigue en: http://www.globalsecurity.org/military/library/report/2004/icrc_report_iraq_feb2004.pdf.

²⁰ Ver, Comisión del Senado de las Fuerzas Armadas, consulta sobre el trato de los detenidos en custodia estadounidenses. Se consigue en http://www.armed-services.senate.gov/Publications/Detainee%20Report%20Final_April%2022%202009.pdf

funcionario estadounidense (ni militar ni civil) y definitivamente, ningún funcionario de alto nivel ni ninguno de los acusados nombrados²¹ ha tenido que rendir cuentas en ningún foro por su conducta.²²

b) La rama ejecutiva ha adoptado una norma que favorece la impunidad en lugar de la responsabilidad.

Siendo presidente de Estados Unidos, Barack Obama ha propugnado una política que favorece la impunidad para la mayoría de los delitos graves, incluida la tortura, los crímenes de guerra y los delitos de lesa humanidad. El presidente Obama ha rechazado todo llamado a encausamiento e incluso ha rechazado la formación de una “comisión de indagación” independiente y de carácter *no penal*. El presidente Obama prefiere “mirar hacia adelante y no hacia atrás”.²³ Esta postura hace caso omiso de las obligaciones de Estados Unidos de suprimir y castigar toda violación grave de los principios de los Convenios de Ginebra y su obligación según la Convención de la ONU contra la Tortura de encausar a aquellos contra quienes existan pruebas *prima facie* por tortura.

La siguiente declaración del presidente Obama demuestra que la rendición de cuentas por violaciones graves no es asunto prioritario y ni siquiera una preferencia del actual gobierno de Estados Unidos. La declaración es del 16 de abril de 2009, fecha en que se divulgaron cuatro memorándum dirigidos a la CIA, en los que se establece el régimen de los interrogatorios haciendo uso de “técnicas de investigación avanzadas”, que incluyen actos reconocidos como tortura. Particularmente pertinente —e inquietante— para la naturaleza de la investigación que conoce este juzgado es la pretensión de que los mismos memorándum de tortura en cuya redacción participaron los acusados nombrados —que han sido objeto de fuertes críticas— pueden constituirse en la protección jurídica contra el enjuiciamiento:

“Al revelar estos memorándum [de tortura], tenemos la intención de asegurar a quienes llevaron a cabo sus deberes de buena fe, recurriendo a la asesoría jurídica del Departamento de Justicia, que no quedarán sujetos a ningún enjuiciamiento.... ***Esta es una era de reflexión y no de retribución.*** Hemos pasado por un capítulo oscuro y doloroso de nuestra historia. Pero cuando se enfrentan grandes desafíos y es palpable una preocupante falta de unidad, ***no se ganará nada si le dedicamos nuestro tiempo y energía a buscar culpabilidad por el pasado***”.²⁴

²¹ El Despacho de Responsabilidad Profesional del Departamento de Justicia dirigió un estudio que no fue de índole penal de ética administrativa relacionado con el trabajo de John Yoo y Jay Bybee. Ver Investigación los memorándum del Despacho de Asesoría Legal sobre temas relacionados con el uso por la CIA de “Técnicas de interrogación avanzadas” en presuntos terroristas,” 29 de julio de 2009, Se consigue en:

http://judiciary.house.gov/hearings/pdf/OPRFinalReport_090729.pdf . Si bien este despacho concluyó que tanto Yoo como Bybee cometieron mala conducta profesional, para la cual el castigo consta del paso muy limitado de avisar al colegio de abogados en el estado en el que se tiene licencia, este fallo fue derogado por un funcionario del Departamento de Justicia en enero de 2010, lo cual resultó en que ese paso limitado de referirse a las autoridades disciplinarias del colegio de abogados no se tomaran. Ver también el memorándum de David Margolis, fiscal general delegado asociado para el fiscal general y el fiscal general delegado, 5 de enero de 2010.

²² Ver, por ejemplo, ‘Abusos en el encausamiento de detenidos en las operaciones estadounidenses antiterrorismo, International Center for Transitional Justice, Noviembre de 2009, pág. 35 ff, Se consigue en:

http://www.ictj.org/static/Publications/ICTJ_USA_CriminalJustCriminalPolicy_pb2009.pdf

(se detallan los posibles motivos por la falta de pruebas claras y concluyentes de que funcionarios estadounidenses participaron en violaciones graves del derecho internacional, incluida la tortura).

²³ Transcripción, “This Week,” 11 de enero de 2009, Se consigue en:

<http://abcnews.go.com/ThisWeek/Economy/story?id=6618199&page=3>.

²⁴ Declaración del presidente Barack Obama cuando se divulgaron los memorándum del Despacho de Asesoría Legal, 16 de abril de 2009. Se consigue en http://www.whitehouse.gov/the_press_office/Statement-of-President-Barack-Obama-on-Release-of-OLC-Memos/ .

El fiscal general Eric Holder del Departamento de Justicia estadounidense tampoco ha iniciado ninguna investigación sobre la redacción de los memorándum legales ni sobre el programa de tortura. El fiscal general Holder no ha iniciado ninguna investigación sobre las políticas de detención e interrogatorios usados por el gobierno de Bush y que dio por resultado la tortura de detenidos. El fiscal general Holder ha dado un paso pequeño al designar a un fiscal especial que tiene por objeto iniciar una investigación estrecha y *preliminar* sobre un número limitado (se afirma que menos de diez y posiblemente hasta menos de cinco) de incidentes que implican a la CIA. Notablemente, y de nuevo es un hecho muy inquietante, el fiscal Holder demuestra una aceptación de los memorándum de tortura, al basarse en ellos para exonerar de toda responsabilidad a los perpetradores directos que se basaron en ellos para actuar.

La siguiente declaración se hizo el 24 de agosto de 2009 luego de que el fiscal general Holder estudiar el informe del Despacho de Responsabilidad Profesional, que examinó ciertos apartes de los memorándum expedidos por el Despacho de Asesoría Legal y del informe del inspector general de la CIA que analizó las técnicas de interrogación utilizadas por la CIA con ciertos detenidos. Los siguientes apartes de la declaración del fiscal general Holder son emblemáticos del enfoque que él le ha dado a la rendición de cuentas por crímenes de guerra, delitos de lesa humanidad y tortura:

“He llegado a la conclusión de que la información que conozco justifica la iniciación de un *estudio preliminar* para ver si se violaron leyes federales en relación con los interrogatorios de ciertos detenidos específicos en sitios ubicados fuera de Estados Unidos. *Quero recalcar que ni el inicio de un estudio preliminar ni, si las pruebas lo justifican, el inicio de una investigación exhaustiva, significan que necesariamente se imputarán cargos.*

Habrán algunos que utilizarán mi decisión de iniciar un estudio preliminar como un medio para criticar ampliamente la labor de la comunidad de inteligencia de nuestro país. Yo no podría estar más en desacuerdo con eso. Los hombres y mujeres en nuestra comunidad de inteligencia realizan una labor importantísima para el país, y a menudo la realizan en las circunstancias muy difíciles y peligrosas. Se merecen nuestro respeto y agradecimiento por la labor que realizan. Además, *tienen que sentirse protegidos de todo riesgo jurídico cuando actúan de buena fe y dentro del alcance de la orientación jurídica. Por eso he dejado muy en claro en el pasado que el Departamento de Justicia no enjuiciará a nadie que actúe de buena fe y dentro del alcance de la orientación jurídica presentada por el Despacho de Asesoría Legal con respecto a la interrogación de detenidos.* Quiero reiterar ese punto en esta fecha y recalcar que *este estudio preliminar no se concentrará en dichas personas.*

Comparto la convicción del presidente de que como país, y en cuanto nos sea posible con temas como este, tenemos que mirar hacia el futuro y no hacia el pasado. Si bien este Departamento cumplirá con su obligación de dar este paso preliminar para ver si hubo posibles contravenciones de la ley, no permitiremos que nuestra importante función de mantener seguro al pueblo norteamericano se vea descarrilada”. [...]²⁵

No se ha divulgado al público ninguna información sobre los adelantos o los resultados del estudio preliminar.

c) El poder ejecutivo ha bloqueado de manera coherente todo acceso de los detenidos a la justicia y a todo recurso.

²⁵ Declaración del fiscal general Eric Holder respecto a un repaso preliminar de las indagatorias de ciertos detenidos, 24 de agosto de 2009. Se consigue en <http://www.usdoj.gov/ag/speeches/2009/ag-speech-0908241.html>

Pese a las promesas de Obama de cerrar la base de Guantánamo antes de que transcurriera su primer año en el gobierno, el centro de detención en Guantánamo sigue funcionando y retiene a casi 200 prisioneros (varones) sin imputarles cargos. El gobierno de Obama se ha opuesto a toda petición de *habeas*. Dada la continuación de perjuicios causados por permanecer detenidos sin que se les imputen cargos, toda investigación de esta norma del gobierno de Obama —si se llegara a efectuar— tendría que verse como inefectiva dado el sesgo que conlleva.

El gobierno de Obama, por intermedio del Departamento de Justicia, ha retenido las políticas del gobierno de Bush al obstruir todo intento de las víctimas de tales políticas impuestas después del 11 de septiembre, de buscar una rendición de cuentas y el resarcimiento en los tribunales estadounidenses. Hasta la fecha, a ninguna víctima de las políticas impuestas después del 11 de septiembre se le ha permitido presentar su relato en un tribunal estadounidense. De hecho, hasta la fecha ni una sola víctima ha recibido siquiera una disculpa del poder ejecutivo estadounidense. En vez, el Departamento de Justicia del gobierno de Obama se ha opuesto a los reclamos de detenidos concretos, inclusive los de cuatro ex detenidos de origen británico que reclamaron daños y perjuicios por detención arbitraria y tortura durante su permanencia en Guantánamo.²⁶ El Departamento de Justicia del gobierno de Obama ha invocado el “privilegio de secretos de estado” en su intento de obstruir la demanda que radicaron cinco hombres que alegan que fueron sometidos a “entrega extraordinaria”.²⁷ Por último, en un proceso en el cual se reclamaban daños y perjuicios a nombre de las familias de dos ex detenidos que fueron abusados, retenidos de manera arbitraria y que fallecieron en la base en la Bahía de Guantánamo, el Departamento de Justicia del gobierno de Obama ha adoptado los mismos alegatos que presentó el gobierno de Bush de que la tortura puede hallarse dentro del alcance del empleo de funcionarios del gobierno y miembros del estamento militar estadounidenses, pese al reconocimiento universal de que la tortura nunca puede ser un acto oficial.²⁸ La inmunidad que el gobierno de Obama espera obtener para funcionarios de Estados Unidos —de la misma manera que lo hiciera el gobierno de Bush antes— crea una cultura de impunidad que deja palpable la posibilidad de que tal conducta tan reprensible vuelva a suceder.

²⁶ Ver la página del caso *Rasul v. Rumsfeld* en: <http://www.ccrjustice.org/ourcases/current-cases/rasul-v.-rumsfeld>.

²⁷ Ver la página del caso *Mohamed v. Jeppesen Dataplan, Inc.* en: <http://www.aclu.org/nationalsecurity/mohamed-et-al-v-jeppesen-dataplan-inc>.

²⁸ Ver la página del caso *Al Zahrani v. Rumsfeld* en: <http://www.ccrjustice.org/ourcases/current-cases/al-zahrani-v.-rumsfeld>.

4. Prohibición de la tortura según el derecho internacional

Con posterioridad a los autos diligenciados el 17 de marzo de 2009 para apoyar este reclamo, recalcamos ahora en breve los razonamientos jurídicos clave para la prohibición internacional de la tortura que se invocan directamente o que de otra manera son pertinentes en este asunto. Si bien nuestro análisis se concentra en la tortura, observamos que no es la única contravención del derecho internacional que se ve afectada por los actos que se alegan en este proceso, los que se amplían para incluir, *inter alia*, la detención arbitraria prolongada tipificada como trato cruel, inhumano o degradante.

a) Convención de la ONU contra la Tortura

La Convención de la ONU contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (en lo sucesivo, CAT), el tratado internacional clave que establece la prohibición contra la tortura y la declara delito internacional,²⁹ fue ratificada por España el 21 de octubre de 1987. El Artículo 2 de la CAT obliga a todo Estado Parte a “tomar medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para impedir los actos de tortura”. Esta es la obligación a la que el Artículo 23(4)(h) de la LOPJ claramente busca darle efecto. Es más: el Artículo 2 confirma que ni el “estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna [ni ninguna] emergencia pública ni una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública” jamás podrá invocarse por justificar la tortura. Huelga citarse que el Comité de la ONU contra la Tortura ha aseverado de manera expresa que la prohibición de invocar circunstancias excepcionales, tal como se explicita en el Artículo 2, les impide a los Estados violar tal prohibición contra la tortura citando medidas antiterroristas.³⁰ Conforme al Artículo 4 de la CAT, todos los actos de tortura, *incluida la complicidad*, son delitos punibles de índole grave y (conforme al Artículo 9) “los Estados Partes se prestarán todo el auxilio posible en lo que respecta a cualquier procedimiento penal” que se incoe.³¹ Esta prohibición contra la tortura en los delitos de lesa humanidad claramente se refleja en el Artículo 607 bis 8 del Código Civil de España.

b) La tortura según el derecho humanitario internacional

Como es bien sabido, los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949³² sobre la protección de las víctimas de guerra, fueron ratificadas por España el 4 de agosto de 1952 y fueron suplementados por dos Protocolos Adicionales de 1977. Su objetivo primordial es aplicarlos a situaciones de conflicto armado internacional. Sin embargo, el Artículo 3 común, que se encuentra en cada uno de los cuatro convenios y se suplementa con el Protocolo II, se aplica al “conflicto armado que no sea de índole internacional”. El Artículo 3 común manifiesta con claridad que “se prohíben, en cualquier tiempo y lugar ... los atentados contra la vida y la

²⁹ 1465 UNTS 85 (CAT), *supra* nota 17.

³⁰ Comité de la ONU contra la Tortura, *Paez v Suecia* (1997) UN Doc CAT/C/18/D/39/1996.

³¹ *Supra* nota 17. Mientras que los requisitos jurisdiccionales contenidos dentro de los Artículos 5 a 7 y las obligaciones de investigar establecidas según el Artículo 13 de CAT se sobreponen en cierto grado con algunos de nuestros análisis posteriores, un estudio exhaustivo de esta interrelación compleja —además de las disposiciones clave del Protocolo optativo del Convenio contra la tortura (OPCAT)— se encuentra más allá del alcance de la presente opinión.

³² Los Convenios de Ginebra (adoptados el 12 de agosto de 1949, adquirieron vigencia el 21 de octubre de 1950) incluidas 75 UNTS 31 (Convenio de Ginebra I), 75 UNTS 85 (Convenio de Ginebra II), 75 UNTS 135 (Convenio de Ginebra III) y 75 UNTS 287 (Convenio de Ginebra IV). Complementados por el Protocolo adicional de los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, y relacionados con la Protección de víctimas de conflictos armados internacionales (adoptado el 8 de junio de 1977, adquirió vigencia el 7 de diciembre de 1979) 1125 UNTS 3 (Protocolo I); Protocolo adicional de los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, y relacionados con la Protección de víctimas de conflictos armados no internacionales (adoptado el 8 de junio de 1977, adquirió vigencia el 7 de diciembre de 1978) 1125 UNTS 609 (Protocolo II).

integridad corporal, especialmente ... las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura”. Mientras que el “conflicto armado que no sea de índole internacional” no se define claramente en los Convenios ni en ninguno de los otros tratados complementarios, hacemos hincapié en la prohibición absoluta de la tortura que está contenida en el Artículo 3 común, y se ha confirmado que esta se aplica a los detenidos recluidos en Guantánamo (tal como a las víctimas identificadas en el presente reclamo), con posterioridad a la decisión de 2006 de la Corte Suprema de Estados Unidos en *Hamdan v Rumsfeld* que dictaminó, entre otros aspectos, que la protección ofrecida por el Artículo 3 común se extiende a cualquier conflicto armado que no sea “un conflicto entre naciones”.³³ Además, el derecho humanitario internacional impone obligaciones inequívocas a todos los estados de llevar a juicio los crímenes de guerra, tales como la tortura. El Artículo 146 del Cuarto Convenio de Ginebra, por ejemplo, impone una obligación clara a todos los Estados de: “buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad”. Esta prohibición de la tortura por ser crimen de guerra se refleja en los Artículos 608 a 614 (sobre todo el 609) del Código Civil de España.

c) La tortura conforme a los derechos humanos internacionales

La principal prohibición de la tortura, pese a que ha sido incluida ampliamente en toda una gama de tratados de derechos humanos internacionales y regionales,³⁴ está contenida dentro del Artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ICCPR) en el que se dispone: “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”. Nuevamente, hacemos hincapié en el hecho de que esta prohibición es absoluta. Por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos de la ONU ha declarado expresamente que “el texto del Artículo 7 no permite ninguna limitación” y de manera semejante les ha denegado a los estados el uso de la amenaza del terrorismo para socavar esta libertad de manera alguna.³⁵

d) La tortura según el derecho internacional consuetudinario

La prohibición de la tortura también es norma perentoria (o *jus cogens*) del derecho consuetudinario internacional.³⁶ Como tal, la prohibición —que, tal como se detalló anteriormente, es tanto absoluta como inderogable— es vinculante en todos los estados independientemente de que sean o no parte de los tratados específicos que se esbozan en los apartes anteriores.

En resumen, la tortura (incluidos tanto actos individuales como la complicidad) está sujeta a una prohibición absoluta según el derecho internacional, donde sea y contra quien sea que se perpetre.

³³ 126 S.Ct. 2479 (2006). Esta decisión fue afirmada posteriormente por Orden ejecutiva del presidente President Barack Obama (22 de enero de 2009) *Estudio y disposición de personas detenidas en la Base Naval de la Bahía de Guantánamo y cierre de las instalaciones de detención*: “Ninguna persona que actualmente esté detenida en Guantánamo se mantendrá en custodia o bajo el control efectivo de ningún oficial o funcionario ... salvo de conformidad con todas las leyes aplicables que rigen las condiciones de tal confinamiento, incluido el Artículo 3 común del Convenio de Ginebra”. Además, para ver una declaración clara de la prohibición de la tortura como crimen de guerra, ver el Artículo 8(2) del Estatuto de la CPI.

³⁴ Por ejemplo, el Convenio Europeo sobre los Derechos Humanos (1950); el Convenio Panamericano sobre los Derechos Humanos (1969); la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos (1981) y la Carta Árabe Modificada sobre los Derechos Humanos (2004); todos los cuales prohíben la tortura de una manera coherente con lo que se dispone en el Artículo 7 del Convenio Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

³⁵ Ver, por ejemplo, UN Doc CCPR/C/CAN/CO/5 (en el acápite 15)

³⁶ Tercera redeclaración del Derecho de relaciones exteriores de Estados Unidos Vol. II (1987) acápite 702; de Wet, E. (2004) La prohibición de la tortura como norma internacional de *Jus Cogens* y sus implicaciones para el derecho nacional y consuetudinario *European Journal of International Law* 15(1): 97; *Prosecutor v. Furundžija*, Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (2002) 121 *Informes de derecho internacional* 213.

Las víctimas identificadas en este caso estaban sujetas a estas protecciones ofrecidas, entre otros, por CAT y los Convenios de Ginebra en todos los momentos materiales mientras estuvieron bajo el control efectivo de las autoridades estadounidenses. Sus derechos de vivir sin torturas no eran —al contrario de lo que alegan los perpetradores identificados en esta querrela— derogables de ninguna manera (ni por motivos de una emergencia pública, ni por medidas antiterroristas ni por nada).

5. La jurisdicción según el derecho internacional

(i) El principio de la jurisdicción, la concurrencia y la subsidiariedad

Como es bien sabido, según el derecho internacional consuetudinario, se reconoce toda una serie de diferentes formas y bases de fuero penal. Para efectos de claridad en esta opinión experta, hemos dividido estas bases en dos categorías dominantes:³⁷

a) *Fundamentos nacionales de jurisdicción*, incluidos aquellos en que:

- los actos son cometidos por personas de cualquier nacionalidad dentro del territorio del estado (el principio de territorialidad)
- los actos son cometidos por nacionales del estado (el principio de la personalidad activa)
- los actos victimizan a nacionales del estado (el principio de la personalidad pasiva)³⁸
- los actos van dirigidos contra la seguridad del estado y/o contra su capacidad de llevar a cabo las funciones oficiales del mismo (el principio protector)

b) *Fundamentos internacionales de jurisdicción*, concretamente aquellos en que:

- un estado declara su jurisdicción exclusivamente con base en la universalidad del delito, “irrespectivamente del sitio de comisión del delito e independientemente de todo vínculo de nacionalidad activa o pasiva, o por cualquier otro motivo de jurisdicción reconocido por el derecho internacional” (el principio de la universalidad).³⁹

Primero, queremos enfatizar que mientras estas dos categorías amplias de jurisdicción –la nacional y la internacional– podrían superponerse en la práctica, conceptual y jurídicamente son distintas. Es significativo que la jurisdicción universal (en contraste con los otros fundamentos que se derivan, de alguna manera, de los intereses nacionales e independientes del estado) surge de la índole internacional y universal de los delitos en sí, tal como se definen en el derecho internacional.⁴⁰ Como tal, la jurisdicción universal es distinta de la jurisdicción nacional de estados específicos. En cambio, se trata de una base de jurisdicción internacional que está al alcance de los estados para “hacer cumplir un derecho internacional compartido de suprimir

³⁷ Ver, en concreto, Colangelo, A. (2009) La jurisdicción universal como ‘falso conflicto’ internacional de derecho, *Mich. J. Int’l L.* 30[3]: 885-925. Estos razonamientos y su distinción del principio de la universalidad que se trató arriba, también se han tratado de manera concisa y se han refrendado en el reciente *Informe del Grupo Técnico Experto Ad Hoc de las Uniones Africana y Europea sobre el principio de la jurisdicción universal* (2009) 8672/1/09 Ev 1 Anexo, en las páginas 7 a 11.

³⁸ Tal como se refleja en los nuevos requerimientos del Artículo 23(4)(a) de la LOPJ (y sus enmiendas) que, como se trató arriba, aspira a presentar los principios de la territorialidad y la personalidad pasiva como elementos necesarios de un ‘enlace legitimizador’ en asuntos de la jurisdicción universal.

³⁹ Ver la Resolución sobre Jurisdicción penal universal con respecto al delito de genocidio, delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra *Institut de Droit international* (IDI) 2005, acápite 1. Se consigue en: http://www.idi-ii.org/idiE/resolutionsE/2005_kra_03_en.pdf. Mientras que la definición de jurisdicción universal está lejos de quedar resuelta, - Ver, por ejemplo, comentarios del juez *ad hoc* van den Wyngaert en el Tribunal Internacional de Justicia, *Caso sobre la orden de captura del 11 de abril de 2000* (República Democrática del Congo v Bélgica), 14 de febrero de 2002 (en el acápite 44) [en lo sucesivo el caso de la ‘orden de captura’] y Scheffer, D.J. (2002) El futuro de la ley de atrocidad, *Suffolk Transnational Law Review* 25: 422 — de alcance en gran parte negativo, este marco conceptual ofrece una definición práctica, si bien limitada, para efectos de nuestro análisis actual.

⁴⁰ Ver el Principio 1(1) de los Principios de Princeton sobre la jurisdicción universal, *supra* nota 14. en la página 21: “la jurisdicción penal se basa exclusivamente en la naturaleza del delito sin importar dónde se cometió, ni la nacionalidad del perpetrador sea supuesto o condenado, la nacionalidad de la víctima o cualquier otra conexión con el estado que ejerza la jurisdicción”.

delitos universales tales como los que se tipifican en el derecho internacional”⁴¹ y un medio por el cual un estado puede actuar como “fideicomisario de los valores fundamentales de la comunidad internacional”.⁴² Por consiguiente, visto desde la perspectiva del derecho internacional, convenimos con la postura del Tribunal Constitucional en el Caso Guatemala en el que se dictaminó (en el acápite 8) que:

La persecución internacional y transfronteriza que pretende imponer el principio de justicia universal se basa exclusivamente en las particulares características de los delitos sometidos a ella, cuya lesividad ... trasciende la de las concretas víctimas y alcanza a la comunidad internacional en su conjunto. Consecuentemente su persecución y sanción constituyen, no sólo un compromiso, sino también un interés compartido de todos los Estados ... cuya legitimidad, en consecuencia, no depende de ulteriores intereses particulares de cada uno de ellos, ... tal como muestran ... la Resolución adoptada por el Instituto de Derecho Internacional en Cracovia el 26 de agosto de 2005 en la que ...se define la jurisdicción universal en materia penal como "la competencia de un Estado para perseguir y, en caso de ser declarados culpables, castigar presuntos delinquentes, independientemente del lugar de comisión del delito y sin consideración a vínculo alguno de nacionalidad activa o pasiva u otros criterios de jurisdicción reconocidos por la Ley internacional".⁴³

El aspecto fundamental aquí es que cualquier ley nacional de cualquier estado que se utilice para llevar a juicio por delitos internacionales según la jurisdicción universal, funciona de manera efectiva como figura jurídica que el estado emplea para cumplir sus obligaciones según el derecho internacional. Para ilustrar el efecto práctico de este aspecto, Colangelo ofrece el siguiente ejemplo:

Supongamos que se dice que un nacional estadounidense cometió tortura en Egipto. Claramente Egipto puede ejercer su jurisdicción prescriptiva y puede aplicar la ley egipcia que proscribe la tortura a una actividad cometida en su territorio. Según el derecho internacional, Estados Unidos también puede ejercer la jurisdicción prescriptiva y puede aplicar la ley estadounidense que proscribe la tortura a una actividad cometida por su nacional. Por consiguiente, tenemos dos estados que en potencia pueden reclamar la jurisdicción, según el derecho internacional, con base en los intereses del estado. Pero ... España, entre otros estados, tiene una ley de jurisdicción universal que les permite a los tribunales españoles enjuiciar por tortura... de manera que también es concebible que ejerza jurisdicción por estos hechos.

Pero a diferencia de Estados Unidos y Egipto, los intereses de España no están conectados con ningún derecho jurisdiccional nacional explícito ... Sino que más bien, para que España pueda enjuiciar a alguien ..., tiene que recurrir singularmente a su jurisdicción internacional por el delito universal de tortura. *La ley nacional española utilizada para enjuiciar es, por lo tanto, simplemente una costra que no tiene una base jurisdiccional nacional autosuficiente, por intermedio de la cual España aplica y hace cumplir el derecho internacional.* Pero España seguramente tiene un “interés” en ejercer la jurisdicción. Puede que no sea un interés relacionado de manera clara a derechos nacionales como el territorio o las personas nacionales, pero no deja de ser un interés (y uno que España comparte con todos los demás estados): la aplicación y el cumplimiento del derecho internacional contra los delitos universales [el resaltado fue agregado por nosotros].

Si bien este ejemplo se elaboró antes de que entraran en vigencia las enmiendas que se le efectuaran en 2009 al Artículo 23(4) a (5) de la LOPJ, no deja de ofrecernos un medio útil para razonar algunas de las problemáticas jurisdiccionales que podrían emanar en procesos tanto

⁴¹ Colangelo, *supra* nota 37, en la 889.

⁴² Kress, C. (2006) La jurisdicción universal sobre delitos internacionales y el derecho internacional *J. of Int'l Crim. Justice* 4: 561 a 585 (en la 567).

⁴³ Dictamen No. 237/2005, Tribunal Constitucional, 26 de septiembre de 2005

actuales como futuros que se conozcan en los juzgados españoles. Anteriormente habíamos demostrado (en la sección 3(i) de esta opinión), por ejemplo, porqué se cumple claramente en el presente proceso con los requerimientos específicos del Artículo 23(4)(a) de la LOPJ: primero, por virtud de la nacionalidad española de Hamed Abderrahman Ahmed y las ‘conexiones relevantes’ que se establecen en el proceso paralelo de 150/09 con respecto Ikassrien Lahcen, Jamiel Abdul Latiff Al Banna y Omar Deghayes. Sin perjuicio de las enmiendas que se le hicieran en 2009 al Artículo 23(4) de la LOPJ, sin embargo, todavía se dispone de una base clara del derecho internacional (el principio de la universalidad) que le daría a este Juzgado un medio alternativo para ejercer la jurisdicción en este asunto de una manera que se extienda, a fin de incluir el grupo más amplio de víctimas identificadas en la querrela original. A partir de la reciente decisión del Tribunal Supremo de España en el proceso *Al Daraj* que se trató anteriormente, entendemos que en el futuro se presentará una objeción acerca de la legalidad de las enmiendas hechas en 2009 al Artículo 23(4) a (5) de la LOPJ.⁴⁴ Entretanto, y por las razones que se esbozaron anteriormente, le rogaríamos a este Juzgado que adopte una interpretación de las disposiciones que le dan efecto al *propósito* del principio de la universalidad, a fin de facilitar (en lugar de restringir) la jurisdicción española sobre actos extraterritoriales de tortura y otros delitos internacionales.

Segundo, observamos que el derecho internacional también prevé un sistema de jurisdicciones *concurrentes y no jerárquicas* con respecto a los diversos razonamientos de jurisdicción que permite. Por lo tanto, no hay ninguna regla positiva que les prohíba a los estados valerse de la jurisdicción penal nacional sobre una situación de extraterritorialidad que se encuentre dentro del ámbito de otros estados (tal como el estado territorial en el que acontecen los actos).⁴⁵ Por ello, en el renombrado proceso de *Lotus*, que emanó de la muerte de ocho nacionales turcos en una colisión con un vapor francés y relativo a las jurisdicciones respectivas de los estados involucrados en el asunto, La Corte Permanente de Justicia Internacional dictaminó:

Sin embargo, no sigue que el derecho internacional le prohíbe al Estado ejercer jurisdicción en su propio territorio, con respecto a cualquier proceso que se relacione con los actos que han acaecido en el exterior y en el cual no pueda depender de un dictamen permisivo del derecho internacional (permitiendo que se ejerza la jurisdicción por fuera de su territorio propio) ... La territorialidad del derecho penal ... no es un principio absoluto del derecho internacional y de ninguna manera coincide con la soberanía territorial.⁴⁶

De manera similar, El Tribunal Constitucional de España –al considerar anteriormente la naturaleza de la jurisdicción universal, en contraste con la territorial— ha dictaminado que:

El fundamento último de esta norma atributiva de competencia radica en la universalización de la competencia jurisdiccional de los Estados y sus órganos para el conocimiento de ciertos hechos sobre cuya persecución y enjuiciamiento tienen interés todos los Estados, *de forma que su lógica consecuencia es la concurrencia de competencias, o dicho de otro modo, la concurrencia de Estados competentes*.⁴⁷[el resaltado fue agregado].

⁴⁴ Ver, por ejemplo, la declaración de prensa (16 de abril de 2009) el Centro Palestino de Derechos Humanos. Se consigue en:

http://www.pchrgaza.org/portal/en/index.php?option=com_content&view=article&id=6437:pchr-take-al-daraj-case-to-constitutional-court-challenge-restrictions-on-universal-jurisdiction-law-in-spain-&catid=36:pchrpressreleases&Itemid=194

⁴⁵ Ver, por ejemplo, Kress, *supra* nota 42 (en la 566), Principios de Princeton, *supra* nota 14, Colangelo, *supra* nota 37 (en la 887).

⁴⁶ S.S. “Lotus” (Fr. v. Turk.), 1927 P.C.I.J. (ser. A) No. 10

⁴⁷ Sentencia No. 87/2000, Tribunal Constitucional, 27 de marzo de 2000, Fundamentos jurídicos, acápite 4. Este principio fue reafirmado posteriormente por el Tribunal Constitucional en pleno en el caso *Guatemala* (Fundamentos jurídicos, acápite 3), *supra* nota 43.

La concurrencia es, por lo tanto, una consecuencia directa de la obligación compartida entre los estados de enjuiciar delitos internacionales tales como la tortura.⁴⁸ El estado que ejerza jurisdicción para investigar y enjuiciar delitos internacionales con base en uno de los fundamentos jurisdiccionales identificados arriba, actúa dentro del alcance permisible del derecho internacional, incluso si el delito ya está siendo investigado por las autoridades del estado en el que se cometieron los actos. Dentro de este contexto, tomamos nota de las conclusiones recientes del *Grupo Técnico Experto Ad Hoc de las Uniones Africana y Europea sobre el Principio de la Jurisdicción Universal*. Elaborado a solicitud de ministros de las Uniones Africana y Europea como respuesta a las tensiones diplomáticas que surgieron de la expedición por jueces europeos de órdenes de captura contra funcionarios africanos, con base en la jurisdicción universal, Se declara en este informe que:

1.3 No hay ninguna jerarquía obligatoria en las jurisdicciones permisibles

14. El derecho internacional positivo no reconoce ninguna jerarquía entre los diversos razonamientos de jurisdicción que permite. En otras palabras, un estado que goza de jurisdicción universal en cuanto a, por ejemplo, crímenes de lesa humanidad no está bajo ninguna obligación jurídica positiva de conceder prioridad con respecto al enjuiciamiento del estado dentro del territorio en el cual se cometieron los actos delictuosos o del estado de la nacionalidad del ofensor ni de las víctimas.⁴⁹

Tercero, por lo tanto, el hecho de que las bases jurisdiccionales concurrentes y no jerárquicas se vislumbren como funcionando de esta manera bajo el derecho internacional, tiene un impacto profundo en el estatus relativo en el subyacente *principio de la opinión experta*, entre otros, las enmiendas de 2009 al Artículo 23(4) a (5) de la LOPJ. Más importante todavía es que queda en claro que este principio —que en distintas formas busca impedir que el ejercicio de la jurisdicción por un estado tercero si un estado con una conexión más estrecha con el delito ejerce su jurisdicción de manera genuina— no tiene ningún fundamento jurídico firme en el derecho internacional.⁵⁰ Tampoco es el principio de subsidiariedad —como lo precisa Ryngaert⁵¹ después de repasar la práctica de los estados en este aspecto y de reconocer su implantación por algunos estados mediante legislación y jurisprudencia— una norma del derecho internacional consuetudinario. Como lo deja muy en claro el *Grupo Técnico Experto Ad Hoc de las Uniones Africana y Europea*, en una opinión a la que nos adscribimos en su plenitud, *no hay ninguna jerarquía obligatoria* de las jurisdicciones permisibles a nivel internacional ni tampoco hay reglas bajo el derecho internacional que limiten el ejercicio de la jurisdicción universal.

En el mejor de los casos, por consiguiente, al principio de la subsidiariedad se le ha dado prioridad en ciertos estados solamente como asunto de *política* y/o de celeridad política, y no de derecho. Es dentro de este contexto, por ejemplo, que el *Grupo Técnico Experto Ad Hoc de las Uniones Africana y Europea* recomienda que los estados le den prioridad a la territorialidad como base para la jurisdicción cuando prosigan a encausar delitos internacionales como “asunto de

⁴⁸ Ver, por ejemplo, Principios de Princeton, *supra* nota 14 y Kress, *supra* nota 42 (en la 566). Para ver una redeclaración jurídica clara en el contexto español, ver la opinión de disensión en el Dictamen No. 1/09, Tribunal Nacional (División Penal), Casamiento No. 31/09 (sobre el proceso preliminar No. 157/08), 9 de julio de 2009 (en lo sucesivo, el asunto *Al Daraj*).

⁴⁹ *Grupo Técnico Experto de las Uniones Africana y Europea sobre el principio de la jurisdicción universal*, *supra* nota 37, (en la página 11). Cf: Kress *supra* nota 42 (en la 579)

⁵⁰ Ver, por ejemplo, Geneuss, J. (2009) Cómo fomentar un mejor entendimiento de la jurisdicción universal: comentario sobre el informe del Grupo Experto de las Uniones Africana y Europea sobre el principio de la jurisdicción universal, *J. of Int'l Crim. Justice* 7: 945 a 962

⁵¹ Ryngaert, C. (2008) Cómo aplicar el principio de la complementariedad del Estatuto de Roma: lecciones del encausamiento de los delitos centrales por estados que actúan según el principio de la universalidad, *Criminal Law Forum* 19: 153 (en la 173)

política”⁵², por motivos prácticos, que otros comentaristas académicos recomiendan moderar con la aplicación por parte del estado de la jurisdicción universal en el enjuiciamiento de delitos internacionales por medio de la subsidiariedad citando motivos de “razonabilidad”⁵³ o “tiene sentido”⁵⁴ y que los juzgados españoles han sugerido en diversas ocasiones darle prioridad a la subsidiariedad fundamentándose en la “razonabilidad procesal y político-penal”.⁵⁵ En efecto, reconocemos que uno de los objetivos expresos de las enmiendas efectuadas en 2009 al Artículo 23(4) de la LOPJ fue el de “permitir la adaptación y aclaración de eso en el artículo de conformidad con el principio de la subsidiariedad”.⁵⁶ Sin embargo, proponemos que cuando *se aplique* la subsidiariedad, siempre se debe hacer sujeta a ciertas condiciones relacionadas con el ejercicio de la jurisdicción por el estado territorial. A continuación pasaremos a examinar las condiciones umbral de ello.

(ii) La subsidiariedad condicional

Nuestro punto de partida, a partir del análisis esbozado arriba, es que la posición de que goza la jurisdicción territorial según el derecho internacional no lleva a una subsidiariedad absoluta e ilimitada de la jurisdicción universal. En vez, la primacía que actualmente le otorgan ciertos estados al principio de la territorialidad es cuestión de política, fundamentada en una forma de *subsidiariedad condicional*, cuya naturaleza y contenido sustantivo aún está por decidirse de manera concluyente.⁵⁷

Primero, sin embargo, parece haber consenso de que si un estado ha de aplicar el principio de la subsidiariedad solamente lo ha de hacer al llegar la investigación de otro estado a su *conclusión*.⁵⁸ Sin duda las investigaciones pueden iniciarse simultáneamente en diferentes países con las pruebas materiales recogidas y compartidas en un sistema de asistencia jurídica mutua y todo se le transfiere al estado foro que en definitiva encausa el asunto.⁵⁹

Segundo, existe un consenso amplio de que la priorización de la subsidiariedad por estados terceros como asunto de política depende de que el estado territorial actúe “de buena fe” al ejercer su propia jurisdicción penal para investigar y encausar delitos internacionales.⁶⁰ Algunos comentaristas han sugerido que el contenido normativo en el que se basa este criterio, y que simplemente refleja, es el principio de la complementariedad consagrado en el Artículo 17 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (en lo sucesivo, el estatuto de la CPI).⁶¹ Sin embargo, es nuestra opinión que aplicar el principio de la subsidiariedad en el contexto de jurisdicción universal (como se trató anteriormente) no coincide (ni debe coincidir) sencillamente con los requisitos mínimos de “no estar dispuesto ni tener la capacidad” especificados en el

⁵² Grupo Técnico Experto Ad Hoc de las Uniones Africana y Europea, *supra* nota 37 R.9. Para leer más ejemplos, ver Colangelo, A. (2009) *Non bis in idem* y múltiples soberaías: Una teoría jurisdiccional *Wash. U. L. Rev.* 86: 769

⁵³ Ryngaert, *supra* nota 51

⁵⁴ Colangelo. *supra* nota 37, en la 900

⁵⁵ *Supra* nota 48

⁵⁶ 121/000028 Proyecto de Ley Orgánica complementaria de la Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la Implantación de la Nueva Oficina Judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, del 1º de julio, del Poder Judicial. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, IX Legislatura. Serie A: Proyectos de ley del 6 de Julio de 2009. Núm. 28-3. Preámbulo

⁵⁷ Por consiguiente, Kress [*supra* nota 42 (en la 580)] alega que “Es ... imposible identificar —como asunto de derecho internacional consuetudinario— una cierta norma probatoria requerida para determinar si el poseedor del derecho primario a la adjudicación no está dispuesto o está incapacitado para el encausamiento del proceso”.

⁵⁸ Kress, *supra* nota 42 (en la 580). Ver también el caso *Orden de captura* (*supra* nota 39), Opiniones conjuntas y separadas de los jueces Higgins, Kooijmans, Buergenthal en el acápite 59.

⁵⁹ Ver *Grupo Técnico Experto Ad Hoc de las Uniones Africana y Europea*, *supra* nota 37, R10

⁶⁰ Ver Colangelo, *supra* nota 37, en la 835. Para ver un enfoque similar, ver el caso *Orden de captura*, *supra* nota 15, en las páginas 64 a 91.

⁶¹ Estatuto de la CPI (Se consigue en: <http://www.icc-cpi.int>)

principio de la complementariedad consagrado en el Artículo 17(1)(a) del Estatuto de la CPI. Primero, si bien el principio de la complementariedad claramente se puede aplicar a relaciones del estado con la CPI, no es aplicable a nivel de estado a estado en el que prevalece la jurisdicción concurrente con la subsidiariedad condicional (como en el presente caso). Segundo, la complementariedad se tiene que leer en el contexto del preámbulo del Estatuto de la CPI en el que se observa, entre otras cosas, que: “es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales ...” y que “los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y ... hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia”. La lucha contra la impunidad es, por consiguiente, primordial y se ve como un esfuerzo mutuo entre los Estados y la CPI, en la cual los estados observadores (en lugar de simplemente estados territoriales) desempeñan un papel fundamental en el encausamiento de delitos internacionales. Tercero, además, si los principios de la complementariedad del estatuto de la CPI se han de considerar en el contexto del caso que nos ocupa, se deberán leer en conjunto con los Artículos 55, 67 y 21(3) en los que se estipula que los procesos se deben adherir a “normas de derechos humanos reconocidas a nivel internacional”.

En este caso, por consiguiente, opinamos que todo estudio que emprendan las autoridades españolas conforme al Artículo 23(4) a (5) de la LOPJ (y sus enmiendas) respecto a la existencia o la amplitud de las labores de encausamiento emprendidas (por las autoridades estadounidenses o por cualquier otra parte) tiene que abarcar más que los requisitos mínimos del principio de la complementariedad y adoptar las normas aceptadas de obligaciones en cuanto a la investigación que se establecen según la ley internacional de derechos humanos como consideraciones pertinentes.

(iii) Obligaciones de investigar según el derecho internacional y europeo

El derecho internacional requiere de manera variada un ‘remedio efectivo’ que los estados deben poner al alcance de las víctimas en el caso de violaciones de los derechos humanos⁶² tales como la tortura. Cuando ya se ha cometido o parece haberse cometido tortura, el primer estado que tenga que ver con el caso tiene una obligación (según el derecho internacional) de emprender una investigación efectiva del asunto y de llevar a los perpetradores a la justicia, particularmente mediante el inicio de un proceso penal.⁶³ Además, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la naturaleza de la obligación de investigar que surge de violaciones del Artículo 2 (el derecho a la vida), el Artículo 3 (la prohibición del maltrato y la tortura) y, por extensión, el Artículo 13 (el derecho a un remedio efectivo) es pertinente en este contexto. En una serie de casos que surgen de Turquía y en los cuales desempeñan un papel los Artículos 2 y 3 del Convenio Europeo, por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha manifestado que donde haya un reclamo de tortura que parezca tener mérito, el Artículo 13 exige “una investigación cabal y efectiva capaz de llevar a que se identifique y castigue a quienes sean

⁶² Ver, por ejemplo, Convenio Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (adoptado el 16 de diciembre de 1966, que adquirió vigencia el 23 de marzo de 1976) 999 UNTS 171 (Convenio Internacional de Derechos Civiles y Políticos), Artículo 2(3)(a)

⁶³ Ver, por ejemplo, Asamblea General de la ONU *Principios básicos y lineamientos sobre el derecho de remediar y reparar a las víctimas de contravenciones de los derechos humanos internacionales y graves violaciones del Derecho Humanitario Internacional* Parte II(3)(b); Comité de la ONU de Derechos Humanos Comentario General No. 7: la tortura o el trato y castigo cruel, inhumano o degradante (1982), acápite 1; Comentario General No. 20: la tortura o el trato y castigo cruel, inhumano o degradante (1992), acápite 14; Convención de la ONU contra la tortura, artículo 12; *Principios sobre la efectividad de la investigación y la documentación de la tortura y otros tratos y castigos crueles, inhumanos o degradantes* (en lo sucesivo, los ‘principios de Estambul’, anexo de la Resolución de la Asamblea General de la ONU 55/89 (4 de diciembre de 2000).

responsables, e incluye que los parientes tengan acceso efectivo al proceso de investigación”.⁶⁴ De hecho, en la opinión en disidencia (del 9 de julio de 2009) del Tribunal Nacional se dejó en claro en el asunto *Al Daraj* (en el párrafo 4), que esta jurisprudencia europea puede y debe ser referida por los juzgados españoles al determinar los criterios que se pueden aplicar en tales casos según el Artículo 23(4) a (5) de la LOPJ.⁶⁵

Vistos en conjunto, el derecho internacional y el derecho europeo definen que para que una investigación sea *efectiva* tiene que:

a) *Ser independiente*

Es decir, las personas a cargo de realizar la investigación tienen que ser independientes con respecto a quienes estén implicados en los hechos.⁶⁶ La independencia de los investigadores no debe ser una simple formalidad sino una realidad práctica.⁶⁷ En *Khan v UK*⁶⁸, por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos determinó que una forma de investigación interna (en dicho caso, un sistema de quejas policiales) carecía el grado de independencia requerido para ofrecer un ‘remedio efectivo’ porque el jefe de policía generalmente designa a un integrante de sus fuerzas para llevar a cabo la investigación y los ministros del gabinete del gobierno central eran los responsables de designar, remunerar y despedir a los miembros de la unidad investigadora del caso. De manera similar, en *Tanrikulu v Turkey*⁶⁹, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos determinó que las autoridades turcas no habían efectuado una ‘investigación efectiva’ tal como lo exige el Artículo 2 del Convenio Europeo porque las investigaciones las realizaron los ‘concejos administrativos’ (en lugar del procurador público) compuestos de funcionarios públicos que al fin de cuentas eran subalternos de la autoridad cuya conducta estaba en vilo. De manera parecida, también se ha determinado que los juzgados de seguridad estatal, en los cuales actúan jueces militares, también pueden realizar investigaciones inefectivas en casos en los que las fuerzas de seguridad están implicadas en el delito.⁷⁰

b) *Posibilitar la determinación de un reclamo y ofrecer el derecho de resarcimiento.*

Es importante recalcar que esto significa, entre otras cosas, que, para ser eficaz, una investigación tiene que ser “capaz de *identificar y sancionar* a los responsables”.⁷¹ Dado que según el derecho internacional la tortura es un delito, la obligación de identificar a los perpetradores y llevarlos a juicio implica una investigación *penal* o encausarlos o ambas cosas.⁷² Además, las pesquisas administrativas o los reclamos civiles que carezcan la capacidad de obligar a los supuestos perpetradores de delitos internacionales a rendir cuentas penales no se aproximan a cumplir con este criterio ya que el remedio tiene que tener la capacidad de producir una reparación efectiva. Por tal razón, los remedios que dejan cierta discreción o que no son vinculantes no cumplen con este criterio.⁷³ Además, como lo señalara el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en *Paul and*

⁶⁴ Ver, por ejemplo, *Aksoy v Turquía* (1997) 23 EHRR 553; *Kaya v Turquía* (19 de febrero de 1998); *Aydin v Turquía* (1998) 25 EHRR 251; *Kurt v Turquía* (1999) 27 EHRR 373

⁶⁵ *Supra* nota 48

⁶⁶ Sobre la independencia ver entre otros, Comité de la ONU de Derechos Humanos Comentario general No. 31 ‘la naturaleza de la obligación jurídica general impuesta en los Estados Parte’ (2004), acápite 15; *Nikoli and Nikoli v Serbia y Montenegro* (2005) UN Doc CAT/C/35/D/174/2000; *Jordan v Reino Unido* (2001) 37 EHRR 52 (at 106). ver también el Estatuto de la CPI, Artículo 17(2)(c)

⁶⁷ *Ergi v Turquía* (2001) 32 EHRR 18.

⁶⁸ *Khan v Reino Unido* (2001) No. 35394/97 5 EHRR 347. Ver también *Govell v Reino Unido* (1999) EHRR 121

⁶⁹ *Tanrikulu v Turquía* (2000) No. 26763/94 30 EHRR 950

⁷⁰ *Incal v Turquía* (2000) No. 22678/93 29 EHRR 449

⁷¹ *Aksoy v Turquía*, *supra* nota 64, (en el acápite 98, el resaltado fue agregado por nosotros).

⁷² Rodley N. y Pollard M. (2009) *Trato de prisioneros según el derecho internacional* (3rd ed) OUP: 151.

⁷³ Ver Leach, P. (2005) *Cómo radicar un proceso en el Tribunal Europeo de derechos humanos* (2nd ed) OUP (at 342)

Audrey Edwards v UK,⁷⁴ una pesquisa que carezca de los poderes para conminar testigos para que rindan testimonio —en tal caso, una indagación no establecida por ley, creada para investigar la muerte de un prisionero en custodia— no es efectiva ni cumple con las obligaciones que impone el Convenio Europeo, pese (en este caso) al hecho de que se tomaron pruebas de numerosos testigos, se produjo un informe de 388 páginas y se formularon recomendaciones oficiales de reforma.

c) *Ser exhaustiva*

Es decir, las investigaciones tienen que obtener toda la información necesaria para la indagación. Las autoridades tienen que realizar un esfuerzo intenso para tratar de determinar qué sucedió y no se pueden fiar en conclusiones a las que se llega a la ligera o sin fundamentos para arribar a las decisiones que les competen,⁷⁵ inclusive tomar todas las medidas que sean razonables y que tengan a su alcance para asegurar las pruebas (incluido el testimonio de testigos) que sean de valor material para el proceso.⁷⁶ El hacer caso omiso de pruebas evidentes o el no buscar debidamente pruebas corroborativas pueden convertir una investigación en labor inefectiva.⁷⁷ En *Cobzaru v Romania*,⁷⁸ por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos determinó que el no haber indagado a los testigos principales ni a las víctimas, y el fiarse incuestionablemente en las declaraciones de aquellos que supuestamente participaron en la tortura, constituyen violaciones de las obligaciones de instrucción impuestas por el Artículo 3 del Convenio Europeo. Además, en una gran cantidad de casos del Tribunal Europeo se ha confirmado el principio que indica que las indagatorias mal hechas de autoridades o funcionarios identificados como supuestos perpetradores son suficiente para declarar que la investigación es ‘inefectiva’ según el Convenio Europeo.⁷⁹ Es más: el grado de efectividad se tiene que interpretar de manera muy estricta cuando se trata de derechos fundamentales (como el derecho a no ser torturado). Por eso, en *Chahal v UK*⁸⁰, el Tribunal Europeo derogó la jurisprudencia anterior⁸¹ que había declarado que un recurso judicial que es “tan efectivo como puede ser” es totalmente insuficiente para asuntos que activan el Artículo 3 del Convenio Europeo.

d) *Ser oportuna*

Está bien establecido que una investigación efectiva se tiene que emprender de manera expedita y sin retrasos indebidos.⁸² El razonamiento de esta regla la expresó de manera sencilla el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Finucane v United Kingdom*:⁸³

El lapso de tiempo, el efecto en las pruebas y la disponibilidad de los testigos, puede convertir inevitablemente ... una investigación en un ejercicio insatisfactorio o no concluyente que ni establece los hechos importantes ni elimina dudas y sospechas.

⁷⁴ *Paul and Audrey Edwards v Reino Unido* (2002) No. 46477/99 35 EHRR 19

⁷⁵ *Boicenco v Moldova* (No. 41088/05) ECHR 11 de julio de 2006, en el acápite 123.

⁷⁶ *Jordan v Reino Unido*, *supra* nota 66, en el acápite 106 y los *Principios de Estambul* (*supra* nota 63), sobre todo en los acápites (1) al (3)

⁷⁷ *Aydin v Turquía*, *supra* nota 64

⁷⁸ *Cobzaru v Romania* (2007) No. 48254/99 ECHR 26 de julio de 2007

⁷⁹ Ver, por ejemplo, *Onen v Turquía* (No. 22876/93), *Anguelova v Bulgaria* (No. 38361/97) (2004) 38 EHRR 31; *Demiray v Turquía* (No. 27308/95); *Atlas v Turquía* (No. 24351/94) (2004) 38 EHRR 18; *Nachova y otros v Turquía* (2004) Nos. 43577/98 y 43579/98 39 EHRR 37

⁸⁰ *Chahal v Reino Unido* (1997) 23 EHRR 413

⁸¹ *Leander v Suecia* (1987) 9 EHRR 433

⁸² Sobre el cumplimiento, entre otros, Comité de la ONU de Derechos Humanos *Rajapakse v Sri Lanka* (2006) UN Doc CCPR/C/87/D/1250/2004, en los acápites 9.4 a 9.5. Ver también el Estatuto de la CPI, Artículo 17(2)(b).

⁸³ *Finucane v Reino Unido* (2003) No. 29178/95 37 EHRR 221

En *Jordan v United Kingdom*, el Tribunal Europeo (en el párrafo 106) definió el requisito así:

En este contexto está implícito un requisito de expedición razonable y oportuna. Se tiene que aceptar la posibilidad de obstáculos o dificultades que impidan el progreso de una investigación en una situación dada. Sin embargo, la respuesta expedita de las autoridades ... por lo general se puede considerar fundamental para mantener la confianza pública en su adherencia al estado de derecho y al prevenir toda apariencia de contubernio o tolerancia de actos ilícitos.

El requisito de celeridad se ha interpretado muy estrictamente en el derecho internacional. En *Blanco Abad v Spain*⁸⁴, por ejemplo, el Comité de la ONU contra la Tortura determinó que un retraso de tres semanas para dar inicio a una investigación contra presuntos perpetradores de tortura constituyó una violación de la obligación de instrucción establecida en el Artículo 12 de la CAT. Además, en *Cicek v Turkey*⁸⁵ el Tribunal Europeo dictaminó que la demora de año y medio para hacer las indagaciones iniciales y de tres años y medio para que el procurador llamara a testimonio en relación con la desaparición de supuestos miembros del PKK en Turquía fue una vulneración clara de las obligaciones de instrucción que el Convenio Europeo les impone a los Estados.

⁸⁴ (1998) UN Doc CAT/C/20/D/59/1996

⁸⁵ *Cicek v Turquía* (2003) No. 25704/94 37 Convenio Europeo de DD. HH. 20 (en el acápite149)

6. Conclusión

Con el fin de apoyar los principios clave que esbozamos anteriormente, y de nuestro análisis en la sección 3(ii) de esta opinión sobre el estatus de las investigaciones efectuadas en Estados Unidos hasta la fecha, presentamos las siguientes observaciones resumidas:

Primero, queda en claro que no ha habido ninguna investigación independiente ni completa de los actos delictivos supuestamente cometidos por los acusados identificados en esta querrela. Las investigaciones que no son de índole penal que *sí* se han efectuado han sido sumamente limitadas en su alcance, y generalmente se han dirigido a soldados de bajo rango (en el caso del escándalo de tortura en Abu Ghraib) y sin la capacidad de exigir comparecencias de testigos ni de obligar a los supuestos perpetradores a rendir cuentas penales. Como tales, dichas ‘investigaciones’ limitadas son patentemente *inefectivas* porque carecen la capacidad tanto de posibilitar debidamente una determinación de los delitos internacionales tipificados en esta querrela, como de ofrecerles resarcimiento a las víctimas.

Segundo, postulamos que esta falta de acción se tiene que leer dentro del contexto de la impunidad que dos gobiernos, el de Bush y el de Obama, han fomentado de manera activa. Tanto el presidente Obama como el fiscal general de la nación Eric Holder han manifestado —en su deseo de “mirar hacia adelante y no hacia atrás”— que de hecho ellos protegerán a los supuestos perpetradores de delitos internacionales contra su encausamiento si ellos actuaron “de buena fe” y que limitarán el alcance de toda investigación para asegurarse de que tales personas queden protegidas. Al limitar de manera preventiva el alcance de las indagaciones de tal manera que excluyan a los funcionarios implicados e identificados como los supuestos perpetradores, y al no obtener debidamente las pruebas que podría ser materiales para su encausamiento, tales indagaciones *carecen del grado requerido de rigurosidad y esmero* para cumplir con la norma de una ‘investigación efectiva’ tal como la definen la jurisprudencia internacional y europea. Por otra parte, indica un grado de “falta de voluntad” para proseguir a encausar que, opinamos nosotros, se aproxima al umbral que se establece en el Artículo 17(2)(a) del estatuto de la CPI.⁸⁶

Tercero, en vista de que no ha habido ninguna investigación efectiva ni encausamiento con respecto a los delitos supuestos del caso que nos ocupa, ni es probable de que tal investigación tenga lugar en el futuro cercano, se da, por lo tanto, una negación continua por parte de las autoridades estadounidenses de cumplir con sus obligaciones de celeridad que se esbozaron en la sección anterior de nuestra opinión. Nuevamente, sugerimos que esta negación reúne los requisitos para ser clasificada como “falta de voluntad” según se define en el Artículo 17(2)(b) del estatuto de la CPI⁸⁷ y constituye una violación de las normas de instrucción aceptadas según las establece el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

En breve, por consiguiente, postulamos que este Juzgado está muy bien ubicado dentro de sus poderes —tanto según el Artículo 23(4) a (5) de la LOPJ y el derecho internacional que aspira a reflejar— para conocer la querrela que nos ocupa. En vista de que en este caso hay suficiente interés por España y una ‘conexión relevante’, y que no se ha iniciado en ningún otro país una

⁸⁶ El Artículo 17(2)(a) del Estatuto de la CPI dispone: “A fin de determinar la falta de voluntad en un caso dado, la Corte considerará, con respecto a los principios del debido proceso reconocido por el derecho internacional, si uno o más de los siguientes existe, según corresponda:

(a) Los procesos se emprendieron o se emprenden o se tomó la decisión nacional para efectos de proteger a la persona del caso de responsabilidad penal por delitos cometidos dentro de la jurisdicción de la Corte según se detallan en el Artículo 5”. *Supra* nota 61

⁸⁷ El Artículo 17(2)(b) de la CPI establece la ‘falta de voluntad’ para encausar se puede identificar cuando “ha habido un retraso no justificado en el proceso que dadas las circunstancias es incoherente con un intento de llevar a la persona del caso a la justicia”. *Supra* nota 61

‘investigación efectiva y el encauzamiento correspondiente’, se han satisfecho con claridad los requerimientos de la legislación.

Además, proponemos que el Artículo 23(4) a (5) de la LOPJ – que contiene la disposición expresa “Sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España”, debe verse con la perspectiva debida e interpretarse en el contexto del derecho internacional. Como tal, hemos demostrado por lo tanto, que España *tiene que* retener la jurisdicción (universal) por sobre los delitos internacionales (tales como la tortura) y por lo tanto hemos sugerido que este Juzgado le dé una interpretación *amplia y teleológica* a las enmiendas realizadas en 2009 de manera coherente con las obligaciones de España conforme con el derecho internacional.

El derecho internacional reconoce un sistema de jurisdicciones *concurrentes y no jerarquizadas*. Por ello, el principio de la subsidiariedad —que apuntala las enmiendas de 2009 de la LOPJ— no tiene ningún razonamiento jurídico en el derecho internacional. Si bien a este principio se le ha asignado prioridad en ciertos estados como asunto de política y/o conveniencia política, hemos postulado que su uso es, y siempre debe ser, *condicional* a que los estados territoriales cumplan con las normas aceptadas de “investigación efectiva” tal como se establecen en el derecho internacional y europeo. En este caso, como hemos demostrado anteriormente en la presente opinión, las indagaciones limitadas acerca de los delitos alegados que se tipifican en la presente querrela que hasta la fecha han iniciado las autoridades estadounidenses, ni se aproximan a dichas normas aceptadas.

Os expresamos nuestro agradecimiento por permitirnos ofrecer nuestra opinión experta conjunta en el proceso que nos ocupa. Si le fuera útil al Juzgado, recibiríamos con beneplácito la oportunidad de proporcionar en un futuro una tesis más detallada sobre este tema.

Adjunto: lo anunciado.