

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

AUTO 1916/2012

RECURSO CASACION
Nº de Recurso: 1133/2012

Fallo/Acuerdo: INADMISIÓN

Procedencia: Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional

Fecha Auto: 20/12/2012

Ponente Excmo. Sr. D.: Juan Saavedra Ruiz

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Escrito por: MVG/IDB

DELITO: JURISDICCIÓN TRIBUNALES ESPAÑOLES

MOTIVOS: INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL. Tutela judicial efectiva.

Recurso N°: 1133/2012

Ponente Excmo. Sr. D.: Juan Saavedra Ruiz

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

AUTO

Excmos. Sres.:

D. Juan Saavedra Ruiz
D. Andrés Martínez Arrieta
D. Luciano Varela Castro

En la Villa de Madrid, a veinte de Diciembre de dos mil doce.

I. HECHOS

PRIMERO: Por el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional se dictó auto, con fecha 23 de marzo de 2012, en autos con referencia de rollo de Sala n° 148/2011 en cuya parte dispositiva se decía lo siguiente:

"SE ACUERDA DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la entidad ASOCIACION PRO DIGNIDAD DE LOS PRESOS Y PRESAS DE ESPAÑA, al que se han adherido IZQUIERDA UNIDA y la ASOCIACION LIBRE DE ABOGADOS, contra el auto emitido por el Juzgado Central de

Instrucción nº 6 de la Audiencia Nacional, de fecha 13 de abril de 2011, por el que se acordaba el sobreseimiento provisional de la presente causa, inadmitiendo a trámite la querrela interpuesta por la primera, denegando la personación adhesiva de las otras partes, y contra el Auto de dicho Juzgado de fecha 10 de mayo de 2011, desestimatorio de las reformas interpuestas contra el anterior, los cuales debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS íntegramente."

SEGUNDO: Contra dicho auto se presentó recurso de casación por el Procurador de los Tribunales, D. Javier Fernández Estrada, en nombre y representación de la ASOCIACIÓN PRO-DIGNIDAD DE LOS PRESOS Y PRESAS DE ESPAÑA, con base en un único motivo: infracción de precepto constitucional, ex artículo 5.4 de la LOPJ, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en relación con la no aplicación del artículo 23.4 de la LOPJ.

Asimismo formuló recurso de casación el Procurado D. Roberto Granizo Palomeque, en nombre y representación de IZQUIERDA UNIDA, con base en un único motivo: infracción de precepto constitucional, ex artículo 5.4 de la LOPJ, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en relación con la no aplicación del artículo 23.4 de la LOPJ.

También formuló recurso de casación el Procurador D. Roberto Granizo Palomeque, en nombre y representación de la ASOCIACIÓN LIBRE DE ABOGADOS Y ASOCIACIÓN PRO DERECHOS HUMANOS DE ESPAÑA, con base en un único motivo: infracción de precepto constitucional, ex artículo 5.4 de la LOPJ, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en relación con la no aplicación del artículo 23.4 de la LOPJ.

TERCERO: Remitidas las actuaciones para informe del Ministerio Fiscal, que instó la inadmisión de todos ellos.

CUARTO: Conforme a las normas de reparto aprobadas por la Sala de Gobierno de este Tribunal Supremo, es Ponente de la presente resolución el Excmo. Sr. Magistrado D. Juan Saavedra Ruiz.

II. RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se recurre en estos autos la resolución dictada en apelación por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en la que este órgano confirma el auto dictado por el Juzgado Central de Instrucción nº 6 en las diligencias previas nº 134/2009. En él, se acordaba el sobreseimiento provisional de este procedimiento, inadmitiendo a trámite la querrela presentada, y dándose traslado de la misma, debidamente traducida, al Departamento de Justicia de Estados Unidos para su continuación, recabando del mismo que en su día se indicaran las medidas finalmente adoptadas en virtud de este traspaso del procedimiento.

Siendo ésta la naturaleza de la resolución recurrida, la primera cuestión que cabe plantearse es su recurribilidad, cuestión ésta a la que ha de responderse positivamente puesto que, en línea con la doctrina establecida por esta Sala en la STS 323/2003, de 25 de Febrero, el auto dictado aún cuando acuerda el sobreseimiento provisional de estas actuaciones, en definitiva se aprecia la falta de jurisdicción de los Tribunales Españoles para investigar los hechos denunciados, sin que exista la posibilidad del planteamiento posterior de un conflicto negativo que permitiera una decisión definitiva por otro órgano superior. Por tanto la decisión adoptada es equiparable a la resolución estimatoria de la declinatoria prevista en el artículo 676 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que, según esta Sala ha interpretado, desde el acuerdo adoptado en el Pleno no jurisdiccional de 8 de mayo de 1998, es susceptible de recurso de casación, salvo en las causas tramitadas con arreglo a la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado.

Contra dicha resolución tres son los recursos que se interponen formalizados por la Asociación Pro Dignidad de los Presos y Presas de España, Izquierda Unida, y la Asociación Libre de Abogados y Asociación pro Derechos Humanos de España. Todos ellos se articulan sobre un único motivo, en el que se denuncia que la resolución dictada ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución, en relación con artículo 23.4 de la LOPJ, realizando alegaciones similares destinadas a sustentar la Jurisdicción de los Tribunales Españoles para investigar y enjuiciar los hechos descritos en su día en la querrela interpuesta. Los analizaremos pues conjuntamente.

La citada querrela se interpuso contra David Addington, Jay Bybee, Douglas Feith, William Haynes, John Yoo y Alberto González, a los que se les imputaban delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, previstos y penados en el capítulo III del Título XXIV del Código Penal, por haber ideado la base jurídica vinculante y necesaria para que pudiera instaurarse un plan sistemático de torturas y trato cruel a los detenidos retenidos en el Centro de Detención de Guantánamo.

SEGUNDO.- Como hemos adelantado, la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva denuncian los recurrentes en su respectivos recursos, vulneración que conectan con la interpretación que la resolución recurrida realiza del artículo 23.4 de la LOPJ.

A) Alegan, en síntesis, que los Tribunales Españoles, y concretamente la Audiencia Nacional, es competente para investigar y, en su caso, juzgar los hechos descritos con anterioridad, porque así se deriva de las disposiciones de los Convenios de Ginebra sobre el tratamiento de prisioneros en caso de conflicto armado, existiendo, por otro lado, un vínculo claro de conexión con España, pues varios españoles estuvieron retenidos en el citado Centro de Detención. Particularmente, frente a las consideraciones de la resolución recurrida, los recurrentes entienden que no resulta de aplicación el principio de subsidiariedad. Primero porque los Convenios Internacionales citados no contemplan dicho principio; y segundo porque, en todo caso, en los Estados Unidos no se ha iniciado un procedimiento penal para la investigación de los hechos denunciados, que pueda ser calificado de eficaz y suficiente, destacando, entre otras cuestiones, la ausencia de identidad objetiva y subjetiva de los hechos investigados en ese país, la naturaleza meramente disciplinaria de alguno de los expedientes incoados, o la voluntad mostrada por la Fiscalía norteamericana de no iniciar procedimientos penales contra persona alguna con relación a las torturas y malos tratos infligidos en el Centro de Detención de Guantánamo.

B) Dice el artículo 23.4 de la LOPJ: 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.

- b) Terrorismo.
- c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves.
- d) Delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores e incapaces.
- e) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes.
- f) Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores.
- g) Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España.
- h) Cualquier otro que, según los tratados y convenios internacionales, en particular los Convenios de derecho internacional humanitario y de protección de los derechos humanos, 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 relevante 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.

C) Partiendo del precepto indicado, las alegaciones de los recurrentes han de ser inadmitidas.

En primer lugar, hemos de descartar que la resolución dictada vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva de los recurrentes. A través de ella, es evidente que éstos han obtenido una respuesta a sus pretensiones, fundada en derecho, y debidamente motivada, independientemente de que no la compartan. Es reiterada la doctrina tanto de esta Sala, como del Tribunal Constitucional, según la cual, la mera discrepancia con la resolución dictada, y con el criterio explicitado en ella, no significa que la misma haya incurrido en la vulneración del derecho fundamental invocado.

En segundo lugar, la aplicación que en ella se hace del principio de subsidiariedad previsto en el artículo 23 de la LOPJ, es ajustada a derecho.

Por un lado, hemos de confirmar que dicho principio es aplicable. Efectivamente de conformidad con el precepto mencionado, para que los Tribunales españoles puedan conocer de los delitos allí previstos, entre ellos, aquellos a los que se refiere la querrela, deberá quedar acreditado que sus presuntos responsables se encuentran en España, o que existen víctimas de nacionalidad española, o constatarse algún vínculo de conexión relevante con España y, en todo caso, dice el precepto, que en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se haya iniciado un procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles. Como decíamos en el Auto de esta misma Sala, de 6 de octubre de 2011, el actual apartado 4 del artículo 23 de la LOPJ, en materia de extensión de la jurisdicción española, redactado de conformidad con la reforma efectuada por Ley Orgánica 1/09 de 3 de noviembre, tal y como reza la propia exposición de motivos de la norma que la introduce, ha venido a realizar *"un cambio en el tratamiento de lo que ha venido en llamarse la «jurisdicción universal», a través de la modificación del artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial para, de un lado, incorporar tipos de delitos que no estaban incluidos y cuya persecución viene amparada en los convenios y costumbre del Derecho Internacional, como son los de lesa humanidad y crímenes de guerra. De otro lado, la reforma permite adaptar y clarificar el precepto de acuerdo con el principio de subsidiariedad y la doctrina emanada del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo."*

Precisamente esta doctrina venía sosteniendo la ausencia del carácter absoluto del principio de jurisdicción universal, considerando generalmente prioritario el criterio de subsidiariedad sobre el de concurrencia, y la necesidad de que se modulara todo ello en cada caso concreto.

En definitiva, como dice el precepto, si constase que en otro país competente o en el seno de un Tribunal Internacional se estuvieran investigando los hechos punibles denunciados en la querrela, los órganos judiciales españoles no serían competentes para perseguir éstos.

Y es precisamente la existencia o no de esa investigación en otro país competente, particularmente, en los Estados Unidos, la cuestión controvertida por los recurrentes, que consideran, como ya dijimos, que las investigaciones y procesos judiciales incoados por las autoridades de este país, y a los que se refiere la resolución recurrida, no constituyen realmente una investigación efectiva de los hechos objeto de la querrela, a los efectos del artículo 23.4 de la LOPJ; unos recurrentes que argumentan detalladamente sobre el contenido y resultado de cada una de ellas, para considerar que éstas no fueron ni suficientes, ni, como hemos dicho, efectivas.

Estas alegaciones sin embargo no han de ser admitidas.

Como se expone en la resolución dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, las autoridades norteamericanas, como éstas informaron al contestar la correspondiente comisión rogatoria en su día remitida por el Juzgado Central de Instrucción n ° 6, han investigado o están investigando los hechos ocurridos en el centro de detención de Guantánamo; habiendo tramitado al respecto los procedimientos administrativos que allí se detallan, y habiendo iniciado las investigaciones penales, que también allí se enumeran.

Así, entre estos, consta un procedimiento administrativo tramitado por la Oficina de Responsabilidad Profesional del Departamento de Justicia de los Estados Unidos, en el que se investigó la actuación de dos de los querrelados - Jay Bybee y John Yoo- por su participación en la elaboración de memorandos sobre normas de conducta y técnicas de interrogatorios a supuestos terroristas (hechos éstos que se les imputan asimismo en la querrela), investigación que, según reconoce los propios recurrentes, duró unos cinco años, y concluyó con un informe de 261 folios. Ciertamente éste fue un procedimiento, como hemos dicho, administrativo, en el que se dilucidaba si éstos habían podido incurrir en algún tipo de responsabilidad disciplinaria en su actividad profesional por su relación con tales documentos; pero su resultado, y concretamente su informe final, como explican los propios recurrentes, fue remitido en su día para su estudio al entonces Fiscal General Delegado, David Margolis, quien, según se expone, sobreyó el expediente, no iniciando pues contra estas personas, ni contra ninguna otra persona relacionada con los citados memorandos actuación alguna, ni administrativa, ni tampoco penal. El hecho de que la investigación se desarrollara inicialmente en el ámbito administrativo entendemos que no

hubiera impedido que se ejercieran acciones penales, si hubieran existido indicios de acciones criminales de las personas investigadas.

En segundo lugar, cabe destacar que, según se infiere de la documentación remitida por las autoridades estadounidenses, y explican los propios recurrentes, en el año 2009, el Fiscal General, Sr. Holder, acordó iniciar una investigación preliminar sobre el tratamiento a algunos de los detenidos en el centro de detención de Guantánamo, investigación aún hoy en trámite, según informa el Departamento de Justicia de los Estados Unidos. Ésta se encargó al Fiscal General delegado, John Dirham, que, previamente, como se deriva de la declaración pública que al respecto hizo el Sr. Holder, y que se incluye en las alegaciones de los recurrentes, había investigado precisamente la presunta destrucción por la Agencia Central de Inteligencia (CIA) de cintas de video en las que se habían grabado algunos interrogatorios de personas detenidas.

Ciertamente ni esta última investigación, ni la iniciada a instancia del Fiscal Holder se centran en los querellados, ni en la actuación concreta que a cada uno de ellos se le imputa en la querrela. Lo que hace, como hemos dicho, es investigar el trato al que fueron sometidos algunas de las personas retenidas en el centro de Guantánamo, pero es evidente, que la posible responsabilidad de los primeros derivaría de la constatación de que dicho trato, como afirman los recurrentes, fuera constitutivo de tortura y trato inhumano y degradante. Precisamente, lo que se imputa a los querellados, como dijimos, es que ellos fueron quienes crearon la “arquitectura jurídica” necesaria para instaurar un plan sistemático de torturas y trato cruel a los detenidos, mediante la elaboración de los distintos documentos descritos en la querrela.

Por último, y en tercer lugar, según la información facilitada por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos, también la Fiscalía para el Distrito Este de Virginia está investigando denuncias por abusos a personas detenidas en Guantánamo.

Asimismo, convendría destacar que en el año 2006, el Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos, y como se deriva también de la información remitida por la autoridades norteamericanas, dictó sentencia en el caso *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 US.557 (2006) declarando, en contra del criterio mantenido por los querellados en los documentos cuya elaboración se

les imputa, que el artículo 3 de la Convención de Ginebra de 1949 era aplicable a las personas detenidas en el ya reiterado centro de detención de Guantánamo.

En definitiva, con mayor o menor alcance, los Estados Unidos han investigado los hechos ocurridos en Guantánamo, de hecho la investigación preliminar sobre el trato dado allí a los detenidos acordada por el Fiscal Holder en el año 2009, aún está en trámite.

Es cierto que no consta que como consecuencia de dichas investigaciones se hayan formulado acusaciones penales, y que el propio Fiscal Holder anunció, en la declaración ya mencionada, que la Fiscalía no formularía acusación contra aquellos que hubieran actuado de buena fe, dentro del marco legal establecido en su día por la *Office of Legal Counsel* respecto a los interrogatorios de los detenidos; pero ello no implica sin más, como se pretende, que las investigaciones realizadas hasta el momento no hayan sido efectivas, a los efectos de no aplicar el criterio de subsidiariedad previsto en el apartado cuatro del artículo 23 de la LOPJ, o que la actualmente en trámite no alcance resultado alguno.

En un sentido similar se pronunció esta Sala en su auto de 4 de marzo de 2010, al confirmar la falta de Jurisdicción de los Tribunales Españoles para investigar determinados hechos imputados a ciertos mandos políticos y militares del Estado de Israel. También allí las querellas recibidas por el Fiscal General de dicho Estado, relacionadas con los hechos objeto de la querella, habían dado lugar a una investigación interna que había finalizado finalmente en archivo; como se valoraba, la tramitación en ese país, con relación a tales hechos, no sólo de procedimientos de naturaleza penal, sino también militar, e incluso civil.

Por otro lado, hemos de destacar, al hilo de las alegaciones realizadas por los recurrentes, que la vigencia del principio de oportunidad en el sistema procesal penal norteamericano, como en otros ordenamientos, oportunidad discrecional por otro lado, donde, efectivamente, el Fiscal decide a quién acusa y por qué delitos, no significa, ni que dicha decisión se ejerza de forma arbitraria, ni que se tome, como afirman los recurrentes, con base a consideraciones meramente políticas, ni que el principio de legalidad no se respete en dicho sistema. Es un sistema que responde a una concepción

diferente sobre cuál es el papel del Ministerio Público, cuál es la finalidad del proceso penal, y cuál ha de ser en él la intervención de las víctimas; concepción que no nos corresponde enjuiciar, ni permite por sí misma poner en duda la imparcialidad y separación orgánica y funcional de las Fiscalías respecto del Poder Ejecutivo.

Por último resulta indispensable destacar que el auto dictado en su día por el Juzgado de instrucción, y confirmado por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, a la vista precisamente de los hechos expuestos, además de inadmitir la querrela, acuerda su traslado al Departamento de Justicia de los Estados Unidos, solicitando a éste que le informe de las medidas finalmente adoptadas. De esta forma dicha resolución aplica el artículo 19 del Texto integrado de las disposiciones del Tratado de Asistencia Jurídica Mutua de 20 de noviembre de 1990, firmado entre España y Estados Unidos, y del Acuerdo de Asistencia Judicial UE-EE.UU de 25 de Junio de 2003, según el cual cualquiera de los Estados contratantes podrá cursar una solicitud con el fin de iniciar un procedimiento criminal ante las autoridades competentes del otro Estado contratante en el caso de que ambos Estados gocen de jurisdicción para investigar o proceder judicialmente. Si fuera así, según dicho precepto, el Estado requerido estimará la iniciación de unas diligencias o de un procedimiento penal en la medida en que resulte pertinente según su legislación, sus prácticas y sus normas procesales.

En definitiva, la resolución dictada no vulnera ningún derecho fundamental de los recurrentes, particularmente, como ya adelantamos, su derecho a la tutela judicial efectiva, pues la motivación que en ella se contiene para la decisión adoptada en modo alguno puede considerarse arbitraria, ilógica o irracional.

Procede pues la inadmisión de los tres recursos interpuestos de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 885.1 de la LECRIM.

En su consecuencia procede adoptar la siguiente parte dispositiva:

III. PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: NO HABER LUGAR A LA ADMISIÓN de los recursos de casación formalizados por los recurrentes, contra auto dictado por la Audiencia Nacional, en la causa referenciada en el encabezamiento de esta resolución.

Las costas del recurso se imponen a la parte recurrente.

Se declara la pérdida del depósito de la recurrente, acusadora particular, si lo hubiere constituido

Así lo acordaron y firman los Excmos. Sres. que han constituido Sala para ver y decidir esta resolución.

