

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

DILIGENCIAS PREVIAS N° 134/2009

**OPINIÓN DE EXPERTO CONJUNTA:
RESPONSABILIDAD DE LOS SEIS QUERELLADOS**

por:



Michael Ratner

[Presidente, CCR]



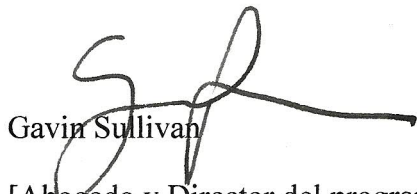
Wolfgang Kaleck

[Secretaro General, ECCHR]



Katherine Gallagher

[Abogada principal, CCR]



Gavin Sullivan

[Abogado y Director del programa,
ECCHR]

4 Enero 2011

IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD A LOS SEIS ABOGADOS DE BUSH POR TORTURA Y OTROS CRÍMENES DE GUERRA CONFORME AL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

“El cargo, en breve, es el de una participación consciente en un sistema de crueldad e injusticia auspiciado a nivel nacional por el gobierno, en contravención del derecho humanitario y de guerra, y perpetrado a nombre de la ley”. Estados Unidos versus Altstoetter, 3 juicios de criminales de guerra ante los tribunales militares de Núremberg según la Ley No. 10 del Consejo de Control (1951), en la página 985.

Introducción:

Esta opinión jurídica se presenta a manera de auto complementario de la querrela del 17 de marzo de 2009 que cursa ante el Juzgado Central de Instrucción No. 6, de la Audiencia Nacional, contra las siguientes personas que otrora fueron abogados del gobierno estadounidense: David ADDINGTON (ex consejero y jefe de personal del ex vicepresidente 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 normativas, Departamento de Defensa); Alberto R. GONZALES (ex consejero del ex presidente George W. Bush, y ex fiscal general de la nación de Estados Unidos); William J. HAYNES (ex asesor general); y John YOO (ex sub fiscal general delegado, Despacho de Asesoría Legal, Departamento de Justicia de Estados Unidos), a quienes en lo sucesivo se les denominará “los seis de Bush”.¹ La querrela les imputa cargos de haber aportado materialmente a un plan sistemático de tortura y trato cruel, inhumano y degradante contra personas detenidas por Estados Unidos en el contexto de la tal “Guerra contra el terror”. Aquellos sometidos a tales tratos incluyen, sin que la relación que sigue sea taxativa, los ex detenidos en Guantánamo Hamed Abderrahman Ahmed, Ikassrien Lahcen, Jamiel Abdul Latif Al Banna y Omar Deghayes.

La presente opinión de experto, entregada conjuntamente por el *Center for Constitutional Rights* (CCR) y el *European Center for Constitutional and Human Rights* (ECCHR), aspira a ofrecerle al Juzgado el **marco conceptual jurídico** basado en el derecho internacional, según el cual los abogados de un gobierno adquieren responsabilidad penal, incluso individualmente, por actos de tortura y trato cruel, inhumano y degradante, crímenes de guerra y delitos de lesa humanidad. Para ilustrar los argumentos jurídicos a la luz de este proceso tan singular, en el análisis que sigue se detallarán **pruebas clave** relacionadas con los querrellados. La presente opinión no pretende ser un análisis exhaustivo de todas las pruebas pertinentes ni de todas las autoridades jurídicas.

¹ El *Center for Constitutional Rights* y el *European Center for Constitutional and Human Rights* reconocen los aportes importantes de Claire Tixeire en la elaboración de la presente Opinión.

La querrela que conoce el Juzgado Central No. 6 recurre a un número importante de documentos producidos por diversas dependencias del gobierno estadounidense, inclusive algunos documentos redactados o elaborados de alguna manera por los querellados. Estos demuestran que sin contar con las opiniones legales de los abogados del gobierno de Bush nombrados en la presente como querellados, muchos de los delitos más graves perpetrados contra personas detenidas por el gobierno estadounidense no se hubieran podido cometer ni se hubieran cometido. Los querellantes alegan que a los querellados se les ha de responsabilizar por la comisión de los delitos no sólo por lo que era una consecuencia previsible que las posturas jurídicas que plantearon en sus numerosos memorandos daría lugar a la tortura y a otros delitos, sino también porque la habilitación de tales delitos *era* precisamente el objetivo de la conjura que se fraguó para redactar tales opiniones.

El expediente que nos ocupa se subdivide en tres secciones. Primero, hacemos un estudio del procesamiento de abogados en los juicios de Núremberg con el fin de demostrar cómo se les declaró culpables a los abogados del gobierno nazi y cómo se les imputó culpabilidad personal por su conspiración para cometer crímenes de guerra (1). Este precedente histórico tiene un nexo directo con la presente querrela. En concreto, dichos juicios demuestran que sí se les puede imputar culpabilidad a los abogados si ellos *a sabiendas* dan consejos jurídicos injustificados y falsos en coyunturas en las que es previsible que a raíz de sus consejos puedan resultar perjuicios graves, o si dichos abogados formaron parte de una conspiración que habilitara una conducta ilícita. Es fundamental afirmar que el hecho de que los querellados actuaron en su capacidad de asesores jurídicos no los protege de ser enjuiciados.

En las dos secciones posteriores detallamos los dos tipos de responsabilidad según el derecho penal internacional que a nuestro parecer son los que mejor se aplican a los procedimientos actuales: la responsabilidad por ayudar e instigar (2) y la responsabilidad por la empresa criminal común (3). Después de analizar los elementos obligatorios de ambos delitos, demostramos que los abogados de Bush sabían con certeza que sus opiniones tendrían un efecto sustancial en la comisión de delitos y, como tales, ayudaron a cometerlos e instigaron a que se cometieran. Además, las pruebas demuestran que distorsionaron las leyes con el fin de obtener un resultado específico, y que lo hicieron como parte de un plan consciente que habilitó la tortura y otros crímenes, por lo cual se les puede imputar responsabilidad por haber formado parte de un concierto para delinquir.

Por último, concluimos que existen fundamentos firmes para imputar a los querellados por delitos que revisten gravedad. Dada la falta de voluntad total en Estados Unidos de procesar a los querellantes por su conducta delictiva, tal como detalláramos en nuestra opinión suplementaria anterior de fecha 14 de diciembre de 2010, reiteramos nuestra petición para que el Juzgado Central No. 6 prosiga de inmediato a darle inicio a una investigación de este asunto.

1. Pertinencia entre el precedente de Núremberg y el caso de los seis de Bush

Si bien no es lo más común que a los abogados se les acuse de complicidad en la comisión de un delito, tampoco es algo sin precedentes. Se han demandado abogados por delitos que resulten de su asesoría legal. Por ejemplo, y es natural que así sea, ha habido abogados a quienes se les ha declarado culpables de conspiración si le dan a un cliente deseoso de blanquear dineros posibles salidas legales que le permitan realizar transacciones monetarias ilícitas.² Sin embargo, la instancia de más alto perfil del enjuiciamiento de abogados se recoge en los procesos de Núremberg.

La jurisprudencia del Tribunal Militar Internacional de Núremberg de hecho ofrece un precedente directo para el procesamiento de abogados de cualquier gobierno que individual y conscientemente participen en violaciones del derecho internacional. La carta constitutiva del Tribunal, suscrita en Londres el 8 de agosto de 1945, se basó en reglas internacionales aceptadas que reconocen que la responsabilidad individual trasciende la responsabilidad de los autores materiales de los delitos. La carta constitutiva reza:

Los líderes, organizadores, instigadores y cómplices que conspiren para formular un plan común o conjuren para cometer cualquiera de los delitos antes enumerados son responsables de todos los actos llevados a cabo por cualquier persona en ejecución de tal plan.³

El precedente de Núremberg —tanto en su carta constitutiva como en la jurisprudencia— es muy pertinente en este caso porque se considera una fuente de la ley internacional aceptada. Los procesos de la Segunda Guerra Mundial en efecto han facilitado el camino para la conformación de un sistema de justicia penal internacional, y tanto los dos tribunales internacionales *ad hoc* como el Estatuto de Roma, han recurrido a este precedente como fuente clave de orientación para imputar responsabilidad penal individual.

En ambos juicios, el de *los jueces* y el de *los ministerios*, jamás se consideró obstáculo para hacerles rendir cuentas ante la justicia que los imputados hubieran desempeñado cargos de asesores legales oficiales. Todo lo contrario: el aporte significativo a los delitos que los abogados acusados contribuyeron en su papel de asesores legales fue fundamental para establecer su nivel de responsabilidad.

² Véase un precedente estadounidense en *United States v. Arditti*, 955 F.2d 331 (5° Circuito 1992).

³ Carta del Tribunal Militar Internacional, Anexo del Acuerdo para la persecución y castigo de los principales criminales de guerra del Eje Europeo, 8 de agosto de 1945, 82 U.N.T.S. 279, Artículo 6.

1.1. Los abogados del gobierno son culpables de contribuir a delitos internacionales por haber tratado de crear la justificación legal para las contravenciones.

En el juicio de los *jueces*,⁴ a los dieciséis acusados, de los cuales sólo uno no era abogado del Ministerio de Justicia del *Reich*, se les acusó de valerse del sistema jurídico como recurso para hacer realidad el Holocausto.⁵ La decisión reza: “La prostitución de un sistema judicial para lograr fines criminales implica un elemento de maldad hacia el Estado que no se encuentra en atrocidades manifiestas las cuales no ensucian las togas de los jueces”.⁶

A los acusados, tildados un “deshonor a su profesión,”⁷ se les “llamó a que rindieran cuentas por violar garantías constitucionales o por negar las garantías procesales debidas”,⁸ por motivo de haberse “apoderado del control de la maquinaria judicial alemana y haberla convertido en un temible arma para la comisión de los crímenes imputados en la acusación”.⁹ El fiscal estadounidense Telford Taylor manifestó que las víctimas habían sido “víctimas de asesinatos judiciales por algunos de los acusados que se valieron para ello de toda una gama de artefactos legalistas”.¹⁰ Entre las maneras específicas en las que los abogados aportaron al régimen criminal se incluyeron: el uso de leyes promulgadas *ex post facto*, la puesta en práctica de leyes de discriminación racial, la extensión del derecho alemán a los territorios anexados y la “sumisión” del sistema judicial al control nazi.¹¹

El acusado Herbert Klemm, por ejemplo, había adoptado la postura legal que aprobó la no aplicación de los códigos penales alemanes a polacos, judíos y gitanos, lo cual dio lugar a que se cometieran incontables delitos contra estos grupos. Franz Schlegelberger, Ministro de Justicia nazi interino y el acusado de más alto nivel, había “dado su apoyo a la noción de Hitler cuando subió al poder, de manejar asuntos de vida o muerte sin siquiera una pretensión de un proceso judicial. Mediante sus exhortaciones y directivas, Schlegelberger contribuyó a la destrucción de

⁴ *United States v Altstoetter*, en 3 Juicios de Criminales de Guerra ante los Tribunales Militares de Núremberg según la Ley No. 10 del Consejo de Control (1951), *que se puede leer en* <http://www.mazal.org/NMT-Home.htm> [en lo sucesivo *el Juicio de Justicia*].

⁵ *Juicio de Justicia*, *supra* nota 4, en las páginas 15 a 26. Véase, *p.ej.*, páginas 15 y 16, párrafo 5: “una parte común del diseño, la conjura, los planes y los conciertos [consistió en] promulgar, emitir, hacer acatar y darle vigencia a ciertos posibles estatutos, decretos y órdenes que eran criminales tanto en su concepción como en su ejecución, y en trabajar con la Gestapo, la SS, la SD, la SIPO y la RSHA con efectos criminales, en el curso de los cuales, los acusados, mediante distorsión y negación de los procesos judiciales y penales, cometieron asesinatos, barbaridades, crueldades, torturas, atrocidades y otros actos inhumanos [...]”

⁶ *Id.*, en la página 1086.

⁷ *Id.* en la página 32.

⁸ *Id.*

⁹ *Id.* en la página 40.

¹⁰ *Id.* en las páginas 78 y 79.

¹¹ *Id.* en la página 69.

la independencia judicial”.¹² Es decir, Schlegelberger abogó por el principio del *Fuehrer*: una teoría que es espejo de la teoría propuesta por el querellado John Yoo en sus muchas opiniones legales.¹³ Tanto Klemm como Schlegelberger fueron sentenciados a cadena perpetua.

En el Decreto de noche y niebla (*Nacht und Nebel*), se exigió el castigo por pena capital y en secreto absoluto de la resistencia al régimen nazi. El decreto dio lugar a la muerte y desaparición de miles y es otro ejemplo más de la participación de abogados en el fomento del programa nazi.¹⁴ El tribunal recalcó “el papel preponderante que el Ministerio de Justicia desempeñó en el programa de noche y niebla”, sobre todo sus especialistas en derecho internacional.¹⁵

Los acusados también participaron en el “amparo legal” del acto punible de transferir reclusos a campos de concentración y de crear un sistema legal de persecución que, al fin de cuentas, terminó siendo un crimen de lesa humanidad. De hecho, el fiscal declaró:

Durante la guerra, las secciones administrativa y penal del Ministerio de Justicia *siguieron cooperando para proteger a los seguidores fieles del Tercer Reich contra todo intento de enjuiciarlos* por motivo de las innumerables atrocidades cometidas contra polacos, judíos y otros “elementos indeseables”. Al concluir con éxito la campaña polaca, *un decreto que jamás se hizo público, suspendió todos los procesamientos* contra alemanes raciales en Polonia por delitos punibles que pudiesen haber cometido contra polacos durante la guerra en dicho país “debido a la ira que se suscitó por motivo de las crueldades cometidas por polacos”. En 1941, el acusado Schlegelberger aseguró a Rudolf Hess que contemplaría con ‘benevolencia’ una amnistía en cualquier caso de atrocidades cometidas después de finalizada la campaña en Polonia.¹⁶ (La bastardilla se agregó para destacar.)

Como explicara el jurista norteamericano Jens David Ohlin, aunque en este caso los acusados nazis, al igual que los seis de Bush, no cometieron los delitos personalmente, fueron autores materiales debido a que “por virtud de su capacitación y su experiencia jurídica, a los funcionarios del Ministerio de Justicia les constaba que sus actos, aunque ostensiblemente consistían en abogar por una causa sin pararse de su escritorio, en todo caso “probablemente causaron la muerte de seres humanos, por su sometimiento a un sistema judicial tan pervertido”.¹⁷

¹² *Id.* en la página 1083.

¹³ Para ver un análisis de la teoría de Yoo sobre el comandante en jefe a la luz del Principio del Fuehrer, véase Joseph Lavitt, *El crimen de convicción de John Choon Yoo: la criminalidad real en el Despacho de Asesoría Legal durante el gobierno de Bush (The Crime of Conviction of John Choon Yoo: The Actual Criminality in the OLC During The Bush Administration)*, 62 Me. L. Rev. 155 (2010).

¹⁴ La fiscalía explicó: “Quizás jamás en la historia del mundo haya existido un complot de amedrentamiento y represión más pervertido y diabólico que este”. *Juicio de Justicia*, *supra* nota 5, en la página 75.

¹⁵ *Id.* en la página 76.

¹⁶ *Id.* en las páginas 55 y 56.

¹⁷ Jens David Ohlin, *Los abogados de la tortura (The Torture Lawyers)*, 51 Harv. Int'l L.J. 193, 249 (2010).

1.2. Dar consejos legales que justifican crímenes de guerra y que dan lugar a su comisión es un delito punible

El *Juicio de los Ministerios*¹⁸ representa un precedente para el argumento de que la autoría material incluye dar consejos jurídicos que dan lugar a acciones gubernamentales que contravienen principios del derecho internacional. En este caso, los acusados fueron funcionarios del gobierno nazi, incluidos los encargados de asuntos exteriores. El tribunal recalcó que los diplomáticos del despacho de asuntos exteriores eran peritos en derecho internacional responsables de asesorar a los funcionarios de mayor rango con respecto a las consecuencias jurídicas de sus decisiones de política exterior, un papel parecido al que desempeñaron los seis de Bush.

El tribunal enfatizó que:

El único consejo que [el Despacho de Asuntos Exteriores] podía dar dentro de su esfera de competencia y la única objeción que podía expresar desde un punto de vista oficial consistiría en definir si el programa propuesto violaba o no el derecho internacional, y si, independientemente de su legalidad, surgirían consecuencias de política exterior desfavorables.¹⁹

Al no actuar de tal manera los funcionarios del gobierno, se dio lugar a su responsabilidad penal según el derecho internacional por los delitos graves cometidos como resultado de las normas que se basaron en sus opiniones.

1.3. El deber de acatar las leyes de guerra

A la luz de los hechos presentados en el proceso de los seis de Bush, conviene traer a colación otro proceso de Núremberg. En 1945, al general mariscal Wilhelm Keitel, jefe de personal del alto comando de las fuerzas armadas alemanas, se le enjuició y declaró culpable de conspirar para cometer crímenes internacionales.²⁰ Con respecto al “asesinato y maltrato de prisioneros de guerra” como parte del cargo de conspiración para cometer crímenes de guerra, el Tribunal falló que el general Keitel les había negado a los soldados rusos las protecciones brindadas por las leyes de guerra de Ginebra, que se había negado a otorgarles el estatus de prisioneros de guerra, y que eso había dado lugar a que se perpetraran crímenes de guerra contra ellos. El 8 de septiembre de 1941, el *Oberkommado der Wehrmacht* de Keitel, que asesoró a Hitler en

¹⁸ *United States v. Weizsaecker*, en las páginas 12 a 14 Juicios de los criminales de guerra ante los Tribunales Militares de Núremberg según la Ley No. 10 del Consejo de Control (1951) [en lo sucesivo los *Juicios de los Ministerios*].

¹⁹ *Id.* en la página 959.

²⁰ Sentencia del Tribunal de Núremberg, en conspiración y agresión nazi, Volumen II USGPO Capítulo XVI, Washington, 1946, páginas 528 a 546, que se pueden leer en <http://www.ess.uwe.ac.uk/genocide/keitel2.htm>.

importantes asuntos militares, emitió un dictamen en el que manifestó que los soldados rusos “se valdrían de cualquier método para pelear en pro del concepto del bolchevismo y que por consiguiente habían perdido toda opción de reclamo a ser tratados conforme al Convenio de Ginebra”.²¹

Pocos días después de la divulgación del dictamen de Keitel, el almirante Canaris del *Abwehr* (la organización alemana de inteligencia militar) le envió a Keitel un parte de protesta en el que explica que la orden que había expedido era “una contravención directa de los principios generales del derecho internacional”.²² En los cargos del tribunal de Núremberg se explicó que el almirante “puntualizó que si bien el Convenio de Ginebra no era vinculante entre Alemania y la URSS, se tenían que cumplir las reglas comunes del derecho internacional; que las instrucciones que había dado Keitel [...] resultarían en asesinatos arbitrarios”. Keitel se negó a volver a considerar el asunto y contestó en una nota escrita a mano que: “Las objeciones surgen del concepto militar de la guerra caballerosa. Aspiramos a la destrucción de una ideología. Por lo tanto doy mi visto bueno y apoyo las medidas”.²³

Durante su testimonio en Núremberg, Keitel declaró que el Convenio de Ginebra de 1929 relacionado con el trato de prisioneros era “*obsoleto*”.²⁴ Ese comentario se citó como agravante cuando a Keitel se le condenó de todos los cargos en su contra.

1.4. Paralelos directos con los “seis de Bush”

Son muchos los puntos de coincidencia que se pueden trazar entre el precedente de Núremberg y el proceso de los “seis de Bush”, sea con respecto a: el papel específico que desempeñaron los querellados (como asesores o como abogados); las expectativas y responsabilidades que surgen de tales funciones; la participación consciente de los querellados en la comisión de crímenes internacionales graves; y sus teorías para justificar la contravención de las leyes de la guerra.

El erudito internacional Jordan Paust escribió, refiriéndose a los abogados del gobierno de Bush, que: “Desde la era nazi no ha habido tantos abogados que claramente hayan estado involucrados en crímenes internacionales relacionados con el trato y la indagatoria de personas detenidas durante una guerra”.²⁵ En los siguientes ejemplos se aprecia una clara ilustración de los paralelos que se pueden trazar.

²¹ Cargos del Tribunal de Núremberg, en conspiración y agresión nazi, Volumen II USGPO Capítulo XVI, Washington, 1946, páginas 528 a 546, *que se pueden leer en* <http://www.ess.uwe.ac.uk/genocide/Keitel1.htm>.

²² *Id.*

²³ *Id.* (EC-338).

²⁴ Según cita de Scott Horton, *Una lección de Núremberg*, L.A. Times, 20 de enero de 2005.

²⁵ Jordan J. Paust, *Planes ejecutivos y autorizaciones que contravienen el derecho internacional sobre el trato y la indagatoria de detenidos (Plans and Authorizations to Violate International Law Concerning Treatment and Interrogation of Detainees)*, 43 Colum. J. Transnat'l L. 811 (2005).

El 9 de enero de 2002, el querellado John Yoo, sub fiscal general delegado, Despacho de Asesoría Legal, Departamento de Justicia de Estados Unidos, redactó un memorando dirigido al querellado Haynes, asesor general del Departamento de Defensa de Estados Unidos. Argumentó que el Tercer Convenio de Ginebra de 1949 relacionado con el trato de prisioneros de guerra no se aplicaba al conflicto con Al Qaeda ni con los talibanes, y que tampoco correspondía el Artículo Tercero Común de los Convenios, que establece las protecciones mínimas que se deben observar a toda hora, sobre todo el trato humanitario para tanto civiles como combatientes.²⁶ Dado este consejo y el consejo verbal adicional del querellado Alberto Gonzales, jefe de los asesores de la presidencia en la Casa Blanca, el presidente George W. Bush decidió que de hecho el Tercer Convenio de Ginebra no se aplicaba al conflicto con al Qaeda ni a los miembros de los talibanes, y que no recibirían las protecciones que se les brindan a los prisioneros de guerra.²⁷ El 22 de enero de 2002, el querellado Jay Bybee, fiscal general delegado confirmó dicho consejo jurídico en otro memorando más.²⁸

Dentro del gobierno de Bush se escuchó una oposición tenaz contra esa decisión, sobre todo de parte del Secretario de Estado Colin Powell y del asesor legal de dicho Departamento. Empero, el querellado Gonzales, en un memorando fechado 25 de enero de 2002 y escrito por el querellado Addington (pero firmado por Gonzales),²⁹ afirmó que el “nuevo paradigma” de la “guerra contra el terror” convierte a ciertas disposiciones de los Convenios de Ginebra en “curiosidades” y que de hecho “convierte en *obsoletas* las estrictas limitaciones de Ginebra respecto a los interrogatorios de prisioneros enemigos”.³⁰ (La bastardilla se agregó para destacar). Gonzales le recomendó al presidente Bush que de hecho dejara de lado el Convenio porque “la guerra contra el terrorismo es una nueva clase de guerra”.³¹ Gonzales observó que las

²⁶ John Yoo & Robert J. Delahunty, Memorando dirigido a William J. Haynes II, asesor general, Departamento de Defensa, *Aplicación de los Tratados y las Leyes a al Qaeda y los talibanes (Application of Treaties and Laws to al Qaeda and Taliban Detainees)* (9 de enero de 2002), en las páginas 1,11, *que se puede leer en* http://upload.wikimedia.org/wikipedia/en/9/91/20020109_Yoo_Delahunty_Geneva_Convention_memo.pdf.

²⁷ Véase Comisión del Senado sobre las Fuerzas Armadas, *Indagación sobre el trato de detenidos en custodia estadounidense (Inquiry into the Treatment of Detainees in U.S. Custody)*, 20 de noviembre de 2008, en la página 1 [*en lo sucesivo* Informe de la Comisión del Senado sobre las Fuerzas Armadas o “Informe SASC”]. El texto completo del informe, con ciertos datos tachados, fue divulgado en abril de 2009, y *se puede leer en* http://armed-services.senate.gov/Publications/Detainee%20Report%20Final_April%2022%202009.pdf.

²⁸ Memorando del fiscal general delegado Jay Bybee dirigido a Alberto Gonzales i William Haynes II, *Aplicación de Tratados y leyes a detenidos de al Qaeda y de los talibanes (Application of Treaties and Laws to al Qaeda and the Taliban Detainees)* (22 de enero de 2002), *que se puede leer en* <http://www.washingtonpost.com/wp-srv/nation/documents/012202bybee.pdf>.

²⁹ Jane Mayer, *El lado oscuro (The Dark Side)* 124 (2009). Véase también Barton Gellman & Jo Becker, *El poder presidencial llevado al máximo (Pushing the Envelope on Presidential Power)*, Washington Post, 25 de junio de 2007.

³⁰ Memorando del asesor de la Casa Blanca Alberto Gonzales dirigido al presidente George W. Bush, *Decisión sobre la aplicación del Convenio de Ginebra a los prisioneros de guerra en el conflicto con Al Qaeda y los talibanes* (25 de enero de 2002).

³¹ *Id.*

“consecuencias” positivas de tal determinación incluyeron: eliminar la necesidad de definir uno por uno el estatus de prisionero de guerra de los detenidos; dejar abiertas las “opciones para el futuro”; y reducir la amenaza de enjuiciamiento por concepto de violaciones de la ley estadounidense de crímenes de guerra.³²

A la postre, basándose directamente en la asesoría legal de los querellados, el 7 de febrero de 2002 el presidente Bush firmó un memorando en el que declaró que el Tercer Convenio de Ginebra no se aplica al conflicto con al Qaeda y que los detenidos talibanes no tendrían derecho a recibir el estatus de prisioneros de guerra ni a ninguna de las demás protecciones que brinda dicho Convenio, ni siquiera lo que se dispone en el Artículo Tercero Común.³³ Como bien sabemos ahora, y tal como lo previeron, esta decisión dio lugar a la tortura y otros abusos graves de incontables detenidos.

2. Ayudar e instigar la tortura y crímenes de guerra. Ilustración vista a la luz de los memorandos escritos por los querellados

El derecho penal internacional ha avanzado mucho desde la era de Núremberg. La amplia jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y para Ruanda, y la codificación del Estatuto de Roma que creó el Tribunal Penal Internacional, han estipulado varias modalidades adelantadas de responsabilidad penal individual según las cuales se pueden enjuiciar abogados del gobierno. Estos adelantos son fundamentales porque se basan en tratados internacionales y en el derecho aceptado que son vinculantes tanto para España como para Estados Unidos.³⁴

³² Con respecto a la aplicación de la Ley de crímenes de guerra (18 U.S.C. § 2441), queda en claro que lo que el querellado Gonzales aspiraba a darles a los actores estadounidenses que participaron en crímenes de guerra, incluida la tortura, era la inmunidad. Gonzales ve que la impunidad que resulta es un factor “positivo” para la suspensión de los Convenios de Ginebra, al opinar que debido a que la ley estadounidense de crímenes de guerra define como “crimen de guerra” cualquier contravención o incumplimiento de lo que se estipula en el Artículo Tercero Común de los Convenios de Ginebra, un dictamen de que los Convenios de Ginebra no se aplican *ipso facto* significa que la ley de crímenes de guerra no corresponde y, por lo tanto, nadie puede ser procesado por la comisión de delitos de guerra contra los detenidos. (“Una determinación de que el [Tercer Convenio de Ginebra sobre el trato de prisioneros de guerra no es aplicable los talibanes significaría que la sección 2441 no se aplicaría a las acciones tomadas con respecto a los talibanes. El adherirme a su determinación (la del presidente Bush) de que no se aplica el estatus de prisionero de guerra sería una protección eficaz contra toda mala interpretación o mala construcción o mala aplicación de la Sección 2441 por varios motivos. [...] es difícil predecir las necesidades y circunstancias que podrían surgir en el transcurso de la guerra contra el terrorismo ... es difícil predecir los motivos que en un futuro podrían tener fiscales y procuradores que podrían en un futuro optar por enjuiciar recurriendo a cargos infundados con base en la Sección 2441. Su determinación podría crear una base en derecho razonable de que la Sección 2441 no es pertinente, lo cual podría constituir una defensa fundamentada contra cualquier procesamiento futuro”).)

³³ Memorando de George W. Bush dirigido al vicepresidente, al secretario de estado, al fiscal general et. al., *Decisión sobre el trato humanitario de talibanes y miembros de al Qaeda (Decision Re: Humane Treatment of Taliban and al-Qaeda)* (7 de febrero de 2002), que se puede leer en http://www.pegc.us/archive/White_House/bush_memo_20020207_ed.pdf.

³⁴ Específicamente, la ley internacional aceptada dispone que todos los Estados tienen que respetar a toda hora normas de *jus cogens* para lo cual no hay ninguna derogación justificada. Estas normas perentorias incluyen delitos internacionales tales como tortura, crímenes de guerra, o crímenes de lesa humanidad. Las obligaciones

Ayudar e instigar es una forma básica de establecer la responsabilidad de autor material. Según prácticamente todos los sistemas jurídicos modernos, se puede responsabilizar a una persona por un delito en el que ayudó en su comisión o instigó para que se cometiera. Los elementos para comprobar la ayuda o instigación incluyen un acto u omisión —o *actus reus* (1)— acompañado de un elemento mental penal —*mens rea* (2)—.

En nuestro caso, los delitos de los que se acusa a los abogados por su ayuda incluyen haber ayudado e instigado la tortura y el trato cruel, inhumano o degradante, y graves contravenciones de lo dispuesto en los Convenios de Ginebra. Los amplios maltratos que se perpetraron contra los detenidos en la tal llamada “Guerra contra el terror” ya no se pueden cuestionar. Se han documentado y confirmado extensamente por muchas fuentes estadounidenses e internacionales, incluido el estamento militar estadounidense, la *Central Intelligence Agency* (CIA) y el Congreso, la Cámara de los Comunes británica, la ONU, la Comisión Internacional de la Cruz Roja, así como las víctimas mismas.³⁵ Por lo tanto, para efectos de esta breve opinión legal, no

impuestas por los tratados surgen además de documentos internacionales tales como los cuatro Convenios de Ginebra, el Convenio Contra la Tortura y otros Tratos o Castigos Crueles, Inhumanos y Degradantes, el Acuerdo sobre Derechos Civiles y políticos, todos los cuales han sido suscritos y ratificados tanto por España como por Estados Unidos. Hoy día, el derecho internacional no sólo tiene fuerte legitimidad en el orden mundial, sino que además implica una obligación jurídica para los Estados. Además, tanto en España como en Estados Unidos, las leyes nacionales y los precedentes judiciales reconocen los derechos humanos internacionales.

³⁵ Véase, p. ej., A. Taguba, Artículo 15-6: Investigación de la Brigada 800 de la Policía Militar (2004), *que se puede leer en* <http://www.dod.mil/pubs/foi/detainees/taguba/> (en la que se cita ‘maltrato criminal evidente, sádico y doloso’ en Abu Ghraib); J. Schlesinger, Informe final del panel independiente para revisar todas las operaciones de detención del Departamento de Defensa, agosto de 2004, *que se puede leer en* <http://www.defenselink.mil/news/Aug2004/d20040824finalreport.pdf> (los abusos fueron ‘extensos’ y graves en cantidad y en efecto); G. Fay & A. Jones, US Army, AR 15-6 Investigación de las actividades de inteligencia en la prisión de Abu Ghraib y la Brigada 205 de Inteligencia Militar (2004), *que se puede leer en* http://www.washingtonpost.com/wp-srv/nation/documents/fay_report_8-25-04.pdf; Informe del CICR sobre el tratamiento por las fuerzas de la coalición de los prisioneros de guerra y otras personas protegidas por los Convenios de Ginebra en Irak durante su detención, internamiento e interrogatorio, febrero de 2004, *que se puede leer en* http://www.globalsecurity.org/military/library/report/2004/icrc_report_iraq_feb2004.pdf; *Central Intelligence Agency*, Despacho del Inspector General. estudio especial: Actividades de detención e interrogación y el contraterrorismo, 7 de mayo de 2004 [en lo sucesivo el Informe CIA IG], *que se puede leer en:* http://luxmedia.com.edgesuite.net/aclu/IG_Report.pdf; Comisión del Senado sobre las Fuerzas Armadas, *Indagación sobre el trato de detenidos en custodia estadounidense (Inquiry into the Treatment of Detainees in U.S. Custody)*, 20 de noviembre de 2008, *que se puede leer en* http://armed-services.senate.gov/Publications/Detainee%20Report%20Final_April%2022%202009.pdf; Departamento de Justicia de EE. UU., Despacho de Responsabilidad Profesional, Investigación de los memorandos del Despacho de Asesoría Legal sobre temas relacionados con el uso por la CIA de “técnicas de interrogación perfeccionadas” con sospechosos de terrorismo 15 (2009) [en lo sucesivo Informe OPR], *que se puede leer en* <http://judiciary.house.gov/hearings/pdf/OPRFinalReport090729.pdf>; Consejo Económico y Social de la ONU, Comisión de Derechos Humanos, *Situación de los detenidos en la Bahía de Guantánamo*, 27 de febrero de 2006, *que se puede leer en* <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G06/112/76/PDF/G0611276.pdf?OpenElement>; Comisión de Asuntos Exteriores de la Cámara de los Comunes, Informe anual de derechos humanos 2005, 2005-6, H.C. 574, *que se puede leer en* <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200506/cmselect/cmfaff/574/574.pdf>; Declaración de Gitanjali S. Gutiérrez, Esq., abogado de Mohammed al Qahtani, Querrela penal contra Donald Rumsfeld, Fiscal General del Tribunal Supremo Federal, República Federal de Alemania (radicado el 14 de noviembre de 2006), *que se puede leer en* http://ccrjustice.org/files/Gutierrez%20Declaration%20re%20Al%20Qahtani%20Oct%202006_0.pdf. Véase

nos explayaremos en nuestro análisis de la comisión misma ni de la tipificación de estos delitos.³⁶ En vez, nos concentraremos en demostrar cómo en este caso se cumplieron los elementos del delito de ayudar e instigar.

2.1. El acto de culpabilidad: *el actus reus* de ayudar e instigar

Los elementos de *actus reus* para ayudar e instigar según el derecho internacional los dispone el Tribunal Criminal Internacional para la ex Yugoslavia (ICTY). Dicho tribunal ha fallado que según el derecho internacional aceptado “la persona que ayuda e instiga comete actos que de manera concreta tienen por fin asistir, animar y brindar apoyo moral en la comisión de un delito preciso, y que tienen un efecto sustancial en la comisión del delito”.³⁷ Sin embargo, la asistencia no puede ser el *sine qua non* del delito cometido.³⁸

¿Los memorandos del gobierno se usaron específicamente para asistir en los crímenes y tuvieron estos un efecto sustancial en los mismos?

2.1.1. Asistencia específica y efecto sustancial en las graves contravenciones de los Convenios de Ginebra

Tal como se explica anteriormente, con base en las opiniones erróneas de los querellados Yoo, Bybee y Gonzales, que se benefician del aporte del querellado Addington, el 7 de febrero de 2002, el presidente Bush firmó un memorando que suspendió la aplicación del Tercer Convenio de Ginebra y el Artículo Tercero Común a detenidos de al Qaeda y de los talibanes.

Los memorandos de los querellados fueron redactados y remitidos a la atención de los asesores más altos del gobierno (los querellados Haynes o Gonzales) o del presidente Bush mismo. Dado que terminaron aconsejándole al presidente Bush que suspendiera el Tercer Convenio de Ginebra, los actos de los querellados de hecho fueron dirigidos específicamente para asistir en la

también Médicos por los Derechos Humanos, Leyes quebrantadas, vidas perjudicadas: Pruebas médicas de tortura por personal estadounidense y su impacto (Junio de 2008), *que se puede leer en* http://brokenlives.info/?page_id=69; Informe sobre la tortura y el trato cruel, inhumano y degradante de prisioneros en la Bahía de Guantánamo, Cuba, julio de 2006, *que se puede leer en* http://www.ccrjustice.org/files/Report_ReportOnTorture.pdf.

³⁶ Si el señor Juez fallara que precisa una Opinión de experto sobre este tema, sin inconveniente le podríamos facilitar al Tribunal la información pertinente.

³⁷ *Fiscalía versus Blagojević y Jokić*, Proceso No. IT-02-60-A, Juicio de apelación, 9 de mayo de 2007, párrafo 127 [en lo sucesivo *Blagojević y Jokić* Apelación del juicio]; *Ver también Fiscalía versus Vasiljević*, Proceso No. IT-98-32-A, Juicio de apelación, 25 de febrero de 2004, párrafo 102; *Fiscalía versus Furundžija*, Proceso No. IT-95-17/1-T, Dictamen del juicio, 10 de diciembre de 1998, párrafo 235, 249 [en lo sucesivo *Furundžija* Sentencia del Tribunal]. Véase también Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional, 17 de julio de 1998, Artículo 25, U.N. Doc. A/CONF. 183/9.

³⁸ Véase, p. ej., *Fiscalía versus Mrkšić y Šiljivančanin*, Proceso No. IT-95-13/1-A, Juicio de apelación, 5 de mayo de 2009, párrafo 81 (“No existe requisito de una relación de causa y efecto entre la conducta del que ayuda e instiga, y la comisión del delito o de que dicha conducta haya servido de precedente para la comisión del delito”).

aprobación no sólo de una nueva política exterior sino también de la comisión de delitos. En su memorando de 2 folios, el presidente de Estados Unidos declaró que había llegado a la conclusión de suspender las protecciones ofrecidas por el Convenio de Ginebra: “con base en la opinión [de Bybee] del Departamento de Justicia de fecha 22 de enero de 2002, y en la opinión jurídica presentada por el fiscal general [John Ashcroft] en su carta del 1º de febrero de 2002”. El memorando manifiesta:

Acepto la conclusión jurídica del Departamento de Justicia de que ninguna de las disposiciones de Ginebra corresponden a nuestro conflicto con al Qaeda ...

Acepto la conclusión jurídica del fiscal general y del Departamento de Justicia de que cuento con la autoridad conforme a la Constitución para suspender Ginebra ...

Acepto también la conclusión jurídica del Departamento de Justicia y determino que el Artículo Tercero Común de Ginebra no se aplica...

Con base en los hechos presentados por el Departamento de Defensa y la recomendación del Departamento de Justicia, determino que los talibanes son combatientes ilícitos y, por lo tanto, no califican como prisioneros de guerra.³⁹

El memorando de Bush ha tenido un impacto inmenso y directo en la captura y el trato de detenidos en el contexto de la guerra en Afganistán y la Guerra contra el terror. La primera conclusión en el informe de investigación bipartidista elaborada en 2008 por la Comisión del Senado acerca del maltrato de detenidos fue: “Después de la determinación del presidente [del 7 de febrero de 2002], las técnicas tales como el simulacro de asfixia con agua, la desnudez y las posiciones de extrema tensión... fueron autorizadas para usar en las interrogaciones de detenidos en custodia estadounidense”.⁴⁰

En el contexto de la dependencia de la Casa Blanca de las opiniones redactadas por los querellados para justificar una norma que dio lugar a la comisión de crímenes internacionales, cosa que debió haber previsto, queda en claro que los “consejos” de los abogados tuvieron por fin asistir y de hecho contribuyeron sustancialmente a la comisión de crímenes. Es más, las acciones de los querellados representaron un paso importante hacia la contravención de las reglas más básicas de la guerra.

2.1.2. Asistencia más específica y efecto sustancial en la tortura: los dos memorandos del 1º de agosto de 2002

Más adelante en el mismo año, el 1º de agosto de 2002, el Despacho de Asesoría Legal del Departamento de Justicia expidió dos memorandos fundamentales que fueron suscritos y revisados por el querellado Jay Bybee y redactados por el querellado John Yoo. El primero de estos, el *Primer memorando de Bybee* (o, como a veces se le dice, “el *Memorando sobre*

³⁹ Véase *supra* nota 33.

⁴⁰ Informe de la Comisión del Senado sobre las Fuerzas Armadas, *supra* nota 27, en la página xxvi.

tortura”),⁴¹ se elaboró a petición del querellado Gonzales y él fue su destinatario. Se redactó respondiendo a las inquietudes que se plantearon funcionarios de la CIA acerca de si las técnicas de interrogatorio que se utilizarían contra detenidos de alto nivel provenientes de al Qaeda podrían dar lugar a responsabilidad penal por tortura. El segundo memorando, “Interrogatorio de operario de al Qaeda”, o el *Segundo memorando de Bybee*, se le dirigió al asesor general John Rizzo de la CIA y tuvo por fin ofrecer una justificación legal para que la CIA hiciera uso de diez técnicas de interrogatorio específicas —incluido el simulacro de asfixia con agua— contra el detenido Abu Zubaydah.⁴²

Los dos memorandos causaron tal furor que el gobierno estadounidense investigó a Yoo y Bybee por mala conducta profesional en la redacción de dichas opiniones. El Despacho de Responsabilidad Profesional del Departamento de Justicia emitió un informe de investigación de 261 folios, desclasificado en febrero de 2010, en el que se dictaminó que los querellados de hecho habían demostrado mala conducta profesional.⁴³

i) La índole “vinculante” de los memorandos del Despacho de Asesoría Legal implica que ayudaron y que tuvieron un efecto sustancial

Para entender porqué estos memorandos tuvieron un impacto directo y sustancial en la tortura, es importante comprender el papel tan fundamental que desempeña el Despacho de Asesoría Legal dentro del gobierno estadounidense. En la descripción oficial de dicho Despacho se lee: “Todas las órdenes y proclamaciones propuestas que emitirá el poder ejecutivo tienen que pasar por el Despacho de Asesoría Legal para que se sometan a una revisión de forma y de legalidad. Igual sucede con otros asuntos diversos que precisan la aprobación formal del presidente”.⁴⁴ Más específicamente, como lo manifiesta el Departamento de Justicia, el Despacho de Asesoría Legal cumple “la función de darle asesoría jurídica *fidedigna* al presidente y a todas las dependencias del poder ejecutivo ... las opiniones del Despacho de Asesoría Legal son *vinculantes* para el poder ejecutivo.”⁴⁵ (La bastardilla se agregó para destacar).

⁴¹ Memorando de Jay S. Bybee del Despacho de Asesoría Legal del Departamento de Justicia, dirigido a Alberto R. Gonzales, asesor de la presidencia, *Normas de conducta en interrogatorios conforme a 18 U.S.C. §§ 2340-2340A (Standards of Conduct for Interrogation under 18 U.S.C. §§ 2340-2340^a)*, que se puede leer en <http://f11.findlaw.com/news.findlaw.com/wp/docs/doj/bybee80102mem.pdf>.

⁴² Jay S. Bybee, fiscal general delegado, Departamento de Justicia de EE. UU., Despacho de Asesoría Legal, Memorando para John Rizzo, asesor general en ejercicio de la CIA, *Interrogatorio de operario de al Qaeda (Interrogation of al Qaeda Operative)*, 1º de agosto de 2002, que se puede leer en http://luxmedia.com.edgesuite.net/aclu/olc_08012002_bybee.pdf.

⁴³ Véase Informe OPR, *supra* nota 35.

⁴⁴ <http://www.usdoj.gov/olc/>.

⁴⁵ Informe OPR, *supra* nota 35, en la página 15. Obsérvese que en esta investigación, que no fue una investigación criminal, sí se determinó que los querellados eran culpables de mala conducta profesional, pero ese dictamen fue desautorizado por el fiscal general delegado Margolis en un memorando de fecha 5 de enero de 2010,

Por lo tanto, una opinión jurídica del Despacho de Asesoría Legal, sobre todo si se trata de un asunto sensible y si es la respuesta a una solicitud concreta, tiene un efecto sustancial en la conducta posterior. No sólo es probable que ayude directamente y que tenga un impacto sustancial en la conducta, sino que ese es precisamente el objetivo de la opinión. En este caso, los dos memorandos del 1º de agosto de 2002 procuraron asegurar la autorización para una conducta ilícita.

ii) El primer memorando de Bybee autorizó un programa de tortura

En el primer memorando de Bybee, con un desprecio total y absoluto de las interpretaciones correctas de las leyes, precedentes pertinentes y obligaciones internacionales, se alega que:

- La prohibición de la tortura se tiene que leer tan estrechamente que sólo prohíbe actos que infligen dolor equivalente a la insuficiencia de un órgano clave o a la muerte (en la página 13);⁴⁶
- El Convenio contra la tortura “prohíbe tan sólo las peores formas de trato o castigo cruel, inhumano o degradante.” (en la página 14);
- Los poderes de comandante en jefe con que cuenta el presidente significa que puede autorizar la tortura y que cualquier estatuto que hubiese “usurpado de manera no permisible el poder constitucional de la presidencia para dirigir una campaña militar” sería inconstitucional (en la página 31);
- Incluso si una técnica de interrogatorio contraviene lo que se estipula en el estatuto sobre tortura e incluso si dicho estatuto se hubiese declarado constitucional, “las defensas normalizadas del derecho penal de necesidad y de defensa propia podrían justificar los métodos de interrogatorio...” (en la página 39).

Harold Koh, otrora decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale y hoy asesor jurídico del Departamento de Estado, escribió acerca de ese memorando:

En resumen, la opinión de Bybee del 1º de agosto de 2002 es una mancha en nuestras leyes y en la reputación de nuestro país. Una opinión jurídica tan carente de contexto

impidiendo que el Despacho de Responsabilidad Profesional remitiera su determinación a las autoridades disciplinarias del colegio de abogados. Memorando del fiscal general delegado David Margolis al fiscal general Eric Holder, *Decisión sobre las objeciones al dictamen de mala conducta profesional en el informe del Despacho de Responsabilidad sobre los memorandos del Despacho de Asesoría Legal sobre temas relacionados con el uso por parte de la CIA de “técnicas de interrogatorio perfeccionadas” contra sospechosos de terrorismo* (5 de enero de 2010), que se puede leer en <http://judiciary.house.gov/hearings/pdf/DAGMargolisMemo100105.pdf>.

⁴⁶ En el primer memorando de Bybee, se subieron los umbrales físicos y mentales de la tortura; el dolor físico ‘ha de ser equivalente en intensidad al dolor que acompaña a una lesión física de gravedad, tal como la insuficiencia de un órgano, la imposibilidad de realizar de una función corporal; o incluso la muerte’, mientras que el dolor mental ‘tiene que resultar en daños psicológicos significativos de duración significativa, p. ej. que duren meses e incluso años.’ Véase *supra* nota 41.

histórico, que ofrece una definición de tortura tan estrecha que hubiera exculpado a Saddam Hussein, que define el poder del comandante en jefe de tal manera que elimina al Congreso como control contra la tortura, que le da un revolcón a Núremberg y lo deja patas arriba, y que les da a los funcionarios gubernamentales licencia para ser crueles...⁴⁷

El primer memorando de Bybee cumplió con el requisito *actus reus* de ayudar e instigar ya que ayudó directamente y tuvo un efecto sustancial en crímenes. De hecho, dio lugar directamente a un programa de tortura. En 2009, el Despacho de Responsabilidad Profesional del Departamento de Justicia, en su investigación disciplinaria sobre la mala conducta profesional de los querellados Yoo y Bybee, concluye:

El memorando de Bybee tuvo el efecto de autorizar un programa de interrogatorios de la CIA que muchos argumentarían contraviene el Estatuto sobre la tortura, la Ley de Crímenes de Guerra, el Convenio de Ginebra y el Convenio Contra la Tortura. Además, los análisis jurídicos de Yoo justificaron actos de tortura descarada en ciertas circunstancias ... y la firma de Bybee, que le agregó tanta mayor autoridad a los memorandos, acarreó consigo un grado importante de responsabilidad personal.⁴⁸

iii) El segundo memorando de Bybee garantizó la tortura de Zubaydah y de otros detenidos por la CIA

En el segundo memorando de Bybee, que se basó en gran parte en las conclusiones del primer memorando de Bybee, Yoo y Bybee analizaron si las diez técnicas de interrogación perfeccionadas para las que la CIA pidió aprobación a fin de usarlas en el detenido del momento Abu Zubaydah, violaban la prohibición contra la tortura. Las diez técnicas fueron: “(1) acaparamiento de la atención, (2) talones contra la pared y empujones del cuerpo, (3) sujeción facial, (4) bofetada facial (bofetada insultante), (5) confinamiento en espacios reducidos, (6) los dedos estirados contra el muro, sujetando el cuerpo por lapsos prolongados, (7) posiciones de tensión extrema, (8) privación del sueño, (9) insectos en caja de confinamiento y (10) simulacro de asfixia con agua (ahogamiento).”⁴⁹

Los querellados, haciendo caso omiso o rechazando las normas jurídicas aceptadas, concluyeron que:

- Ninguna de las técnicas propuestas, usada por sí sola, inflige dolor físico intenso o dolor y sufrimiento mental intenso (en las páginas 10 y 12);

⁴⁷ Harold Koh, *El mundo sin tortura (World Without Torture)*, 43 Colum. J. Transnat'l L. 641, 654. Hoy, Koh, en su papel de asesor legal del Departamento de Estado, afirmó que “la definición de tortura que permitió que se llevaran a cabo ciertas actividades se tomó de una opinión vertida por el Despacho de Asesoría Legal en 2002”. Véase transcripción de la conferencia de prensa de la Delegación de Estados Unidos a la UPR”, 5 de noviembre de 2010, que se puede leer en <http://geneva.usmission.gov/2010/11/05/upr-press-conf/>.

⁴⁸ Informe OPR, *supra* nota 35, en las páginas 251-252.

⁴⁹ Véase *supra* nota 42, en la página 2.

- “Incluso cuando todos los métodos se combinan en un curso de conducta amplio, aun así no infligirían dolor o sufrimiento físico intenso” (en la página 11);
- “Incluso si se pensara que el curso de conducta presentase un amenaza de dolor o sufrimiento físico, aun así —dados los hechos que tenemos ante nosotros— no constituye una contravención de lo que se estipula en la Sección 2340A, [ya que] no sólo ha de ser el curso de conducta un acto predicado, sino que además, quienes se valgan del procedimiento tienen que causar daños mentales de duración prolongada” (en la página 16).

El inspector general de la CIA reconoció el impacto sustancial del memorando cuando comentó que este “definió los cimientos de las decisiones normativas y administrativas que marcaron las pautas del programa de contraterrorismo (CTC)”.⁵⁰

De hecho, las técnicas aprobadas resultaron en la tortura de Abu Zubaydah, un detenido que al inicio el gobierno de Bush presentó como un “operario de muy alto rango en al Qaeda”,⁵¹ pero quien hoy el gobierno estadounidense admite ni siquiera es un combatiente ni un asociado de al Qaeda.⁵² Las pruebas que posteriormente se desclasificaron revelan que Abu Zubaydah, que sigue detenido hoy en Guantánamo sin que se le imputen cargos, fue sometido a torturas de numerosas índoles, incluido el simulacro de asfixia con agua en por lo menos 83 ocasiones.⁵³

El segundo memorando de Bybee no sólo dio por resultado la tortura de Abu Zubaydah, sino que también fue utilizado por la CIA para autorizar la tortura de otros detenidos. Como lo señalara el inspector general de la CIA, la CIA entendió que “la opinión clasificada [el segundo memorando de Bybee] emitida el 1º de agosto de 2002 por el Despacho de Asesoría Legal se extendió más allá del interrogatorio de Abu Zubaydah y las condiciones que se especificaron en dicha opinión”.⁵⁴ En el informe del inspector general de la CIA se citan ejemplos de tortura de detenidos que tuvieron lugar después de que se emitiera el segundo memorando de Bybee. Estos incluyen la tortura de Khalid Sheikh Mohammed, sometido a tortura psicológica además de ser sometido a simulacro de asfixia con agua en 183 ocasiones.⁵⁵

Aunque según se ha informado, algunos aspectos de la tortura excedieron las pautas (que de por sí eran ilegales) trazadas por el Despacho de Asesoría Legal, el segundo memorando de Bybee,

⁵⁰ Informe CIA IG, *supra* nota 35, en la página 4.

⁵¹ Transcripción de conferencia de prensa de Donald Rumsfeld, Departamento de Defensa, 3 de abril de 2002, que se puede leer en <http://www.defense.gov/transcripts/transcript.aspx?transcriptid=3390>.

⁵² *Zayn al Abidin Muhammad Husayn versus Robert Gates*, Memorando de los demandados sobre los puntos y las autoridades en oposición a la petición de producir documentos y a la petición de sanciones del demandante. Causa civil No. 08-cv-1360 (RWR) (septiembre de 2009), que se puede leer en <http://www.truth-out.org/files/memorandum.pdf>.

⁵³ Informe CIA IG, *supra* nota 35, en las páginas 36 y 37.

⁵⁴ *Id.* en la página 23

⁵⁵ *Id.* en las páginas 41 a 44.

al autorizar actos de tortura específicos, creó un entorno de permisivo y excepcional, lo cual contribuyó a que se cometieran más actos de tortura en los centros de reclusión de la CIA. Al final, estas actividades dieron lugar a por lo menos dos muertes reportadas de detenidos bajo custodia de la CIA.⁵⁶

2.2. La mente culpable: *el mens rea* de ayudar e instigar

La norma más estricta para el elemento mental de *mens rea* de responsabilidad por ayudar e instigar se define en el Artículo 25 del Estatuto de Roma, en el que se requiere que la norma de *mens rea* sea “más estricta que el simple conocimiento”.⁵⁷ Según el Estatuto de Roma, la persona tiene que actuar “con el propósito de facilitar” la comisión del delito. Se distingue de las normas del Tribunal Criminal Internacional para la ex Yugoslavia (ICTY) que exige “conocimiento” de que la persona esté ayudando e instigando a la comisión del delito.⁵⁸ La Cámara de Apelaciones de dicho tribunal falló que: “el elemento mental obligatorio de ayudar e instigar es el conocimiento de que los actos que se están realizando ayudan a cometer el delito específico del autor material”.⁵⁹

En los memorandos que se describieron anteriormente, ¿los querellados tuvieron conocimiento de que sus acciones estaban ayudando a cometer delitos específicos? y ¿actuaron ellos de tal manera con el propósito de facilitar la comisión de delitos?

2.2.1. Conocimiento: los querellados sabían que sus opiniones ayudaron a cometer crímenes

i) Los querellados tenían conocimiento del gran poder de autoridad de toda opinión que se emita de sus despachos

Tal como se explicó anteriormente, el propósito de toda opinión legal que surja del Despacho de Asesoría Legal o del Despacho del Asesor de la Casa Blanca consiste en producir una conducta específica, la cual se orienta en un sentido dado, normalmente hacia la legalidad. Cuando los querellados optaron por amparar una conducta punible, lo hicieron con conocimiento de que

⁵⁶ *Id.* en las páginas 69, 78.

⁵⁷ Kai Ambos et al., *Comentarios sobre el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional: apuntes de observadores, artículo por artículo (Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers Notes, Article by Article)* en las páginas 475 a 492, 483. (Otto Triffterer Baden Baden ed., Nomos 1999).

⁵⁸ Se recuerda que en el Tribunal Criminal Internacional para la ex Yugoslavia se aplica la ley internacional aceptada, véase el Informe de secretario general según el párrafo segundo de la Resolución 808 del Consejo de Seguridad, S/25704, 3 de mayo de 1993, párrafo 34, mientras que a la Corte Penal Internacional no se le exige.

⁵⁹ Fallo en apelación de *Blagojević y Jokić*, *supra* nota 37, párrafo 127. Véase *p. ej.*, *Fiscalía versus Brđjanin*, Proceso No. IT-99-36-A, Fallo en apelación, 3 de abril de 2007, párrafo 484 [en lo sucesivo Sentencia de apelación *Brđjanin*]; Fallo en el juicio de *Furundžija*, *supra* nota 37, párrafo 245; *Fiscalía versus Ntakirutimana*, Proceso No. ICTR-96-10-A y ICTR-96-17-A, Fallo en apelación, 13 de diciembre de 2004, párrafo 501.

debido al cargo que cada cual ocupaba, su consejo tendría un impacto significativo y además tenían conocimiento de que tales consejos darían lugar a la comisión de actos delictivos.

ii) A los querellados se les advirtió que se precisaba una “luz verde” legal

Los querellados sabían que sus opiniones legales eran anheladas ya que se esperaba que dieran la luz verde para la formulación de normas extraordinarias, que por otra parte serían ilícitas. En el caso del segundo memorando de Bybee, por ejemplo, a los querellados les constaba que su opinión había sido solicitada a fin de obtener la aprobación jurídica —o más bien, el amparo jurídico— para las diez técnicas que se utilizarían en una persona concreta. El mismo Departamento de Justicia manifestó que “la CIA no esperaba sólo un diálogo objetivo y franco sobre el significado del Estatuto sobre la tortura. En vez, ... la dependencia aspiraba a obtener la protección máxima posible para sus funcionarios”⁶⁰ y sin vacilación les comunicó tal mensaje a los querellados.

2.2.2. La intención de delinquir: fue la intención de los querellados facilitar los crímenes

i) La intención de delinquir: los querellados, a sabiendas, distorsionaron la ley con un propósito delictivo

En vista de que las opiniones legales emitidas por las personas que ocupan los cargos de los querellados no serían repasadas por ningún tribunal, y que a veces permanecerían clasificadas y por lo tanto libres de toda impugnación, la intención es que solamente abogados muy calificados ocupen los puestos de mayor importancia en el Despacho de Asesoría Legal. Así se asegura el gobierno de que los consejos que ofrecen sean objetivos y elaborados con esmero y atención.

Los defectos profundos señalados en el razonamiento jurídico de los memorandos cuando estos se filtraron a la prensa, produjeron revuelo a nivel nacional e internacional entre abogados de toda trayectoria, quienes se manifestaron consternados por las distorsiones del razonamiento y la debilidad e insostenibilidad de las conclusiones a las que se arribó.⁶¹ Para tomar tan sólo el ejemplo del primer memorando de Bybee, en el cual se basó el segundo memorando de Bybee,

⁶⁰ Informe OPR, *supra* nota 35, en la página 226.

⁶¹ En agosto 2004, un grupo de más de 130 abogados norteamericanos de gran prestancia —incluidos entre ellos jueces, decanos de facultades de derecho y anteriores funcionarios públicos elegidos— divulgaron un documento titulado “Declaración de abogados sobre los memorandos de la tortura del gobierno de Bush”. El grupo condenó los memorandos “que tratan sobre los poderes que el presidente adquiere durante una guerra, la tortura, el Convenio de Ginebra y su relación con el tratamiento de prisioneros de guerra... y otros temas afines”. Indicaron que “los memorandos hacen caso omiso e interpretan erróneamente la constitución y las leyes de EE.UU., toda una gama de tratados internacionales y reglas del derecho internacional”. *Declaración de abogados sobre los memorandos de la tortura del gobierno de Bush (Lawyers’ Statement on Bush Administration’s Torture Memos)*, dirigida al presidente George W. Bush, al vicepresidente Richard B. Cheney, al secretario de defensa Donald Rumsfeld, al fiscal general John Ashcroft, y a miembros del Congreso, 4 de agosto de 2004.

Daniel Levin, que posteriormente (en 2004) ocupó el cargo de Bybee de jefe del Despacho de Asesoría Legal, comentó que había leído el memorando y pensó “¿esta es una locura! ¿Quién escribió esto?”⁶² Jack Goldsmith, jefe del Despacho de Asesoría Legal entre el turno de Bybee y el de Levin, comentó que había encontrado que el memorando estaba “plagado de errores” con secciones clave “claramente erradas”. Dijo que los documentos revelaron una “labor tendenciosa que aspiraba a eliminar todo escollo que impusiera el Estatuto sobre la tortura”.⁶³

La investigación de Yoo y Bybee realizada por el Despacho de Responsabilidad Profesional del Departamento de Justicia presenta una evaluación particularmente condenatoria de su trabajo. Los investigadores señalaron que los memorandos padecían “deficiencias graves”⁶⁴ y sobre todo “se hallaron errores, omisiones, declaraciones erradas y conclusiones carentes de lógica en el [primer] memorando de Bybee”.⁶⁵ Las fuentes se habían “exagerado o tergiversado”, “la autoridad adversa no se había tratado” y algunos alegados eran “ilógicos o tortuosos”.⁶⁶

En vista de las aptitudes profesionales de los querellados –Yoo, a manera de ejemplo, fue catedrático vitalicio en una de las diez primeras facultades de derecho de Estados Unidos y había sido secretario en el Tribunal Supremo de Estados Unidos— no es posible concluir que tales análisis tan profundamente viciados, insostenibles y mal orientados eran simplemente el resultado de decisiones mal tomadas o del trabajo de un abogado principiante a quien se le pidió que opinara sobre algo más allá de su pericia. En vez, el enfoque distorsionado que presentaron en sus memorandos fue consciente e intencionalmente tendencioso.

Con base en una “preponderancia de las pruebas”, el Despacho de Responsabilidad Profesional dictaminó que Yoo, por motivo de su participación en el primer memorando de Bybee, “a sabiendas brindó consejos incompletos y arbitrarios”, “a sabiendas dejó de presentar un análisis suficientemente cabal, objetivo y franco”, “a sabiendas ofreció consejos incompletos al cliente”, “a sabiendas hizo declaraciones falsas” y “a sabiendas representó mal a la autoridad”.⁶⁷

Además, como los memorandos no estaban en reserva total, otros integrantes del gobierno les señalaron a los abogados las principales fallas de razonamiento que adolecían. Dos días después de la expedición del memorando de Yoo del 9 de enero de 2002 sobre la suspensión del Convenio de Ginebra, el jefe de asesores legales del Departamento de Estado, William Taft IV, le remitió una carta detallada a Yoo, oponiéndose a sus conclusiones y advirtiéndole que “tanto las suposiciones fácticas en las que se basa el [memorando] preliminar como su análisis jurídico

⁶² Informe OPR, *supra* nota 35, en la página 160.

⁶³ *Id.* en la página 160.

⁶⁴ *Id.*

⁶⁵ *Id.* en la página 159.

⁶⁶ *Id.* en la página 230.

⁶⁷ *Id.* en las páginas 251 a 254.

padecen de vicios de consideración”⁶⁸ e indicando que la negación por parte de Estados Unidos de ceñirse a los Convenios de Ginebra podría constituir una “infracción grave”.⁶⁹ De hecho, Taft le advirtió a Yoo que “*se le imputa responsabilidad penal* a toda infracción de lo que estipula el Convenio”.⁷⁰ El 2 de febrero de 2002 Taft envió otra carta dirigida al querellado Gonzales en el que presenta puntos de vista opuestos a los argumentos legales del destinatario e instándolo a que recomendara la aplicación de los Convenios de Ginebra, señalando que una decisión, tal como lo prescribe el derecho internacional, que se ajuste a lo que disponen los Convenios de Ginebra señalaría “que incluso en un nuevo tipo de conflicto, Estados Unidos basa su conducta en las obligaciones adquiridas en tratados internacionales y en el estado de derecho, y no solo en preferencias normativas”.⁷¹ Efectivamente, cuatro años después, El Tribunal Supremo estadounidense, en el proceso *Hamdan versus Rumsfeld*,⁷² falló que los Convenios de Ginebra de hecho si se aplican a al Qaeda. Pero ninguna de las advertencias internas del momento tuvieron ningún impacto en las posturas legales adoptadas por los querellados. Tan sólo se agrega a las pruebas de que ya sabían, tal como consta en la investigación del Despacho de Responsabilidad Profesional, que sus análisis eran viciados por derecho; pese a eso, permanecieron firmes con el “consejo” legal que habían diseminado.

ii) Los querellados sabían que el resultado final sería criminal

Al establecer *mens rea*, el Tribunal Criminal Internacional para la ex Yugoslavia explica que “no es necesario que quien ayude e instigue deba tener conocimiento del delito preciso que se cometerá... [en vez,] si tiene consciencia de que uno de una serie de delitos probablemente se cometerán y uno de esos delitos de hecho se comete, ha tenido la intención de facilitar la comisión de dicho delito, y es culpable de ayudar e instigar”.⁷³

A la luz de toda la información detallada anteriormente, los querellados tenían pleno conocimiento de que los delitos —como mínimo el trato no humanitario de los detenidos y, en el peor de los casos, la tortura y los asesinatos— eran predecibles y eran la consecuencia natural de su asesoría legal. El informe del Despacho de Responsabilidad Profesional expone:

⁶⁸ William H. Taft, IV, Memorando dirigido a John C. Yoo (11 de enero de 2002) (con copia al Secretario de Estado y al Asesor de la Casa Blanca Gonzales), carta remisoría en la página 1.

⁶⁹ *Id.* en la página 2.

⁷⁰ *Id.* en la página 30.

⁷¹ Memorando de William H. Taft, IV, asesor legal del Departamento de Estado, dirigido a Alberto R. Gonzales, asesor del presidente, comentarios sobre su memorial sobre el Convenio de Ginebra (2 de febrero de 2002), que se puede leer en <http://www.texscience.org/reform/torture/taft-2feb02.pdf>.

⁷² 548 U.S. 557 (2006).

⁷³ *Furundžija* Sentencia del Tribunal, *supra* nota 37, párrafo 249. Véase también *Blagojević y Jokić* Apelación del juicio, *supra* nota 37, párrafo 127 (ayudar e instigar requiere “conocimiento de que los actos que se realizaron ayudaron en la comisión del delito específico cometido por el autor principal”).

También hallamos pruebas de que los abogados del Despacho de Asesoría Legal tenían presente el resultado deseado por el cliente y redactaron memorandos que apoyaran tal resultado...

Según Rizzo [ex asesor legal de la CIA], nunca hubo duda alguna de que el simulacro de asfixia con agua sería aprobado por Yoo, y el cliente claramente consideró al Despacho de Asesoría Legal como dispuesto a hallar la manera de lograr el resultado deseado.⁷⁴

De hecho, el segundo memorando de Bybee prescribió directamente y con vergonzosos detalles los actos de tortura que se le realizarían a Abu Zubaydah. No sólo sabían los querellados que el resultado de lo que apoyaban era criminal, sino que buscaron y hallaron las maneras de asegurar que el resultado (el amparo jurídico) se lograra.⁷⁵

iii) El trabajo de los querellados de prevenir futuros enjuiciamientos de funcionarios reveló su intención de facilitar los crímenes

Con su trabajo, los querellados trataron de crear anticipadamente una justificación legal y un amparo o defensa legal para los posibles procesamientos penales que pudieran surgir de la tortura cometida por funcionarios del gobierno. Dejaron en claro desde el inicio que los memorandos de agosto, por ejemplo, crearían un escudo legal contra el enjuiciamiento de funcionarios de la CIA.

“Inmediatamente después” de que la División Penal del Departamento de Justicia se negó a “ofrecer una declinación anticipada del enjuiciamiento [de funcionarios estadounidenses] por violaciones del Estatuto sobre la tortura”,⁷⁶ a Yoo le vino muy bien agregar al primer memorando de Bybee las secciones sobre los poderes primordiales del comandante en jefe y sobre las defensas de la tortura, tratando así de ofrecer una inmunidad generalizada a todos los funcionarios de la CIA que participaron en la tortura, ya que le constaba cuánto poder acarrea una opinión emitida por el Despacho de Asesoría Legal. Jack Goldsmith, el sucesor de Bybee en el Despacho de Asesoría Legal, argumentó en su libro de 2007 “La presidencia del terror”:

Si el Despacho de Asesoría Legal interpreta una ley de manera que autorice una acción propuesta, entonces el Departamento de Justicia no procesará a quienes se Fían del dictamen del Despacho de Asesoría Legal para proceder. ... Es uno de los poderes más contundentes y peligrosos del gobierno: el poder de repartir tarjetas “Quedas libre de cárcel”... y así, efectivamente inmuniza a los funcionarios contra todo procesamiento por transgresión de la ley.⁷⁷

⁷⁴ Informe OPR, *supra* nota 35, en las páginas 226 y 227.

⁷⁵ Véase el memorial del catedrático en derecho David Cole: “Cuando se ven en su integridad, los memorandos revelan un esfuerzo sostenido por los abogados del Despacho de Asesoría Legal para racionalizar un resultado predeterminado e ilícito”, en David Cole, (*Los memorandos de tortura: el caso contra los abogados*) *The Torture Memos: The Case Against the Lawyers*, *The New York Review of Books* 56:15, 8 de octubre de 2009.

⁷⁶ Informe OPR, *supra* nota 35, en la página 228

⁷⁷ Jack Goldsmith, *The Terror Presidency* 96 (W.W. Norton 2007).

Sin embargo, el tratar de inmunizar a torturadores es una contravención de leyes nacionales e internacionales porque la ley es inequívoca (sea directamente en los tratados o como normas *jus cogens*) al indicar que no existe derogación que jamás pueda justificar el uso de tortura o la comisión de crímenes de guerra. El asegurarles a los funcionarios estadounidenses que no se les procesaría por sus acciones criminales es una ilustración directa de la intención de promover y facilitar crímenes.

Claramente, existen amplias pruebas que justifican el inicio de una investigación penal de la responsabilidad personal de los querellados enumerados en la querrela contra los seis de Bush por su responsabilidad penal por ayudar e instigar crímenes.

3. Empresa criminal común: la habilitación de la tortura y otros delitos

En el caso de los seis de Bush, diversas fuentes demuestran que al menos algunos de los querellados compartieron la intención de lograr un propósito específico: la comisión de tortura y otras violaciones del derecho internacional contra detenidos que estaban en custodia de Estados Unidos. Dado este contexto, huelga examinar otros hechos adicionales a la luz de otra teoría de responsabilidad: la empresa criminal común.

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional enumera que es responsable individualmente y puede ser penado quien cometa, ordene o ayude e instigue la comisión del crimen, o “contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común”.⁷⁸ Esta empresa criminal común es una modalidad de responsabilidad en la que a los autores se les imputa la culpabilidad criminal por delitos cometidos con una finalidad común o por crímenes que son el resultado previsible de un emprendimiento de propósito común.⁷⁹

⁷⁸ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Art 25. La figura del concierto para delinquir no se menciona explícitamente en el Estatuto del Tribunal Criminal Internacional para la ex Yugoslavia. Sin embargo, la Cámara de apelaciones expidió la *opinio iuris* en la que explica que la participación en el concierto para delinquir se incluye en el Estatuto en la forma de una “comisión” en el artículo 7(1) del Estatuto y que existe la base para tal proceder en esta teoría de la responsabilidad según la ley internacional aceptada. Véase *Fiscalía versus Tadić*, Proceso No. IT-94-1-A, Sentencia de apelación, 15 de julio de 1999 [en lo sucesivo “Sentencia de apelación *Tadić*”].

⁷⁹ La Cámara de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia reconoció en primera instancia el concierto para delinquir como forma de responsabilizar según la ley internacional aceptada en la Sentencia de apelación *Tadić*, *supra* nota 78, párrafos 189 a 229. Véase también Sentencia de apelación *Brđjanin*, *supra* nota 59, párrafo 430; *Prosecutor v. Martić*, Proceso No. IT-95-11-A, Sentencia de apelación, 8 de octubre de 2008, párrafos 80 y 81.

El concierto para delinquir se considera una forma de “cometer,” y se incluye en el Artículo 6.1 del Estatuto SCSL. *Fiscalía versus Sesay, Kallon, y Gbao*, Proceso no. SCSL-04-15-T, *Sentencia del Tribunal*, 2 de marzo del 2009, párrafo 252.

Para que una persona sea responsable de empresa criminal común, se tiene que demostrar que (1) un *grupo de personas* (2) tuvo un *plan, diseño o finalidad común* para la comisión de un crimen, (3) que el acusado *participó de alguna manera* en el plan, y que (4) el acusado *contribuyó de manera intencional a la finalidad del plan común*. Si se cumplen dichos elementos, los acusados son culpables de los crímenes cometidos.

3.1. Un grupo de personas

Conforme a lo que ha fallado el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (*ICTY*), las personas no tienen que estar organizadas en una estructura militar, política ni administrativa, y cada participante en la empresa criminal común no se tiene que identificar por nombre: “basta con que se refieran a categorías o grupos de personas”.⁸⁰

En el caso de los seis de Bush, no es difícil identificar al grupo de personas que estuvo involucrado. En los informes de las investigaciones se revela que poco después de los ataques del 11 de septiembre, un grupo muy reducido de abogados de alto rango en el gobierno, provenientes de varias dependencias oficiales, cuatro de los cuales forman parte de los querellados en el proceso de los seis de Bush, se reunieron con regularidad pero de manera informal para hablar de las opciones legales en el contexto de la Guerra contra el terror. El querellado Haynes, asesor general del Departamento de Defensa, denominó al grupo “consejo de guerra”.⁸¹ Hay fuentes que explican que el querellado Addington, asesor del vicepresidente Cheney, ejerció la fuerza dominante entre los abogados.⁸² Al cabo de los 18 meses, la indagación bipartidista del Senado que investigó el maltrato de detenidos, explicó:

Addington se reunió “con regularidad” con un grupo de abogados entre los que estaban: el asesor general del Departamento de Defensa Jim Haynes, el asesor de la Casa Blanca Alberto Gonzales, y el asesor general de la CIA John Rizzo. Este grupo se reunió con periodicidad definida. El grupo, según relata el señor Addington, fue denominado “consejo de guerra” por el señor Haynes e incluyó además a los abogados del Despacho de Asesoría Legal John Yoo y Tim Flanigan. Según el señor Addington, el grupo de abogados se reunió para tratar toda una “gama de temas”, incluidos entre ellos cómo interrogar a los combatientes enemigos en la Guerra contra el terror.⁸³

Estas reuniones por lo general se convocaron en la oficina del querellado Gonzales.

⁸⁰ *Prosecutor v. Krajišnik*, Proceso No. IT-00-39-A, Sentencia de apelación, 17 de marzo de 2009, párrafo 156.

⁸¹ Véase Michael P. Scharf, *Responsabilidad por el memorando de tortura: el derecho internacional y los memorandos de tortura (Accountability for the Torture Memo: International Law and the Torture Memos)*, 42 Proceso W. Res. J. Int'l L. 321, 346 n.141 (2009). Scharf se refiere al grupo como “un complot de abogados agresivos de mentalidad parecida que se autodenominó “concilio de guerra”, en la página 355.

⁸² Philippe Sands, *El equipo de la tortura (The Torture Team)* 213 (2008).

⁸³ Informe de la Comisión del Senado sobre las Fuerzas Armadas, *supra* nota 27, en las páginas 31 y 32 nota. 224.

3.2. Un plan común

Visto a la luz del dictamen de apelación *Tadic* del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, el plan no “se tiene que haber concertado ni formulado con anticipación”, de hecho, “el plan o la finalidad común puede materializarse de manera extemporánea y puede ser inferido del hecho de que una pluralidad de las personas actuó de común acuerdo para darle vida a una empresa criminal común”.⁸⁴

En este caso, tal parece que el plan se materializó mediante una serie de reuniones y escrituras compartidas entre abogados oficiales de mentalidad común prestos para impulsar un plan en el contexto de los acontecimientos. Los abogados trabajaron bajo la dirección y en aparente coordinación con otros integrantes del gobierno de Bush, incluido entre ellos el presidente mismo. El plan consistía en crear un *amparo legal que habilitara la autorización de técnicas de interrogatorio que en efecto eran tortura* o trato cruel, inhumano o degradante para usar contra detenidos capturados en el contexto de la “Guerra contra el terror”, sea en Guantánamo, Afganistán, Irak o en otros sitios, incluidas ubicaciones secretas.

3.3. El acto de culpabilidad: participación en el plan común o *actus reus*

La participación en el diseño común no precisa la participación en la comisión de los actos criminales y puede incluir asistencia o contribución al plan o a la finalidad común. La asistencia no tiene que tener un efecto sustancial en la comisión del delito: “basta con que el participante realice actos que de alguna manera estén dirigidos a avanzar el plan o la finalidad común”.⁸⁵

Los querellados participaron de varias maneras en el fomento del plan y más notablemente mediante la redacción de las opiniones legales mencionadas anteriormente, pero también por medio de una serie de actos coordinados que se emprendieron para asegurarse de que el plan saliera adelante. En este sentido, el querellado Haynes desempeñó un papel particularmente importante con respecto a la tortura aplicada por los militares, tal como lo revelara en gran detalle el informe de la Comisión del Senado sobre las Fuerzas Armadas sobre el maltrato de detenidos.

En diciembre de 2001, el querellado Haynes hizo averiguaciones sobre las técnicas (incluido el simulacro de asfixia con agua) que constituyen tortura que empleaba la Entidad Conjunta de Recuperación de Personal (*JPRA*) en el curso de Supervivencia, Evasión, Resistencia y Escape (*SERE*) dictado a soldados estadounidenses para que aprendieran a resistir torturas infligidas por fuerzas enemigas que no respetaran los Convenios de Ginebra.⁸⁶ Haynes procuró esta información con dos objetivos que avanzaron la empresa criminal común: 1) proporcionarles a los demás integrantes del concierto una relación de técnicas para plantear el análisis jurídico que

⁸⁴ Sentencia de apelación *Tadić*, *supra* nota 78, párrafo 227 (ii).

⁸⁵ *Id.* en la página 229 (iii).

⁸⁶ Informe de la Comisión del Senado sobre las Fuerzas Armadas, *supra* nota 27, en las páginas 4 y 114.

permitiera usarlas, lo cual incluyó el rechazo de las obligaciones impuestas por los Convenios de Ginebra y 2) crear métodos de interrogación novedosos y violentos para usar contra los detenidos. Haynes luego pidió las opiniones redactadas por Yoo en enero de 2002 sobre la (no aplicación de) los Convenios de Ginebra, lo cual dio lugar a la orden de Bush y habilitó a Haynes para que comenzara a explayarse sobre las posibles “técnicas de interrogatorio perfeccionadas”. Más adelante ese mismo año, Haynes le solicitó a la Entidad Conjunta de Recuperación de Personal datos más precisos con el fin de “diseñar a la inversa” las técnicas impartidas en el curso *SERE*, lo cual significó emplearlas contra los detenidos.⁸⁷ “Menos de una semana después de que la Entidad Conjunta le remitiera al despacho del asesor general del Departamento de Defensa su memorando con sus anexos”, Bybee firmó los dos memorandos sobre tortura de fecha 1° de agosto de 2002.⁸⁸

Tres meses después, la oficina de Haynes autorizó los planes para interrogar al detenido en Guantánamo Mohammed al Qhatani, cuyo interrogatorio se prolongó del 23 de noviembre de 2002 hasta el 16 de enero de 2003. Las técnicas fueron inspiradas directamente por las técnicas del curso *SERE* y más tarde fueron reconocidas ampliamente como tortura, inclusive por un juez de las Comisiones militares quien, en 2009, retiró todos los cargos contra al Qhatani debido a la tortura a la que fue sometido con la aprobación de la oficina de Haynes. El juez escribió: “torturamos a al-Qahtani. ... El trato que se le dio cumple con la definición legal de tortura. Y por ese motivo no remití el caso para su procesamiento”.⁸⁹

El 27 de noviembre de 2002, Haynes le remitió un memorando al Secretario de Defensa Donald Rumsfeld en el que le recomienda al Secretario autorizar una relación de técnicas que se utilizarían en Guantánamo.⁹⁰ A los pocos días, la relación fue aprobada por Rumsfeld y para el 30 de diciembre de 2002, los encargados de interrogar en Guantánamo estaban haciendo uso de las técnicas de tortura contra varios detenidos. Al final, aunque Rumsfeld, por la presión de otros funcionarios del gobierno, revocó su autorización mes y medio después, las técnicas rápidamente migraron al centro de reclusión estadounidense de Bagram en Afganistán y más adelante ese mismo año llegaron a la prisión de Abu Ghraib en Irak.

3.4. La mente culpable: *Mens Rea* del concierto para delinquir

La *mens rea* de la empresa criminal común es la intención de cometer un crimen específico. A la luz de los hechos detallados anteriormente, la intención de los querellados en la comisión de

⁸⁷ *Id.* en las páginas 2 y 116.

⁸⁸ *Id.* en la página 31.

⁸⁹ Bob Woodward, *Detenido fue torturado dice funcionario estadounidense; Veedor de juicio habla de maltratos metódicos contra sospechoso del 11 de septiembre (Detainee Tortured, Says U.S. Official; Trial Overseer Cites “Abusive” Methods Against 9/11 Suspect)*, Washington Post, 14 de enero de 2009, en la página A1, que se puede leer en www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2009/01/13/AR2009011303372.html.

⁹⁰ Informe de la Comisión del Senado sobre las Fuerzas Armadas, *supra* nota 27, en la página 95 (cita la entrevista de William J. Haynes II por el personal de la comisión) (25 de abril de 2008) en la página 188.).

delitos queda demostrada claramente: ellos se esforzaron activa y conscientemente durante un lapso de tiempo prolongado para habilitar la tortura de los detenidos.

Si bien se podrían extraer muchas más pruebas de diversas fuentes —cosa que podemos hacer si así lo solicita el Juzgado Central de Instrucción No. 6— otro elemento que conviene mencionarse con relación a la intención, es la labor conjunta de los querellados para excluir de su trabajo y de sus reuniones a abogados del gobierno que no compartieran la finalidad criminal común. Por ejemplo, el despacho del asesor legal William Taft del Departamento de Estado, que en la forma más natural hubiera sido consultado y se hubiera mantenido informado sobre todos los acontecimientos, fue dejado de lado de manera extraordinaria por los querellados, desde el inicio del diseño del plan común. El mismo Taft lo explicó:

Los abogados del Departamento de Justicia trabajaron por separado con los abogados del Departamento de Defensa con el fin de autorizar ciertos distanciamientos de las definiciones de los Convenios con respecto al trato de los detenidos, sobre todo en cuanto se refiere a los métodos de interrogatorio. Ni a mí ni al personal bajo mi responsabilidad se nos invitó a que repasáramos este trabajo. De hecho, ni siquiera teníamos conocimiento de que tal trabajo se estaba efectuando...

Es muy lamentable que el Despacho del Asesor Legal no participó en la labor jurídica posterior a las decisiones tomadas en febrero de 2002. Yo opino que nos excluyeron porque sospechaban (dadas algunas de las posturas que habíamos adoptado), que no estaríamos de acuerdo con algunas de las conclusiones a las que se preveía iban a arribar otros abogados del gobierno.⁹¹

Los querellados no sólo excluyeron voces que estarían en desacuerdo, sino que además ocultaron toda oposición expresada por sus superiores. Por ejemplo, cuando ya en noviembre de 2002, Haynes le recomendó al Secretario Rumsfeld que aprobara una serie de técnicas ilícitas, le presentó un memorando de un solo folio en el que omitió mencionar las “graves inquietudes” planteadas por muchos de los funcionarios en el sentido de que las técnicas contravienen la prohibición de la tortura. Tales inquietudes incluyeron objeciones jurídicas formales y las habían presentando al despacho de Haynes la Fuerza Aérea,⁹² la Armada,⁹³ los *Marine Corps*,⁹⁴ el Ejército,⁹⁵ el *Federal Bureau of Investigation (FBI)*, y el Equipo de Trabajo de Investigación Penal del Departamento de Defensa (CITF).⁹⁶

⁹¹ Testimonio obtenido por Michael P. Scharf y citado en Scharf, *supra* nota 81, en la página 346 n.141.

⁹² Informe de la Comisión del Senado sobre las Fuerzas Armadas, *supra* nota 27, en la página 67.

⁹³ *Id.* en la página 68

⁹⁴ *Id.*

⁹⁵ *Id.*

⁹⁶ *Id.* en la página 69.

Haynes también le puso punto final a los esfuerzos de otros abogados que exigían que se revisara la legalidad de las técnicas con base en las obligaciones contra la tortura. Debido a “inquietudes muy significativas” acerca de algunas de las técnicas, el capitán Dalton del Despacho de Asesoría Legal del presidente del Estado Mayor Conjunto (el grupo de abogados militares de las fuerzas armadas) pidió una videoteleconferencia con representantes de diversas dependencias para tratar sus inquietudes jurídicas, y además inició un proceso interno de análisis.⁹⁷ Haynes le ordenó al capitán Dalton y a sus subalternos que suspendieran el análisis. Dalton reportó que “el señor Haynes quería que yo... suspendiera la videoteleconferencia y que dejara de” realizar una revisión jurídica por motivo de que le preocupaba que “la gente podría terminar enterándose de la solicitud de Guantánamo y el análisis que los servicios militares habría hecho de tal solicitud”.⁹⁸ Según Dalton, Haynes “quería que todo se mantuviera mucho más contra el pecho”.⁹⁹ Jamás en su trayectoria se le había pedido a Dalton que suspendiera el análisis de una solicitud que se le había presentado para que la analizara.¹⁰⁰

Estos ejemplos demuestran a la perfección la intención de procurar que una finalidad criminal común llegara hasta su final.

Conclusion:

La indagación bipartidista de la Comisión del Senado sobre las Fuerzas Armadas declaró sin titubeos que los abogados del gobierno “redefinieron el estatuto [sobre la tortura] con el fin de crear la apariencia de legalidad [de las técnicas] y autorizar su empleo contra detenidos” para así “racionalizar el maltrato de detenidos en custodia de Estados Unidos”.¹⁰¹

Es de lamentarse que hasta la fecha, el amparo legal —o la inmunidad generalizada— que las opiniones legales esperaban lograr, se ha logrado. En efecto, tal como se esbozara en el informe suplementario de fecha 14 de diciembre de 2010 que presentamos a este Juzgado, el gobierno de Obama ha optado por investigar tan sólo una cantidad muy limitada de los maltratos de detenidos cometidos por agentes de la CIA que se *sobrepasaron* de lo que se prescribió en los memorandos sobre tortura de Bybee. Empero, incluso la administración de Obama acepta que lo que tales opiniones prescribieron fueron actos de tortura. Sea por boca del fiscal general de Estados Unidos en ejercicio o del asesor legal del Departamento de Estado, funcionarios del gobierno de Obama han reconocido en público que el simulacro de asfixia con agua, por ejemplo, es tortura.

⁹⁷ *Id.* en la página 70.

⁹⁸ *Id.* en la página 71.

⁹⁹ *Id.* (citando la entrevista de RADM Jane Dalton por el personal de la Comisión (10 de abril del 2008) en la página 35).

¹⁰⁰ *Id.* (citando la Audiencia SASC (17 de junio del 2008)).

¹⁰¹ Informe de la Comisión del Senado sobre las Fuerzas Armadas, *supra* nota 27, en las páginas xii,xxvi a xxvii.

Harold Koh, en fecha tan reciente como noviembre de 2010, afirmó en la ONU que “el gobierno de Obama define el simulacro de asfixia con agua (o ahogamiento simulado) como tortura y asunto de derecho definido en el Convenio contra la tortura. Forma parte de nuestra obligación jurídica”.¹⁰² Sin embargo, el gobierno norteamericano se ha rehusado a realizar una investigación penal ya sea de los actos de tortura cometidos tal como se definen en los memorandos, o de los abogados del gobierno por diseñar, animar, facilitar y aprobar estos crímenes, así como facilitar el camino para que otros delitos adicionales y previsibles se puedan cometer.

Pese a que el Despacho de Responsabilidad Profesional concluyó que Yoo y Bybee de hecho habían participado en “mala conducta profesional deliberada”, no se impuso ninguna acción disciplinaria porque el fallo de dicho despacho terminó siendo sobreseído en un memorando débilmente sustentado redactado por el fiscal general delegado David Margolis en enero de 2010.¹⁰³

El análisis jurídico escrito con vista a los hechos escogidos y detallados en la presente opinión jurídica demuestra dos puntos fundamentales: 1) el derecho y los hechos dejan en claro que se han satisfecho los requisitos para darle inicio una investigación penal de la conducta de los seis de Bush y 2) se dispone de un acervo de pruebas de dominio público amplio y suficiente, que incrimina a los querellados.

CCR y ECCHR están prestos para brindarle al Juzgado cualquier documentación, análisis u opiniones pertinentes adicionales que apoyen las acciones de los querellantes.

¹⁰² Conferencia de prensa estadounidense en la sede de la ONU en Ginebra, 5 de noviembre del 2010, *que se puede leer en* <http://geneva.usmission.gov/2010/11/05/upr-press-conf/>.

¹⁰³ Véase *supra* nota 45. Para ver un análisis del memorando de Margolis que sobreesee el Informe OPR, véase David Cole, *El sacrificio de Yoo: la asignación de responsabilidad por la tortura y el informe del Despacho de Responsabilidad Legal (The Sacrificial Yoo: Accounting for Torture in the OPR Report)*, Georgetown Public Law and Legal Theory Research Paper No. 10-73, 2010, *que se puede leer en* <http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/477>.