

**Voto particular que formulan los magistrados Clara Bayarri García, Ramón Sáez Valcárcel y José Ricardo de Prada Solaesa, contra el Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de fecha 23 de marzo de 2012 en el recurso de apelación interpuesto en el procedimiento DP 134/2009 del Juzgado Central de Instrucción nº 6 de la Audiencia Nacional.**

Estimamos, en contra del parecer mayoritario de la Sala, que el recurso interpuesto debió ser estimado y, en su consecuencia, que procedía haber admitido la querrela y ordenado la apertura de Diligencias Previas en averiguación de la certeza de los hechos denunciados, por considerar que España tiene jurisdicción y la Audiencia Nacional competencia para la investigación y el enjuiciamiento, al no existir investigación previa o simultánea en el Estado en el que los hechos se perpetraron que pueda ser considerada suficiente y efectiva, ni tampoco voluntad de persecución penal o de enjuiciamiento de los mismo.

Discrepamos de la posición mantenida por la mayoría de los Magistrados de la Sala por las siguientes razones:

#### **PRIMERO: ANTECEDENTES PROCESALES.**

*Por Auto de fecha 13 de abril de 2011 del JIC nº 6 se acordó "el sobreseimiento provisional de la presente causa , inadmitiendo a trámite la querrela sobre cuyos ulteriores intentos de personación por otras partes no procede pronunciarse, dándose oportuna traslado de la misma, debidamente traducida, al Departamento de Justicia de EEUU para su continuación, recabando del mismo que en su día indique las medidas finalmente adoptadas en virtud de este traspaso de procedimiento".*

Contra dicha resolución el procurador de los Tribunales Sr. Fernández Estrada, en representación de los intereses de la Asociación Pro-dignidad de los Presos y Presas de España, interpuso recurso de apelación por escrito de fecha 19 de abril de 2011 en el que interesaba de la Sala la revocación del Auto recurrido y el dictado de otro que reconociera la jurisdicción española como competente para investigar estos hechos ordenándose al juez a quo continuar la instrucción.

## **SEGUNDO: EL OBJETO DE LA QUERELLA.**

Se denuncia a **David Addington, Jay Bybee, Douglas Feith, William Haynes, John Yoo, y Alberto González** por haber elaborado la base jurídica vinculante y necesaria para que pudiera instaurarse un plan sistemático de torturas y trato cruel con los detenidos a quienes se imputara su pertenencia a Al Qaeda o fueran considerados talibanes por sus captores, con total impunidad para éstos últimos, o, en cita de los querellantes: *“por su 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 en nombre de la Ley”* (EEUU vrs. Altstoetter, 3 juicios de criminales de guerra ante los tribunales militares de Núremberg según la Ley nº. 10 del Consejo de Control (1951) pg. 985, ver escrito de ampliación de querrella, folio 347 de autos).

Así, tres días después de los atentados del 11 de Septiembre de 2001, **el 14 de septiembre de 2001**, el Congreso Norteamericano otorgó al entonces Presidente una autorización sin límites para utilizar la fuerza contra aquellas naciones, organizaciones y personas que pudieran tener cualquier relación con los ataques por actos de terrorismo internacional.

**El 17 de septiembre de 2001** el Presidente firmó un memorando (obra de los querellados ADDINGTON, HAYNES y GONZÁLES) por el que se autorizaba a la CIA para disponer de centros de detención más allá del territorio estadounidense.

**El 13 de noviembre de 2001** el Presidente (bajo los informes de su consejero personal ALBERTO R. GONZÁLES) suscribió una orden ejecutiva sobre “detención tratamiento y enjuiciamiento de ciertos extranjeros en la guerra contra el terrorismo” en la que facultaba al Pentágono a tener bajo cuidado y custodia indefinida sin cargos a ciudadanos no estadounidenses que estuvieran implicados en acciones extremistas, medidas que vulneraban lo dispuesto no solo por los Tratados y Convenios internacionales, sino las propias leyes internas de EEUU. Era necesario dar cobertura jurídica a tales disposiciones, y por ello **el 28 de Diciembre de 2001** se dictó un Memorando del Departamento de Justicia (del

que formaban parte JAY S. BYBEE y JOHN YOO) en el que se indicaba que los prisioneros deberían ser dejados en Guantánamo, ya que ese lugar no siendo territorio estadounidense quedaba, según la "creatividad jurídica de los querellados" fuera de la jurisdicción de los Tribunales federales de los EEUU y, por tanto, éstos no estaban facultados para examinar las posibles peticiones de habeas corpus de los detenidos.

**El 9 de enero de 2002** el querellado JOHN YOO (sub fiscal general de EEUU) elaboró el Memorándum (*"Memorando sobre aplicación de los Tratados y las Leyes a Al Qaeda y los talibanes"*) dirigido al querellado WILLIAM HAYNES (Asesor general del departamento de Defensa) en el que se afirmaba que el Tercer Convenio de Ginebra de 1949 (relacionado con el Trato a los Prisioneros de Guerra) no era de aplicación al conflicto con Al Qaeda, y que tampoco era de aplicación el Artículo Tercero (Común a los Tres Convenios de Ginebra), relativo a las protecciones mínimas a observar, especialmente el trato humanitario debido tanto a civiles como a combatientes.

**A partir del 11 de enero de 2002** tuvieron lugar los primeros traslados de prisioneros al centro de detención de Guantánamo.

**El 22 de enero de 2002**, el querellado JAY BYBEE (Fiscal general delegado) elaboró el Memorándum *"Sobre aplicación de los Tratados y las Leyes a Al Qaeda y los Talibanes"*, dirigido a Alberto Gonzáles y a William Haynes II, en el que confirmaba las anteriores afirmaciones.

**El 25 de Enero de 2002** el querellado ALBERTO GONZÁLES remitió al Presidente George W. Bush el Memorándum *"Decisión sobre la aplicación del Convenio de Ginebra a los prisioneros de Guerra en el conflicto con Al Qaeda y los Talibanes"* (elaborado por el querellado DAVID ADDINGTON) en el que se afirmaba que el nuevo paradigma de la guerra contra el terror convertía a ciertas disposiciones de los Convenios de Ginebra en curiosidades y, de hecho, hacía obsoletas las estrictas limitaciones respecto a los interrogatorios de prisioneros enemigos; como consecuencia de la inaplicabilidad de los Convenios se hacía imposible la aplicación de la Ley de Crímenes de Guerra (18 U.S.C.#2441), garantizándose con ello la impunidad de quienes materialmente estuviesen

encomendados de la detención, custodia e interrogatorio de las personas a los que tales memorándum se referían. En dicho memorándum GONZÁLES sostenía que como la Ley Estadounidense de Crímenes de Guerra – Ley 2441- contempla como delito cualquier contravención o incumplimiento de lo estipulado en el Artículo Tercero Común de los Convenios de Ginebra, un dictamen en el que se declarase que los Convenios de Ginebra no eran aplicables a detenidos de Al Qaeda ni a los talibanes suponía que la norma 2441 no sería de aplicación a las acciones tomadas contra éstos y, por lo tanto, nadie podría ser procesado en un futuro por la comisión de delitos de guerra contra los mencionados detenidos. Y estimaba que la impunidad era necesaria porque ***“es difícil predecir los motivos que en un futuro podrían tener los fiscales y procuradores que podrían optar por enjuiciar recurriendo a cargos infundados con base en la sección 2441. Su resolución -se refiere al memorándum- podría crear una base en derecho razonable de que la Sección 2441 no es aplicable, lo cual podría constituir una defensa fundamentada contra cualquier procesamiento futuro”***.

**El 3 de Febrero de 2002** el querellado Doug Feith emitió un análisis jurídico en el que negaba que los prisioneros de Guantánamo tuviesen derecho a las garantías de las Convenciones de Ginebra, incluidas las del básico artículo 3 común.

Sobre la base de tales Memorándums, el entonces Presidente de los EEUU George W. Bush **dictó una Orden Ejecutiva el 7 de febrero de 2002** dirigida al Vicepresidente, al Secretario de Estado, al Fiscal General del Estado y a otras autoridades, denominada *“Decisión sobre el Trato Humanitario de talibanes y miembros de Al Qaeda”* en la que estableció:

***“- 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 calificables como prisioneros de guerra".***

Tras ello, el **1 de Agosto de ese mismo año 2002**, y tras consultas concretas por parte de la CIA, cuyos funcionarios se planteaban con inquietud la duda acerca de si las técnicas de interrogatorios "avanzados" utilizadas contra los detenidos de Al Qaeda podrían dar lugar a responsabilidad penal por tortura, el Despacho de Asesoría Legal del Departamento de Justicia expidió dos memorandos vinculantes, que fueron redactados por el querellado John Yoo y revisados y firmados por el también querellado Jay Bybee, el primero dirigido a Alberto R. Gonzáles sobre "***Normas de Conducta en interrogatorios conforme a 18 U.S.C. §§2340-2340<sup>a</sup>***", en el que se procedía a una "redefinición del concepto de tortura", y el segundo dirigido a John Rizzo, asesor general en ejercicio de la CIA, sobre "***Interrogatorio de operario de Al Qaeda***", acerca de técnicas individuales de interrogatorio, en los que se concluía que el Convenio contra la Tortura sólo prohíbe las peores formas de trato cruel o castigo inhumano o degradante que inflijan un dolor equivalente a la privación de un órgano vital o a la muerte y que, en todo caso, incluso si las técnicas de interrogatorio contravienen lo que establece el estatuto contra la tortura, "las defensas normalizadas del derecho penal de necesidad y de defensa propia justificarían tales métodos de interrogatorio". En concreto, se afirmaba en ellos que las técnicas de interrogatorio sometidas a consulta por la CIA (entre otras: confinamiento en espacios reducidos, privación del sueño, posiciones de tensión extrema por lapsos prolongados, introducción de insectos en cajas de confinamiento, simulacro de asfixia con agua) eran medios hábiles de interrogatorio que no constituían tortura al no infligir dolor físico o sufrimiento mental intensos.

Tras la resolución del Presidente, de 7 de febrero de 2002, y los dos memorandos de Bybee y de Yoo, de 1º de agosto de 2002, técnicas como el simulacro de asfixia con agua, el despojo de vestimenta y la desnudez del cuerpo

del detenido, las posiciones de extrema tensión... fueron autorizadas para interrogar a los detenidos bajo custodia estadounidense.

**En concreto, desde el 11 de enero de 2002 centenares de individuos, varios de ellos españoles o con vínculos relevantes con España, fueron detenidos e ingresados en el Centro de Guantánamo con la finalidad de obtener de ellos información utilizable en la "Guerra" contra el terrorismo, empleando con ellos técnicas y métodos de interrogatorio contrarios a cualquier norma aplicable a los prisioneros de guerra y los Tratados internacionales en materia de proscripción de la tortura.**

**Entre el 4 y el 7 de Noviembre de 2002** los servicios jurídicos de todas las ramas de las fuerzas armadas comunicaron serias objeciones a las nuevas técnicas de interrogatorio, interesando la revisión jurídica de las mismas, lo que fue paralizado por HAYNES quien **el 27 de Noviembre de 2002** emitió un nuevo memorando en el que se recomendaba la aprobación general de quince técnicas de interrogatorio, dejando TRES TÉCNICAS (de las denominadas "avanzadas", entre las que se incluía el ahogamiento, la privación sensorial de luz y de sonido, la privación de sueño, el acoso con perros) para aplicarse "caso por caso" según las "necesidades" del prisionero.

En **Junio de 2006** la Corte Suprema de los EEUU consideró contraria a Derecho la Orden Ejecutiva de 7 de Febrero de 2002.

El **11 de Diciembre de 2008** la Comisión del Senado Norteamericana dedicada a asuntos militares reprobó seriamente el memorando de Haynes.

El **22 de enero de 2009**, el actual Presidente de los EEUU promulgó una orden ejecutiva dejando sin efecto todas las órdenes, memorandos y recomendaciones dictadas entre el 11 de septiembre de 2001 y el 20 de enero de 2009.

**TERCERO.- CALIFICACIÓN JURÍDICA.**

Los hechos descritos pueden constituir delitos contra la Comunidad Internacional del Título XXIV del Código Penal: por maltrato, tortura o tratos inhumanos contra prisioneros de guerra protegidos por el III Convenio de Ginebra, de 12 de Agosto de 1949, o por el Protocolo I Adicional de 8 de junio de 1977, delito previsto en los artículos 608-2º y 609 CP (que establece una pena de prisión de cuatro a ocho años, sin perjuicio de la pena que pueda corresponder por los resultados lesivos producidos), en concurso real con un delito de privación a prisioneros de guerra de su derecho a ser juzgados regular e imparcialmente y de otro delito de confinamiento ilegal de prisioneros de guerra, de los artículos 608-2º, 611-3º y 4º del Código Penal (prisión de 10 a 15 años de prisión). Los querellados responderían de tales delitos como autores por inducción o por cooperación necesaria, del artículo 28 párrafo segundo, apartado a) o b) del Código Penal, o por autoría mediata en estructuras organizadas de poder, o por comisión por omisión de quien siendo autoridad o superior jerárquico no evitase tales hechos, del art 615 bis del Código Penal, al diseñar, elaborar y aprobar una cobertura legal para “justificar” la conducta y procurar la impunidad de los autores materiales de los delitos, sin haber puesto medios que contrarrestaran o evitasen el gravísimo riesgo que habían provocado con su actividad, al proponer la fundamentación jurídica vinculante de decisiones políticas que justificaron e hicieron posible la ejecución de hechos constitutivos de graves violaciones del Derecho Internacional Humanitario y de los Derechos Humanos fundamentales, particularmente del derecho a no sufrir tortura ni detención ilegal.

#### **CUARTO.- SOBRE LA JURISDICCIÓN.**

No ha sido cuestionada en ningún momento la jurisdicción de los tribunales españoles con base en el principio de jurisdicción universal. Que tiene cobertura en el orden interno en el apartado 4-h del artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (antes y después de la reforma introducida en el mismo por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre). La previsión contenida en este artículo no es el fundamento único de la justicia universal, sino únicamente la norma interna que faculta expresamente a los tribunales españoles para actuarla –les atribuye jurisdicción- y fija su extensión y condiciones de ejercicio, necesariamente dentro de la perspectiva establecida por el sentido que este principio cobra en el ámbito internacional.

Desde esta perspectiva internacional y en materia de crímenes de guerra, son los CUATRO CONVENIOS DE GINEBRA DE 1949, y sus protocolos adicionales, núcleo duro del Derecho Internacional Humanitario (DIH), los que establecen la obligación de perseguir y juzgar a los autores de infracciones graves de tales convenios: *“Cada una de las partes contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves y deberá hacerla comparecer ante los propios tribunales sea cual fuere su nacionalidad”* (redacción común que aparece en los cuatro convenios de 1949, en sus artículos 49.2, 50.2, 129.2 y 146.2, respectivamente), singularmente en lo que aquí nos interesa ha de citarse el Convenio Tercero, relativo a los prisioneros de guerra, y el cuarto, referido a la protección de las personas civiles. Estos tratados internacionales tienen vigencia universalmente reconocida y han sido objeto del mayor número de ratificaciones conocido en el Derecho convencional, además de integrar Derecho Internacional consuetudinario de general obligatoriedad.

El Estatuto de la Corte Penal Internacional, aprobado en Roma el 17 de julio de 1998, confirma y amplía los crímenes de guerra reconocidos internacionalmente.

No cabe, por tanto, cuestionar el carácter de *ius cogens* de este derecho penal internacional, que ha cristalizado en el Estatuto de Roma, por ello de observancia obligatoria para todos los Estados, hayan o no ratificado éste tratado, ni que dichos crímenes internacionales deben ser eficazmente perseguidos y no pueden quedar impunes, bien lo sean por tribunales nacionales, por medio de la jurisdicción internacional, o de forma complementaria por el Tribunal Penal Internacional.

**QUINTO.- SOBRE LA EXTENSIÓN Y LÍMITES DE LA COMPETENCIA: REQUISITOS DE PERSIGUIBILIDAD Y PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD, ESTABLECIDOS CON CARÁCTER GENERAL POR EL ARTÍCULO 23 LOPJ.**

Este artículo establece en general unos límites a la investigación y conocimiento por la jurisdicción española con base en el principio de justicia universal, al señalar que *“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 constase 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”.*

Los límites de la jurisdicción universal son de dos tipos. En primer lugar, la exigencia de requisitos de perseguibilidad o de criterios de conexión. En segundo lugar, el principio de subsidiariedad.

1) REQUISITOS DE PERSEGUIBILIDAD: se exigen de modo alternativo y excluyente, bastando que concurra cualquiera de ellos: *“que sus presuntos responsables se encuentran en España o que existen víctimas de nacionalidad española, o constase algún vínculo de conexión relevante con España.*

En relación con los crímenes de guerra sobre graves violaciones de los Convenio de Ginebra, que establecen una obligación de perseguir y enjuiciar de carácter absoluto, sería aplicable la exención de la exigencia de los requisitos de perseguibilidad establecido en la cláusula de *“Sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España.... ”.*

No obstante y a diferencia de lo que sostenía el auto impugnado, se cumplen en el caso los requisitos generales de perseguibilidad mencionados, al constatarse que varias de las personas que fueron recluidas ilícitamente, privadas de un juicio regular e imparcial y torturadas o sometidas a tratos inhumanos o degradantes en las instalaciones de Guantánamo son españoles, es decir gozan de la ciudadanía, o poseen intensos vínculos con España (porque fueron procesados, solicitada su extradición, entregados de facto por las autoridades de EEUU y juzgados por nuestros tribunales). Ello ya fue objeto de resolución por

esta Sala de lo Penal en Auto de Pleno de 6 de abril de 2011, al que nos remitimos.

El razonamiento del Juez Central de Instrucción nº. 6 que parece negar los criterios de conexión (*"habiéndose acreditado escasamente la españolidad de sólo 2 de las víctimas"* y *"siendo cuanto menos discutible la constatación de vínculos relevantes con España, como demuestra la división de votos a que ha dado lugar el Auto de 6/04/2011 del pleno de esta Audiencia Nacional"*) no puede ser atendido, pues lo cierto es que la nacionalidad o ciudadanía de dos de las personas confinadas ilegalmente en Guantánamo está claramente acreditada -sin que pueda aceptarse el término vulgar *"españolidad"*, porque no remite necesariamente a criterios jurídicos-, y los requisitos sentados por decisión del Pleno de esta Sala -al margen del comentario sobre la cualidad de la mayoría que avalaba la resolución, que en nada afectaba a su eficacia-, tanto respecto a los ciudadanos como a las otras personas detenidas y entregadas posteriormente a España para su enjuiciamiento.

2) CUMPLIMIENTO DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD: *"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"*.

En aplicación de tal principio el Pleno de la Sala ha estimado suficiente la investigación efectuada por los Estados Unidos de América, acordando la desestimación del recurso. Este es el punto de nuestra discrepancia: en EEUU no ha habido investigación ni persecución suficiente y efectiva de naturaleza penal de los hechos objeto de la querrela. No puede hablarse de litispendencia internacional.

Dice el auto de nuestra Sala: *"no cabe la menor duda de que las Autoridades competentes norteamericanas, han realizado una serie de investigaciones y de procesos judiciales que tienen por objeto los hechos que aquí se denuncian y que se relacionan detalladamente en el auto recurrido. En este punto hemos de señalar, que dado el carácter de derecho público del derecho procesal y del derecho penal, la actividad procesal penal, no es extrapolable de un país a otro,*

*máxime cuando se trata de dos sistemas tan diferentes como el anglosajón y el europeo, por lo que no cabe considerar lo actuado por la Autoridad Norteamericana como falta de tutela judicial efectiva. Es evidente que del detalle de las actuaciones se desprende la existencia de dos exoneraciones de responsabilidad penal respecto de los querellados Jay Bybee y John Yoo; la existencia de procesos judiciales relacionados con malos tratos a prisioneros en el Centro de Detención de Guantánamo; Procedimientos administrativos y penales del Departamento de Defensa que superan los cien casos; Investigaciones de la Fiscalía General de los Estados Unidos de Norteamérica sobre abusos a detenidos; Estudio de la Fiscalía General de Connecticut en relación con posibles violaciones del derecho de los prisioneros en los interrogatorios e incluso Medidas e Informes del Congreso de los Estados Unidos sobre el trato dispensado a los detenidos. Más no solo cabe reseñar la existencia de investigaciones y de procesos, sino también la existencia de condenas con sanciones penales en diversos casos. No cabe pues considerar que en el presente caso concurre una dejación en la investigación y persecución de los hechos que se contienen en la querrela y su resultado por parte del país competente, que a mayor abundamiento pide la remisión de las actuaciones para tramite en dicho país. Se trata por tanto de una real y efectiva actuación investigadora y procesal penal sobre los hechos, acorde con la normativa aplicable del país en el que se realiza, única aplicable."*

Al respecto, estimamos necesario efectuar dos consideraciones iniciales.

La primera, que el principio de subsidiariedad no es aplicable al caso, dado que la norma internacional -tercer y cuarto Convenio de Ginebra- atribuye jurisdicción a los Estados parte con carácter absoluto sin contemplar la subsidiariedad. Norma que debe traerse en virtud de lo que establece el propio art. 23.4 LOPJ -"sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España"-, pues se trata de una obligación que impone la legalidad internacional a nuestro Estado, legalidad que forma parte del orden jurídico. De ahí la aplicabilidad del principio de concurrencia de jurisdicciones estatales. La única limitación a la jurisdicción española vendría determinada por el *bis in ídem* o la cosa juzgada, y de reconocerse alguna preferencia a otra jurisdicción, por producirse de facto un conflicto positivo entre ellas -inédita en materia de los

mas graves delitos internacionales, porque se trata de crímenes de estado masivos, sistemáticos y en serie, que quedan habitualmente impunes, como en el caso de Guantánamo-, deberá resolverse atendiendo a criterios de persecución efectiva, apreciada según estándares rigurosos, y de mejor posición para la persecución y el enjuiciamiento.

En segundo lugar que, aun siguiendo el criterio de subsidiariedad previsto en el art 23.4 de la LOPJ -a salvo lo que dispongan tratados y convenios internacionales-, según los estándares nacionales e internacionales no existe ni ha existido investigación ni persecución efectiva alguna sobre el objeto de la querrela, objeto que se construye a partir de los hechos narrados y de las personas identificadas como responsables. Cuestión nuclear de la que se ha desentendido la resolución impugnada y el auto de esta Sala.

**SEXTO.- NO HAY COSA JUZGADA NI LITISPENDENCIA. TAMPOCO INVESTIGACIÓN DE NATURALEZA PENAL EFICAZ Y SUFICIENTE.**

**I) Obligación de investigar y perseguir. Ausencia de proceso eficaz según los estándares internacionales.**

El punto del que debemos partir es la existencia de una obligación internacional de investigar y perseguir penalmente a los indiciariamente autores de actos criminales según el Derecho Penal Internacional, delitos recibidos en el derecho penal interno español, por lo que la labor del Juzgado Central de Instrucción y de la Sala de lo Penal en apelación es determinar, ante la documentación que se le presenta relativa a la existencia de alguna clase de actuaciones llevadas en EEUU, si en concreto y de acuerdo con los estándares nacionales y, singularmente, internacionales verdaderamente se ha desarrollado alguna clase de investigación efectiva, bien sea para resolver lo problemas de posibles conflictos de jurisdicciones concurrentes, o bien a efectos, en última instancia, de aplicación del criterio de la subsidiariedad previsto en el art 23.4 de la LOPJ.

A) El **Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)**, además de su jurisprudencia general sobre proceso eficaz en caso de violaciones de Derechos

Humanos establecidos en el propio CEDH<sup>1</sup>, se ha pronunciado respecto de las características que han de tener los procesos judiciales en caso de violaciones graves a los Convenios de Ginebra. Deja claro la vigencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en situaciones de conflicto armado, conviviendo este Derecho con el Derecho Internacional Humanitario (DIH). Ambos derechos coexisten y son complementarios y en todo caso el DIH actúa como *lex specialis* y hace referencia a él como guía interpretativa para determinar la violación de los derechos humanos durante los conflictos armados<sup>2</sup>. En estos casos el TEDH ha concluido que pese a existir una investigación judicializada sobre los específicos hechos acaecidos, no ha existido una investigación eficaz, atendiendo para esta determinación a diversos criterios: carencias de la investigación, falta de diligencia dado el tiempo transcurrido, clausura de investigaciones a partir del informe de los expertos militares, que afirmaban la legalidad y la proporcionalidad de la operación militar en contradicción con las evidencias existentes, y la imposibilidad por parte de las víctimas de contestar los resultados de este informe.

El TEDH ha establecido que la investigación efectiva no supone en todo caso la apertura de una instrucción penal, pero sí que deberá estimarse vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva si no se abre o se clausura la investigación (instrucción) *“cuando existan sospechas razonables de que se ha podido cometer el delito y cuando tales sospechas se revelen como susceptibles de ser despejadas”* y que en el caso de que lo denunciado fuesen torturas o tratos inhumanos o degradantes se constituye un deber de tutela judicial “reforzado” al ser la tutela de los tribunales la última salvaguarda de los derechos del individuo frente a las arbitrariedades del poder<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: Sentencias Hugh Jordan, Kelly y otros, Shanaghan y Mckerr contra el Reino Unido, de 04.05.2001; Finucane contra Reino Unido de 1.7.2003; Fatma Kaçar contra Turquía, de 15.7.2005.-

<sup>2</sup> TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: Sentencias de Isayeva, Yusupova and Bazayeva v. Russia, ECtHR, App. Nos. 57947–49/00, Judgment of 24 February 2005, y Isayeva v. Russia, ECtHR, App. No. 57950/00, Judgment of 24 February of 2005; también Sentencia caso Al-Skeini and others v. UK, Judgment of Grand Chamber 7 July 2011.

<sup>3</sup> TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Sentencias de 16 de Diciembre de 2003 (Kmetty c/Hungría ap. 37) y 2 de Noviembre de 2004 (Martínez Sala y otros c/España ap. 156).

B) La **Convención contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes (CAT)**, obliga a los Estados partes a establecer su jurisdicción sobre los actos de tortura y a extraditar o perseguir a los perpetradores. También establece la obligación (art 13) de conducir investigaciones prontas e imparciales frente a las denuncias procedentes de víctimas de torturas. El **Informe del Comité contra la Tortura de 2006** referido a EEU<sup>4</sup>, en su punto 19 establece que *“no hay excepciones a la prohibición legal expresa de la tortura ni se podrá invocar ninguna circunstancia para justificar o defender la práctica de la tortura, el Comité sigue preocupado por la falta de disposiciones legislativas claras para que no se haga excepción alguna a la prohibición de la tortura dispuesta en la Convención, especialmente desde el 11 de septiembre de 2001 (arts. 2, 11 y 12).*

*El Estado Parte debe adoptar disposiciones legislativas claras para aplicar en su derecho interno el principio de la prohibición absoluta de la tortura sin ninguna excepción. Toda excepción a este principio es incompatible con el párrafo 2 del artículo 2 de la Convención y no atenúa la responsabilidad penal. **El Estado Parte también ha de velar por que se enjuicie y sancione como es debido a los autores de actos de tortura....”***

*...“El Estado Parte debe proceder a hacer una investigación inmediata, exhaustiva e imparcial de la posible responsabilidad de la cadena de mando y los altos funcionarios de la Administración por haber autorizado, aceptado o consentido de alguna manera los actos de tortura cometidos por sus subalternos”.*

En el punto 24: *...“El Estado Parte debe suprimir toda técnica de interrogatorio, como los métodos que suponen humillación sexual, el "submarino" o los "grilletes cortos" y la utilización de perros para atemorizar, que constituya tortura o tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en todos los centros de detención que estén bajo su efectivo control de facto, a fin de cumplir sus obligaciones en virtud de la Convención”.*

---

<sup>4</sup> COMITÉ CONTRA LA TORTURA 36º período de sesiones 1º a 19 de mayo de 2006: CAT/C/USA/CO/2; Informe referente a EEUU de 25 de julio de 2006.

En el punto 26: ... “ ***El Estado Parte debe adoptar medidas inmediatas para erradicar todas las formas de tortura y maltrato de los reclusos por su personal civil o militar en todo territorio bajo su jurisdicción, e investigar con prontitud y detenimiento esos actos, encausar a todos los responsables y cerciorarse de que sean condenados a penas acordes con la gravedad del delito cometido*”.**

El **Comité contra la Tortura** se ha pronunciado además en diversas resoluciones sobre las características de las obligaciones de los Estados de perseguir e investigar de forma eficaz los casos de torturas y sobre las características que han de reunir los procedimientos para ser tenidos por tales, dejando constancia casuística de cuando no se tienen por procedimientos eficaces<sup>5</sup>.

C) El **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** no contiene una específica obligación de perseguir y castigar los actos de graves violaciones de derechos humanos, como es la tortura, sin embargo el Comité de Derechos Humanos ha emitido diferentes resoluciones sobre la necesidad de llevar a cabo investigaciones judiciales rápidas e imparciales en tales situaciones<sup>6</sup>.

D) La **Corte Penal Internacional (CPI)** se ha pronunciado sobre la aplicación del principio de complementariedad con la jurisdicción de los Estados que rige sus actuaciones, estableciendo una jurisprudencia clara sobre cuando debe actuar por complementariedad y sobre las características de la investigación o actuación procesal de un tribunal nacional, para no actuar la complementariedad.

---

<sup>5</sup> COMITÉ CONTRA LA TORTURA: *Osmani v. Republic of Serbia*, Communication no. 261/2005, CAT/C/42/D/261/2005, 25 May 2009, at pars. 3.4, 5.7 and 10.7; *Case of Dhaou Belgacem Thabti vs. Tunisia*, Communication no. 187/2001, 14 November 2003, pars. 10.4 and 10.5.; *Hajrizi Dzemajl et al. v. Serbia and Montenegro*, Communication No. 161/2000, CAT/C/29/D/161/2000, 21 November 2002, at par. 9.5; *Encarnación Abad vs Spain*, at par. 8.3-8.5; *Halimi-Nedzibi v. Austria*, Communication no. 8/1991, CAT/C/11/D/8/1991, 18 November 1993, at par. 13.5.

<sup>6</sup> COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: *Coronel et al. v. Colombia*, Communication No 778/1997, 24 October 2002, CCPR/C/76/D/778/1997 par. 6.2 (“the Committee urges the State party to conclude without delay the investigations into the violation of articles 6 and 7 and to speed up the criminal proceedings against the perpetrators in the ordinary criminal courts”, para. 10); Ver también *Bautista de Arellana v. Colombia*, (“Under article 2, paragraph 3, of the Covenant, the State party is under an obligation to provide the family of Nydia Bautista with an appropriate remedy (...) the Committee urges the State party to expedite the criminal proceedings leading to the prompt prosecution and conviction of the persons responsible for the abduction, torture and death of Nydia Bautista”).

Estos criterios, hasta donde han sido desarrollados en la escasa casuística existente hasta el momento, son estándares aplicables al presente caso.

Entre los elementos que exige la jurisprudencia: a) Identidad del caso ("*Same conduct*" test). En diversas resoluciones la Sala de Cuestiones Preliminares ha establecido los requisitos de la identidad del caso a efectos de complementariedad, exigiendo que exista una **completa identidad de persona y de conducta (identidad subjetiva y objetiva)**<sup>78910</sup>.

b) Para valorar la existencia o la ausencia de investigaciones o de enjuiciamiento (art 17.1-a y b), el TPI debe tener en cuenta: i) si bajo los principios del debido proceso según la normas internacionales, ii) el proceso o la decisión fue tomada para "proteger" al afectado de responsabilidad penal, iii) existe injustificado retraso en el procedimiento, iv) no se ha llevado a cabo el procedimiento de forma independiente e imparcial.

En definitiva, el TPI determina la admisibilidad del caso (establece su actuación complementaria) con base en: los específicos hechos tal como resultan en el momento en que se le presentan<sup>11</sup>; la ausencia de información o evidencias con

---

<sup>7</sup> "...including "specific incidents during which one or more crimes within the jurisdictions of the Court seem to have been committed by one or more identified suspects", the Chamber considers that it is a *conditio sine qua non* for a case arising from the investigation of a situation to be inadmissible that national proceedings encompass both the person and the conduct which is the subject of the case before the Court". En DEMOCRATIC REPUBLIC OF CONGO, in the CASE OF THE PROSECUTOR V. THOMAS LUBANGA DYILO, Decision concerning Pre-Trial Chamber I's Decision of 10 February 2006 and the Incorporation of Documents into the Record of the Case against. Mr. Lubanga, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06-8-US-Corr, 24 February 2006, paras. 31 and 37.

<sup>8</sup> "...the Chamber finds that, on the basis of the evidence and information contained (...) the proceedings against Mathieu Ngudjolo in the DRC do not encompass the same conduct which is the subject of the Prosecution". En DEMOCRATIC REPUBLIC OF THE CONGO, IN THE CASE OF THE PROSECUTOR v. MATHIEU NGUDJOLO CHU, Decision on the evidence and information provided by the Prosecution for the issuance of a warrant of arrest for Mathieu Ngudjolo Chui, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/04-02/07-3, 6 July 2007, para 21.

<sup>9</sup> Situación en DARFUR, SUDAN, IN THE CASE OF THE PROSECUTOR V. AHMAD MUHAMMAD HARUN (AHMAD HARUN) AND ALI MUHAMMAD ALI ABD-AL-RAHMAN (ALI KUSHAY), Decision on the Prosecution Application under Article 58(7) of the Statute, Pre-Trial Chamber I, ICC-02/05-01/07-1-Corr., 27 April 2007, at paras 21-25 (with respect to Ali Kushayb (know as ABd-Al-Rahman) al no existir elementos que indicaran que Harun estuviera bajo alguna investigación o que alguna persecución penal se hubiera iniciado contra él por los mismos hechos.

<sup>10</sup> Situación en CENTRAL AFRICAN REPUBLIC IN THE CASE OF THE PROSECUTOR v. JEAN-PIERRE BEMBA GOMBO, Decision on the Prosecutor's Application for a Warrant of Arrest against Jean-Pierre Bemba Gombo, PTC III, ICC-01/05-01/08-14-tENG, 10 June 2008, paras. 16 and 21, en que la Sala concluye que no existen elementos para considerar que fuera perseguido por los hechos de la acusación del fiscal y que por el contrario aparecen elementos para considerar que las autoridades judiciales del país le dieron inmunidad en su condición de vicepresidente.

<sup>11</sup> ICC, Situation in DRC in the Case of the Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Judgement on the Appeal of Mr. Germain Katanga against the Oral Decision of Trial Chamber II of 12 June 2009 on the Admissibility of the Case, ICC-01/04-01/07-1497, 25 September 2009, pars. 56, 80 and 111.

suficiente grado de especificidad y valor acreditativo de las alegaciones referidas al proceso seguido ante la jurisdicción nacional; la ausencia de legislación procesal o sustantiva vigente que permitan llevar a cabo la persecución penal; la falta de constancia de concretas actuaciones investigativas respecto, específicamente, de la misma persona y, sustancialmente, la misma conducta<sup>1213</sup>; la constada falta de voluntad de perseguir, investigar o juzgar a determinada persona<sup>14</sup>.

## **II) Obligación de investigar y perseguir. Ausencia de proceso eficaz incluso según los estándares nacionales.**

Tampoco puede olvidarse que el reconocimiento por nuestros tribunales de la eficacia de una investigación sólo aparente podría constituir una vulneración indirecta de la Constitución. Así lo ha dicho el Tribunal Constitucional, *“los poderes públicos españoles pueden vulnerar indirectamente los derechos fundamentales cuando reconocen, homologan o dan validez a resoluciones adoptadas por autoridades extranjeras...El control del poder judicial español sobre la conformidad a los derechos fundamentales de la actuación de un poder público extranjero...no desaparece...Hay un núcleo de absoluto de los derechos fundamentales conforme al cuál los tribunales españoles pueden y deben valorar*

---

<sup>12</sup> ICC, situation in the DRC, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyolo, Decision concerning Pre-Trial Chamber’s I Decision of 10 February 2006 and Incorporation of Documents into the Record of the Case against Mr. Lubanga, PTC I, ICC-01/04-01/06-8-US-Corr, 24 February 2006, pars. 35-37; situation in Uganda in the Case of the Prosecutor v. Kony et al., Decision on the Admissibility of the case under article 19(1) of the Statute, at pars. 12, 42, 49, 50; Situation in the Republic of Kenya, Case of the Prosecutor v. William Samoeiruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang, Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute, PTC II, ICC-01/09-01/11-101, 30 May 2011, pars. 65 and 68; also Case of the Prosecutor v. Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Huessein Ali, Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute, ICC-01/09-02/11-96, 30 May 2011, pars. 61, 65, 66.

<sup>13</sup> ICC, case Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Huessein Ali, Judgment on the appeal of the Republic of Kenya against the decision of Pre-Trial Chamber II of 30 May 2011, ICC-01/09-02/11-274, of 30 August 2011, pars. 39, 40, 82.

En párrafo 40 se exige: *“la toma de pasos o acciones directamente dirigidas a determinar si los sospechosos fueron responsables de las conductas imputadas, por ejemplo interrogando a testigos o sospechosos, recopilando elementos documentales o llevando a cabo exámenes y análisis forenses. La mera preparación para la adopción de tales medidas o la investigación de otros sospechosos no es suficiente”*

<sup>14</sup> Situación en CENTRAL AFRICAN REPUBLIC IN THE CASE OF THE PROSECUTOR v. JEAN-PIERRE BEMBA GOMBO, Decision on the Prosecutor’s Application for a Warrant of Arrest against Jean-Pierre Bemba Gombo, PTC III, ICC-01/05-01/08-14-tENG, 10 June 2008, paras. 16 and 21,

*la repercusión de los actos de los poderes públicos de los Estados extranjeros"* (STC 123/2009)<sup>15</sup>.

El propio artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se refiere a "*un procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles*". Lo que plantea una serie de requerimientos respecto al tipo de autoridad investigadora, a las condiciones de ejercicio de su potestad, a los principios del procedimiento y la naturaleza de la propia investigación. No hay investigación sobre hechos punibles que no implique el ejercicio de potestades estatales de persecución penal. Como se trata del ejercicio de la jurisdicción en el orden criminal, solo determinados procedimientos pueden cumplimentar esa categoría fuerte, procedimientos que han de tener naturaleza penal, porque esa es la responsabilidad que se ventila, que han de estar al cargo de autoridades estatales independientes o dotadas de una imprescindible autonomía -independientes de las estructuras de poder que han ejecutado, inducido o amparado la ejecución de los crímenes, crímenes de estado en el caso sometido a nuestra consideración- y con funciones de investigación de los delitos y, por ello, de amparo y protección de las víctimas.

**SÉPTIMO.- Análisis particular de las investigaciones y de la persecución efectuada por las autoridades de EEUU. Ausencia de identidad objetiva y subjetiva. Simple expediente de responsabilidad profesional.**

El documento remitido a España en respuesta a la comisión rogatoria en petición de asistencia judicial, elaborado por la Sra. Mary Ellen Warlow, Directora de la Sección Penal de la oficina de Asuntos Internacionales del Departamento de Justicia de EE.UU de fecha 1 de marzo de 2011, no contempla información o evidencia alguna de investigación suficiente y efectiva respecto de la responsabilidad penal de los integrantes del gabinete jurídico que, en términos indiciarios, ideó y levantó el entramado de impunidad de las torturas de Guantánamo, en el sentido que exige la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia internacional. Por las siguientes razones:

---

<sup>15</sup> Ver también SSTC 224/2007 de 22 de octubre, 34/2008 de 25 de febrero, 52/2008 de 14 de abril, 63/2008 de 26 de mayo, 69/2008 de 23 de junio, 107/2008 de 22 de septiembre y 123/2008 de 20 de octubre.

A) Los hechos investigados en EEUU en los procedimientos, expedientes, informes y comisiones que menciona el informe no guardan identidad objetiva ni subjetiva con los hechos aquí denunciados -salvo parcialmente uno, de naturaleza deontológico profesional de los abogados-, al margen, como se desprende del propio informe, de que las denuncias han sido archivadas sin dar lugar a investigación.

En efecto, basta la mera lectura de dicho informe para constatar que en él se hace referencia a diversas actuaciones llevadas a cabo por el Departamento de Justicia de EEUU en relación con seis investigaciones, sólo la primera de las cuales se relaciona tangencialmente con los hechos y las personas aquí denunciadas, siendo los otros absolutamente ajenos a este procedimiento.

Según la información remitida que ha servido para el archivo de las diligencias previas -en un modelo de ejercicio acrítico de la jurisdicción que no podemos compartir-, *"el gobierno de Estados Unidos ha emprendido numerosas acciones en diversos foros relacionadas con los supuestos malos tratos a los detenidos como con el asesoramiento jurídico facilitado en relación con el trato dispensado a detenidos"*. En relación con "El asesoramiento jurídico de uso para los interrogatorios de los detenidos" se informa que ***"tanto Jay Bybee como John Yoo trabajaron durante la Administración del Presidente Bush en la OFICINA DE ASESORAMIENTO JURÍDICO del Departamento de Justicia y que en relación a ello, la OFICINA DE RESPONSABILIDAD PROFESIONAL (OPR) ya hizo la oportuna investigación que concluyó en un informe detallado, que después, en un informe de 5 de enero de 2010, de 69 páginas, el Secretario de Justicia Auxiliar Adjunto resolvió que, si bien es posible que ambos aplicaran un criterio "pobre", no se cometió por éstos ninguna mala conducta que contraviniera las normas jurídicas o éticas, por lo que no procedía que el Departamento de Justicia remitiera el caso a las autoridades competentes"*** (Memorándum MARGOLIS, se remite una copia de ambos documentos). Concluía la Sra. Warlow en la respuesta a la solicitud de cooperación judicial -que, por cierto, se demoró por espacio de dos años, mientras las diligencias se encontraban suspendidas y las víctimas desatendidas-, que ***"no existe base jurídica alguna para procesar penalmente a YOO o a BYBEE y que además, el Departamento de Justicia***

***concluyó que tampoco procedía entablar procedimientos penales en relación con ningún otro funcionario del poder ejecutivo, incluidos aquéllos que nombra la querrela y que actuaron acatando estos memorandos, así como otros memorandos relacionados de la Oficina de Asesoramiento Jurídico durante su participación en las políticas y procedimientos de detención e interrogatorio"***

Lo primero que nos sorprende es que la decisión se haya adoptado con base exclusivamente en el informe ejecutivo de la funcionaria de la Cooperación judicial del Estado requerido. Porque ni el Juez Central de Instrucción nº. 6 ni la mayoría del Pleno de la Sala han estimado necesario conocer el contenido del informe de la Oficina de Responsabilidad Profesional, ni el contenido del Memorándum dictado por David Margolis, pues no han sido traducidos al castellano. De tal manera que el contenido y alcance de la única actuación que mencionaba a dos de los querrelados -identidad subjetiva parcial- no ha sido conocida antes de afirmar la preferencia de la jurisdicción de EEUU. No ha sido factible, por ello, que la resolución haya podido ponderar la naturaleza de dichas diligencias, su objetivo, su alcance y sus limitaciones, si se trataba de una investigación sobre hechos punibles o, como sugería el informe de la Sra. Warlow y el parecer de los expertos aportado por los querellantes -informe pericial de juristas internacionalistas que no se menciona en las resoluciones del juez ni de la Sala-, de un simple expediente de ética profesional de la clase de los abogados, sin relevancia alguna para ser tomado en serio como una investigación suficiente sobre hechos punibles, ni desde la perspectiva de la persecución de crímenes internacionales, ni de la protección de las víctimas de las mas graves violaciones de los derechos humanos básicos.

Porque la información remitida al Juez expresa de manera clara que el Departamento de Justicia de los EEUU ha tomado la decisión de no enjuiciar a ninguno de los autores de los memorandos justificativos de la legalidad de la práctica de la tortura sobre los detenidos en la llamada Guerra contra el Terror, es decir que no van a iniciar investigación alguna por las violaciones que hubieran podido cometer los mencionados Yoo y Bibee de las prescripciones del Convenio contra la Tortura, como autores o inductores. Y ello, pese a que la única investigación que se verificó (la efectuada por la Oficina de Responsabilidad

Profesional, informe de 29 de julio de 2009) concluyó que *"Yon Joo cometió una falta grave de conducta profesional improcedente e intencional..., al colocar su deseo de satisfacer al cliente por encima de su obligación de dar consejos jurídicos cabales, objetivos y francos"* y que Jay Bibee había incurrido en *"mala conducta profesional"*. Y nos preguntamos: ¿con base en qué criterios sobre el ejercicio de la jurisdicción penal podemos afirmar que estamos, sin duda, ante una investigación suficiente de hechos punibles?

Este informe era, como hemos dicho, de contenido meramente deontológico, de responsabilidad profesional, y afectaba sólo a los querellados que trabajaban en el Departamento de Justicia (Yoo y Bibee). Por lo tanto, la autoridad investigadora carecía de competencia para depurar una responsabilidad penal, no era independiente porque se encontraba en el esquema organizativo de la estructura de poder en la que operaban los encartados cuando cometieron los hechos objeto de la querrela, las diligencias no afectaban a los otros cuatro querellados -que no han sido siquiera objeto de una pesquisa de carácter deontológico profesional-, el resultado y el daño a las víctimas no fue contemplado.

Pero, aún mas, concluido el informe de la Oficina de Responsabilidad Profesional del Departamento de Justicia, fue revisado por el Fiscal General delegado, David Margolis, quien, con carácter previo a la resolución, trasladó dicho dictamen a informe de los afectados Yoo y Bybee, aquí querellados, quienes participaron directamente en el proceso de revisión del informe. Una investigación efectiva, según el auto impugnado y la resolución de la mayoría, en la que intervinieron las personas sospechosas en calidad de informantes, cuestionando la independencia de la investigación. Al final, el Memorándum del Fiscal delegado David Margolis de enero de 2010, dirigido al Fiscal General de la Nación Eric Holder, desestimaba la posibilidad de que la conducta de Yoo y Bybee fuese trasladada al Colegio de Abogados para la depuración de responsabilidad profesional. ¿Persecución efectiva de hechos punibles?

En definitiva, el informe remitido por las autoridades estadounidenses demuestra -en contra de la opinión del Juez de Instrucción y de la mayoría de esta Sala- que el Departamento de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica decidió

no acometer persecución de ninguna clase contra Yoo y Bybee, los dos juristas que asesoraron y justificaron la decisión del Presidente de no aplicar el Derecho Internacional Humanitario ni el Derecho Internacional de los Derechos Humanos a los prisioneros de Guantánamo, y que recomendaron en informes vinculantes el empleo de métodos y técnicas de tortura en el interrogatorio de los detenidos. Este Tribunal no debería avalar como ejercicio de jurisdicción independiente e imparcial lo que resulta una decisión política del Gobierno de los EEUU de no perseguir a ninguno de los aquí querellados. Ni siquiera ha existido una especie de indagación penal dirigida por una autoridad independiente, en el que aparentemente se hubieran dilucidado las posibles responsabilidades penales, aunque hubiera concluido con una decisión de archivo, sino que nos enfrentamos a una decisión política que se limita a poner de evidencia la falta de voluntad de perseguir. Es el supuesto de un Estado que no está dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento, situación prevista en el art 17.1-b del Estatuto de la Corte Penal Internacional, a examinar en situaciones como la presente<sup>16</sup>.

---

<sup>16</sup> Corte Penal Internacional, en la situación en República Democrática del Congo, en el caso del Fiscal vs Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui, Sentencia de la apelación del Sr. Germain Katanga, ICC-01/04-01/07-1497, 25 de septiembre de 2009, par. 78. ("... en la consideración de si un caso es inadmisibile en virtud del artículo 17 (1) (a) y (b) del Estatuto, las preguntas iniciales que se hacen son (1) si hay investigaciones en curso o procesos penales, o (2) si ha habido investigaciones en el pasado, y el Estado que tenga jurisdicción ha decidido no perseguir a la persona en cuestión. Sólo cuando las respuestas a estas preguntas son afirmativas, es necesario mirar a la segunda mitad de los subpárrafos a) y (b) y en ese caso examinar la cuestión de la falta de voluntad o incapacidad para enjuiciar..."pars. 75-76).

En el caso de Bemba (CAR), las autoridades judiciales (juez de instrucción) habían emprendido acciones judiciales contra los acusados, pero habían terminado por falta de pruebas incriminatorias, además de gozar de inmunidad diplomática como Vice-Presidente de la República Democrática del Congo. Esta decisión fue apelada y el Tribunal de Apelación decidió dirigir el procedimiento nacional, en lo que se refiere a los "delitos de sangre", a la Corte Penal Internacional y los delitos económicos (malversación de fondos públicos) a los tribunales nacionales. La Corte Penal Internacional llegó a la conclusión de que las decisiones de los tribunales nacionales y del Estado, de remitir el caso a la CPI, no eran las decisiones de "no perseguir", sino que, las decisiones ponían fin al proceso en el CAR, con el fin de permitir entablar un proceso de Bemba ante la CPI. (Situación en la República Centroafricana, en el caso del Fiscal contra Jean-Pierre Bemba Gombo, decisión sobre la

La falta de voluntad de proceder o enjuiciar los hechos objeto de este procedimiento consta acreditado, además, por las Declaraciones del Fiscal General del Estado Eric Holder, el 24 de Agosto de 2009, sobre su estudio preliminar de los interrogatorios de ciertos detenidos en las que manifestó que los miembros de la comunidad de inteligencia estadounidense "tienen que contar con protección contra todo riesgo jurídico cuando actúan de buena fe y dentro del alcance de la orientación jurídica que se les dio. Por eso he dejado claro en el pasado que el Departamento de Justicia no encausará a quienes actuaron de buena fe y dentro de la orientación jurídica que les diera el Despacho de Asesoría Legal con respecto a la interrogación de detenidos".

La mayoritaria opinión del Pleno estima que el hecho de que en EEUU rija el principio de oportunidad, y que conforme a éste no puede exigirse una investigación penal, ha de estimarse bastante para estimar por cumplido el requisito de investigación suficiente, a que hace referencia el artículo 23 LOPJ, con la investigación deontológica efectuada, criterio incompatible con los estándares nacionales e internacionales antes expresados, ya que no responde a una decisión derivada de un análisis jurídico de los hechos realizada por un tribunal u órgano análogo de forma independiente e imparcial, sino a un deseo de dar inmunidad a los posibles autores, es decir a una falta acreditada de voluntad de perseguir y enjuiciar.

B) El resto de asuntos a que hace referencia la información remitida a España por la Sr. Warlow, Directora de la Sección Penal de la oficina de Asuntos Internacionales del Departamento de Justicia de EE.UU, nada tiene que ver con esta querrela, sino con investigaciones sobre malos tratos a prisioneros en Afganistán (asuntos Passaro y Ayala), con procedimientos administrativos y penales del Departamento de Defensa de EEUU (juicios contra militares de escaso rango por malos tratos a detenidos en las dependencias de Abu Ghraib, en Irak, asunto que motivó un escándalo de la opinión pública mundial por la

---

admisibilidad, Sala de Cuestiones Preliminares III, ICC-01/05-01/08-802, 24 de junio de 2010, párrs. 222, 240-242).

difusión de las fotografías que los propios militares habían tomado) y por último, unas secretas investigaciones de la Fiscalía Federal de EEUU para el Distrito Este de Virginia y para el Distrito de Connecticut (ninguna de las cuales consta hagan referencia a Guantánamo).

No cita el auto de la Sala, algo que agradecemos, los informes, secretos también, del servicio de inteligencia CIA sobre el trato a detenidos, que sin embargo mencionaba la resolución impugnada como demostración del ejercicio de la investigación y persecución penal suficiente.

### **OCTAVO.- CONCLUSIÓN.**

Las conductas que eran objeto de la querrela no admitida a trámite en las Diligencias Previas nº 134/2009 del Juzgado Central de Instrucción nº. 6 no han sido ni están siendo investigadas, ni sus autores perseguidos penalmente en Estados Unidos, a lo que venía obligado ese Estado por el derecho internacional. No se han desarrollado investigaciones eficaces por un órgano independiente e imparcial, en los términos de los estándares internacionales y nacionales sobre la materia. La decisión de no perseguir a los asesores jurídicos vinculados a la no aplicación del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos a los prisioneros de Guantánamo, que justificaron al tiempo el empleo de métodos y técnicas de tortura en los interrogatorios a los que fueron sometidos, ha sido adoptada fuera de los parámetros jurídicos concernientes a la responsabilidad penal.

La documentación obtenida a partir de la solicitud de cooperación jurídica a los EEUU demuestra la falta absoluta de voluntad de perseguir penalmente a los querrelados por los hechos relatados en la querrela y la voluntad de justificar su comportamiento. Como suele ocurrir cuando la jurisdicción concernida es la del Estado en cuyo aparato de poder se cometieron los hechos punibles, al tratarse de crímenes de estado.

El ejercicio de una jurisdicción solo aparente para impedir la persecución efectiva en otro Estado dispuesto a ello, debió ser apreciada a partir de un dato incontestable: el centro de detención de Guantánamo, en la Isla de Cuba, mas

de diez años después de su instalación, sigue existiendo al margen de la legalidad internacional, albergando a personas detenidas como si fueran parias, sometidos al poder de los EEUU, sin derecho al proceso, sin garantías de la libertad, sin derecho a la defensa, sin acceso al resto de los derechos básicos de la persona, que les son negados de manera sistemática. Tampoco hay otra jurisdicción -ni nacional ni internacional- que quiera, mejor dicho que pueda, atender a las víctimas. Esos hechos gozan así de absoluta impunidad.

Por lo tanto, no hay obstáculo para el ejercicio de la jurisdicción en España en virtud del principio de competencia universal, al tratarse de los más graves crímenes internacionales, cometidos en este caso contra personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado. El proceso que debió abrirse en nuestra jurisdicción no concurriría con ninguna investigación o persecución sobre los mismos hechos y las mismas personas, sencillamente porque no existe.

El recurso de apelación, interpuesto por la representación procesal de la Asociación Pro-Dignidad de los Presos y Presas de España debió ser estimado.

El sobreseimiento provisional, que viene a constituir de facto un archivo definitivo, adoptado por el Juzgado y confirmado por la mayoría de la Sala va a generar un lamentable vacío de jurisdicción que dejará impunes graves crímenes de derecho internacional en abierta contradicción con los tratados internacionales y otras normas de derecho internacional que vinculan directamente a nuestra jurisdicción.

En Madrid a treinta de marzo de 2012.