

Juzgado Central de Instrucción
Número 6 – Audiencia Nacional

Diligencias Previas 134/2009

AL JUZGADO PARA ANTE LA SALA DE LO PENAL DE LA
AUDIENCIA NACIONAL

D. Javier Fernandez Estrada, Procurador 561 de los Tribunales de Madrid y de la Asociación Pro-dignidad de los Presos y Presas de España, ante el Juzgado comparezco y como mejor proceda en Derecho, DIGO:

Que por medio del presente escrito vengo a interponer **RECURSO DE APELACIÓN** en contra del auto de este Juzgado de fecha 13 de abril de 2011 y que nos ha sido notificado este 14 de abril de 2011 por el cual se acuerda "...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 oportuno traslado de la misma, debidamente traducida, al Departamento de Justicia de EEUU para su continuación, recabando del mismo que en su día se indique las medidas finalmente adoptadas en virtud de este traspaso de procedimiento”, recurso que sustentamos en base a las siguientes

ALEGACIONES

PRIMERA: Para poder estructurar un adecuado cuestionamiento del auto aquí recurrido debemos partir por ordenar aquellos elementos que el *a quo* considera como elementos que sustentan su resolución para, posteriormente, ir avanzando en un análisis de cada uno de ellos.

Si bien estamos ante una resolución tremendamente confusa parece que no resulta aventurado establecer que los elementos considerados por el Juzgado Central de Instrucción para, no sabemos si, inadmitir, sobreseer, inhibirse o lo que sea, serían:

- 1º.- La confusión que tiene el *a quo* entre jurisdicción y competencia,
- 2º.- La existencia de procesos penales o administrativos o de cualquier índole, en los Estados Unidos y que, por tanto, serían jurisdicción preferente,
- 3º.- Que en cualquier caso no se ha probado, más que escasamente, la españolidad de los españoles víctimas de la tortura,
- 4º.- Lo discutible que resultan los sólidos vínculos “relevantes” con España,
- 5º.- Su arbitraria asunción de que los querellados no se encuentran en España,
- 6º.- Una errónea interpretación de las normas sobre jurisdicción, y
- 7º.- Una atribución de competencias que no tendría en virtud del propio convenio al que se acoge para dictar su resolución

Trataremos de ir analizando los elementos antes expuestos de forma separada, si es posible, así como detallada para razonar los diversos motivos en que sustentamos nuestra pretensión y, sobre todo, dentro de un orden lógico desde una perspectiva jurídica.

SEGUNDA: Existe una suerte de confusión, por parte del *a quo*, entre lo que es tener jurisdicción y ser competente para unos hechos; la jurisdicción es presupuesto de la competencia y, por tanto, cada uno de esos elementos habrán de ser analizados en su orden e intensidad.

Interesa recordar que, literalmente, el Razonamiento Jurídico Primero del auto aquí apelado, establece que:

“Las actuaciones procesales deben realizarse por órganos competentes, es por ello, que sin entrar en consideraciones sobre el fondo sustantivo del asunto, procede en primer lugar analizar la propia competencia (Art. 9.1 L.O.P.J.), para que, a renglón seguido, el órgano adecuado adopte la decisión oportuna, conforme al principio “forum regit actum”.

No es que se nos antoje decir que el *a quo* se confunde y confunde conceptos básicos como son jurisdicción y competencia y, en este sentido, la STS de 25 de Febrero de 2.003 (caso Guatemala) estableció lo que sigue:

“La jurisdicción es una de las expresiones de la soberanía del Estado. Es entendida como la facultad o potestad de juzgar, es decir, de ejercer sobre determinadas personas y en relación a determinados hechos, uno de los poderes del Estado, sometiéndolas, en el caso del derecho penal, al "ius puniendi" que la ley le atribuye. En este sentido tiene carácter previo a la competencia y no puede ser confundida con ella. La determinación de la competencia supone atribuir a unos determinados órganos jurisdiccionales el conocimiento de una determinada clase de asuntos de forma prevalente a otros órganos jurisdiccionales, pero a todos ellos les ha sido reconocida previamente la jurisdicción.

La ley regula expresamente algunos supuestos de conflictos sobre la jurisdicción. Pueden plantearse entre órganos de diversos órdenes jurisdiccionales; entre órganos de la jurisdicción ordinaria y de la

militar, y entre órganos jurisdiccionales y la Administración. Los primeros, llamados conflictos de competencia en el artículo 42 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, son resueltos por una Sala especial del Tribunal Supremo. Los mencionados en segundo lugar son resueltos por la Sala de Conflictos de Jurisdicción presidida por el Presidente del Tribunal Supremo e integrada por Magistrados de este alto Tribunal (artículo 39 de la LOPJ). Y los citados en tercer lugar se resuelven por el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, presidido por el Presidente del Tribunal Supremo e integrado por Magistrados de ese Tribunal y por Consejeros Permanentes de Estado (artículo 38 de la LOPJ y Ley Orgánica 2/1987, de 18 de mayo, de Conflictos Jurisdiccionales).

La regulación que determina el órgano competente para la resolución de estas cuestiones, sintéticamente mencionada, permite resaltar que cuando se trata de determinar el alcance de la jurisdicción, bien entre distintos órdenes jurisdiccionales, bien entre la jurisdicción ordinaria y la militar o bien entre los Tribunales y la Administración, la decisión se sitúa al máximo nivel.

El problema que se resuelve en el Auto impugnado no se suscita entre los distintos órganos citados antes, sino que se trata de una cuestión que se ha planteado al amparo del artículo 9.6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En este precepto, luego de afirmar el carácter improrrogable de la jurisdicción, ya consignado respecto de la jurisdicción criminal en el artículo 8 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se ordena a los órganos judiciales el examen de oficio de la falta de jurisdicción, resolviendo sobre la misma con audiencia previa del Ministerio Fiscal y de las partes,

dictando resolución fundada e indicando el orden jurisdiccional que se estime competente.

Debe resaltarse además que, habida cuenta de las características de la cuestión concreta planteada, no llegará a producirse una auténtica controversia entre órganos jurisdiccionales acerca de la capacidad de conocer de los hechos denunciados, pues como de alguna forma ya vinimos a reconocer en el Auto de esta Sala núm. 260/1998, de 21 de enero, hoy en día no es viable jurídicamente plantear una cuestión de competencia con un Tribunal extranjero pues no existe ningún mecanismo o instancia supranacional para la resolución del eventual conflicto positivo o negativo que pudiera plantearse.”

Ahora bien, resulta factible asumir que el *a quo* se ha confundido en esta materia en función de la diversidad de posiciones que ha adoptado el Ministerio Fiscal en esta materia porque, como se verá posteriormente, en una causa por hechos sobre Guantánamo que se sigue en el Juzgado Central de Instrucción Número 5, el Ministerio Público lo que ha planteado o, alegado sin plantearlo, es un conflicto de competencia entre dos órganos de idéntica jurisdicción.

Para entrar a establecer si un órgano jurisdiccional tiene o no competencia, con carácter previo habrá de establecerse si la jurisdicción en la que se encuentra dicho órgano tiene facultades para entender de los hechos que se le someten a su consideración; dicho en otros términos, deberá primero establecerse la jurisdicción y, luego, una vez asumida la misma, adentrarse en el ámbito del artículo 9.1 de la L.O.P.J.

Es evidente que el orden de los factores aquí si resulta relevante y, por tanto, su alteración implica alcanzar conclusiones muy distintas a las razonadas por el *a quo* en lo que bien podría denominarse como un “condicionamiento del fallo”, si se nos permite el término.

Respecto a la JURISDICCIÓN sirve traer a colación lo que se dice en el **VOTO PARTICULAR AL AUTO 1/2009** que emitieron los magistrados **Manuela Fernández Prado, José Ricardo de Prada Solaesa, Clara Bayarri García y Ramón Sáez Valcárcel** en el caso de las ejecuciones extrajudiciales cometidas en Gaza – Palestina el 22 de julio de 2002 y que, junto con ser revelador, es hoy pieza jurídica de estudio en muchas facultades en materia de derecho penal internacional y que establecía que:

*“...En virtud del principio de jurisdicción universal cualquier Estado puede ejercer la jurisdicción ante ofensas graves a los intereses de la Comunidad Internacional al margen del lugar de ejecución del crimen y de la nacionalidad del autor o de la víctima (así lo dice la exposición de motivos de la LO 13/2007, que introdujo la inmigración clandestina en el catálogo del art. 23.4 LOPJ, y el art. 5.1 del Estatuto de la Corte Penal Internacional). La razón de ser de una jurisdicción universal es la de evitar la (inmensa) impunidad de esos crímenes, impunidad que en buena medida se debe a la posición que el autor ocupa en la estructura de poder del Estado; porque los crímenes de guerra, los de genocidio y de lesa humanidad, **la tortura y las desapariciones forzadas** comparten una nota: **son crímenes de Estado, en su peor acepción**. De ahí la dificultad, que muchas veces deviene en imposibilidad, de la persecución de los graves crímenes internacionales, ya porque **sus autores ejercen el poder**, se trata de*

mandatarios, ya porque tienen la capacidad de neutralizar la acción judicial.”

En el caso que nos ocupa es evidente que se está generando un marco de indeseable impunidad – tema sobre el cual entraremos más tarde – sirviendo esta cita para recordarlo y establecer la auténtica materia de discusión que no es otra que la JURISDICCIÓN y no la competencia como pretende, erróneamente, el *a quo*.

Al hilo de lo anterior, cabe recordar la jurisprudencia constitucional al respecto, partiendo para ello de la **STC 21/1997, de 10 de febrero**, que estableció:

“es procedente recordar aquí, de un lado, que 'los poderes públicos españoles no están menos sujetos a la Constitución cuando actúan en las relaciones internacionales ... que al ejercer ad intra sus atribuciones', como se ha dicho en la Declaración de este Tribunal de 1 de julio de 1992, fundamento jurídico 4, y ello es aplicable a las autoridades y funcionarios dependientes de dichos poderes...

. ..si el mandato del art. 10.2 CE impone que los preceptos constitucionales sean interpretados de conformidad con las normas internacionales sobre protección de los derechos humanos, ha de recordarse también que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado, en relación con el art. 1 del Convenio de Roma de 1950, que el ámbito de la jurisdicción estatal, a los fines de la protección que ese instrumento garantiza, no se circunscribe al territorio nacional. ”

En conexión con lo anterior, el auto recurrido y siguiéndolo en su “desorden” – si se nos permite en estrictos términos de defensa-, una vez que estableció su falta de competencia se adentró en la cuestión de la Jurisdicción para establecer que como los hechos, supuesta y erróneamente (como se discutirá y acreditará posteriormente), están siendo investigados en “... *aplicación del principio de subsidiariedad, el proceso penal iniciado ante la jurisdicción española se sobreseerá provisionalmente, que es lo que debe ocurrir con el presente, inadmitiendo a trámite la querella...*”.

Ante tal planteamiento tenemos serias dudas de cuál es el estatus real del procedimiento antes de esta resolución y, también, cuál es el entendimiento del *a quo* en esta materia, toda vez que parece, una vez más, que nos hemos perdido por los claros caminos del la Ley Procesal Penal.

Según establece el **artículo 312 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal**, las actuaciones desplegadas por el *a quo* no son otras que las propias de la incoación de un procedimiento en virtud de querella y, después de dos años de práctica de diligencias diversas y de pluralidad de incidencias procesales, ahora nos sorprende con un auto de “inadmisión a trámite” de la misma como si todo lo actuado hasta el momento no haya sido, propiamente hablando, una tramitación procesal.

Aparte de lo anterior, es evidente la confusión reinante en la dialéctica del auto recurrido porque ¿cómo se va a dictar un auto de sobreseimiento en un proceso no admitido a trámite?; lo explicaremos:

Según se establece en los propios Hechos del auto apelado, concretamente en el primero de ellos, la querella interpuesta por esta representación fue

turnada al Juzgado Central de Instrucción Número 6 el cual incoó diligencias previas con fecha 23 de abril de 2009.

Pues bien, si nos remitimos a lo establecido en el artículo 312 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal tenemos que:

Cuando se presentare querrela, el Juez de Instrucción, después de admitirla si fuere procedente, mandará practicar las diligencias que en ella se propusieren, salvo las que considere contrarias a las leyes, o innecesarias o perjudiciales para el objeto de la querrela, las cuales denegará en resolución motivada.

Aquí, como se puede constatar de los particulares que posteriormente se designarán, se han practicado una serie de diligencias, se han generado incidencias procesales y, luego, se “inadmite” la misma; obviamente se ha alterado el orden de los factores para llegar a un resultado sorprendente.

Posteriormente, el **Artículo 313** de la misma Ley ritual, establece que:

Desestimaré en la misma forma la querrela cuando los hechos en que se funde no constituyan delito, o cuando no se considere competente para instruir el sumario objeto de la misma.

Contra el auto a que se refiere este artículo procederá el recurso de apelación, que será admisible en ambos efectos.

Obviamente, el *a quo* ha considerado que no es “competente” y que, por tanto, estos hechos han de ser instruidos por el “órgano competente” planteándose así una suerte de “inhibitoria” hacia un órgano jurisdiccional

indeterminado que, además, se encontraría en otra jurisdicción como sería la Norteamericana.

Utiliza para su “inhibición” el instrumento contenido en el Tratado bilateral de Asistencia Jurídica Mutua en Materia Penal, suscrito entre España y los Estados Unidos de Norteamérica, lo cual será analizado con posterioridad por tratarse de una asunción de competencias con las que no contaría el Juzgado Central.

En cualquier caso, el listado de diligencias practicadas – incluidas muchas cuya virtualidad es evidente a la luz del auto recurrido – implican necesariamente algo más que la admisión o inadmisión de una querrela: contemplan una tramitación procesal digna de cualquier procedimiento en curso por lo que mal se cohonestaba la resolución con lo actuado e, incluso, con la prohibición de personarse a otras acusaciones.

Tampoco es un hecho menor, por lo que se dirá posteriormente, el tiempo transcurrido desde la interposición de la querrela y el momento de dictado de este auto aquí recurrido porque, entre uno y otro momento, incluso ha habido tiempo para una modificación legislativa realizada por motivos públicamente conocidos y que, sin duda, son la base en que se sustenta la resolución apelada.

TERCERA: Básicamente, el pilar fundamental del auto recurrido se centra en un supuesto incumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 23.4 de la L.O.P.J., el cual establece 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 constatarse algún vínculo de conexión relevante con España y, en todo caso, que en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se ha iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles.

El proceso penal iniciado ante la jurisdicción española se sobreseerá provisionalmente cuando quede constancia del comienzo de otro proceso sobre los hechos denunciados en el país o por el Tribunal a los que se refiere el párrafo anterior.”

Del anterior precepto, es evidente que el órgano *a quo* se ha vuelto a confundir en la interpretación que realiza de dicha norma porque es manifiesto que no es una vía de “escape” para un órgano de instrucción sino, más bien, un requisito de procedibilidad más propio de una fase muy posterior del proceso; incluso, incardinable analógicamente a un asunto de previo y especial pronunciamiento del artículo 666 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y, como puede causar sorpresa este planteamiento, nos explicaremos de la forma más ordenada posible y en función de los requisitos legales:

a.- PARA QUE PUEDAN CONOCER LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES:

Es claro que se está hablando ya de órganos colegiados no de Juzgados Centrales de Instrucción porque el precepto habla de Tribunales, órganos colegiados por excelencia y, además, es lógico que así la interpretación más razonable toda vez que los requisitos implican necesariamente el desarrollo

de una fase de instrucción amplia que, al menos, llegue hasta después, incluso, del procesamiento y no como se pretende por el *a quo* con el auto aquí apelado.

b.- HA DE QUEDAR ACREDITADO QUE SUS PRESUNTOS RESPONSABLES SE ENCUENTRAN EN ESPAÑA:

Sobre este requisito decir que la resolución recurrida establece que “...*no hallándose los querellados en España*” lo cual, no deja de ser una afirmación gratuita o sólo conocida en el ámbito íntimo del Juez toda vez que ni existe constancia de tal hecho ni se ha practicado diligencia alguna al respecto, tal cual se puede constatar de lo obrante en autos.

A mayor abundamiento, debemos recordar que la norma del artículo 23.4 de la L.O.P.J. no hace mención alguna a los querellados sino, más bien, dice textualmente, como requisito de procedibilidad, que “*sus presuntos responsables se encuentran en España*” y, para llegar a presuntos culpables de acuerdo con nuestra mejor doctrina y jurisprudencia deberíamos estar ya ante un “procesado”.

Resulta *prima facie* complejo establecer si alguno de los presuntos responsables se encuentra actualmente en España o no porque para el cumplimiento de dicho requisito sería preciso establecer una previa investigación, determinación de todos o algunos de los responsables y luego intentar su localización para, sobre esa base, afirmar el cumplimiento o no de tal requisito legal. Evidentemente, estamos ante una previsión normativa propia de cualquier reforma legal realizada con prisas, corriendo y sin el necesario estudio parlamentario previo.

Ahora bien, lo que resulta sorprendente es la rotundidad con la cual el órgano de instrucción realiza una afirmación tan severa sobre el cumplimiento o no de un requisito que, además, afecta a un cúmulo importante de personas como son los querellados y demás personas que a lo largo de la investigación resulten como responsables.

Parece existir un cierto grado de confusión por parte del *a quo*, en cuanto al sentido y alcance de la norma de aplicación, artículo 23.4 de la L.O.P.J. entre **PRESUNTO RESPONSABLE Y QUERELLADO**; obviamente el presunto responsable ha de entenderse como el procesado y, así, según establece el artículo 384 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, entre otras cosas, que “Desde que resultare del sumario algún indicio racional de criminalidad contra determinada persona, se dictará auto declarándola procesada y mandando que se entiendan con ella las diligencias en la forma y del modo dispuesto en este título y en los demás de esta ley.”

Interesa recordar que el auto de procesamiento consiste en una **resolución motivada y PROVISIONAL** gestada por el Juez de Instrucción por la que se procede a declarar procesada a persona o personas determinadas y que, al propio tiempo que se le comunica esa imputación formal con el fin de permitirle ejercer a plenitud su defensa, convirtiéndose dicho procesamiento en presupuesto ineludible de determinadas medidas cautelares y, especialmente, de seguridad, **generando una determinación subjetiva** que no viene atribuida por la condición de querellado.

Cuando decimos que se trata de una resolución de carácter provisional, lo hacemos en el sentido de la determinación básica tanto desde el punto de vista objetivo como subjetivo convirtiéndose en requisito previo de las acusaciones que en su día se plantearán, evitándose así las acusaciones

sorpresivas proscritas de nuestro ordenamiento; está conceptuado, incluso constitucionalmente, que todo ciudadano tiene el derecho a conocer previamente la acusación que en su contra pueda existir (ex artículo 24 CE y a los mejores efectos ver STC 121/1995).

Dicho lo anterior, debe recordarse – siguiendo mejor criterio que el de esta parte – y como bien ha establecido ya nuestro Tribunal Constitucional:

“El auto de procesamiento que determina el art. 384 LECr., en cuanto medida que sujeta a una persona determinada a efectos, cargas y restricciones cautelares de cierta gravedad dentro del proceso penal, ha de fundarse necesariamente en la presencia de *indicios racionales de criminalidad*. Ello significa que *tal medida tiene que basarse en datos y circunstancias de valor fáctico, que representado más que una mera posibilidad, y menos que una certeza, supongan por sí mismos la probabilidad de la comisión de un delito*, que se constata con la **formalización de un acto de imputación que constituye al procesado en parte procesal**, para poder determinar posteriormente el Tribunal en el juicio oral, de existir acusación pública o particular, la presencia o no del reproche de culpabilidad que, en su caso, conlleve a la imposición de pena.”(**TC Sala 1ª, sec. 1ª, A 16-5-1984**)

Y, siguiendo con tal doctrina constitucional – hoy definitivamente consolidada – y específicamente en cuanto a las funciones que cumple el procesamiento, ha de insistirse en que:

“El contenido y alcance del auto de procesamiento es el de *formalizar una provisoria imputación de delito*, que abra el proceso acusatorio, por lo que *es evidente que no puede infringir la presunción de inocencia consagrada en el art. 24.2 CE*, que se mantiene viva a pesar de la medida cautelar por ser aquélla un derecho reconocido al imputado de no ser condenado sin pruebas de cargo que abonen su culpabilidad.”

Incluso y a mayor abundamiento, la antes citada resolución continúa insistiendo en que:

“Como ya expusieron los autos de este Tribunal de 25 octubre 1982, y de 2 febrero y 13 abril 1983, el procesamiento, que *de algún modo desencadena la posibilidad de la condena, hace nacer dicha presunción (de inocencia, claro está) , por lo que es manifiestamente imposible que la vulnere*, permaneciendo incólume hasta que surja el reproche de culpabilidad con la sentencia final, quedando únicamente a salvo el especial supuesto, en que el procesamiento no se basare sobre algún mínimo fundamento indiciario de racional culpabilidad, y fuere absolutamente caprichoso o arbitrario - como indica el ATC de 2 junio 1982-, pues tal decisión violaría el derecho a la tutela judicial efectiva que deben otorgar los Jueces y Tribunales por aplicación del art. 24.1 C.E. que exige siempre que sus resoluciones tengan una motivación fundada racionalmente en Derecho -art. 120.3 C.E.”

Debemos insistir en que el auto de procesamiento encierra una resolución formal de imputación, que tiene la virtualidad de provenir de un órgano jurisdiccional que asume la imputación (por ejemplo la realizada por el Ministerio Fiscal o alguna acusación particular o popular, como es en el caso que nos ocupa) con el objeto de posibilitar un eficaz ejercicio del derecho de defensa; punto fundamental de todo auto de procesamiento es la **determinación de la legitimación pasiva** dentro del proceso, que sería la persona (**PRESUNTO RESPONSABLE**) sobre la cual habrá de determinarse si se encuentra o no en territorio nacional.

La interpretación que realiza el *a quo* es francamente preocupante, y lo decimos incluso desde la perspectiva de la acusación popular, toda vez que identificar “**presunto responsable**” con “**querellado**” es tanto como atribuir al querellante la posibilidad de establecer, siquiera indiciariamente, la legitimación pasiva en el proceso penal cuando, sin duda, la misma entra dentro del ámbito jurisdiccional y, por tanto, sólo la puede atribuir quien ostente dicha potestad y que no somos quienes hemos presentado la querrela y, además, en un momento procesal concreto: el del procesamiento, antes no.

Dicho todo esto, es claro que adoptar una resolución como la aquí recurrida, afirmando, como se hace, que los querellados (que no tienen por qué ser los presuntos responsables, condición para la cual se requiere algo más que la mera presentación de querrela) no se hallan en España es tanto como ceder la potestad jurisdiccional y, rebajar los requisitos establecidos en el reformado artículo 23.4 de la L.O.P.J.; es decir, no podemos saber si los “**presuntos responsables**” se encuentran o no en España porque ni hemos llegado a tal momento procesal ni tampoco hemos delimitado quiénes son esos “presuntos responsables”, basta para ello fijarse en contra

de quiénes se dirige la querrela, que son unas personas determinadas y otras por determinar.

c.- EXISTENCIA DE VÍCTIMAS DE NACIONALIDAD ESPAÑOLA:

Al respecto, dice el auto recurrido que “habiéndose acreditado escasamente la españolidad de sólo 2 de las víctimas por remisión, sin testimonio, a lo que conste en las DP 150/2009 del JCI 5 AN”, manifestación que no se ajusta, ciertamente, a la realidad porque:

c.i.- no se trata de una cuestión de cantidad, basta con que exista una víctima de nacionalidad española para que se genere el vínculo nacional que requiere el reformado art. 23.4 L.O.P.J.,

c.ii.- lo de la escasez de acreditación es una valoración que contrasta con la forma en que el *a quo* ha tratado de establecer dicha nacionalidad – que no españolidad – de parte de las víctimas tal cual expondremos, y

c.iii.- existen principios generales del derecho que son de aplicación con los hechos públicos y notorios que debieron ser aplicados en este caso.

Plantear que “sólo 2 de las víctimas” son españolas, tal cual hemos dicho, representa un entendimiento erróneo, a nuestro juicio, de un requisito que no es cuantitativo sino cualitativo, como es el de la nacionalidad.

Desconocemos sobre qué base el *a quo* ofició al Registro Civil para que se acreditase la fecha en que se habría adoptado la nacionalidad española por parte de dos de las víctimas de las torturas cometidas en Guantánamo y, la

respuesta del Registro Civil fue clara: no existe expediente de nacionalización alguno en los dos casos objeto de consulta.

Pues bien, es evidente que esa era la respuesta que se iba a recibir porque ningún español de nacimiento puede nacionalizarse y, por tanto, ningún español de nacimiento tiene expediente de nacionalización. Las dos víctimas de nacionalidad española lo son por nacimiento, aun cuando sus nombres no se correspondan con la más amplia tradición de denominación cristiana de los españoles.

Dicho de otra forma, si las víctimas de Guantánamo de nacionalidad española no tuviesen nombres de raigambre musulmana nadie hubiese osado, siquiera, requerir antecedentes sobre su expediente de nacionalización porque se hubiese presumido eran españoles de nacimiento; en el caso que nos ocupa, lo realizado por el *a quo* ha sido sobre la base de unos prejuicios y en desconocimiento, queremos creer, de un hecho público y notorio, tal cual en su día acreditamos como era la existencia de unos españoles presos en Guantánamo.

Por si lo anterior no fuese bastante, cumplimentando un requerimiento del órgano *a quo* - propio de la fase de instrucción de cualquier proceso penal (lo que decimos en relación con lo alegado anteriormente)- en Guantánamo, donde se aplicaron las torturas descritas en el cuerpo de nuestra querrela, estuvieron ilegalmente detenidas una serie de personas entre las cuales se encuentran: **Ahmed Hamed Abderrahman, Abdulsam Reswad y Lahcen Ikassrien**, de los cuales los dos primeros poseen nacionalidad española y el tercero es residente en España o tiene un estatus jurídico asimilable al de residente, toda vez que no puede abandonar territorio español.

Obviamente, tal cual venimos alegando aquí, cuestiones como la nacionalidad o residencia española de estas personas así como el ser víctimas directas de estos hechos es algo que habrá de determinarse en la fase de instrucción.

Ahora bien, al igual que sucede con el requisito analizado *ut supra*, es evidente que para determinar la existencia o no de víctimas españolas primero habría de realizarse una investigación propia de una fase de instrucción. Dicho en otros términos, no es posible la determinación de la concurrencia de un requisito de estas características en tanto en cuanto no se practiquen diligencias encaminadas a determinar los hechos, las víctimas de los mismos y, posteriormente, la nacionalidad que pudiesen tener.

Parece existir una confusión en cuanto a lo pretendido por el Legislador y la dicción propia de la nueva redacción del precepto contenido en el artículo 23 de la LOPJ, toda vez que, seguramente, el Legislador pretendía impedir el acceso a la jurisdicción y, por mor de sus prisas y falta de estudio, aprobó una legislación que – por su interpretación literal ex artículo 3 del Código Civil – obliga a investigar para establecer el cumplimiento o no de los requisitos legales exigidos para establecer si los mismos son o no sujeto a la jurisdicción española.

Dicho en otros términos, los requisitos introducidos en la reforma del artículo 23 de la LOPJ obligan a realizar una fase de instrucción casi tan extensa como la requerida para dictar auto de procesamiento en cualquier sumario ordinario, o incluso más, porque para establecer el cumplimiento o no de dichos requisitos de jurisdicción es necesario establecer bien las víctimas o los autores y, previamente, se deberán establecer los hechos de

los cuales unos serían víctimas y otros autores; ésto nos lleva a la conclusión de que el cambio legal operado implica, sin más, una mayor garantía de tutela judicial efectiva porque no podrá desestimarse una causa sin antes haberla instruido y, lo contrario, sería burlar las reglas de interpretación de las normas establecidas en el ya citado artículo 3 del Código Civil.

d.- CONSTATACIÓN DE ALGÚN VÍNCULO DE CONEXIÓN RELEVANTE CON ESPAÑA:

El auto recurrido concluye, finalmente, que resulta “...cuanto menos discutible la constatación de vínculos “relevantes con España”; cuesta mucho, si no es que se hace imposible, establecer cuál ha sido el criterio para razonar lo anterior, sobre todo, cuando hace una expresa referencia al Auto de 6/4/2011 del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, resolución que, por cierto, esta parte (como recurrida en aquél procedimiento referenciado) sigue sin conocer, por no habérsenos notificado a fecha actual.

En cualquier caso, en materia de vínculo de conexión relevante con España bien podríamos argumentar una serie de ellos entre los que están nuestro derechos y principios constitucionales, nuestra adhesión a la Convención contra la Tortura, nuestra penalización de tales prácticas, nuestro desprecio social a las mismas pero, en todo caso, vamos a centrarnos en elementos más concretos, a saber:

- Existen otras víctimas de los hechos cometidos en Guantánamo que tienen una especial vinculación con España como son D. Jamiel Abdul Latif al Banna y D. Omar Deghayes, que, si bien no tienen

nacionalidad española, en su día fueron reclamados por las autoridades judiciales españolas y su extradición a España fue denegada por las autoridades Británicas, en función del lamentable estado de salud en que se encuentran producto de las torturas sufridas en dicho centro de detención, en virtud de las directrices emitidas por los querellados en este procedimiento.

Evidentemente, estamos ante una **vinculación especial**, toda vez que es España, a través de sus órganos jurisdiccionales, quien demostró un especial interés en ellos y que fue plasmado a través de sendas **solicitudes de cooperación jurídica internacional** consistentes en sus respectivas reclamaciones extradicionales; así, difícilmente puede ahora negarse dicho “*vínculo relevante con España*” a no ser que se pretenda establecer que dicha premisa legal tiene otro significado distinto del literal.

- También debe destacarse la especial vinculación que tiene Lahcem Ikasrien con España, tan especial resulta como que lleva muchos años residiendo en España y ha sido objeto ya de valoración su vinculación con nuestro país. No puede admitirse, como se ha dicho anteriormente, que estemos ante un requisito cuantitativo sino cualitativo.
- Tampoco deja de tener especial vinculación o tratarse de un “vínculo relevante con España” el hecho, también público y notorio, de que el propio Gobierno de España se ha comprometido a traer a territorio nacional a otras víctimas de los hechos acaecidos en Guantánamo; a fecha actual se encontrarían en territorio Español, como mínimo, tres personas procedentes de Guantánamo y ello, en virtud de los actos

propios del Estado, viene a establecer un vínculo no ya especial sino especialísimo que implica el cumplimiento de este requisito.

Como bien se comprenderá, sólo en casos en los que exista un “vínculo relevante con España” el Gobierno se habría comprometido y materializado el traer a territorio nacional a personas procedentes de Guantánamo, es decir que es, justamente por ese “vínculo relevante con España”, por el cual se procede a acoger a esas personas en nuestro país y, en función de ello, entendemos cumplido, igualmente, el requisito antes expuesto.

No es factible argumentar que no existe esa especial vinculación cuando es el propio poder ejecutivo el que ha adoptado una medida que estimamos correcta y que debe ser valorada en su justa medida; obviamente, y para sacar de tal ignominiosa situación como la creada en Guantánamo, los gobiernos y países que tienen un “vínculo relevante” con la defensa de los derechos humanos se han apresurado a gestionar el acogimiento de personas que llevan años secuestrados, torturados y privados de los más fundamentales de sus derechos.

Si bien España se ha comprometido a acoger a un número escaso, nada impide que pudiese ampliarse dicha cifra de víctimas acogidas aquí pero, en cualquier caso, lo importante a los efectos de este posicionamiento nuestro es la comprobación, por vía de hechos propios del Estado, de la concurrencia adicional de este requisito establecido con la reforma legal operada sobre la LOPJ, en los términos planteados en la providencia de la que este escrito trae causa.

Esta parte se felicita de que el Gobierno Español haya comenzado a acoger a víctimas de Guantánamo y estamos convencidos que ello representa un

avance en materia de derechos fundamentales y un reconocimiento implícito de la vinculación especial que los hechos sucedidos en Guantánamo tienen con nuestro país.

Ahora bien, para entender que la resolución aquí recurrida no causa indefensión hubiese sido necesario que el órgano *a quo* hubiese desarrollado las razones que le llevan a entender que no se cumplen estos requisitos, en términos generales, o, como mínimo, que no se cumple el que aquí estamos analizando.

A mayor abundamiento, respecto a la especial vinculación con España, debemos recordar la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de Junio de 2006 –Ponente Excmo. Sr. Jiménez García-, por la que **se absuelve al ciudadano español Ahmed Abderraman Ahmed**, y que textualmente dice en su F.J. Quinto que:

“la detención de cientos de personas, entre ellos el recurrente, sin cargos, sin garantías y, por tanto sin control y sin límite, en la base de Guantánamo custodiados por el ejercito de los Estados Unidos, constituye una situación de imposible explicación y menos justificación desde la realidad jurídica y política en la que se encuentra enclavada. Bien pudiera decirse que Guantánamo es un verdadero “limbo” en la Comunidad Jurídica que queda definida por una multitud de Tratados y Convenciones firmados por la Comunidad Internacional, constituyendo un acabado ejemplo de lo que alguna doctrina científica ha definido como “Derecho Penal del Enemigo” (todo ello sin perjuicio de que aplicando los instrumentos propios del derecho internacional, no existen los denominados limbos jurídicos, es decir, en Guantánamo creían estar en el limbo

jurídico pero la propia existencia de esta querrela demuestra que ese tipo de espacios de impunidad sólo existen cuando así lo desea alguien)

Entendemos que un pronunciamiento de estas características por parte de nuestro Tribunal Supremo debería servir a cualquier Juez para asumir que el criterio jurisprudencial de nuestro máximo tribunal ordinario es, justamente, entender que existe una **vinculación relevante con España** porque, con cita en una serie de convenios de obligatorio cumplimiento para nuestros jueces y tribunales, fundamenta la gravedad de lo sucedido en Guantánamo, sintiéndose incluso tan vinculado como que ha decretado la absolución de personas condenadas inicialmente por hechos muy graves.

No basta con dudar de la existencia de una vinculación relevante, es necesario explicar el motivo por el cual para el instructor dicho requisito no se encuentra cumplido; dicho de otra forma, si se pretende establecer que hemos incumplido algo – que no lo hemos hecho – al menos, podría haberse desarrollado un poco cuál es el entendimiento y el motivo para, por ejemplo, omitir cualquier referencia a la resolución antes citada de nuestro Tribunal Supremo.

Un tema no menor es la propia dicción del artículo 23.4 de la L.O.P.J. que establece que para detallar los requisitos necesarios para entender unos hechos como propios de la Jurisdicción Española los mismos sean presentados con carácter alternativo, se utiliza una fórmula disyuntiva (“o”), que implica que basta el cumplimiento de alguno de estos requisitos analizados hasta este momento, no siendo necesario el cumplimiento de todos y cada uno de ellos.

e.- 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

Este apartado se desarrollará en dos alegaciones distintas, una la referida a la propia norma y su interpretación razonable – que es la que realizaremos aquí – y, otra, que se desarrollará posteriormente en la cual se analizarán todos y cada uno de los supuestos procesos que, arguyen, se encuentran investigando los hechos objeto de querrela.

Como punto de partida de lo errónea que es la reforma legal generada, con prisas y corriendo, del artículo precitado, debemos exponer que la misma cuando dice “competente” sin duda ha querido decir “con jurisdicción”, confundiendo términos en la misma forma en que lo realiza el auto apelado; se trata de una confusión impropia de un Legislador.

El único de los requisitos introducidos con la reforma del artículo 23.4 de la L.O.P.J. que tiene carácter cumulativo es, justamente, el de la inexistencia de persecución efectiva de los hechos, dándose carta de naturaleza al principio de subsidiariedad en materia de jurisdicción universal; es decir aquí se introduce un requisito legal que:

- a.- es contrario a la doctrina asentada hasta la fecha por parte de nuestro Tribunal Constitucional, y
- b.- es incluso contraria a los propios tratados internacionales suscritos por España (sirva como ejemplo el propio Estatuto de Roma por el cual se crea el Tribunal Penal Internacional).

Sobre esta base bien se podría cuestionar la constitucionalidad de la norma reformada pero, como es obvio, carecemos de la necesaria legitimación para plantearla, sin perjuicio de lo que se pueda acordar por algún Juez o Tribunal al respecto.

En todo caso para, que se pudiese dar la subsidiariedad a la que pretende acogerse el *a quo*, o mejor dicho para ser de aplicación este requisito legal debería:

a.- existir una identidad de hechos y de personas en contra de las cuales se siguiese un proceso en algún país que tuviese jurisdicción para investigar esos hechos y a esas personas; obviamente, en el caso que nos ocupa **ni existe identidad objetiva ni subjetiva** y, por tanto, se incumple el requisitos de la subsidiariedad, y

b.- debería, en todo caso tratarse de una **investigación efectiva** realizada por los órganos jurisdiccionales de un país con “jurisdicción” sobre la materia, cosa que tampoco se da en el caso que nos ocupa.

Al mismo tiempo hemos de descartar, para este caso, la posibilidad del enjuiciamiento por parte de un Tribunal Internacional porque el único que podría hacerlo – el Tribunal Penal Internacional – tiene jurisdicción complementaria a la de las jurisdicciones penales nacionales según establece el propio artículo 1 del Estatuto de Roma y, además, el Estado en cuyo nombre y bajo cuyo amparo se cometieron estos delitos no ha firmado aún dicho Estatuto con lo que, incluso así, carecería de jurisdicción para encargarse de este tema.

Un tema no menor es el de la necesidad de que la investigación represente una “**persecución efectiva**”, término y requisito del cual el *a quo* huye de una forma impropia en una resolución judicial, confundiendo incluso investigaciones administrativas con lo que es la denominada “persecución efectiva” que sólo puede ser interpretada como una investigación de carácter penal.

Entendemos que esta materia ha sido tratada, en anteriores ocasiones, por el Pleno de la Sala de lo Penal de esta Audiencia Nacional y, al respecto, recurriremos a lo en su día razonado en el **VOTO PARTICULAR AL AUTO 1/2009 que emiten los magistrados Manuela Fernández Prado, José Ricardo de Prada Solaesa, Clara Bayarri García y Ramón Sáez Valcárcel** que, textualmente, decía:

“Los Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias aprobados el 24 de Mayo 1989 por el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas (ECOSOC) por resolución 1989/65 y adoptados por la Asamblea General de Naciones Unidas en resolución 44/162 de 15 de diciembre de 1989, establecen que *“Los gobiernos prohibirán por ley todas las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias y velarán porque todas esas ejecuciones se tipifiquen como delitos en su derecho penal y sean sancionables con penas adecuadas que tengan en cuenta la gravedad de tales delitos. No podrán invocarse para justificar esas ejecuciones circunstancias excepcionales, como por ejemplo, el estado de guerra o de riesgo de guerra, la inestabilidad política interna ni ninguna otra emergencia pública. Esas ejecuciones no se llevarán a cabo en ninguna circunstancia, ni siquiera en situaciones de conflicto armado interno, abuso o uso*

ilegal de la fuerza por parte de un funcionario público o de otra persona que actúe con carácter oficial o de una persona que obre a instigación, o con el consentimiento o la aquiescencia de aquélla, ni tampoco en situaciones en las que la muerte se produzca en prisión. Esta prohibición prevalecerá sobre los decretos promulgados por la autoridad ejecutiva”; por otra parte “se procederá a una investigación exhaustiva, inmediata e imparcial de todos los casos en que haya sospecha de ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias, incluidos aquéllos en los que las quejas de parientes u otros informes fiables hagan pensar que se produjo una muerte no debida a causas naturales en las circunstancias referidas”;” Los gobiernos velarán por que sean juzgadas las personas que la investigación haya identificado como participantes en ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias, en cualquier territorio bajo su jurisdicción. Los gobiernos harán comparecer a esas personas ante la justicia o colaborarán para extraditarlas a otros países que se propongan someterlas a juicio. Este principio se aplicará con independencia de quienes sean los perpetradores o las víctimas, del lugar en que se encuentren, de su nacionalidad, y del lugar en el que se cometió el delito”.

Continúa diciendo ese voto particular que:

“la obligación de investigar -ya que esto dejaría sin contenido el carácter de no susceptible de suspensión del derecho a la vida-; “independientemente de las circunstancias, las investigaciones deben realizarse siempre de la manera más eficiente posible y nunca deben reducirse a meras formalidades...la obligación del Estado de realizar investigaciones independientes e imparciales sobre posibles

infracciones no queda derogada en situaciones de conflicto armado y ocupación,... aunque no se han fijado plenamente las modalidades de esa obligación en situaciones de conflicto armado, algunos puntos están claros: Los Estados deben crear instituciones que puedan cumplir las obligaciones de las normas de derechos humanos; la justicia militar debe estar sujeta a las mismas normas...La obligación jurídica de castigar efectivamente las infracciones es esencial para el imperio de la ley tanto en los conflictos armados como en tiempos de paz. Por lo tanto, son motivo de grave preocupación las situaciones en que los Estados tratan con indulgencia los delitos cometidos contra la población civil y los combatientes enemigos. La obligación legal de castigar a los responsables de violaciones del derecho a la vida no es una formalidad. El castigo es necesario para garantizar el derecho a la vida mediante la reivindicación de los derechos de las víctimas y la prevención de la impunidad de los autores. Por lo tanto, los Estados deben castigar a los responsables de esas violaciones con penas acordes a la gravedad de los delitos”.

“La obligación de investigar -continuaba el relator- forma parte esencial de la obligación de garantizar el derecho a la vida, y, por lo tanto, va más allá de la determinación de la responsabilidad penal. Los Estados son también responsables de la supervisión sistemática y la investigación periódica necesarias para garantizar que sus instituciones, políticas y prácticas respeten el derecho a la vida de la manera más efectiva posible. La experiencia del Canadá en Somalia es un ejemplo de las funciones complementarias que desempeñan la investigación penal y no penal. El Canadá enjuició y castigó a varios soldados por los actos que cometieron en Somalia y creó también

una Comisión de Investigación para determinar las deficiencias institucionales que hicieron posible que se cometieran esos abusos. Los Estados deben realizar una labor constante de supervisión e investigación para determinar si garantizan efectivamente las normas de derechos humanos y adoptar todas las medidas necesarias para impedir que se vuelvan a producir violaciones”.

Adentrándose, posteriormente, en la obligación de perseguir para llegar a los siguientes razonamientos:

“La conclusión de la obligación de persecución es el principio de competencia universal y la concurrencia de jurisdicciones. *Todas ellas son iguales porque se trata de proteger bienes que trascienden de las propias víctimas a la comunidad internacional. Así lo afirmó la STC 87/2000, “su lógica consecuencia es la concurrencia de competencias o, dicho de otro modo, la concurrencia de Estados competentes”. El Tribunal Constitucional ha sentado el carácter absoluto de la jurisdicción universal en nuestro ordenamiento (STC 237/2005) y, en consecuencia, la subsidiariedad no puede actuar como un límite -porque sería contradictorio con el principio universal- sino como un elemento regulador en supuestos de concurrencia de jurisdicciones. No hay subordinación o primacía posible, en todo caso se trata de determinar cuál fuere la jurisdicción que se encuentra en mejores condiciones para la persecución de los hechos.*

La subsidiariedad estaba conectada al viejo paradigma westfaliano de la no injerencia. La obligación de perseguir y de evitar la impunidad deja desfasado ese principio, garantía de la impunidad.

En el derecho internacional actual rige el paradigma de la vigencia universal de los derechos humanos. Ello no obsta a que determinados Estados se hallen prioritariamente obligados a llevar a cabo la persecución de los crímenes por su proximidad con los hechos, lo que desencadena la actuación complementaria de los otros Estados. Subsidiariedad y complementariedad no son términos sinónimos ni en su significado ni en sus efectos. La intervención complementaria trata de paliar las deficiencias en la correcta persecución y opera ante la falta de voluntad o eficacia del primero obligado (valgan como referencia los supuestos del art 17.2º y 3º del Estatuto de la Corte Penal Internacional)”).

Vistas las cosas desde esta perspectiva, es evidente que esos razonamientos vienen en apoyo de lo que aquí estamos alegando en materia de “**persecución eficaz**” que no puede sino interpretarse como existencia de proceso penal.

Como si lo anterior no fuese suficiente, insistiremos en trabajar sobre la base de ese voto particular que, estamos seguros, debió ser el de la mayoría por la solidez con la cual se trata el asunto y, sobre todo, por la claridad con que se exponen los criterios que han de aplicarse a la hora de evaluar lo que es una investigación eficaz y qué no lo es.

Razonan estos Magistrados que:

*“En el asunto Finucane contra Reino Unido, 1.7.2003, referido al asesinato de un conocido abogado norirlandés por un grupo paramilitar “lealista”, el **Tribunal (debe entenderse se trata del Tribunal Europeo de Derechos Humanos) estableció unos***

principios generales sobre lo que debía considerarse una investigación eficaz a los fines de cumplimentar la obligada protección de la vida humana por parte de los Estados. Así vino a establecer:

*“El objetivo esencial de dicha investigación es el de garantizar la aplicación efectiva de la legislación interna que protege el derecho a la vida y, en los casos que impliquen a agentes o instituciones del Estado, garantizar su responsabilidad por las muertes acaecidas bajo su cargo. La forma de investigación que cumpla esos objetivos puede variar según las diferentes circunstancias. Sin embargo, sea cual sea el modo empleado, las autoridades deben actuar por iniciativa propia, una vez que se les plantea la cuestión. No pueden dejar a la iniciativa de los parientes próximos el presentar una denuncia formal o responsabilizarse de la conducción de la investigación...**Para que una investigación** sobre un supuesto asesinato cometido por agentes del Estado sea efectiva, se considera generalmente necesario que las personas responsables de llevar a cabo la investigación sean independientes de las implicadas en los acontecimientos. Esto significa no sólo una falta de conexión jerárquica o institucional, sino también una independencia práctica ...La investigación debe también ser efectiva en el sentido de que pueda llevar a la determinación del uso de la fuerza en esos casos estaba o no justificada en esas circunstancias y a la identificación y castigo de los responsables. Esto no supone una obligación de obtener un resultado, sino de poner los medios. Las autoridades deben tomar las medidas razonables disponibles para obtener pruebas relativas al incidente, incluidas la declaración de testigos presenciales, las pruebas forenses y, cuando sea*

*conveniente, una autopsia que proporcione una relación completa y exacta de las lesiones y un análisis objetivo de las comprobaciones clínicas, incluyendo la causa de la muerte. Toda deficiencia en la investigación que mine su capacidad para establecer la causa de la muerte o la persona o personas responsables, chocará con este criterio...**En este contexto está implícito un requisito de prontitud y celeridad razonable.** Aunque puede haber obstáculos que impidan el progreso de una investigación en una situación concreta, una pronta respuesta por parte de las autoridades en la investigación de las muertes puede generalmente ser considerado como esencial para mantener la confianza del público en la adhesión a la norma de Derecho y evitar cualquier apariencia de connivencia o de tolerancia en actos...Por las mismas razones, **debe existir un elemento suficiente de control público de la investigación o de sus resultados para garantizar la responsabilidad tanto en la teoría como en la práctica.** El grado de control público exigido puede variar de un caso a otro. Sin embargo, en todos los casos, **los parientes próximos de la víctima deben participar en el procedimiento hasta el punto necesario para proteger sus legítimos intereses**".*

Obviamente, en ese caso se trataba y se trata de asesinatos o ejecuciones extrajudiciales pero lo razonado, como requisito de lo que es una persecución eficaz, es idéntico; sin embargo, también se ocuparon los autores de ese voto particular, de analizar supuestos como el que aquí nos preocupa y, al respecto, razonaron que:

“La doctrina constitucional española ofrece pautas similares para analizar la suficiencia de una investigación penal, a partir de una

*constatación: en algunos casos el derecho a la tutela judicial efectiva se configura como única (y última) **garantía frente a las arbitrariedades del poder**. Cuando la actividad de los tribunales es la salvaguarda de la vida o integridad de las personas, **como ocurre en supuestos en los que los sospechosos son agentes del Estado por delitos de torturas, tratos inhumanos o degradantes, “se trata de una tutela judicial doblemente reforzada que no encuentra parangón en otras demandas de auxilio judicial, pues se pide la tutela frente a la vulneración de un derecho fundamental que constituye un derecho absoluto cuya indemnidad depende esencialmente de dicha tutela”** (Stc 107/2008, por todas). **En tales casos el derecho a la tutela efectiva solo se satisface si se desarrolla una investigación suficiente y efectiva**, pues la tutela que se solicita consiste inicialmente en que se indague sobre lo sucedido. De tal manera que se considerará vulnerado el derecho declarado en el artículo 24.1 de la Constitución si no se abre una investigación o se clausura prematuramente cuando existen sospechas razonables de que se ha podido cometer el delito y tales conjeturas se revelen como susceptibles de ser despejadas”*

Y, ahondando más en lo que venimos diciendo sobre la resolución apelada, es necesario recordar – siempre con cita a dicho voto particular antes mencionado – que en casos como el que nos ocupa se debe tener presente 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 cual los tribunales españoles pueden y deben valorar la repercusión de los actos de los poderes públicos de los Estados extranjeros” (STC 123/2009).

En resumidas cuentas, entendemos que no es un antojo o capricho el afirmar que la resolución apelada vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva sino que existe amparo doctrinal y jurisprudencial para tales afirmaciones cuando se acuerda una “inadmisión a trámite” con “sobreseimiento” e “inhibición” a favor de vaya uno saber qué, pues en los Estados Unidos de Norteamérica **NO EXISTE INVESTIGACIÓN ALGUNA, NI EFICAZ NI REAL, NI TAMPOCO EXISTE INTENCIÓN DE ABRIRLA.**

En cualquier caso, posteriormente, analizaremos los supuestos procesos en los que sustenta su decisión el *a quo* que, como se verá, tienen nula relación con los hechos objeto de querrela y, además, tampoco pueden considerarse como cumplidores de tres requisitos esenciales como son la identidad subjetiva, la identidad objetiva y la eficaz persecución.

CUARTA: Los supuestos procesos en que sustenta su decisión de “inadmisión a trámite”, “sobreseimiento” e “inhibición” el *a quo*, serían:

1. Informe-decisión de 5/01/2010 del Secretario de Justicia Auxiliar Adjunto de la Oficina de Responsabilidad profesional del Departamento de Justicia de EEUU sobre los aquí querellados señores Jay Bybee y John Yoo, concluyendo no haber base jurídica para procesarles penalmente y acordando que no procedía entablar procedimientos penales en relación a ningún otro funcionario del Poder Ejecutivo, incluidos los que nombra la querella.
2. Procedimientos penales federales concluidos (David Passaro, Don Ayala) y otros pendientes, iniciados a instancias del Departamento de Justicia referidos a malos tratos a prisioneros
- 3- Procedimientos administrativos y penales del Departamento de Defensa de EEUU: Programa para detenidos del Departamento de Defensa, más de 100 enjuiciamientos al amparo del Código de Justicia Militar con sanciones penales (v. gr. US vs Graner, US vs Maynulet, US vs Clagett...), estudios internos de la CIA sobre trato dispensado a detenidos, etc
- 4- Investigaciones pendientes de la Fiscalía federal de EEUU para el Distrito Este de Virginia sobre abusos a detenidos
- 5- Estudio de la Fiscalía federal para el Distrito de Connecticut en curso sobre acusaciones previamente declaradas improcedentes, para la revisión preliminar de la posible violación del Derecho federal en relación con el interrogatorio de determinados detenidos en emplazamientos en el extranjero

- 6- Medidas e informes del Congreso de EEUU sobre el trato dispensado a los detenidos privados de libertad por los EEUU.

Interesa indicar que, probablemente, la profundidad de la resolución aquí apelada tenga causa en un hecho innegable como es que, **a fecha de hoy, no consta en las actuaciones la traducción de ninguno de los documentos adjuntos remitidos con la comisión rogatoria**, es decir, se limita – la resolución apelada – a basarse en la carta remitida por Doña Mary Ellen Warlow en su calidad de directora de la oficina de asuntos penales del Ministerio de Justicia de los Estados Unidos pero, **EL ÓRGANO A QUO JAMÁS HA HECHO TRADUCIR ESOS DOCUMENTOS** que, sin duda, le habría permitido tener un mejor conocimiento de los hechos remitidos desde los Estados Unidos y que, sin duda, le habrían llevado a unas conclusiones muy distintas de las alcanzadas.

Por lo anterior, debemos recordar lo ya dicho, no existe identidad ni subjetiva ni objetiva y, además, antes de entrar en un debate y análisis de cada uno de estos procedimientos hay que recordar algunos elementos importantes como son:

- a.- La propia descripción de 6 distintos supuestos procesos ya hace más que cuestionable la supuesta identidad objetiva y subjetiva en relación con los hechos y personas objeto de esta querrela porque, de darse la misma, no sería necesaria la existencia de tantos procedimientos,
- b.- es un hecho público y notorio, con amplia cobertura mediática, lo revelado en los denominados papeles de “Wikileaks” – nunca

cuestionados de inauténticos – en los que se evidenciaba la inexistencia de procedimiento penal alguno en los Estados Unidos por estos hechos y, además, la falta absoluta de intención de abrir ningún proceso al respecto, y

c.- la existencia, también revelada en dichos documentos, de la necesidad de estructurar una estrategia para intentar paralizar este procedimiento lo cual se ve, perfectamente, reflejado en el auto aquí apelado y que, sin duda, cuestiona el criterio utilizado para llegar a determinar esa supuesta identidad objetiva y subjetiva que sería necesaria para acordar alguna de las tres medidas adoptadas “cumulativamente” en el auto apelado (cuando decimos las tres medidas adoptadas nos referimos a la supuesta “inadmisión a trámite”, el “sobreseimiento” y la “inhibición” todo en una).

Entendemos que ahora se hace necesario un análisis de los diversos “casos” que presenta la respuesta de la comisión rogatoria internacional contestada, dentro del esquema idea según los documentos de Wikileaks, para intentar el archivo de esta querrela y que, por orden, son:

I.- “Informe-decisión de 5/01/2010 del Secretario de Justicia Auxiliar Adjunto de la Oficina de Responsabilidad profesional del Departamento de Justicia de EEUU sobre los aquí querellados señores Jay Bybee y John Yoo, concluyendo no haber base jurídica para procesarles penalmente y acordando que no procedía entablar procedimientos penales en relación a ningún otro funcionario del Poder Ejecutivo, incluidos los que nombra la querrela”:

Respecto a este punto queremos alegar sobre la base de un documento jurídico publicado conjuntamente por el **Center for Constitutional Rights** de Nueva York y el **European Center for Constitutional and Human Rights de Berlin** y elaborado por insignes juristas de dichas entidades sobre la información remitida por en la Comisión Rogatoria Internacional (CRI) y base de la decisión aquí apelada¹, en el cual se expone que:

“Como lo señala la exposición de Estados Unidos (se refiere a la CRI) , el Despacho de Responsabilidad Profesional (en lo sucesivo, el OPR por sus siglas en inglés) inició una investigación de la conducta profesional de dos de los seis querellados nombrados, a saber, Jay Bybee y John Yoo. Sin embargo, en cuanto al informe producido por el OPR, la exposición de Estados Unidos es tanto engañosa como incompleta. De ninguna manera presenta dicha exposición una descripción precisa o completa del mandato y la jurisdicción del Despacho de Responsabilidad Profesional, de los casi cinco años de investigación que emprendió acerca de la conducta —o falta de conducta— profesional de John Yoo y Jay Bybee, del papel que Yoo y Bybee desempeñaron en ese proceso, y de la decisión de David Margolis de anular los resultados de la investigación del OPR. Al no definir el muy estrecho alcance del proceso de evaluación del OPR, Estados Unidos oculta su falta de pertinencia con respecto al análisis de complementariedad y subsidiariedad.

La exposición de Estados Unidos trae a colación las conclusiones del fiscal general delegado David Margolis, pero no reconoce ni

¹ respuesta a la exposición hecha por estados unidos en relación con la querrela penal pendiente contra David Addington, Jay Bybee, Douglas Feith, Alberto Gonzales, William Haynes y John Yoo, Ney York-Berlín, abril de 2010, CCR y ECCHR

presenta los hallazgos de la investigación de casi cinco años realizada por el OPR, que culmina con el informe de 261 folios que se expidió el 29 de julio de 2009.² El informe del OPR concluyó que John Yoo había cometido mala conducta profesional intencionalmente y que Jay Bybee había cometido mala conducta profesional.

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

Respecto a los términos utilizados en dicho informe debe insistirse en que se dice, textualmente, que estamos ante una información “...**engañosa —y carente de honradez—**...” con las consecuencias que ello tiene en la cultura anglosajona y la relevancia jurídico-penal que puede conllevar; lo

² Departamento de Justicia de Estados Unidos, Despacho de Responsabilidad Profesional, Investigación de los memorandos del Despacho de Asesoramiento Jurídico sobre temas relacionados con el uso por parte del la CIA (Agencia Central de Inteligencia) de “Técnicas de interrogatorio perfeccionadas” en supuestos terroristas, 29 de julio de 2009 (“Informe de OPR”), se puede leer en: <http://judiciary.house.gov/hearings/pdf/OPRFinalReport090729.pdf>

dicen expertos en derecho norteamericano sobre una base sólida: **Estados Unidos ha pretendido engañarnos – cuestión distinta es si lo permitimos** – tomándonos por un país de tercer orden para cuyas autoridades bastaría cualquier cuento o explicación para asumirla como cierta; se verá a continuación que estas manifestaciones tienen una base concreta.

Continúa afirmando el meritado informe conjunto del CCR y del ECCHR razonando que:

“Como se trata en mayor detalle a continuación, en la exposición (quieren decir la respuesta a la CRI, es nota de quien suscribe) de Estados Unidos también se reconoce que el Departamento de Justicia ha tomado una decisión normativa de no enjuiciar a nadie que se haya basado en los memorandos sobre tortura, inclusive, tal parece, a los autores de dichos memorandos. La exposición de Estados Unidos reconoce y confirma que “el Departamento de Justicia ha concluido que es improcedente iniciar un proceso penal contra ningún otro funcionario del poder ejecutivo, incluidos aquellos nombrados en la querrela que hayan actuado con base en tales memorandos [el de Yoo y el de Bybee] y otros generados por el Despacho de Asesoramiento Jurídico durante el curso de su participación con respecto a las normas y procedimientos de detención e interrogatorio”.³ Tal decisión normativa demuestra que Estados Unidos no está dispuesto —y no que no tiene la capacidad— a investigar estos delitos por los cuales hay suficientes hechos comprobados para de hecho, tener la obligación de investigar, inter alia, por violaciones del Convenio contra la tortura.

³ Exposición de Estados Unidos, p. 2.

España no debe, y no puede, deferir una decisión normativa de no perseguir ni debe transferir el proceso a Estados Unidos cuando dicho país ha manifestado de manera inequívoca que no enjuiciará a nadie.

Revisado dicho informe hasta este momento, es evidente que la supuesta solicitud para instruir estas diligencias previas en los Estados Unidos no es más que una maniobra como la ya descubierta en los famosos “papeles de Wikileaks” tal cual se analizará posteriormente: nos han traído “cuencas de cristal” para engañarnos.

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

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

Es responsabilidad del OPR “investigar denuncias de mala conducta por parte de los abogados del Departamento y que se relacionen con el ejercicio de su autoridad para investigar, litigar o dar asesoría jurídica, así como también cualquier denuncia de mala conducta por personal de orden público cuando se relacionan con afirmaciones de mala conducta de los abogados que están dentro de la jurisdicción

del OPR.”⁴ No existe ninguna relación entre las labores definidas del OPR y los procedimientos penales, tal como se aclara en la exposición de Estados Unidos.

Por lo tanto, la evaluación del OPR no sólo se limitó en su alcance a evaluar mala conducta profesional, sino que también se limitó a abogados del Departamento de Justicia, y así sólo abarcó a dos de los seis querellados nombrados.⁵ Los otros cuatro querellados trabajaron en otras dependencias, fuera del alcance del OPR del Departamento de Justicia, durante el tiempo de los hechos que se están querellando, a saber: David Addington fue asesor jurídico y jefe de personal del ex vicepresidente Cheney; Douglas Feith fue subsecretario de defensa a cargo de la definición de normativas en el Departamento de Defensa; Alberto R. Gonzales fue asesor jurídico del presidente George W. Bush; y William J. Haynes fue asesor general en el Departamento de Defensa. Sobre ninguno de ellos se ha hecho investigación alguna respecto a sus actuaciones.

Básicamente, lo que dice este informe es que – a pesar de lo que se pretende con la respuesta de la CRI- estaríamos ante una situación en la

⁴ Véase <http://www.justice.gov/opr/about-opr.html> . Véase 28 C.F.R. Sección .39a(a)(1) (“Funciones” del OPR): (a) El Asesor: (1) recibirá, evaluará, investigará y referirá para que se tomen las medidas del caso toda acusación de mala conducta por personal de orden público cuando tales denuncias se relacionan con acusaciones de mala conducta de algún abogado dentro de la jurisdicción del OPR del Departamento de Justicia [...] (3) reportará al funcionario del Departamento que esté a cargo los resultados de las pesquisas e investigaciones que surjan de las autoridades de los estados, territorios y del Distrito de Columbia con respecto a asuntos de mala conducta profesional [...] conforme a los párrafos (a)(1) y (2) de la presente sección, y, cuando corresponda, **hacer recomendaciones sobre medidas disciplinarias y otras medidas correctivas**; [...] (6) trabajar en conjunto con el grupo disciplinario del colegio de abogados. Véase también el informe del OPR, página 14, en el que se define el mandato del OPR como “evaluar el cumplimiento de los abogados del Departamento según las normas departamentales y profesionales, sea en litigios o al dar asesoramiento jurídico, siendo esa la función clave del OPR.”; La “**jurisdicción del OPR se limita a repasar denuncias de mala conducta que se hagan contra los abogados del Departamento de Justicia** y contra personal de orden público que obre con base en las labores de los abogados de su autoridad para investigar, litigar o dar asesoría jurídica”. Se puede leer en: <http://www.justice.gov/opr/process.htm>.

⁵ La investigación del OPR de la conducta profesional de John Yoo y Jay Bybee se inició formalmente en octubre de 2004.

cual **NI TAN SIQUIERA EXISTIRÍA IDENTIDAD SUBJETIVA** pero, además, que se ha tratado del equivalente norteamericano a lo que podría ser la “comisión deontológica” del propio Colegio de Abogados, es decir un órgano con competencias meramente administrativas de exigencia de responsabilidades profesionales, no penales.

Seguimos con los importantes antecedentes que nos entrega dicho informe Jurídico de CCR y ECCHR:

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

- *El proceso del OPR es distinto al de una investigación penal y los investigadores del OPR tienen poderes más limitados que los de los fiscales o los agentes del orden público.*
- *Aquel que no sea empleado actual del Departamento de Justicia puede negarse a ser entrevistado en una investigación del OPR; el OPR no tiene poderes para expedir órdenes de comparecencia a testigos.⁶ Tales fueron los casos con varios de los testigos cuyo testimonio se procuró durante la investigación de Yoo y Bybee, incluidos entre otros: el ex fiscal general John Ashcroft, personal y abogados del centro de contraterrorismo de la CIA, y otros, que se negaron a ser entrevistados⁷ Es de notarse que el querellado David Addington, ex asesor del vicepresidente Cheney,*

⁶ Informe del OPR, página 12.

⁷ Informe del OPR, página 7.

*ni respondió a las solicitudes de entrevista de los investigadores del OPR.*⁸

- *El OPR no cuenta con poderes para hacer citatorias (quiere decir reclamar documentos y citarlos judicialmente, nota de quien suscribe este recurso) **judiciales de documentos.***⁹ *Tal como lo aclara el Informe del OPR: “La evaluación administrativa del OPR de las afirmaciones de mala conducta profesional son diferentes de un litigio civil, en el que las partes puede pedir documentos o valerse de declaraciones juramentadas, y son diferentes de una investigación penal en la que se tiene acceso a testigos y documentos mediante el uso de los emplazamientos obligatorios del jurado de acusación”.*¹⁰
- *Incluso en casos en los que se establece la mala conducta profesional, el “castigo” es exclusivamente de índole disciplinaria, incluida una remisión al asesor jurídico del colegio de abogados en las jurisdicciones en las que se les otorga al abogado su licencia para ejercer, lejos de las sanciones que se pueden imponer en un proceso penal.*¹¹ *Cuando el OPR falló que John Yoo “intencionalmente había cometido mala conducta profesional al violar su deber de ejercer un juicio legal independiente mediante asesoría jurídica cabal, objetiva y franca”, y que Jay Bybee “había cometido mala conducta profesional cuando actuó con*

⁸ Informe del OPR, página 7.

⁹ Véase el Informe del OPR, páginas 12 y 13.

¹⁰ Informe del OPR, página 13, nota 12.

¹¹ Véase el Informe del OPR, página 13.

imprudencia e indiferencia de su deber de ejercer un juicio legal independiente mediante asesoría jurídica cabal, objetiva y franca”, el castigo para ambos fue “dar aviso al colegio de abogados en los estados en los que Yoo y Bybee cuentan con licencias para ejercer su profesión”.¹²

Es evidente, de este análisis y de la documentación y legislación en la cual se sustenta, que estamos ante una comisión deontológica que, incluso, tiene efectos más restringidos que los que podría tener el órgano deontológico en el ámbito disciplinario del ejercicio profesional como abogado en España porque sólo puede hacer recomendaciones a los colegios de abogados pero no imponer, directamente sanciones, cosa que en España cualquier Colegio de abogados sí podría hacer; dicho en términos de este recurso, **NO ESTAMOS ANTE UNA PERSECUCIÓN EFECTIVA NI EFICAZ.**

El mismo informe de CCR y ECCHR afirma que:

“También es importante recalcar que en contraste con las investigaciones penales, el proceso de investigación del OPR en el caso de Yoo y Bybee incluyó el repaso del borrador del informe por John Yoo y Jay Bybee. Tal repaso por Yoo y Bybee parece haber sido resultado de sendos repasos realizados en diciembre de 2008 por el fiscal general y el fiscal general delegado en las últimas semanas del gobierno de Bush. Ambos señores manifestaron “sus críticas acérrimas de los hallazgos citados en el borrador del informe” y remitieron una carta al OPR expresando sus inquietudes

¹² OPR, página 11, nota 10.

y críticas.¹³ Si bien el OPR había tenido la intención de divulgar el informe en enero de 2009 sin someterlo a repaso por John Yoo y Jay Bybee, el fiscal general Musakey del gobierno de Bush y su fiscal delegado, expresaron sus objeciones por lo que el informe no había sido revisado por los sujetos de la investigación antes de que divulgara públicamente.¹⁴

*El borrador del informe se le entregó entonces a los sujetos de la investigación —Bybee y Yoo— para que lo repasaran y presentaran sus comentarios dentro de un marco de 60 días. Ambos sujetos presentaron sus comentarios en mayo de 2009. De tal manera, la divulgación del informe se retrasó seis meses.*¹⁵

Se imaginan la fuerza investigadora que tiene el OPR que, incluso, sus conclusiones preliminares pueden, y de hecho lo fueron, revisadas por los afectados antes de su publicación y divulgación; evidentemente estamos ante una investigación de un nivel de intensidad tan bajo que más parece la reprimenda de un club de amigos que un concepto claro de persecución eficaz.

Al respecto dicen en el informe de CCR y ECCHR que:

¹³ Informe del OPR, página 9.

¹⁴ Véase Memorando del fiscal general delegado David Margolis dirigido al fiscal general de la nación Eric Holder, *Decisión ref: las objeciones sobre los dictámenes de mala conducta profesional en el Informe del Despacho de Responsabilidad Profesional sobre la investigación de los memorandos del Despacho de Asesoramiento Jurídico respecto al uso por la CIA de 'Técnicas de interrogatorio perfeccionadas' con supuestos terroristas*, 5 de enero de 2010 (el "memorando de Margolis"), que se puede leer en:

<http://judiciary.house.gov/hearings/pdf/DAGMargolisMemo100105.pdf>, páginas 4-6.

¹⁵ Véase el memorando de Margolis, página 6.

“Las reacciones de Yoo y Bybee al borrador del informe fueron “fuertemente críticas” y se observaron diferencias significativas entre el borrador original y el informe definitivo, aunque en ambas versiones el OPR concluyó que ambos sujetos habían cometido mala conducta profesional.”¹⁶

Lo que decimos, un club de amigos que acuerda dar una “reprimenda” a dos de sus socios; si a eso se le quiere dar el carácter de persecución efectiva entonces es claro que estamos ante una distorsión de la norma y de los deberes de tutela efectiva.

Más adelante se razona por parte de CCR y ECCHR que:

“Si bien mantenemos nuestra oposición a la clasificación de la evaluación del OPR como una “investigación” propiamente dicha para efectos de evaluar si Estados Unidos está realizando una “investigación efectiva” de los hechos que se citan en la querrela, tal como se indicó anteriormente, según la jurisprudencia europea aplicable, una investigación “efectiva” es una que es “independiente jerárquica e institucionalmente de cualquier persona implicada en los hechos”.¹⁷ El hecho de que Yoo y Bybee participaron directamente en el proceso de revisión del OPR y tuvieron injerencia directa en su resultado hace surgir preguntas —e inquietudes— muy graves acerca de la independencia de este proceso de investigación.

Deficiencias y errores de hecho en el informe del OPR

¹⁶ Memorando de Margolis, páginas 7 y 8. Véase también el informe del OPR, página 10 : “el OPR estas respuestas detenidamente y efectuó los cambios que correspondían en el borrador del informe”.

¹⁷ Véase *supra* página 4, nota 10

➤ *La investigación del OPR adolece de errores de hecho, debidos en gran parte al acceso limitado con que contaron los investigadores del OPR a testigos y documentos, sobre todo en cuanto se refiere a la CIA, así como a la misteriosa desaparición de los mensajes electrónicos del querellado John Yoo.*

- *Tal como se reconoce en el informe del OPR: “Si bien hemos tratado de presentar el recuento más completo posible de los hechos y las circunstancias que rodean el papel del Departamento en la implantación de ciertas prácticas de interrogatorio por parte de la CIA, es importante señalar que **nuestro acceso a información y testigos por fuera del Departamento de Justicia se limitó a aquellas personas y dependencias dispuestas a colaborar con nuestra investigación**”.*¹⁸
- *La investigación del OPR “se vio obstaculizada por la pérdida de los mensajes electrónicos de Yoo y de Philbin, por nuestra necesidad de procurar la colaboración voluntaria de testigos que no eran empleados del Departamento de Justicia, y también por nuestro acceso limitado a la documentación de la CIA y de testigos de dicha entidad (incluidos casi todos los abogados de la CIA y todos los testigos de la Casa*

¹⁸ Informe del OPR, página 10.

Blanca, aparte del ex consejero de la Casa Blanca Alberto Gonzales)".¹⁹

Cuando se refiere, este club de amigos, a la “*pérdida de los mensajes electrónicos de Yoo y de Philbin*” se está hablando de lo que en España llamamos destrucción de pruebas y lo decimos a los efectos de comprender ante qué tipo de personajes estamos y cuál es su real implicación en los hechos objeto de este procedimiento.

Sigue el informe de CCR y ECCHR afirmando que:

- *Los investigadores del OPR también reconocieron la incertidumbre y la falta de conclusividad de sus hallazgos.*
 - *“Durante el curso de nuestra investigación, salieron a la luz, gracias a las iniciativas de la prensa y en fechas más recientes gracias a investigaciones del Congreso, elementos significativos. Aunque creemos que nuestros hallazgos relacionados con los consejos jurídicos contenidos en el memorando de Bybee y otros memorandos posteriores relacionados son completos, dadas las dificultades que el OPR experimentó al obtener información durante los últimos cinco años, sigue siendo posible que con el tiempo surja otra información sobre el programa de la CIA y los*

¹⁹ Informe del OPR, página 14.

*programas militares de interrogatorio que podrían influir en nuestras conclusiones”.*²⁰

La revisión por parte de Margolis

Luego de la determinación del OPR de que John Yoo y Jay Bybee debían ser remitidos a sus respectivos colegios de abogados debido a los sendos dictámenes de mala conducta profesional, el informe fue transmitido al fiscal general delegado David Margolis para su estudio. Yoo y Bybee presentaron a Margolis comentarios sobre el informe del 29 de julio de 2009.²¹ Al hacer uso de una norma menos exigente para evaluar la conducta de los sujetos, Margolis concluye que si bien el trabajo de Bybee refleja “errores”, no amerita medidas disciplinarias.²² Con respecto a Yoo, aunque dice que es “cuestión cerrada”, al fin de cuentas, Margolis “no está listo para concluir” que Yoo a sabiendas dio asesoría jurídica imprecisa o que actuó con indiferencia consciente con respecto a las consecuencias de sus actuaciones.²³

Margolis indica con claridad absoluta que el resultado de su rechazo del dictamen de mala conducta profesional por el OPR y su reemplazo por un hallazgo de que Yoo y Bybee tuvieron “errores de criterio” es que los casos de los dos sujetos no serán remitidos por el Departamento de Justicia a las autoridades disciplinarias de sus respectivos colegios de abogados,²⁴ no hay sugerencia, y menos posibilidad, de que el resultado de los análisis de Margolis pudieran ser lo que sugiere la exposición de Estados Unidos, o sea que no

²⁰ Informe del OPR, página 10.

²¹ Memorando de Margolis, página 2.

²² Memorando de Margolis, páginas 64 y 65.

²³ Memorando de Margolis, página 67.

²⁴ .Memorando de Margolis, página 68.

existe ningún fundamento para proseguir con un procesamiento penal. La exposición de Estados Unidos sencillamente está errada cuando manifiesta que Margolis concluyó que Yoo y Bybee no habían violado ninguna “norma jurídica”. Margolis no examinó los precedentes en el derecho penal para adscribir la responsabilidad de abogados. El tema de la persecución penal se vio totalmente excluido del mandato de la evaluación de Margolis, de la misma manera que se encontró fuera de la investigación del OPR.

De este análisis fáctico y jurídico realizado por juristas con amplia experiencia y conocedores de las leyes norteamericanas, es evidente que la CRI ha sido parcializada, buscando un único objetivo y el mismo parece estarlo consiguiendo, especialmente cuando **NINGUNO DE SUS ANEXOS – PROFUSOS EN DETALLES – HAN SIDO SIQUIERA TRADUCIDOS NI MUCHO MENOS TENIDOS EN CONSIDERACIÓN POR EL INSTRUCTOR.**

En resumidas cuentas, aparte de intentar y conseguir engañar al Juez Instructor, la CRI contiene elementos bastantes como para haber determinado que en E.E.U.U. no existe voluntad alguna de investigar estos hechos y, por tanto, España no debe, ni puede avalar una decisión política de no juzgar; cuando hablamos de decisión política lo hacemos sobre la siguiente base:

a.- no existe posibilidad legal alguna, en EE.UU. de que las víctimas presenten sus propios cargos penales en contra de los querellados, y

b.- la decisión política incluye al Fiscal General de los Estados Unidos con lo cual ningún proceso penal se instruirá para la investigación de tan graves crímenes.

El órgano de instrucción, en función de su obligación tutelar, debió adentrarse algo más en la valoración de los elementos aportados en la CRI para, luego, sobre una base documentada tomar la decisión que considerase ajustada a Derecho pero, evidentemente, es imposible tomar una decisión a cabalidad cuando parte fundamental de la documentación aportada en la CRI se encuentra aún en idioma inglés.

Si se quisiese asumir – forzando cualquier entendimiento del asunto - que estamos ante una identidad objetiva, jamás podríamos alcanzar la conclusión de que existiese una identidad subjetiva porque el informe remitido por los Estados Unidos hace mención a una investigación deontológica que **SÓLO AFECTA A DOS DE LOS QUERELLADOS y en la forma que ya hemos descrito.**

Abundando en lo anterior, parece necesario recordar, hecho público y notorio, que el 9 de noviembre de 2010, George W. Bush, ex presidente de Estados Unidos, lanzó al mercado sus memorias en el libro “DECISION POINTS”. En dicho libro, él reconoce que autorizó la tortura, inclusive el simulacro de asfixia con agua, de personas que estaban en custodia de Estados Unidos.

Dentro del mismo libro se dedica a realzar el papel clave que los querellados desempeñaron al autorizar la tortura. Bush pormenoriza cómo, según instrucciones de él, los abogados del Departamento de Justicia y de la CIA (*Central Intelligence Agency*) realizaron un estudio jurídico de la

relación de técnicas de interrogación propuestas por la Agencia Central de Inteligencia.

Tales técnicas incluyeron el simulacro de asfixia con agua que, según el actual fiscal general Eric Holder, se ha definido de manera inequívoca como acto de tortura.²⁵ Bush manifestó que los abogados concluyeron que el simulacro de asfixia con agua y otras técnicas “cumplen con lo que ordena la Constitución y todas las leyes correspondientes, inclusive aquellas que prohíben la tortura”²⁶ – lo que no deja de ser un paradigma del entendimiento de lo que debe ser la legalidad.

Una vez que recibió dicha asesoría jurídica emitida por los abogados del gobierno – querellados en este proceso-, en la que se declara que es permitido someter a detenidos a dicha asfixia simulada con agua, Bush confiesa que respondió “sin lugar a dudas” cuando le consultaron si un detenido dado u otro podía o debía someterse a tales actos.²⁷

Las manifestaciones de Bush en su libro, así como múltiples declaraciones de prensa realizadas después del lanzamiento del mismo, confirma lo que se alega en la querrela de la que esta apelación trae causa, es decir, que sin las opiniones jurídicas de los acusados, el programa de torturas no se habría podido efectuar ni se habría efectuado.

Como si lo anterior fuese poco, para situarnos sobre la materia que estamos tratando, sería interesante recordar que el 19 de noviembre de 2010, Yoo

²⁵ Véase la transcripción de la audiencia de confirmación de Eric Holder como fiscal general de Estados Unidos, 16 de enero de 2009, que se puede leer en:

http://www.nytimes.com/2009/01/16/us/politics/16text-holder.html?_r%41&pagewanted%4all

²⁶ G.W. Bush, DECISION POINTS (Crown Publishing Group: New York, 2010), página 169.

²⁷ *Id.* en la página 170.

reconoció que la asesoría legal que él había dado se vio influenciada *no* por normas objetivas tal como lo exige la ley, sino por el entorno político y el ambiente posterior al 11 de septiembre, en el sentido de que de manera coherente enfatiza el contexto en el cual él brindó su asesoría: “Creo que mis criterios legales eran correctos *dadas las circunstancias*”.²⁸

Al hablar del uso del simulacro de asfixia con agua o de la definición de tortura, Yoo califica a ambos con “en el momento”, con lo que demuestra su consideración indebida de los criterios políticos o normativos al emprender un análisis jurídico.²⁹

El motivo de citar estas manifestaciones del querellado Sr. Yoo es que este proceder concuerda con la conclusión de la OPR del Departamento de Justicia de que en las labores que realizó en los “memorandos sobre la tortura”, Yoo “no ofreció una interpretación cabal, objetiva ni franca de la ley” y **sí cometió una falta grave de conducta profesional impropia e intencional** al “colocar su deseo de satisfacer al cliente por encima de su obligación de dar consejos jurídicos cabales, objetivos y francos”.³⁰

Dicho esto, y apuntadas las conclusiones reales de la OPR, parece que las mismas se distancian de aquella información tergiversada e interesada que fue remitida dentro de la CRI sobre la cual sustentó el órgano de instrucción su resolución aquí apelada.

²⁸ “Yoo defiende los ‘memorandos sobre tortura’”, Leave in English the title? CNN, 19 de noviembre de 2010, que se puede ver en:

<http://www.cnn.com/video/data/2.0/video/bestoftv/2010/11/19/exp.ps.john.yoo.torture.cnn.html>. Se recuerda que la prohibición contra la tortura no es derogable; no existe circunstancia excepcional que justifique su empleo.

²⁹ *Id.*

³⁰ Despacho de Responsabilidad Profesional, Informe, Investigación del memorando del Despacho de Asesoría Legal sobre temas relacionados con el uso por la CIA de “Técnicas de interrogación perfeccionadas” con sospechosos de terrorismo”, 29 de julio de 2009, páginas 251 a 254, que se puede leer en: <http://judiciary.house.gov/hearings/pdf/OPRFinalReport090729.pdf>

En todo caso, lo relevante es que **esa investigación no tenía carácter jurisdiccional sino DEONTOLÓGICO** y, además y por si fuese poco, habla de graves faltas que, trasladadas al ámbito penal tienen las consecuencias descritas en el cuerpo de nuestra querrela.

Parece estar claro que el gobierno del Presidente Obama ha optado por **investigar tan sólo una cantidad muy limitada de los maltratos de detenidos cometidos por agentes de la CIA**, sólo aquellos que se *sobrepasaron* de lo que se prescribió en los memorandos sobre tortura objeto de esta querrela.

A pesar de todo, 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.

El Sr. 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”*.³¹ Sin embargo, y a los efectos de lo que aquí nos interesa – persecución efectiva - el gobierno norteamericano se ha negado 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 cometiesen.

³¹ 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/>.

Pese a que la OPR concluyó que Yoo y Bybee de hecho habían participado en “mala conducta profesional deliberada”, no se impuso ninguna acción disciplinaria porque el fallo de dicha OPR terminó siendo sobreseído en un memorando débilmente sustentado redactado por el fiscal general delegado David Margolis en enero de 2010³² y que es la base de la parcializada de la información remitida dentro de la CRI tal cual se ha analizado anteriormente.

El presidente Barack Obama se ha valido de una norma que favorece la impunidad por crímenes de guerra, tortura y delitos de lesa humanidad³³ y al hacerlo, ha hecho caso omiso de las obligaciones de Estados Unidos, que es firmante de los Convenios de Ginebra y del Convenio contra la tortura, de investigar y enjuiciar a quien cometa o que sea cómplice en la comisión de crímenes de guerra y tortura, obligación que también tienen los Tribunales españoles.

De manera similar, el Fiscal General Sr. Holder, ha demostrado su falta de voluntad para encausar estas contravenciones de las leyes nacional e internacional. El Sr. Holder sólo dio un paso pequeño en agosto de 2009 al dar inicio a una investigación limitada y preliminar de una corta serie de incidentes de menor importancia.³⁴

³² Véase *supra* n. 45. Para ver un análisis del memorando de Margolis que sobreesee el Informe del Despacho de Responsabilidad Profesional, 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>.

³³ Véase Opinión de experto conjunta, en las páginas 8 a 10, que se puede leer en inglés y español en: <http://ccrjustice.org/files/FINAL%20Expert%20Opinion%20final%20es.pdf> y en

http://www.ccrjustice.org/files/FINAL%20EXPERT%20OPINION%20ENG_0.pdf.

³⁴ *Id.* en las páginas 9 a 10.

Es significativo que esta investigación preliminar **excluye el tema de la presente querrela y de manera explícita excluye de toda investigación los actos de los aquí querrellados**. El Fiscal General Sr. Holder ha dejado muy claro que los integrantes 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 en 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... este repaso preliminar no se enfocará en tales personas”.³⁵

Dicho en otros términos, Holder ha garantizado la impunidad para los torturadores y, también y de pasada, para los inductores y asesores en la materia, que son los aquí querrellados; ahora bien, ante tal cúmulo de antecedentes resulta risible que se nos indique que en Estados Unidos existe cualquier tipo de persecución efectiva si quien tiene la potestad de hacerlo, siempre bajo el principio de oportunidad, ha decidido no hacerlo.

Si bien ha divulgado ciertas críticas de los memorandos sobre tortura redactados por los acusados, el fiscal general Holder confirmó que tales documentos —y sus autores (los aquí querrellados)— no estaban sujetos a estudio jurídico por el Departamento de Justicia (investigación penal ni de

³⁵ Véase declaración del fiscal general Eric Holder sobre su estudio preliminar de los interrogatorios de ciertos detenidos, 24 de agosto de 2009, se puede leer en internet en

<http://www.usdoj.gov/ag/speeches/2009/ag-speech-0908241.html>

ningún tipo), sino que sólo se podrá investigar a aquellas personas que se excedieron y pisaron más allá de lo que se “autorizó” en los memorandos y, textualmente se puede leer que:

*“Es cosa de definir si las personas se excedieron de lo vertido en las opiniones bastante extremas [del Despacho de Asesoría Legal], de definir si hubo personas que se pasaron de la raya. Eso es lo que estamos estudiando.”*³⁶

En junio de 2010, el fiscal general Holder explicó que pronto se darían a conocer los resultados de esta investigación limitada;³⁷ al cabo de seis meses, y más de ocho años después de que los actos de tortura que nos ocupan ocurrieran, no se ha dicho ni una sola palabra al respecto. Sea como sea, está claro que tal investigación limitada no cubre para nada las obligaciones de investigación contra los aquí querellados y, por lo tanto, no tiene ninguna relevancia en materia de subsidiariedad para la continuación del proceso que nos ocupa.

Un tema que no debemos pasar por alto es que, cuando venimos insistiendo en que existe un decisión política de no investigar estos hechos por parte de los Estados Unidos, lo hacemos sobre la siguiente base: en primer lugar, el **FISCAL GENERAL DE LOS ESTADOS UNIDOS** es un **CARGO DE LIBRE DESIGNACIÓN** por parte del Presidente, que ni tan siquiera tiene que provenir de la carrera fiscal o judicial, y, en segundo lugar, **RIGE EN DICHO PAÍS EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD PENAL.**

³⁶ R. Reilly, “Holder: casi está listo el repaso del tratamiento de detenidos por la CIA”, 18 de junio de 2010, que se puede leer en: <http://www.mainjustice.com/2010/06/18/review-of-cias-treatment-of-detainees-nearly-complete/>

³⁷ *Id.*

Esta fusión de ambas ideas debe tenerse presente a la hora de valorar lo que estamos diciendo; no es necesario ser un acabado conocedor del sistema legal vigente en EE.UU. para poder asumir que ante tal panorama difícilmente se puede llegar a conclusión distinta respecto al resultado: ni se ha investigado ni se va a investigar porque así lo ha decidido la administración actual y, como decimos, porque así lo puede acordar el Fiscal General – como ya ha anunciado – sin vulnerar precepto legal alguno.

Aquí no estamos para realizar ni un estudio comparado de los sistemas ni, tampoco, determinar cuál es mejor o peor, sólo constatamos hechos y datos que permiten llegar, sin lugar a dudas, a la conclusión que de forma tan reiterada venimos exponiendo a lo largo de este escrito.

II.- Procedimientos penales federales concluidos (David Passaro, Don Ayala) y otros pendientes iniciados a instancias del Departamento de Justicia referidos a malos tratos a prisioneros:

Creemos que de un análisis de la documentación remitida por parte de las autoridades de los Estados Unidos se evidencia que los casos Passaro y Ayala nada, absolutamente nada, tienen que ver con el objeto y sujetos de este procedimiento; estamos ante lo que en algún juego de azar se denomina “bluf” o en otros términos podríamos definir como “cortina de humo”, puesto que la evidencia es tan rotunda que es casi una falta de respeto profundizar más en este caso.

EL CASO PASSARO: se trata de un “contratista” que trabajaba para la Agencia Central de Inteligencia y en contra del cual se presentó una querrela criminal, en el año 2003, por agredir a un detenido en

AFGANISTAN; evidentemente, la autora de la CRI debe tener algún tipo de problema con la geografía pero quienes suscribimos tenemos un perfecto conocimiento de que Afganistán no se encuentra dentro de la base naval de Guantánamo.

Basta leerse la querrela para tener claro que no hemos incluido en la querrela ningún hecho ocurrido en Afganistán, tratar de mezclar las cosas no es más que una estrategia que sería legítima si no viniese incluida en un documento oficial de un Estado que parece tomarnos por ignorantes a todas las partes de este proceso, dicho siempre en estrictos términos de acusación.

De esa parte de la información remitida en la CRI lo único rescatable, si algo tiene, es cuando se afirma, respecto del caso Passaro que *“Y el Fiscal Federal observó que la competencia extraterritorial que ejerce los Estados Unidos “no solo es vital para investigar y enjuiciar a terroristas, sino que también sirve para proteger las libertades civiles ... independientemente de cuál sea su nacionalidad”*.

Con tal manifestación no podemos estar más de acuerdo y, miren por dónde, es justamente lo que venimos alegando como **CONEXIÓN RELEVANTE CON ESPAÑA**; es la protección de las libertades civiles – derechos fundamentales – la más relevante conexión entre España y cualesquiera actos de tortura cometidos y, como parece ser que en los Estados Unidos también entienden que es aplicable el principio de jurisdicción universal ante determinados delitos, creemos que no deberían tener inconveniente alguno en que aquí se continúe investigando los hechos objeto de este procedimiento.

Dice también la CRI que: “*la resolución completa del Tribunal se adjunta como Anexo B*”, lo que pasa es que **el a quo no se ha tomado ni la molestia de traducir ese Anexo B – ni ningún otro** – porque de haberlo hecho sabría que estamos ante lo dicho: “una cortina de humo” en la cual nos relatan un hecho que no alcanza, ni por asomo, elemento alguno de identidad con los hechos objeto de esta querella.

EL CASO AYALA: debemos insistir en que estamos ante un serio problema de geografía por parte de la Warlow, toda vez que se trata de un proceso seguido en contra de Don Ayala quien, al igual que Passaro, era un contratista (vaya uno a saber qué tipo de contratistas realizaban estas personas en Afganistán) que fue condenado el 3 de febrero de 2009 por un Tribunal federal de Estados Unidos – por aplicación del principio de Jurisdicción Universal que aquí se quiere restringir – por un delito de asesinato al dar muerte a la que él y soldados estadounidenses habían detenido.

Insistimos, **esta querella no tiene relación alguna con Afganistán y, tampoco sabemos qué tipo de contratista es aquel que puede, incluso, en conjunción con soldados estadounidenses detener a personas en Afganistán** – en todo caso nos imaginamos a qué “contratistas” se refiere; en cualquier caso, **si el a quo hubiese traducido y leído el Anexo C de la CRI** tendría claro que no es correcto, ni tan siquiera mencionar, tal caso como uno que sirviese para entender que en Estados Unidos existe cualquier tipo de persecución eficaz en contra de los aquí querellados.

Respecto de estos dos casos que se nos aportan como “ejemplos” por parte de las autoridades norteamericanas, también se han pronunciado los juristas del CCR y ECCHR cuando afirman en su informe de Abril de 2011, ya citado anteriormente, que:

La exposición de Estados Unidos cita el enjuiciamiento de dos contratistas civiles de que el Departamento de Justicia de Estados Unidos puede encargarse y de hecho se encargará de las numerosas denuncias de tortura y otras violaciones de gravedad cometidas contra centenares e incluso millares de personas retenidas en centros de detención estadounidenses a lo largo y ancho del orbe. El hecho de que el Departamento de Justicia puede señalar a tan solo dos enjuiciamientos que ni siquiera son de empleados del gobierno revela claramente el hecho de que el Departamento de Justicia ha optado, durante los últimos nueve años, por mirar hacia otro lado para no iniciar investigaciones de los actos de funcionarios del gobierno. Además, la investigación y el enjuiciamiento de dos contratistas civiles por delitos cometidos en Afganistán —en ambos casos implica la muerte de un detenido— fundamentalmente no tiene ninguna injerencia en la decisión de si los 6 ex funcionarios gubernamentales de alto nivel van a ser enjuiciados por tortura y otras violaciones graves del derecho internacional.³⁸

La exposición de Estados Unidos parece proseguir con la noción errada de que lo único que tiene que hacer para satisfacer al juzgado español a fin de que defiera su jurisdicción por sobre el caso es demostrar que el sistema judicial estadounidense podría — en teoría— permitir que se realizara el procesamiento de los querellados. No hay duda de que el sistema judicial de Estados Unidos cuenta con jurisdicción por sobre el enjuiciamiento de estas

³⁸ También se debe recalcar que en el caso de David Passaro, Passaro causó la muerte de un detenido, Abdul Wali, en Afganistán. Passaro fue acusado y condenado de *agresión*; no hubo imputación de asesinato ni de homicidio contra Passaro por causar la muerte de Wali, a quien Passaro le propinó sendas palizas el 19 y el 20 de junio de 2003, y quien falleció en su celda el 21 de junio de 2003.

personas, sea según inter alia el Estatuto contra la tortura (18 USC § 2340A) o el Estatuto de crímenes de guerra (18 USC § 2441).

Evidentemente estamos ante una opinión que compartimos, los Estados Unidos cuentan con un sistema que podría llevar a cabo una persecución efectiva de los hechos objeto de querrela pero, entendemos, está acreditado más allá de cualquier duda, que lo que falta es la decisión política de hacerlo y, más aún, ese tipo de decisión – la política – es justamente en sentido contrario, buscándose la impunidad a cualquier precio.

III.- Procedimientos administrativos y penales del Departamento de Defensa de EEUU: Programa para detenidos del Departamento de Defensa, más de 100 enjuiciamientos al amparo del Código de Justicia Militar con sanciones penales (v. gr. US vs Graner, US vs Maynulet, US vs Clagett...), estudios internos de la CIA sobre trato dispensado a detenidos, etc.

Sí han tenido lugar un número de investigaciones que no son de índole penal y que son de alcance y naturaleza limitadas (es decir, no cuentan con poderes de exigir comparecencia, tienen mandatos limitados dirigidos a incidentes específicos y a unidades específicas y aisladas)³⁹

³⁹ Ver, por ejemplo, A. Taguba, Artículos 15 a 16: Investigación de la Brigada 800 de la Policía Militar (2004). Se consigue en: <http://www.dod.mil/pubs/foi/detainees/taguba/> (se citan instancias de ‘abuso penal sádico, flagrante y alevoso’ en Abu Ghraib); J. Schlesinger, Informe definitivo de Panel para repasar las operaciones de detención del Departamento de Defensa, Agosto de 2004, se consigue en: <http://www.defenselink.mil/news/Aug2004/d20040824finalreport.pdf> (los abusos fueron ‘generalizados’ y graves en cifras y efecto); G. Fay y A. Jones, US Army, AR 15-6 Investigación de las actividades de inteligencia en la prisión de Abu Ghraib Prison y la Brigada 205 de Inteligencia Militar (2004), Se consigue en: http://www.washingtonpost.com/wp-srv/nation/documents/fay_report_8-25-04.pdf; Informe del inspector general de la CIA.

Se consigue en: http://luxmedia.vo.llnwd.net/o10/clients/aclu/IG_Report.pdf. Ver también, Médicos para los derechos humanos, leyes violadas, vidas violadas: las pruebas médicas de tortura por el personal estadounidense y su impacto, junio de 2008; Informe del CICR sobre el trato dado por las fuerzas de la Coalición a los prisioneros de guerra y otras personas protegidas por los Convenios de Ginebra en Irak durante la detención, la reclusión y el interrogatorio, febrero de 2004. Se consigue en: http://www.globalsecurity.org/military/library/report/2004/icrc_report_iraq_feb2004.pdf.

Aunque varias de estas investigaciones involucraron a integrantes de una rama dada del gobierno o se trataba del estamento militar auto - investigándose, el efecto acumulado de estos informes e investigaciones indica que sí hubo violaciones graves del derecho internacional⁴⁰.

Es lamentable que el efecto también ha sido la impunidad: aparte de una cantidad reducida de soldados de bajo rango presentes en Abu Ghraib (**NO EN GUANTÁNAMO**) e implicados en el escándalo de tortura que se vio allí, ningún funcionario estadounidense (ni militar ni civil) y definitivamente, ningún funcionario de alto nivel y, mucho menos, ninguno de los querrellados⁴¹ ha tenido que rendir cuentas en ningún juzgado, tribunal o comisión por su conducta⁴².

Aquí creemos que es conveniente volver a citar el informe jurídico realizado conjuntamente por el CCR y el ECCHR en el cual, respecto al contenido de la respuesta de la CRI dicen:

“El juez Velasco le preguntó a Estados Unidos “si alguna autoridad está investigando o procesando los hechos detallados en esta querrela”. La única “autoridad” que está habilitada para iniciar

⁴⁰ Ver, Comisión del Senado de las Fuerzas Armadas, consulta sobre el trato de los detenidos en custodia estadounidenses. Se consigue en http://www.armed-services.senate.gov/Publications/Detainee%20Report%20Final_April%2022%202009.pdf

⁴¹ El Despacho de Responsabilidad Profesional del Departamento de Justicia dirigió un estudio que no fue de índole penal de ética administrativa relacionado con el trabajo de John Yoo y Jay Bybee. Ver Investigación los memorándums del Despacho de Asesoría Legal sobre temas relacionados con el uso por la CIA de “Técnicas de interrogación avanzadas” en presuntos terroristas,” 29 de julio de 2009, Se consigue en:

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

⁴² Ver, por ejemplo, ‘Abusos en el encausamiento de detenidos en las operaciones estadounidenses antiterrorismo, International Center for Transitional Justice, Noviembre de 2009, pág. 35 ff, Se consigue en: http://www.ictj.org/static/Publications/ICTJ_USA_CriminalJustCriminalPolicy_pb2009.pdf (se detallan los posibles motivos por la falta de pruebas claras y concluyentes de que funcionarios estadounidenses participaron en violaciones graves del derecho internacional, incluida la tortura).

una investigación y persecución penales de los querellados nombrados es el Departamento de Justicia. La mención en la exposición de Estados Unidos de las medidas que han tomado otros componentes del gobierno estadounidense —a saber, el Departamento de Defensa, la Agencia Central de Inteligencia y el Congreso— está fuera de orden, por más que sea muy reveladora. Aparte de la mención de las investigaciones que están efectuando otros departamentos del gobierno y las acciones tomadas por el Departamento de Defensa contra un número reducido de soldados perpetradores (de diversos delitos, habrán querido decir – nota de quien suscribe este recurso), Estados Unidos sólo podría citar el enjuiciamiento de dos empleados no gubernamentales y una investigación preliminar que está en marcha y que es de alcance limitado de tal manera que excluye a los querellados nombrados, como respuesta a los muy bien documentados recuentos de tortura, trato cruel, inhumano y degradante y otras contravenciones graves cometidas contra personas retenidas en custodia de Estados Unidos a lo largo y ancho del planeta que han identificadas como tales por numerosas fuentes, incluido el Comité Internacional de la Cruz Roja y varios componentes de Naciones Unidas, incluido el reportero especial sobre tortura.

La realidad sigue siendo, sin embargo, que las investigaciones para definir los hechos, efectuadas por dependencias del gobierno y por el Congreso, de ninguna manera reemplazan investigaciones y enjuiciamientos penales completos.⁴³ Como se dijo anteriormente con relación al Despacho de Responsabilidad Profesional, estas investigaciones tienen poderes limitados respecto al emplazamiento obligatorio de testigos y documentos.

⁴³ Véase en general Opinión de experto de abril de 2010, página 8.

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

- *Los enjuiciamientos del Departamento de Defensa se han limitado a soldados de bajo rango; dicho Departamento no ha ascendido por la cadena de mando para enjuiciar a oficiales, y sin duda alguna tampoco ha contemplado a los funcionarios civiles de alto nivel del Departamento. Incluso en el tristemente célebre caso de Abu Ghraib, los enjuiciamientos se limitaron a las llamadas “manzanas podridas”.*
- *Si bien el Departamento de Defensa ha realizado toda una serie de investigaciones, que **han concluido que los detenidos en custodia de Estados Unidos han sido sometidos a conductas que violan las leyes nacionales y el derecho internacional**, la manera como se realizaron las investigaciones ha sido problemática. Las investigaciones se limitaron a unidades o ubicaciones específicas,⁴⁴ y nunca examinaron al Departamento de Defensa en su totalidad, hasta llegar e incluir al Secretario de Defensa, Donald Rumsfeld.*
- *Los 232 folios de la “Indagación sobre el trato de detenidos en custodia de Estados Unidos de la Comisión de Servicios*

⁴⁴ Véase p. ej., el Informe de Taguba (que se concentró en la conducta de operaciones dentro de las operaciones de detención e internamiento de la Brigada 800 de la Policía Militar del 1 de noviembre de 2003 a abril de 2004); Fay y A. Jones, Ejército de EE.UU., AR 15-6 Investigación de las actividades de inteligencia en la prisión de Abu Ghraib y la Brigada 205 de Inteligencia Militar (2004) (con enfoque en la Brigada 205 de Inteligencia Militar), se puede leer en <http://f11.findlaw.com/news.findlaw.com/hdocs/docs/dod/fay82504rpt.pdf>.

*Armados del Senado” (el “Informe de la SASC”)⁴⁵ nos da un análisis detallado y completo de los orígenes de las técnicas de interrogatorio utilizadas y el trato que se les dio a los detenidos de Estados Unidos recluidos en Guantánamo, Irak y Afganistán. Este informe, que es el resultado de una investigación de gran alcance, llega a una serie de conclusiones muy pertinentes, incluida una que reza que “las opiniones del Despacho de Asesoramiento Jurídico [en las que se examina la legalidad de las técnicas de interrogatorio de la CIA] distorsionaron el significado y el espíritu de las leyes contra la tortura, racionalizaron el abuso de los detenidos en custodia de Estados Unidos, e influyeron en las determinaciones del Departamento de Defensa respecto de cuáles técnicas de interrogatorio eran legales para utilizar durante las sesiones dirigidas por el personal militar estadounidense” así como también en toda una serie de conclusiones específicas relacionadas con los querellados nombrados, incluidas “las instrucciones del asesor general **William J. Haynes II** del Departamento de Defensa al Grupo de Trabajo del Departamento de Defensa a principios de 2003 instándolos a considerar como fidedigno un memorando jurídico de **John Yoo** del Despacho de Asesoramiento Jurídico del Departamento de Justicia, impidiéndole al Grupo de Trabajo realizar un análisis fiel y completo, y resultando, en vez, en un informe que el entonces asesor general **Alberto Mora** del Departamento de la Armada dijo textualmente que contenía “errores de fondo en su*

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

análisis jurídico’’.⁴⁶ **EL INFORME SIN EMBARGO, NO CONTIENE RECOMENDACIONES Y LA COMISIÓN NO TIENE NINGÚN PODER PARA PONER EN MARCHA INVESTIGACIONES PENALES.**

Dicho en otros términos, y como se analizará más abajo, estamos ante una auténtica cortina de humo para tratar de de ocultar el sol con las manos, o dicho de otra forma, hacernos creer que han investigado o van a investigar lo que han resuelto no investigar.

En cualquier caso, estas opiniones vienen refrendadas por quienes mejor conocen la legislación y prácticas norteamericanas que, por cierto, no son tan diferentes a las nuestras ni permiten llegar a conclusiones como las razonadas o expuestas, mejor dicho, en el auto aquí apelado cuando se afirma que: “...*ya que en Derecho comparado surgen también alternativas administrativas a la tutela jurisdiccional...*” (razonamiento jurídico segundo del auto apelado); pues no, la verdad es que en el derecho comparado la “persecución efectiva” sólo es admisible desde la perspectiva del derecho penal y eso lo sabe cualquiera.

Tanto a este lado como al otro del Atlántico las normas, si bien diferentes, nos introducen en ámbitos similares: no es correcto tratar de confundir, ni mucho menos confundirse, entre lo que es el derecho sancionador administrativo (que tampoco ha sido aplicado en los casos objeto de esta querrela) con aquellas áreas propias de la investigación y sanción penal.

IV.- INVESTIGACIONES PENDIENTES DE LA FISCALÍA FEDERAL DE EEUU PARA EL DISTRITO ESTE DE VIRGINIA

⁴⁶ Informe de la SASC, páginas xxvii y xxviii.

SOBRE ABUSOS A DETENIDOS / ESTUDIO DE LA FISCALÍA FEDERAL PARA EL DISTRITO DE CONNECTICUT EN CURSO SOBRE ACUSACIONES PREVIAMENTE DECLARADAS IMPROCEDENTES, PARA LA REVISIÓN PRELIMINAR DE LA POSIBLE VIOLACIÓN DEL DERECHO FEDERAL EN RELACIÓN CON EL INTERROGATORIO DE DETERMINADOS DETENIDOS EN EMPLAZAMIENTOS EN EL EXTRANJERO; Y MEDIDAS E INFORMES DEL CONGRESO DE EEUU SOBRE EL TRATO DISPENSADO A LOS DETENIDOS PRIVADOS DE LIBERTAD POR LOS EEUU.:

Estos serían el cuarto, quinto y sexto apartado contenido en la CRI y que es una nueva trampa contenida en lo que debería haber sido un acto de cooperación jurídica internacional entre iguales, es decir entre Estados amigos y que se respetan, lo que no parece ser el caso. Hemos decidido analizarlos conjuntamente porque creemos que se trata de una realidad idéntica

Aquí se dice, en el primero de ellos, que:

“La Fiscalía Federal para el Distrito Este de Virginia está investigando varias denuncias por abusos a detenidos. Debido a su dependencia, así como a restricciones jurídicas para revelar la información que está siendo investigada, lo que incluye las normas sobre la confidencialidad del gran jurado, nuestra capacidad para facilitar datos sobre estos asuntos se ve limitada por el derecho estadounidense”

Decir lo anterior y nada es lo mismo, lo relevante es la falta de interés de colaborar jurídicamente en plano de igualdad por parte de los Estados Unidos tratando de darnos “cuencas de cristal” a cambio de valiosos tesoros; dicho en otros términos se nos dan estas “cuencas de cristal” para que le entreguemos nuestra jurisdicción o la potestad jurisdiccional.

Debemos recordar que ninguna de las víctimas españolas jamás han sido llamadas a declarar en este ni en ningún otro procedimiento y, más aún, lo relevante es que ni tan siquiera pueden ingresar a territorio norteamericano por lo que difícilmente podrán mostrarse parte en ningún proceso que algún día pudiese llevarse a efecto en ese país; sin perjuicio de que en ese país la acción penal radica, exclusivamente, en el Ministerio Fiscal cuya posición ya hemos analizado.

Ahora bien, y por si sirve de algo, sorprende que el gobierno de Estados Unidos no ha mencionado jamás un caso penal en Virginia o en Conneticut cuando se habla de investigaciones por parte de los EE.UU. en relación con las torturas cometidas en Guantánamo: Eric Holder – Fiscal General de los Estados Unidos-, ha hecho referencia a la investigación de John Durham⁴⁷, y el Asesor Jurídico del Departamento de Estado también ha hecho referencia exclusivamente a la investigación de Durham, al abordar la cuestión de la responsabilidad de EE.UU. en la práctica sistemática de torturas y dicho ello en el contexto del examen periódico universal ante el Consejo de Derechos Humanos de la ONU⁴⁸.

⁴⁷ Statement of Attorney General Eric Holder Regarding a Preliminary Review into the Interrogation of Certain Detainees, 24 August 2009, available online at <http://www.usdoj.gov/ag/speeches/2009/ag-speech-0908241.html>

⁴⁸ See, Q& A with Harold Koh, Legal Advisor for the State Department (and others) at ‘Press Conference by the U.S. Delegation to the UPR (Transcript),’ 5 November 2010

Por su parte, Amnistía Internacional ha indicado que las investigaciones en el Distrito Este de Virginia se han centrado en las acciones de los contratistas privados, no de los funcionarios del gobierno de EE.UU.⁴⁹, es decir de personas como los antes mencionados Passaro y Ayala (no esos mismos casos pero de este tipo), personas que han ido a distintos lugares a prestar “servicios” como contratistas, tal cual dijimos, vaya uno a saber de qué.

Debemos adentrarnos, más si cabe, en la falta de persecución efectiva de los hechos objeto de esta querrela y, al respecto es menester recordar que el Fiscal General Titular del Departamento de Justicia de EE.UU., Sr. Holder, tampoco ha abierto una investigación sobre la redacción de los memorandos legales o en el programa de tortura ni ha abierto una investigación sobre las políticas de detención e interrogatorio empleadas por la Administración de Bush que dieron lugar a la tortura de los detenidos.

El Sr. Holder, y dentro de lo que es una agenda política que mal se comprende desde la perspectiva de la defensa de la legalidad que impera en España (al menos en materia de actuaciones del Ministerio Fiscal), ha dado un pequeño paso al nombrar un fiscal especial para abrir una investigación preliminar muy limitada (según se informa menos de 10 e incluso menos de cinco casos, ninguno de ellos incluye a víctimas españolas) en número e intensidad, de incidentes relacionados con la Agencia Central de Inteligencia, es decir nada relacionado con el objeto y los sujetos de la presente querrela puesto que, como ya hemos indicado anteriormente, ha

⁴⁹ See “Lack of Accountability for Crimes Committed Overseas,” Testimony before the Before the House Committee on the Judiciary Subcommittee on Crime, Terrorism, and Homeland Security, 19 July 2007, available at: <http://judiciary.house.gov/hearings/June2007/Razook070619.pdf> and <http://www.amnestyusa.org/military-contractors/page.do?id=1101665>

dejado patente, el Sr. Holder, que los torturadores y los que les indujeron y asesoraron no podrán ser enjuiciados.

Como si lo anterior no fuese bastante, para entender que **NO EXISTE NINGÚN PROCESO POR ESTOS HECHOS EN EE.UU**, baste remitirnos a la siguiente declaración que fue hecha por Holder el 24 de agosto de 2009 después de su revisión del informe de la OPR:

"He concluido que la información que conozco garantiza la apertura de un examen preliminar para determinar si se violaron las leyes federales en relación con el interrogatorio de los específicos los detenidos en lugares fuera del país ... quiero hacer hincapié en que ni la apertura de una revisión preliminar ni, aunque las pruebas lo justificasen, el inicio de una investigación completa, ni necesariamente significa que se presentarían cargos.

Hay quienes pretenderán usar mi decisión de abrir una investigación preliminar como un medio de amplia crítica a la labor de los servicios de inteligencia de nuestra nación. No podía estar más en desacuerdo con este punto de vista. Los hombres y mujeres en nuestros servicios de inteligencia realizan un increíble e importante servicio a nuestra nación, y a menudo lo hacen en condiciones difíciles y peligrosas. Ellos merecen nuestro respeto y gratitud por el trabajo que realizan. Además, es necesario que sean protegidos de riesgo legal cuando actúan de buena fe y en el ámbito de la orientación jurídica que recibieron. Es por eso que lo he dejado claro en el pasado que el Departamento de Justicia no procesar a nadie, que actuó de buena fe y en el ámbito de la orientación jurídica propuesta por la Oficina del Asesor Jurídico sobre el interrogatorio de los detenidos.

Quiero reiterar que en la actualidad el punto, y para subrayar, esencial es el hecho de que esta revisión preliminar no se centrará en aquellos individuos (los que practicaron la tortura).

Comparto la convicción del Presidente de que como nación, debemos, en la medida de lo posible, mirar hacia adelante y no hacia atrás cuando se trata de cuestiones como éstas. Si bien este Departamento sigue con su obligación de dar este paso preliminar para examinar posibles violaciones de la ley.

No permitiremos que nuestra importante labor de mantener seguro al pueblo estadounidense sea dejada de lado"⁵⁰

Bueno, al respecto poco queda por decir excepto que es una decisión política – dentro de un sistema que permite el principio de oportunidad penal – el hecho de no investigar determinados hechos, como los objeto de la presente querrela incluso al precio de generar una impunidad indeseada pero que, a su vez, ratifica que estos hechos jamás han sido ni serán investigados en los Estados Unidos y, por ello, no existe impedimento legal alguno para continuar con el procedimiento en España.

En cualquier caso, este tema también ha sido objeto de análisis por parte del informe jurídico conjunto elaborado por CCR y ECCHR en contestación a la respuesta a la comisión rogatoria remitida por los Estados Unidos y ya citado a lo largo de este recurso; dice dicho informe que:

“Investigaciones pendientes en el Distrito Este del estado de Virginia

⁵⁰ Declaración del fiscal general Eric Holder respecto a un repaso preliminar de las indagatorias de ciertos detenidos, de agosto de 2009. Se consigue en <http://www.usdoj.gov/ag/speeches/2009/ag-speech-0908241.html>

En la exposición de Estados Unidos se hacen unos comentarios imprecisos en el sentido de que la fiscalía del Distrito Este del estado de Virginia está “investigando varias denuncias de abusos de detenidos” y que la fiscalía se ve restringida por las leyes estadounidenses de tratar las denuncias más a fondo.⁵¹ Esta manifestación no se puede leer como una indicación de que se ha emprendido una investigación penal más amplia que podría incluir las actuaciones de los querellados o la tortura y demás violaciones sufridas por las víctimas nombradas. La exposición de Estados Unidos trata de ocultarse detrás de los aspectos de confidencialidad de los procedimientos del jurado de acusación (o “gran jurado”, en términos populares) al sugerir que dicha investigación es una indagación robusta sobre el abuso de detenidos. Es de notarse, no obstante, que el gobierno de Estados Unidos no ha hablado de ninguna investigación en Virginia cuando ha tratado el tema de las investigaciones efectuadas sobre las torturas perpetradas por dicho país: Eric Holder se ha referido en tan sólo una ocasión a la investigación de John Durham,⁵² y el asesor jurídico del Departamento de Estado también mencionó sólo la investigación de Durham, al referirse al tema de la responsabilidad por la tortura en Estados Unidos en el contexto de la revisión periódica universal ante el Consejo de Derechos Humanos de la ONU.⁵³ Además, Amnistía

⁵¹ Exposición de Estados Unidos, páginas 3 y 4.

⁵² Declaración del fiscal general Eric Holder en relación con una revisión preliminar sobre el interrogatorio de ciertos detenidos, 24 de agosto de 2009, se puede leer en <http://www.usdoj.gov/ag/speeches/2009/ag-speech-0908241.html>

⁵³ Véase Preguntas y respuestas, Harold Koh, asesor jurídico del Departamento de Estado (y de otros) en la ‘Conferencia de prensa de la delegación estadounidense a la UPR (Transcripción),’ 5 de noviembre de 2010: “Prensa: Una pregunta de seguimiento muy breve. ¿Significa eso que Estados Unidos consideraría... todavía están considerando la posibilidad de realizar investigaciones judiciales y el procesamiento federal de aquellos quienes pudieron haber ordenado tal práctica en el pasado?”

Mr. Koh: Creo que es bien sabido que el fiscal general ha referido precisamente tal tema al fiscal especial John Durham de Connecticut. Dichas investigaciones están en marcha. La cuestión no es si lo

*Internacional ha indicado que las investigaciones en el Distrito Este del estado de Virginia se han concentrado en el comportamiento de contratistas particulares y no de funcionarios del gobierno.*⁵⁴

Investigaciones vigentes / Repaso: la investigación de Durham

La exposición de Estados Unidos cita, con poco comentario, la investigación que tiene en marcha el fiscal delegado de la nación John Durham. Huelga notar, en el contexto de este diálogo sobre la investigación del OPR, que Estados Unidos reconoció que la investigación de Durham no se concentra en los querellados ya que los “memorandos sobre tortura” se consideran fuera del alcance de la investigación: “el Departamento de Justicia ha concluido que es improcedente iniciar procesos penales contra ningún otro funcionario del poder ejecutivo, incluidos aquellos nombrados en la querella, que se basaron en los memorandos expedidos por el Despacho de Asesoramiento Jurídico para participar en las normas y procedimientos de detención e interrogatorio.”⁵⁵

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

considerarían pues dicho diálogo se está efectuando ahora mismo”. Se puede leer en: <http://geneva.usmission.gov/2010/11/05/upr-press-conf/>

⁵⁴ Véase “Falta de rendición de cuentas por delitos cometidos en el extranjero”. Testimonio ante la Comisión de la Cámara sobre el Poder Judicial, subcomisión sobre delitos, terrorismo y seguridad nacional, 19 de julio de 2007, se puede leer en:

<http://judiciary.house.gov/hearings/June2007/Razook070619.pdf> y en <http://www.amnestyusa.org/military-contractors/page.do?id=1101665>

⁵⁵ Exposición de Estados Unidos, página 2.

cuanto excluye de su alcance a cualquiera que se haya basado en los memorandos.”

Continúa diciendo el informe referenciado que:

*“El fiscal general Holder confirmó en fecha reciente que el alcance de la investigación de Durham no incluye los “memorandos sobre tortura” ni a sus autores, cuando declaró: “Es cosa de cuestionar si alguna persona se pasó de esas opiniones tan poco convencionales [del Despacho de Asesoramiento Jurídico], si hubo personas que se pasaron de eso. Esto es lo que estamos estudiando”.*⁵⁶

Y ya específicamente sobre el tema de la investigación Durham nos insiste el informe en que “...Durham cerró la investigación sobre la destrucción de la cintas que muestran la tortura sin procesar a nadie.⁵⁷” investigación que nada tenía que ver con la materia objeto de esta querrela; una vez más estamos ante la misma táctica de crear una “cortina de humo” por si se nos pasa algo.

Como corolario a lo expuesto en relación a los diversos puntos desarrollados en la respuesta a la CRI remitida por los Estados Unidos, debemos indicar que, tal cual exponen conjuntamente el CCR y el ECCHR y haciéndola nuestra:

⁵⁶ Opinión de experto suplementaria, diciembre de 2010 página 8, en la que se cita a R. Reilly, “Holder: Casi lista la revisión del trato de detenidos de la CIA”, 18 de junio de 2010, *se puede leer en:* <http://www.mainjustice.com/2010/06/18/review-of-cias-treatment-of-detainees-nearly-complete/>

⁵⁷ Opinión de experto suplementaria, diciembre de 2010 página 7. Las cintas incluían pruebas del uso de las llamadas “técnicas de interrogatorio perfeccionadas” –o tortura– con detenidos. Véase, p. ej., “Tribunal ordena que no se destruyan las pruebas de tortura: tribunal federal se pronuncia sobre el escándalo de la destrucción de las cintas de la CIA”, CCR, Comunicado de prensa, 12 de diciembre de 2007, *se puede leer en:* <http://www.ccrjustice.org/newsroom/press-releases/court-orders-government-not-destroy-torture-evidence>. Los detenidos en las cintas que nos ocupen permanecen en custodia en el centro en la Bahía de Guantánamo.

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

- *El presidente Barack Obama ha acogido una norma de impunidad cuando manifiesta que tenemos que “mirar hacia adelante y no hacia atrás”. Un ejemplo reciente demuestra la cultura de impunidad que existe en Estados Unidos: el ex presidente George W. Bush confesó en sus memorias que él autorizó que se practicara el simulacro de ahogamiento —un acto de tortura— en personas retenidas en centros de detención secretos.⁵⁸ Bush admitió esto porque se siente inmune de toda persecución; la falta de reacción del Departamento de Justicia ante esta admisión, pese a que de manera formal y pública ha reconocido en varias ocasiones, incluso ante Naciones Unidas, que el simulacro de ahogamiento es un acto de tortura como norma de ley, demuestra que Bush —al igual que los querellados en este proceso— tiene la razón al sentirse sin ningún peligro de ser enjuiciado en Estados Unidos. **NO se ha procesado a ni un***

⁵⁸ Opinión de experto suplementaria de diciembre de 2010.

solo funcionario de nivel intermedio o alto en los nueve años desde que surgieron las primeras acusaciones de tortura y otros abusos graves.

- *El Departamento de Justicia de Estados Unidos ha intervenido activamente en los tribunales estadounidenses **PARA OBSTRUIR** toda forma de resarcimiento para las víctimas del programa de tortura de Estados Unidos. Hasta la fecha, a ni una sola víctima de la normativa impuesta después del 11 de septiembre se le ha permitido comparecer en un proceso judicial. **De hecho, hasta la fecha, ni una sola víctima ha recibido siquiera una disculpa del Poder Ejecutivo.** El Departamento de Justicia se ha opuesto a todos y cada uno de los procesos que cualquier persona que estuvo detenida o que fue entregada para que la torturaran ha tratado de iniciar contra funcionarios u oficiales estadounidenses. Al hacerlo, Estados Unidos ha procurado que no recaiga en nadie la responsabilidad por la tortura.⁵⁹ La inmunidad que el gobierno de Obama aspira a lograr para los funcionarios y oficiales estadounidenses —tal como lo logró el gobierno de Bush antes de Obama— **crea una cultura de impunidad que deja abierta la puerta para que tales conductas flagrantes vuelvan a ocurrir.***

En resumidas cuentas, es manifiesto que no existe proceso penal alguno en los Estados Unidos que permita entender que estamos ante una persecución efectiva de los autores de tan graves hecho ni, mucho menos, que exista siquiera voluntad de perseguir a nadie por ello; todo el contenido de la

⁵⁹ Véase Opinión de experto de abril de 2010, página 10.

respuesta – que ha tardado dos años en “crearse” – a la CRI cursada por el órgano de instrucción no es más que una forma de faltar al respeto a las víctimas y a todos los que, de una u otra forma, estamos involucrados en este procedimiento.

Los Estados Unidos han tomado a España y a su judicatura y a la propia profesión jurídica como si fuésemos auténticos ignorantes y personas a las que con unas cuantas “cuentas de cristal” se nos pudiese engañar para que asumamos su posición no ya jurídica sino política; aquí ellos pretenden que confundamos los superiores intereses de la Ley con los injustificables intereses de la política; se olvidan que estamos ante una institución dotada de independencia y criterio a la que no se le puede ni debe engañar de esta forma.

QUINTA: Aún cuando el órgano de instrucción en su auto intenta, con cierto éxito, huir de entrar en el debate fundamental sobre la existencia o no de unos hechos con apariencia de delito, huida que realiza por una triple e incomprensible vía: la de la inadmisión a trámite (después de dos años de instrucción), la del sobreseimiento (supuestamente de una querella inadmitida a trámite) y la de la inhibición (vaya uno a saber hacia qué órgano y proceso ni en función de qué competencia), creemos que es importante insistir en que estamos ante unos hechos que sí son constitutivos de delito y que tienen su semejante en otros hechos que en su día fueron el paradigma de la exigencia de responsabilidad.

A mayor abundamiento, creemos que en esta sede debemos traer a colación un informe jurídico emitido por destacados juristas internacionales, pertenecientes al **Center for Constitutional Rights** de Nueva York y del

European Center for Constitutional and Humand Rights de Berlín sobre la responsabilidad penal de los abogados o asesores jurídicos – es decir los querellados – en crímenes de guerra y tortura; este informe fue en su día incorporado pero entendemos que se hace necesario introducirlo como parte esencial de este recurso para, así, establecer la auténtica responsabilidad de los querellados y la desesperada, esperamos que infructuosa, actividad desplegada por las autoridades norteamericanas, de cara a buscar la impunidad por tan graves crímenes.

Dice el Informe mencionado, en lo que aquí más interesa, que:

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 ha demandado a abogados por delitos que resultan 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.⁶⁰ 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

⁶⁰ Véase un precedente estadounidense en *United States v. Arditti*, 955 F.2d 331 (5º Circuito 1992).

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. El carta constitutiva reza:

Los líderes, organizadores, instigadores y cómplices que conspiran 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.⁶¹

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.*

⁶¹ 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,⁶² 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.⁶³ 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”.*⁶⁴

A los acusados, tildados un “deshonor a su profesión,”⁶⁵ se les “llamó a que rindieran cuentas por violar garantías constitucionales o por negar las garantías procesales debidas”,⁶⁶ 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”.⁶⁷ El fiscal estadounidense Telford Taylor manifestó que las víctimas habían sido “víctimas de asesinatos judiciales por algunos de los acusados que

⁶² *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*].

⁶³ *Juicio de Justicia*, *supra* nota 5, 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 [...]”

⁶⁴ *Juicio de Justicia*, *supra* nota 5, en la página 1086.

⁶⁵ *Id.* en la página 32.

⁶⁶ *Id.*

⁶⁷ *Id.* en la página 40.

*se valieron para ello de toda una gama de artefactos legalistas”.*⁶⁸ 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.**⁶⁹

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 la independencia judicial”.⁷⁰ 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.**⁷¹ 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

⁶⁸ *Id.* en las páginas 78 y 79.

⁶⁹ *Id.* en la página 69.

⁷⁰ *Id.* en la página 1083.

⁷¹ 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).

*fomento del programa nazi.*⁷² 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.**⁷³

*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, a 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.*⁷⁴

⁷² La fiscalía explicó: “Quizás jamás en la historia del mundo haya existido un complot de amedrentamiento y represión más perverso y diabólico que este”. *Juicio de Justicia*, supra nota 5, en la página 75.

⁷³ *Id.* en la página 76.

⁷⁴ *Id.* en las páginas 55 y 56.

*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”.*⁷⁵

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 Ministerios⁷⁶ 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:

⁷⁵ Jens David Ohlin, *Los abogados de la tortura (The Torture Lawyers)*, 51 Harv. Int'l L.J. 193, 249 (2010).

⁷⁶ *United States versus 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*].

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.⁷⁷

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 en que basaron 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.⁷⁸ 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***

⁷⁷ *Id.* en la página 959.

⁷⁸ 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>.

*eso había dado lugar a que se perpetraran crímenes de guerra contra ellos. El 8 de septiembre de 1941, el Oberkommando der Wehrmacht de Keitel, que asesoró a Hitler en 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”.*⁷⁹

*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”.*⁸⁰ *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”.*⁸¹

Durante su testimonio en Núremberg, Keitel declaró que el Convenio de Ginebra de 1929 relacionado con el trato de prisioneros era

⁷⁹ 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>.

⁸⁰ *Id.*

⁸¹ *Id.* (EC-338).

“obsoleto”.⁸² Ese comentario se citó como agravante cuando a Keitel se le condenó de todos los cargos en su contra.

1.4. Paralelismos directos con los seis de Bush

Son muchos los puntos de similitud 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”.⁸³ En los siguientes ejemplos se aprecia una clara ilustración de los paralelismos que se pueden trazar.

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

⁸² Según cita de Scott Horton, *Una lección de Núremberg*, L.A. TIMES, 20 de enero de 2005.

⁸³ 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).

*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.*⁸⁴ 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.⁸⁵ El 22 de enero de 2002, el querellado Jay Bybee, fiscal general delegado confirmó dicho consejo jurídico en otro memorando más.⁸⁶

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),⁸⁷ afirmó que el “nuevo paradigma” de la “guerra contra

⁸⁴ 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 Jan.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.

⁸⁵ 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.

⁸⁶ 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>.

⁸⁷ 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.

*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”.*⁸⁸ *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”.*⁸⁹ *Gonzales observó que las “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.*⁹⁰

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

⁸⁸ 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).

⁸⁹ *Id.*

⁹⁰ 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”).)

siquiera lo que se dispone en el Artículo Tercero Común.⁹¹ 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 puede enjuiciar a 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.⁹²

Ayudar e instigar es una forma básica de adquirir 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

⁹¹ 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.

⁹² 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 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.

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 nuestros autos, 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.⁹³ Por lo tanto, para efectos de

⁹³ 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

esta breve opinión legal, no nos explayaremos en nuestro análisis de la comisión misma ni de la tipificación de estos delitos.⁹⁴ 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”.⁹⁵ Sin embargo, la asistencia no puede ser el sine qua non del delito cometido.⁹⁶

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/cmfaaff/574/57402.htm>; 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 2007), *que se puede leer en*

http://ccrjustice.org/files/Gutierrez%20Declaration%20re%20Al%20Qahtani%20Oct%202006_0.pdf.

Véase 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.

⁹⁴ Si el señor Juez fallara que precisa una Opinión de experto sobre este tema, sin inconveniente le podríamos facilitar al Tribunal la información pertinente.

⁹⁵ *Fiscalía versus Blagojević y Jokić*, Proceso No. IT-02-60-A, Juicio de apelación, 9 de mayo de 2007, párrafo 127. *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, *Véase también* Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional, 17 de julio de 1998, Artículo 25, U.N. Doc. A/CONF. 183/9.

⁹⁶ *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”).

¿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 explicara 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 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.⁹⁷

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”.⁹⁸

En el contexto de la dependencia de la Casa Blanca de las opiniones redactadas por los querellados para justificar una norma que dio

⁹⁷ Véase *supra* nota 33.

⁹⁸ Informe de la Comisión del Senado sobre las Fuerzas Armadas, *supra* nota 27, en la página xxvi.

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 tortura”),⁹⁹ 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

⁹⁹ 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^o)*, que se puede leer en <http://f11.findlaw.com/news.findlaw.com/wp/docs/doj/bybee80102mem.pdf>.

diez técnicas de interrogatorio específicas —incluido el simulacro de asfixia con agua— contra el detenido Abu Zubaydah.¹⁰⁰

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.¹⁰¹

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

Para entender por qué 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”.¹⁰² 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

¹⁰⁰ 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.

¹⁰¹ Véase *supra* nota 35.

¹⁰² <http://www.usdoj.gov/olc/>.

ejecutivo ... las opiniones del Despacho de Asesoría Legal son vinculantes para el poder ejecutivo.”¹⁰³

Lo antes expuesto es de elevada relevancia para este caso porque es la base de la responsabilidad de los querellados en los hechos objeto de este procedimiento que, como hemos dicho, en nada se asemejan a los que se incluyen en la documentación remitida por EE.UU en respuesta a la comisión rogatoria cursada por el Juzgado Central de Instrucción Número 5.

Continuemos analizando el informe jurídico conjunto de CCR y ECCHR:

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*

¹⁰³ 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, 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>.

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);¹⁰⁴*
- *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).*

¹⁰⁴ 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.

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 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...*¹⁰⁵

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,

¹⁰⁵ 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/>.

*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, acarrió consigo un grado importante de responsabilidad personal.*¹⁰⁶

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).”¹⁰⁷

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

¹⁰⁶ OPR Report, *supra* nota 35, en las páginas 251-252.

¹⁰⁷ Véase *supra* nota 42, en la página 2.

- *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);*
- *“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)”.*¹⁰⁸

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”,¹⁰⁹ pero quien hoy el gobierno estadounidense admite ni siquiera es un combatiente ni un asociado de al Qaeda.¹¹⁰ Las pruebas que posteriormente se

¹⁰⁸ Informe del inspector general de la CIA, *supra* nota 35, en la página 4.

¹⁰⁹ 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>.

¹¹⁰ *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>.

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.¹¹¹

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”.¹¹² 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.¹¹³

Aunque según se ha reportado, 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, 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.¹¹⁴

¹¹¹ Informe del inspector general de la CIA, *supra* nota 35, en las páginas 36 y 37.

¹¹² *Id.* en la página 23

¹¹³ *Id.* en las páginas 41 a 44.

¹¹⁴ *Id.* en las páginas 69, 78.

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”.¹¹⁵ 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.¹¹⁶ 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”.¹¹⁷

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?

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).

¹¹⁶ 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.

¹¹⁷ Fallo en apelación de *Blagojević y Jokić*, supra no. 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; Fallo en el juicio de *Furundžija*, 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.

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 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”¹¹⁸ 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.¹¹⁹ Para tomar tan sólo el ejemplo

¹¹⁸ Informe del Despacho de Responsabilidad Profesional, *supra* nota 35, en la página 226.

¹¹⁹ 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*

*del primer memorando de Bybee, en el cual se basó el segundo memorando de Bybee, 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?”*¹²⁰ *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”.*¹²¹

*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”*¹²² *y sobre todo “se hallaron errores, omisiones, declaraciones erradas y conclusiones carentes de lógica en el [primer] memorando de Bybee”.*¹²³ *Las fuentes se habían “exagerado o tergiversado”, “la autoridad adversa no se había tratado” y algunos alegados eran “ilógicos o tortuosos”.*¹²⁴

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,

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.

¹²⁰ Informe del Despacho de Responsabilidad Profesional, *supra* nota 35, en la página 160.

¹²¹ *Id.* en la página 160.

¹²² *Id.*

¹²³ *Id.* en la página 159.

¹²⁴ *Id.* en la página 230.

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”.¹²⁵

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 padecen de vicios de consideración”¹²⁶ e indicando que la negación por parte de Estados Unidos de ceñirse a los Convenios de Ginebra podría constituir una “infracción grave”.¹²⁷ De hecho, Taft le advirtió a Yoo que “se le

¹²⁵ *Id.* en las páginas 251 a 254.

¹²⁶ 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.

¹²⁷ *Id.* en la página 2.

*imputa responsabilidad penal a toda infracción de lo que estipula el Convenio”.*¹²⁸ 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”.¹²⁹ Efectivamente, cuatro años después, El Tribunal Supremo estadounidense, en el proceso Hamdan versus Rumsfeld,¹³⁰ falló que los Convenios de Ginebra de hecho sí 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

¹²⁸ *Id.* en la página 30.

¹²⁹ 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>.

¹³⁰ 548 U.S. 557 (2006).

*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”.*¹³¹

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:

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.*¹³²

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

¹³¹ *Furundžija Sentencia del Tribunal, supra n. 37, párrafo 249. Véase también Blagojević Apelación del juicio, supra n. 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”).*

¹³² Informe del Despacho de Responsabilidad Profesional, *supra* nota 35, en las páginas 226 y 227.

*que apoyaban era criminal, sino que buscaron y hallaron las maneras de asegurar que el resultado (el amparo jurídico) se lograra.*¹³³

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”,¹³⁴ 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

¹³³ 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.

¹³⁴ Informe del Despacho de Responsabilidad Profesional, *supra* nota 35, en la página 228

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.¹³⁵

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.

¹³⁵ Jack Goldsmith, *The Terror Presidency*, en la página 96 (W.W. Norton 2007).

3. Concierto para delinquir: 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: el concierto para delinquir.

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”.¹³⁶ Este concierto para delinquir 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.¹³⁷

¹³⁶ 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*”).

¹³⁷ 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*, páginas 189 a 229. Véase también *Sentencia de apelación Brđjanin*, supra n. 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 concierto para delinquir, 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 el concierto para delinquir no se tiene que identificar por nombre: “basta con que se refieran a categorías o grupos de personas”.¹³⁸

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

¹³⁸ *Prosecutor v. Krajišnik*, Proceso No. IT-00-39-A, Sentencia de apelación, 17 de marzo de 2009, párrafo 156.

Defensa, denominó al grupo “consejo de guerra”.¹³⁹ Hay fuentes que explican que el querellado Addington, asesor del vicepresidente Cheney, ejerció la fuerza dominante entre los abogados.¹⁴⁰ 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.¹⁴¹

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

3.2. Un plan común

¹³⁹ 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), en la página 346, FN 141. Scharf se refiere al grupo como “un complot de abogados agresivos de mentalidad parecida que se autodenominó “concilio de guerra”, en la página 355.

¹⁴⁰ Philippe Sands, *El equipo de la tortura (The Torture Team)* 213 (2008).

¹⁴¹ Informe de la Comisión del Senado sobre las Fuerzas Armadas, *supra* nota 30, en las páginas 31 y 32 No. 224.

*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 un concierto para delinquir”.*¹⁴²

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

¹⁴² Sentencia de apelación Tadic, *supra* n. 78, párrafo 227 (ii).

*que el participante realice actos que de alguna manera estén dirigidos a avanzar el plan o la finalidad común”.*¹⁴³

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.¹⁴⁴ Haynes procuró esta información con dos objetivos que avanzaron el concierto para delinquir: 1) proporcionarles a los demás integrantes del concierto una relación de técnicas para plantear el análisis jurídico que 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

¹⁴³ *Id.* en la página 229 (iii).

¹⁴⁴ Informe de la Comisión del Senado sobre las Fuerzas Armadas, *supra* no. 27, en las páginas 4 y 114.

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.¹⁴⁵ “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 1º de agosto de 2002.¹⁴⁶

*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”**.¹⁴⁷*

¹⁴⁵ *Id.* en las páginas 2 y 116.

¹⁴⁶ *Id.* en la página 31.

¹⁴⁷ 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.

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.¹⁴⁸ 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 del concierto para delinquir 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 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

¹⁴⁸ Informe de la Comisión del Senado sobre las Fuerzas Armadas, *supra* n. 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.).

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.¹⁴⁹

¹⁴⁹ Testimonio obtenido por Michael P. Scharf y citado en *Responsabilidad por el memorando sobre tortura: el derecho internacional y los memorandos sobre 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).

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,¹⁵⁰ la Armada,¹⁵¹ los Marine Corps,¹⁵² el Ejército,¹⁵³ el Federal Bureau of Investigation (FBI), y el Equipo de Trabajo de Investigación Penal del Departamento de Defensa (CITF).¹⁵⁴

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.¹⁵⁵ 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 video-

¹⁵⁰ Informe de la Comisión del Senado sobre las Fuerzas Armadas, *supra* n. 27, en la página 67.

¹⁵¹ *Id.* en la página 68

¹⁵² *Id.*

¹⁵³ *Id.*

¹⁵⁴ *Id.* en la página 69.

¹⁵⁵ *Id.* en la página 70.

teleconferencia 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”.¹⁵⁶ Según Dalton, Haynes “quería que todo se mantuviera mucho más contra el pecho”.¹⁵⁷ 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.¹⁵⁸

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

Conclusión:

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”.¹⁵⁹

Es de lamentar 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 auto 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

¹⁵⁶ *Id.* en la página 71.

¹⁵⁷ *Id.* (citando la entrevista de RADM Jane Dalton por el personal de la Comisión (10 de abril del 2008) en la página 35).

¹⁵⁸ *Id.* (citando la Audiencia SASC (7 de junio del 2008).

¹⁵⁹ Informe de la Comisión del Senado sobre las Fuerzas Armadas, *supra* nota 30, en las páginas xii,xxvi a xxvii.

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.

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”.¹⁶⁰ Sin embargo, el gobierno norteamericano ha rehusado 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 2010.¹⁶¹

¹⁶⁰ 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/>.

¹⁶¹ Véase *supra* n. 45. Para ver un análisis del memorando de Margolis que sobreesee el Informe del Despacho de Responsabilidad Profesional, véase David Cole, *El sacrificio de Yoo: la asignación de*

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.”

Hemos creído conveniente introducir como parte integrante de este recurso el precitado informe jurídico porque el mismo es lo suficientemente claro y detallado sobre los argumentos jurídicos que hacen viable este procedimiento y que, por esa misma claridad, difícilmente puede ser mejor explicado por quien suscribe; aparte de lo anterior, no podemos olvidar que en el auto aquí apelado se razona que estaríamos ante “**los hechos encartados (asesoramiento jurídico justificativo del presunto maltrato dispensado a prisioneros de guerra)**”, se nos antoja como necesario especificar que los hechos objeto de querrela son algo más amplios, graves y profundos que la simplista definición dada en dicha resolución y que, para una mejor comprensión de los mismos este informe jurídico es un excelente punto de apoyo.

SEXTA: Ante los avatares sufridos por esta querrela, desde su interposición hace **MÁS DE DOS AÑOS**, y la extravagante – lo decimos con todo respeto y en estrictos términos de acusación – resolución aquí apelada mediante la cual se acuerda “**...el sobreseimiento provisional 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>.

la presente causa, inadmitiendo a trámite la querella” para cursar inhibición genérica a favor de los Estados Unidos mediante una suerte de “traspaso” del procedimiento – en palabras del propio auto apelado, hemos considerado que es necesario analizar, también, las informaciones que son de dominio público sobre las maniobras desplegadas para intentar alcanzar el resultado que, aparentemente, se consigue con la resolución apelada.

Es manifiesto que nunca ha existido intención de avanzar en este procedimiento y, mucho menos, indagar y exigir las responsabilidades penales que de estos hechos se puedan devengar; es decir, ha existido una denegación de justicia, vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, y ello en función de unos intereses extraprocesales que bien quedan acreditados con la tristemente famosa historia de los denominados “*papeles de Wikileaks*”.

Para una mejor comprensión de lo que estamos aduciendo, nos remitiremos a un informe elaborado conjuntamente por el **Center for Constitutional Rights de Nueva York** y por el **European Center for Consitutional and Human Rights** de Berlín, en diciembre de 2010 en el cual, y en relación con los intentos de manipulación a esta casa realizados por las autoridades norteamericanas dicen:

“En cables telegráficos del Departamento de Estado de Estados Unidos revelados a la prensa y en Internet se aprecia una imagen detallada de las labores emprendidas por integrantes del Congreso estadounidense y diplomáticos de ese país con miras a obstruir e interferir de otras maneras con este proceso y otros que están pendientes ante la Audiencia Nacional. De hecho, mediante comentarios frecuentes en cables acerca de la independencia del

*poder judicial —y el firme cumplimiento de dicho principio por los jueces españoles— los diplomáticos y otros funcionarios estadounidenses reconocen (de manera implícita y explícita) que han tratado de interferir con los procesos penales, a sabiendas de que es indebido.*¹⁶²

Concretamente, el 1º de abril de 2009, la embajada estadounidense en Madrid expidió un cable (09MADRID347, que se adjunta y se marca Anexo A) titulado “España: Fiscal sopesa caso penal de Guantánamo contra ex funcionarios del gobierno norteamericano”. En este cable se detalla la radicación de la presente causa contra seis ex funcionarios del gobierno de Bush, detallando en general la teoría jurídica y algunas de las pruebas subyacentes citadas en la querrella. El cable describe una reunión entre funcionarios estadounidenses y el fiscal jefe Javier Zaragoza que reportó estar “disgustado porque este proceso se le entregó” pero reportó a los funcionarios estadounidenses que “no tendría más remedio que abrir el caso” ya que “la querrella estaba bien documentada”. El cable señala que Zaragoza supuestamente informó a los funcionarios estadounidenses acerca de la posición que él tomaría respecto a la repartición de la causa (“También argumentará que la causa no se le reparta a Garzón”) e indicó también que no actuaría con celeridad en el proceso. (“Zaragoza manifestó que no tenía ninguna prisa para proseguir con la causa”). El cable también señala que los funcionarios estadounidenses trataron el caso con funcionarios españoles del Ministerio de Asuntos Exteriores y del Ministerio de Justicia el 31 de marzo y el 1º de abril de 2009. (“Los contactos en

¹⁶² Véase, p.ej., Cable 09MADRID34, 1º de abril de 2009, Anexo A: “no nos consta si el gobierno (español) estaría dispuesto a dar el paso arriesgado de tratar de influir ‘tras bambalinas’ la recomendación del fiscal en este proceso o cuál sería el reacción de ellos al hacer tal solicitud”.

*el Ministerio de Asuntos Exteriores nos han dicho que la causa les había despertado inquietudes, pero **enfataron la independencia del poder judicial**. También sugirieron que la causa progresaría a un paso lento”). El cable revela igualmente que el fiscal español Zaragoza les dio a los funcionarios de Estados Unidos consejos en el sentido de que abrir una investigación respecto a lo que se alega en la querrela era la “única salida” para Estados Unidos. (“Zaragoza también indicó que España no podría reclamar jurisdicción en el proceso si el gobierno estadounidense iniciara su propia investigación”).*

El 17 de abril de 2009, la embajada estadounidense en Madrid envió el cable 09MADRID392, titulado “España: fiscal general recomienda al tribunal no proseguir con la causa penal de Guantánamo contra ex funcionarios del gobierno de Estados Unidos”. (Se adjunta y se marca Anexo B). En este cable se detallan numerosas reuniones entre funcionarios de los gobiernos estadounidense y español, en las que el gobierno norteamericano aspira a influir en el desenlace de este proceso penal. En el cable se detalla el anuncio del fiscal general Cándido Conde Pumpido en el que “sin duda” se posiciona en contra del caso, al que se refirió como “fraudulento”. El cable indica que “EL ANUNCIO ES PRODUCTO DE CONTACTOS INTENSIVOS DEL GOBIERNO ESTADOUNIDENSE” (con énfasis del texto en el original). Luego enumera las diversas reuniones realizadas entre funcionarios de los gobiernos de Estados Unidos y España:

- *Llamada del jefe delegado de la legación al jefe de personal del Ministro de Asuntos Exteriores de España, Agustín Santos,*

y a la directora general de Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia Aurora Mejía los días 31 de marzo y 1º de abril de 2009: **“ambos expresaron su inquietud respecto al proceso pero enfatizaron la independencia del poder judicial español. El embajador y el jefe de misión les recalcaron a ambos que se trataba de un asunto de gran importancia para el gobierno estadounidense y pidieron que se mantuviera informada a la embajada de cualquier eventualidad”**;

- El senador estadounidense Judd Gregg acudió al Ministerio de Asuntos Exteriores el 13 de abril de 2009 y expresó su “inquietud” acerca del proceso. Dirigió sus comentarios a Luis Felipe Fernández de la Peña, director general para Norteamérica y Europa; Fernández de la Peña “se lamentó de este incidente” y expresó su “desacuerdo con la aplicación de la jurisdicción universal en tales casos”;
- Conversación telefónica entre Zaragoza y el delegado para asuntos jurídicos de la embajada estadounidense en Madrid el 14 de abril de 2009, iniciada por Zaragoza, en la que Zaragoza comenta sobre los hechos y la teoría jurídica presentada para la causa. En la conversación indica que le pedirá a Conde Pumpido que repase el asunto de la jurisdicción, “indicando que abriga la esperanza de que el fiscal español elabore una serie de reglas muy claras sobre cómo y cuándo España debe encausar querellas de jurisdicción universal”;

- *El senador estadounidense Mel Martínez se reúne con el Ministro de asuntos exteriores delegado Angel Lossada el 15 de abril de 2009 y “subrayó que los enjuiciamientos no se entenderían ni se aceptarían en Estados Unidos y que tendrían un impacto enorme en la relación bilateral”. Lossada dijo que el gobierno de España le indicará a Conde Pumpido que “la postura oficial del gobierno era que el gobierno español ‘no está de acuerdo con la Audiencia Nacional’”.*

El 5 de mayo de 2009, un día después de que el señor Juez enviara las comisiones rogatorias a Estados Unidos, la embajada en Madrid redactó el cable 09MADRID440, titulado “Garzón abre segunda investigación sobre supuestas torturas estadounidenses de detenidos por terrorismo” (que se adjunta y se marca Anexo C). En esta ocasión se describe el inicio de un proceso en el Juzgado No. 5, diligencia 150/9. En el cable se detalla una reunión entre Zaragoza y un funcionario de la embajada de EE. UU. en la que se habla de la investigación puesta en marcha por Garzón, en la que Zaragoza enumera maneras en que podría “avergonzar” a Garzón para obligarlo a abandonar el proceso. Con referencia a las actuaciones que se han radicado en su Juzgado, señor Juez, el cable indica que la causa se le asignó a usted “a solicitud de la fiscalía española” y en el cable se llega a la conclusión indebida de que mediante las comisiones rogatorias usted “parece estar tratando de archivar el proceso”.

En otros cables se revelan otros intentos por parte de Estados Unidos de ejercer su influencia en los procesos ante la Audiencia

*Nacional, lo que demuestra que lo que Estados Unidos ha tratado de hacer en este proceso no es un incidente aislado.*¹⁶³

Aparte de lo anterior, y como no podía ser menos en el intento de buscar la impunidad, los mismos cables a los que hace referencia el informe del CCR y ECCHR, también se han adentrado en el estudio de la vida privada – o no – de uno de los abogados que suscribe este recurso con la clara intención de desacreditarle en su función y perturbar su trabajo.

Concretamente en el cable correspondiente al 16 de abril de 2009 se establece en relación a Gonzalo Boye que: "*De origen chileno, fue miembro del Movimiento Internacional Revolucionario [se refieren al Movimiento de Izquierda Revolucionaria, MIR]. Estuvo ocho años en la cárcel por participar en un secuestro en 1988 de un empresario, financiado en parte por ETA*".

Este sólo antecedente sería bastante para entender el cómo se ha actuado en este procedimiento o, mejor dicho, al margen del mismo para obtener el resultado planteado en el auto aquí apelado.

Estamos ante un claro intento no ya de cuestionar el mensaje sino de destruir al mensajero, esfuerzo que no dará sus resultados y que, creemos, el informe del CCR y del ECCHR no lo incluye por corrección pero siendo un hecho digno de incorporar a este recurso porque sin estos esfuerzos no se entiende ni la forma, ni el tiempo tardado, ni el contenido de la respuesta

¹⁶³ Para enterarse de acciones por funcionarios estadounidenses que buscan influir o de alguna otra manera interferir con los procesos penales pendientes en España, véase, p.ej., 07MADRID1805/122552, 18 de septiembre de 2007 (en el que se trata la reunión entre personal de la embajada de EE.UU. en Madrid y Javier Zaragoza para hablar de las causas que se cursan en España contra quienes antes fueron detenidos en Guantánamo); 07MADRID82/92692, 16 de enero de 2007, 07MADRID101/93036 18 de enero de 2007, 07MADRID141/94177 26 de enero de 2007, and 07MADRID911, 14 de mayo de 2007/12958 (en los que se habla de reuniones entre funcionarios estadounidenses y españoles, incluido el fiscal general y el fiscal jefe, con respecto al proceso *Couso*); 06MADRID3104/91121, 28 de diciembre de 2006 (en el que se habla del proceso de rendición pendiente ante el juez Moreno).

remitida por los Estados Unidos a la comisión rogatoria cursada hace más de dos años y que recién ahora, cuando han sido capaces de estructurar algo que han creído serviría, se ha remitido.

Como si lo anterior no fuese bastante también en igual cable se dice que: *“El consejero jurídico de la embajada cree que la querella se preparó con la ayuda de abogados fuera de España, tal vez con la colaboración de ONG como Human Rights Watch, en cualquier caso alguien que conoce el sistema legal de EE UU mucho mejor de lo que es habitual entre los abogados españoles”*.

Lo cierto y verdad, para corrección de las desviadas informaciones remitidas a los EE.UU. desde su embajada, la cooperación ha sido múltiple – con posterioridad a la presentación de la querella - pero la base de la misma es la comprensión del sistema jurídico norteamericano y, también, el conocimiento de la lengua en que los documentos y normas están escritos.

SÉPTIMA: Tampoco podemos olvidar en esta sede un hecho fundamental, a la hora de evaluar la cooperación jurídica internacional prestada supuestamente por los Estados Unidos y que debe ser analizada desde una perspectiva cuidadosa: **estamos hablando de crímenes de Estado** y, por tanto, **esa supuesta parte colaboradora**, de acuerdo con nuestro Derecho interno, **bien puede terminar ocupando una posición procesal concreta que obliga a cuestionarse la sinceridad de sus manifestaciones.**

No es menor lo que estamos diciendo porque, si se nos permite el término, estamos hablando de **“dejar al gato cuidando la carnicería”** toda vez que de acreditarse los hechos objeto de querella, la parte “cooperadora” terminaría siendo susceptible de ser posicionada como responsable civil

subsidiario y, por tanto, dejar una cuestión de esta intensidad – jurisdicción – en las manos de quien puede tener responsabilidad es tanto como dejar en manos de un imputado el ejercicio o no de la acción penal en su contra.

OCTAVA: Durante este recurso venimos insistiendo en lo extravagante que resulta una resolución en la cual se adoptan tres medidas todas las cuales parecerían como incongruentes, al menos desde la perspectiva de lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal así como del propio artículo 23.4 de la L.O.P.J. y, específicamente, nos referimos al contenido de la parte dispositiva del auto apelado cuando acuerda:

“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 oportuno 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”

Y la última de estas medidas acordadas, una suerte de inhibición por “traslado” se realiza en función de lo *“...recogido en el artículo 19 del texto integrado del Acuerdo de asistencia judicial entre los EEUU y la Unión Europea, firmado el 25 de junio de 2003, sobre la aplicación del Tratado de asistencia jurídica mutua en materia penal entre EEUU y el Reino de España, firmado el 20 de noviembre de 1990, hecho ad referéndum en Madrid el 17 de diciembre de 2004 (BOE 26/01/2010), procede hacerlo, una vez sea traducida al inglés, y que entre otras cosas en su segundo párrafo obliga a EEUU a notificar a España “las medidas adoptadas en virtud de dicha solicitud”*

Pues bien, al respecto – y específicamente en lo que respecta al “traslado”- debemos recordar que el instrumento sobre el cual se basa la resolución es algo bastante distinto a lo que ha interpretado el órgano de instrucción, toda vez que en su artículo 2.2. se establece que:

“Por lo que se refiere a los Estados Unidos de América, la Autoridad Central será el Fiscal General o las personas designadas por él. Por lo que se refiere a España, la Autoridad Central será el Ministerio de Justicia, o las personas designadas por él.”

Pues bien, como se puede comprobar en la respuesta de la CRI internacional quien la remite ni es el Fiscal General de los Estados Unidos ni aporta documentación alguna que acredite actuar en su nombre y, en lo que respecta a España, es evidente que **el a quo no es la autoridad Central competente.**

En su artículo 5. 1. Dice que:

“La Autoridad Central del Estado requerido cumplimentará la solicitud con prontitud o, en su caso, la trasladará a la Autoridad competente. Las Autoridades competentes del Estado requerido actuarán con toda diligencia para la ejecución de la solicitud. Los Tribunales del Estado requerido estarán facultados para emitir citaciones, órdenes de registro y cualesquiera otras necesarias para la ejecución de la solicitud”

Pues en el caso que nos ocupa hemos tenido que **cursar tres solicitudes y esperar dos años para una respuesta** que, al final, es tal cual como ya se ha analizado – una cortina de humo o una falta de respeto a la justicia española.

Ahora bien, hay un punto fundamental en el artículo 5.4 de dicho acuerdo y que preceptúa que:

“Si la Autoridad Central del Estado requerido determina que la ejecución de una solicitud incide en una investigación o procedimiento penal que se esté siguiendo en dicho Estado, podrá posponer la ejecución o condicionarla en la forma que se considerara necesaria, previa consulta con el Estado requirente. Si el Estado requirente acepta la asistencia sujeta a condiciones, tendrá que cumplir las condiciones establecidas.”

Como se puede ver de la propia respuesta dada por los EE.UU. y del auto dictado es evidente que, por interpretación de este precepto, **NO EXISTE PROCEDIMIENTO PENAL ALGUNO EN ESTADOS UNIDOS QUE AFECTE A LOS HECHOS DE ESTA QUERELLA** porque, de haberlo, la respuesta habría sido otra y si no ha hecho uso de este instrumento es **ÚNICA Y EXCLUSIVAMENTE PORQUE NO PODÍA, ES DECIR POR INEXISTENCIA DE PROCESO PENAL ALGUNO POR ESTOS HECHOS Y CONTRA ESTOS QUERELLADOS.**

Ahora bien, lo auténticamente revelador y relevante a los efectos de este recurso es el propio contenido del artículo 19 en que dice basarse el auto apelado y que, textualmente, dice que:

“1. Cualquiera de los Estados contratantes podrá cursar una solicitud con el fin de iniciar un procedimiento criminal ante las autoridades competentes del otro Estado contratante en el caso de que ambos Estados gocen de jurisdicción para investigar o proceder judicialmente. Dichas solicitudes se transmitirán a través de las respectivas autoridades centrales”.

Es decir, lo que se prevé en dicha norma es, por ejemplo, que los Estados Unidos hubiesen cursado una solicitud para iniciar, ante las autoridades competentes españolas, un procedimiento sobre el cual ambos tuviesen jurisdicción; **LO QUE NO ESTABLECE LA NORMA ES LO ACORDADO EN EL AUTO APELADO**, es decir, no establece la posibilidad de que un Juez le “traslade” a una autoridad indeterminada de otro país un proceso sobre el que tiene jurisdicción.

Creemos que cuando la norma es clara no necesita interpretación; este artículo del convenio es claro y hace referencia a una solicitud de cooperación para proceder ante la jurisdicción de otro país, no para reclamar la jurisdicción como se pretende hacernos creer, como si no fuésemos a leer el convenio.

A mayor abundamiento de la explicación que estamos dando, basta con leerse el apartado segundo de igual artículo que dice:

“El Estado requerido estimará la iniciación de unas diligencias o de un procedimiento penal en la medida en que resulte pertinente según su legislación, sus prácticas y sus normas procesales. El Estado requerido notificará al Estado requirente las medidas adoptadas en virtud de dicha solicitud.”

Es evidente que para ser de aplicación tendríamos que haber estado ante una solicitud de los Estados Unidos en la cual requiriesen a España para instar un procedimiento penal o, en el caso que España lo hubiese solicitado a los Estados Unidos; sin embargo, debemos recordar que lo único existente es una CRI por parte de España en la cual se pregunta si existe o no en los Estados Unidos algún procedimiento por estos hechos y con respecto a estas personas, la respuesta fue no y, sobre esa base y una mala interpretación del artículo 19 del Convenio antes citado, el órgano de

instrucción “traslada” un procedimiento en el cual, además, dice no haberlo admitido a trámite y haberlo sobreseído, todo un paradigma.

En cualquier caso, una acabada lectura del Convenio permite tener claro que la finalidad y sentido del mismo dista mucho del dado en la interpretación realizada por el órgano de instrucción y, sobre todo, que el mismo es sólo un instrumento de cooperación entre Estados no de encubrimiento; además, no se generan derechos a favor de particulares víctimas de los hechos lo que, en el caso que nos ocupa, implicaría una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, más si cabe, si tenemos en consideración las propias leyes de los Estados Unidos que prohíben el ingreso en dicho país a ex presos de Guantánamo quienes, por tanto, para poder ejercitar sus acciones y acceder a la justicia tendrán, necesariamente que plantearlas fuera del ámbito territorial de dicho Estado que es justamente lo que están realizando en España.

NOVENA: A modo de conclusión, podemos establecer que:

- a.- existen víctimas españolas de estos hechos – con una bastaría, pero son más,
- b.- no estamos en una fase procesal que permita, sin más, la determinación de circunstancias de los responsables, como su localización, y, en todo caso los requisitos del 23.4 de la L.O.P.J. no son cumulativos salvo uno que se indica posteriormente,
- c.- no existe proceso penal alguno, que implique persecución efectiva de los autores, en los Estados Unidos,

d.- el Instrumento utilizado para “trasladar” el procedimiento a los Estados Unidos ha sido mal aplicado y muy mal interpretado,

e.- Existen especiales vinculaciones con España que obligan, dentro del sentido de lo que es la tutela judicial efectiva, a que aquí se realice una investigación con intención de transformarse en persecución efectiva de los responsables, y

f.- se ha articulado toda una maniobra política para intentar cerrar este procedimiento incluso al nivel de cuestionar la independencia de los jueces y tribunales españoles y atacar, personalmente, a los letrados encargados de esta acusación.

Con todos los elementos desarrollados en el cuerpo de este escrito es evidente que la única vía que impedirá la indeseable impunidad sería la de estimar este recurso y revocar el auto apelado; que se dictase una nueva resolución por la cual se acuerde continuar con las diligencias previas incoadas, de conformidad con lo previsto en nuestras leyes internas que deben ser interpretadas al amparo de los principios y derechos constitucionales que, entendemos, han sido vulnerados por el auto del Juzgado Central de Instrucción Número 6 de esta Audiencia Nacional.

Por lo anterior,

SOLICITO AL JUZGADO que tenga por presentado en tiempo y forma este escrito sirviéndose admitirlo a trámite y teniendo por interpuesto **RECURSO DE APELACIÓN** en contra del auto de este Juzgado de fecha 13 de abril de 2011 y que nos ha sido notificado este 14 de abril de 2011 por el cual se acuerda “...*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 oportuno traslado de la misma, debidamente traducida, al Departamento de Justicia de EEUU para su continuación, recabando del mismo que en su día se indique las medidas finalmente adoptadas en virtud de este traspaso de procedimiento” Y A LA SALA que a la vista de lo aquí alegado, de lo obrante en las actuaciones y de las normas de aplicación se sirva estimarlo revocando el auto recurrido y dictando uno nuevo por el cual se reconozca la jurisdicción española como competente para investigar estos hechos y, en su función, se ordene al a quo continuar con la instrucción objeto de estas actuaciones.

OTROSI DIGO: Que a los efectos de esta apelación, y para mejor comprensión de nuestras pretensiones, designo como testimonio de particulares copia de la totalidad de los folios de este procedimiento que es de donde se deducen mejor nuestras alegaciones, dichos y pretensiones.

Por ser de Justicia que pido en Madrid a 19.4.2011.

Gonzalo Boye Tuset

Abogado

Javier Fernández Estrada

Procurador