

ESCRITO AMICUS

**PARA PRESTAR APOYO A
LA ASOCIACIÓN PRO DIGNIDAD
DE LOS PRESOS Y PRESAS DE ESPAÑA**

**EN EL PROCESO QUE TIENE PENDIENTE ANTE EL
TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA
EN RELACIÓN CON LA QUERRELLA PENAL CONTRA**

**DAVID ADDINGTON, JAY BYBEE, DOUGLAS FEITH,
ALBERTO GONZALES, WILLIAM HAYNES Y JOHN YOO**

**EN LA AUDIENCIA NACIONAL, MADRID ESPAÑA
PROCESO N° 134/2009**

Septiembre de 2012

I. Antecedentes

El 17 de marzo de 2009, la Asociación Pro Dignidad de los Presos y Presas de España (que en lo sucesivo se denominará la "Asociación") incoó en la Audiencia Nacional de España una querrela contra seis ex funcionarios del gobierno de Estados Unidos, a saber: David Addington, ex asesor jurídico y jefe de personal del ex vicepresidente Cheney; Jay S. Bybee, ex fiscal general delegado, Despacho de Asesoramiento Jurídico (OLC, por sus siglas en inglés), Departamento de Justicia de Estados Unidos (DOJ, por sus siglas en inglés); Douglas Feith, ex subsecretario de defensa a cargo de normativas, Departamento de Defensa de Estados Unidos (DOD, por sus siglas en inglés); Alberto R. Gonzales, ex asesor jurídico del ex presidente George W. Bush, y ex fiscal general de la nación; William J. Haynes, ex asesor jurídico general, DOD; y John Yoo, ex fiscal general delegado, OLC, DOJ.¹ Se afirma que los querrelados aportaron de manera material a un plan sistemático de tortura y trato cruel, inhumano y degradante de personas detenidas por Estados Unidos en el contexto de la llamada "Guerra contra el terror". La querrela contiene imputaciones que incluyen la tortura y contravenciones de los Convenios de Ginebra de 1949, los Protocolos adicionales de los mismos y los emitidos contra la tortura.

Este proceso le correspondió por reparto al juez Eloy Velasco. En 4 de mayo de 2009, el juez Velasco emitió cartas rogatoria a Estados Unidos, conforme al Tratado de asistencia jurídica mutua en materia penal ratificado en 1990 entre el Reino de España y Estados Unidos de América. En dichos autos, el juez preguntó si "los actos referidos en esta querrela se están o no investigando o procesando en Estados Unidos" y de ser ese el caso, pidió que se identificara a la autoridad a cargo del proceso y se informara al Tribunal del procedimiento concreto mediante el cual se puede referir la querrela para efectos de acumulación de cargos. No se recibió respuesta alguna a la solicitud.

El juez Velasco repitió su solicitud a Estados Unidos en dos ocasiones. El 7 de abril de 2010 reiteró la solicitud, recalcando la "urgencia de responder a las cartas rogatoria internacionales remitidas a Estados Unidos". El 18 de octubre de 2010, expidió un mandato en el que *inter alia* citó la comisión rogatoria remitida al gobierno estadounidense el 4 de mayo de 2009 y recalcó la "urgencia de cumplir" con las cartas rogatorias.

Por fin, el 28 de enero de 2011, el juez Velasco expidió una orden en la que fija una fecha límite para que Estados Unidos le informe si se está o no efectuando una investigación o un procesamiento de los eventos estipulados en la querrela. El juez Velasco especificó que si no se obtenía una respuesta, consideraría cumplido lo que se detalla en el Artículo 23(4) Secciones 2 a 3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ).² Conforme a un escrito recibido del Ministerio

¹ La documentación de este proceso se puede leer (tanto en inglés como en español) en: <http://www.ccrjustice.org/ourcases/current-cases/spanish-investigation-us-torture>; www.ecchr.de/index.php/us-accountability/articles/ecchr-files-legal-submission-in-spanish-guantanamo-case.html.

² Según el Artículo 23(4) de la LOPJ, España ejercería su jurisdicción, *inter alia*, si hallase que "no hay ningún otro país ni tribunal internacional competente en el que se hayan iniciado procedimientos que constituyan una investigación y persecución en relación con los actos punibles".

Fiscal en el que se le solicita al juez Velasco que indague acerca del nombramiento de un fiscal especial en Estados Unidos, el juez Velasco incluyó dicha consulta concreta en su seguimiento a Estados Unidos.

El 15 de marzo de 2011, se les informó a las partes que Estados Unidos había respondido al juez Velasco, y la respuesta estadounidense, de fecha primero de marzo de 2011, recibida por el Tribunal el 4 de marzo subsiguiente, se puso a disposición de las partes el día 21 de marzo de 2011. La exposición estadounidense se presentó en la forma de una carta remitida por el Despacho de Asuntos Internacionales del Departamento de Justicia de Estados Unidos.³ En la exposición de Estados Unidos no se ofrece ninguna explicación acerca de los casi dos años que se tomó Estados Unidos para responder a la consulta del juez Velasco.

El 13 de abril de 2011, el juez Velasco emitió una orden en la que dispone que Estados Unidos se estaba respondiendo a las alegaciones de la querrela y por lo tanto ordenó que la querrela se transfiriera al Departamento de Justicia de Estados Unidos para que se le diera el debido seguimiento.

Se interpuso un recurso apelatorio contra dicha decisión. En marzo de 2012, la Sección Tres de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional falló, por voto mayoritario, que se desestimara la apelación y se ratificara la decisión del Juzgado Central de Instrucción Número 6. Tres jueces disintieron, emitiendo una crítica larga y detallada de las conclusiones jurídicas y fácticas del juez Velasco y de la mayoría.

El 12 de junio de 2012, la Asociación en Pro Dignidad de los Presos y Presas de España interpuso su apelación ante el Tribunal Supremo de España. El presente escrito *amicus curiae*, al cual se suscribirán varios expertos y entidades jurídicas internacionales y que se presentará en castellano en su debido momento, se presenta como apoyo a la Asociación

II. Resumen

El *Center for Constitutional Rights* (que en lo sucesivo se denominará "CCR") y el *European Center for Constitutional and Human Rights* (que en lo sucesivo se denominará "ECCHR"), desempeñándose como asesores jurídicos de los *amici*, son entidades cuya participación en acciones que procuran reparaciones y exigen la rendición de cuentas a nombre de personas que han sido sometidas a torturas y otras violaciones graves del derecho internacional mientras se encontraban detenidas por Estados Unidos, ha sido profunda. Los *amici*, enumerados al final del presente escrito, son entidades, expertos y académicos con un interés profundo y muy amplia experiencia en el tema de la rendición de cuentas por graves contravenciones del derecho

³ Departamento de Justicia de Estados Unidos, División Penal, Despacho de Asuntos Internacionales, Carta de Mary Ellen Warlow y Kenneth Harris dirigida a la señora Paula Mongé Royo, "Ref: Solicitud de asistencia de España en el asunto de Addington, David; Bybee, Jay; Feith, Douglas; Haynes, William; Yoo, John; y González, Alberto; No. de referencia en España: 002342/2009-CAP," de fecha 1 de marzo de 2011 y contrafechada el 4 de marzo de 2011 ("Exposición de Estados Unidos").

internacional. CCR, ECCHR y los *amici* presentan este escrito *amicus curiae* a fin de demostrar los graves errores cometidos por el Juzgado Central de Instrucción No. 6 y la mayoría de la Sección 3 de la Sala de lo Penal al fallar que la querrela contra los llamados "los seis de Bush" se está investigando y procesando debidamente en Estados Unidos y que por lo tanto España debe conceder la jurisdicción.

Con todo respeto sometemos a consideración que no ha habido ni habrá ninguna investigación ni persecución penales del trato dado a las víctimas nombradas ni de las actuaciones de los querrelados personados. No ha habido ni hay en la fecha ninguna investigación penal de las actuaciones de los funcionarios de alto nivel del gobierno de Bush que participaron en la creación y puesta en práctica de una normativa de detención e interrogatorio según la cual los denunciados y otras personas detenidas en Guantánamo, en Irak, en Afganistán y en sitios de detención secretos, fueron sometidos a torturas y trato cruel, inhumano y degradante y a otras violaciones graves del derecho internacional.

Es más, el fiscal general de Estados Unidos protegió de manera explícita y concluyente las decisiones tomadas por los funcionarios estadounidenses nombrados en el presente proceso contra toda investigación en agosto de 2009, cuando dio inicio a un estudio preliminar de una serie limitada de casos de interrogatorio que específicamente excluyeron de enjuiciamiento a "todos los que actuaron de buena fe y dentro de la orientación jurídica dada por el Despacho de Asesoramiento Jurídico con respecto al interrogatorio de detenidos".⁴ De hecho, dicha conclusión se reafirmó el 30 de agosto de 2012 cuando el fiscal general Eric Holder dio por concluida la investigación incluso de las muertes de dos detenidos que fallecieron mientras estaban en custodia bajo autoridad de Estados Unidos, evento que ocurrió el año pasado, después del cierre de una investigación preliminar y muy limitada en la que se procuraba determinar si habían habido contravenciones de leyes federales estadounidenses durante el transcurso de ciertos interrogatorios supuestamente dirigidos por la Agencia Central de Inteligencia (CIA).⁵

⁴ Declaración del fiscal general Eric Holder relacionada con la Revisión preliminar del interrogatorio de ciertos detenidos, 24 de agosto de 2009, que se puede ver en: <http://www.usdoj.gov/ag/speeches/2009/ag-speech-0908241.html> ("Declaración de Holder de agosto de 2009").

⁵ Véase la declaración del fiscal general Eric Holder sobre el cierre de la investigación del interrogatorio de ciertos detenidos, Departamento de Justicia de Estados Unidos, 30 de agosto de 2012, que se puede ver en: <http://www.justice.gov/opa/pr/2012/August/12-ag-1067.html> ("Declaración de Holder de agosto de 2012").

La investigación del DOJ concluida recientemente fue el último proceso que se estaba investigando y todas las demás posibles líneas de investigación han sido desestimadas por el fiscal general de la nación.⁶

Queda pendiente la necesidad de efectuarse una investigación exhaustiva e independiente tanto de la autorización del programa de tortura como de su puesta en práctica.⁷

En fechas anteriores, CCR y ECCHR presentaron al juez Velasco tres opiniones de expertos relacionadas con el proceso contra los seis ex funcionarios del gobierno de Bush: dos autos se concentraron en qué procedimientos, investigaciones o persecuciones, si las hay, se están

⁶ Véase p. ej. Editorial, *Conclusión del asunto de la tortura por la CIA*, Los Angeles Times, 14 de septiembre de 2012, que se puede ver en <http://latimes.com/news/opinion/editorials/la-ed-torture-20120914,0,6615797.sotry> (“ni la el no haber llegado a conclusiones en las investigaciones penales ni los cambios en leyes justifican la amnesia oficial sobre la tortura”); Scott Shane, *No se imputan cargos por tácticas violentas utilizadas por la CIA*, New York Times, 30 de agosto de 2012, que se puede ver en: http://www.nytimes.com/2012/08/31/us/holder-rules-out-prosecutions-in-cia-interrogations.html?_r=1 (El cierre es responsable de “eliminar la última posibilidad de que se imputen cargos penales como resultado de los interrogatorios brutales efectuados por la CIA” y “concluye años de disputa sobre si se debe responsabilizar al personal de línea militar o de inteligencia y sus superiores por el abuso de prisioneros”); Glenn Greenwald, *El Departamento de Justicia de Obama otorga inmunidad definitiva a los torturadores de la CIA de Bush*, The Guardian Online, 31 de agosto de 2012, que se puede ver en: <http://www.guardian.co.uk/commentisfree/2012/aug/31/obama-justice-department-immunity-bush-cia-torturer> (“El fiscal general Eric Holder anunció el cierre sin imputar cargos de los dos únicos casos bajo investigación en relación con el programa de tortura de Estados Unidos”); Zachary Katznelson, *Tortura con impunidad*, American Civil Liberties Union, 31 de agosto de 2012, que se puede ver en: <http://www.aclu.org/blog/human-rights-national-security/torture-impunity> (“El pronunciamiento significa que ni un solo funcionario de la CIA será procesado en los juzgados federales por ninguno de los actos de abuso, tortura e incluso muertes que acontecieron en las manos de funcionarios de la CIA y sus contratistas”).

⁷ Véase p. ej., EE.UU.: *Tortura y rendición ante la Libia de Gaddafi: Nuevos relatos de simulacros de ahogamiento, Otras torturas con agua, Abusos en cárceles secretas*, Comunicado de prensa sobre informe de Human Rights Watch, Septiembre de 2012, que se puede ver en: <http://www.hrw.org/news/2012/09/05/us-torture-and-rendition-gaddafi-s-libya> (“Informe de HRW EE.UU./Libia”) (“El alcance de los abusos del gobierno de Bush parece ser más extenso de lo que se reconoció anteriormente y subraya la importancia de iniciar una indagación exhaustiva sobre lo que sucedió.”); *Se salieron con las suyas con la tortura: el gobierno de Bush y el maltrato de detenidos*, Informe de Human Rights Watch, Julio de 2011, que se puede ver en: http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/us0711webwcover_1.pdf (“Informe de HRW Se salieron con las suyas con la tortura”) (se descubre que pese a evidencia de importancia de tortura y actividad ilícita, todavía no se ha efectuado una investigación independiente y exhaustiva); *Tortura, crímenes de guerra, rendición de cuentas: Ex presidente George W. Bush visita Suiza y las obligaciones de Suiza según el derecho internacional: memorando de Amnesty International dirigido a las autoridades suizas*, Amnesty International, AMR 51/009/2011, febrero de 2011, que se puede ver en: <http://www.amnesty.org/en/library/info/AMR51/009/2011/en> (“de todas las investigaciones que se emprendieron, ninguna cubrió a cabalidad la gama de delitos ni de perpetradores necesaria para satisfacer sus obligaciones internacionales”); Stephanie Nebehay, *Reportera Especial de la ONU sobre la tortura Juan Ernesto Mendez, entrevista: experto de la ONU pide investigación exhaustiva de torturas por Estados Unidos*, Reuters, 16 de noviembre de 2010, que se puede ver en: <http://af.reuters.com/article/zimbabweNews/idAFLDE6AF1DR20101116?pageNumber=1&virtualBrandChannel=0&sp=true> (“Estados Unidos tiene la obligación de investigar todo acto de tortura. Lamentablemente, no hemos visto mucho en materia de responsabilidad”); véase también International Center for Transitional Justice, *Enjuiciamientos por abusos de detenidos en operaciones estadounidenses contraterroristas*, noviembre de 2009, que se puede ver en: <http://ictj.org/sites/default/files/ICTJ-USA-Criminal-Justice-2009-English.pdf>.

efectuando en Estados Unidos con respecto al proceso que nos ocupa,⁸ y en el tercer auto se presenta un marco conceptual jurídico que se podría aplicar para responsabilizar penalmente a los querellados, ex abogados oficiales, y constituye prueba clave contra los querellados.⁹ Dichas opiniones de expertos se anexan al presente escrito, tanto en inglés como en español, para beneficio del Tribunal. Con base en lo expuesto en estas opiniones de expertos, CCR y ECCHR determinaron que era correcto que el juez Velasco y el Juzgado Central de Instrucción No. 6 conocieran del proceso pues este yace dentro de su jurisdicción.

El Juzgado Central de Instrucción No. 6 y la mayoría de la Sección Tres de la Sala de lo Penal alegan basar sus decisiones en el contenido de la exposición de Estados Unidos, la que ellos dictaminan demuestran que Estados Unidos está respondiendo a la querrela incoada por la Asociación. La exposición de Estados Unidos carece totalmente de suficiencia para apoyar una conclusión de que el proceso penal contra los así llamados "los seis de Bush" no corresponde al fuero del tribunal español. Por el contrario, la exposición de Estados Unidos demuestra que ninguna jurisdicción competente está investigando ni persiguiendo las imputaciones de la querrela. Las iniciativas que se detallan como emprendidas por el gobierno estadounidense en diversos foros, si bien indican alguna medida pequeña de inquietud con respecto al "maltrato" o al "abuso" de detenidos y la asesoría jurídica proporcionada en relación con el trato de detenidos, estas, al fin y al cabo, no responden ni se aplican a las acusaciones que se detallan en la querrela española. En este escrito se refutan en detalle los argumentos sometidos por Estados Unidos en su auto en el sentido de que el Reino de España debe rechazar su jurisdicción en este proceso, y presenta explicaciones de los procedimientos citados por Estados Unidos.

La exposición de Estados Unidos deja en claro que los querellados personados en este proceso no serán perseguidos ni enjuiciados en Estados Unidos: ***“el Departamento de Justicia ha concluido que es improcedente iniciar procesos penales contra ningún otro funcionario del poder ejecutivo, incluidos aquellos nombrados en la querrela, que se basaron en los***

⁸ Véase Opinión de experto conjunta, 26 de abril de 2010, que se puede ver en inglés y en 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 (“Opinión de experto de abril de 2010”) que se adjunta al presente escrito en el Apéndice A; y auto suplementario de la Opinión de experto conjunta del 26 de abril de 2010, 11 de diciembre de 2010, que se puede ver en inglés y en español en: http://www.ccrjustice.org/files/Spain%20Supplemental%20Final_English%20-%20EXHIBITS.pdf y en http://www.ccrjustice.org/files/Spain%20Supplemental%20Submission_SPANISH%20-%20FINAL%20with%20Exhibits.pdf (“Opinión de experto suplementaria de diciembre de 2010”) que se adjunta al presente escrito en el Apéndice B.

Fue sometida en la opinión de experto de abril de 2010 que la jurisdicción universal es concurrente con otras jurisdicciones, como serían la territorial y la del principio de personalidad, y que no es subsidiaria a esas formas de Jurisdicción. Idem en 13-17. Véase e.g., Informe de la Misión de Investigación de las Naciones Unidas sobre el Conflicto en Gaza, A/HRC/12/48, 15 de septiembre de 2009, párrafo 1849, en: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/12session/A-HRC-12-48.pdf>.

⁹ Véase Opinión de experto conjunta: Responsabilidad de los seis querellados, 4 de enero de 2011, que se puede ver en inglés y en español en: <http://www.ccrjustice.org/files/FINAL%20English%20Lawyers%20Responsibility%20Submission.pdf> y en <http://www.ccrjustice.org/files/FINAL%20English%20Lawyers%20Responsibility%20Submission.pdf>, que se adjunta al presente escrito en el Apéndice C.

memorandos expedidos por el Despacho de Asesoramiento Jurídico para participar en las normas y procedimientos de detención e interrogatorio”.

Si bien no cabe duda que Estados Unidos cuenta con el marco conceptual jurídico que le da jurisdicción sobre las acusaciones de tortura y otras violaciones graves del derecho internacional por los que los querellados personados individuales en quienes recae la responsabilidad penal individual, *es aparente que el no haber investigado ni perseguido ni enjuiciado a ningún funcionario de nivel intermedio o alto en 10 años, sin perjuicio de un considerable cuerpo de evidencia que ameritaría una completa investigación, Estados Unidos no se valdrá de su fuero respecto a esta querrela.* De hecho, las siete páginas de la exposición, en las que se improvisan vínculos entre respuestas gubernamentales inconexas relacionadas con la tortura o el mal trato de detenidos en centros de detención manejados por Estados Unidos, terminan dejando en claro el punto mismo que Estados Unidos está tratando de aclarar en su respuesta: la exposición de Estados Unidos demuestra que Estados Unidos no ha dado ni dará ni un solo paso hacia la investigación o el enjuiciamiento por los delitos de tortura y otros abusos graves de los detenidos contra estos querellados u otros funcionarios de alto nivel del gobierno de Estados Unidos.

En el año y medio que ha transcurrido desde que Estados Unidos respondiera con su exposición, han acontecido en Estados Unidos toda una serie de incidencias que demuestran que la exhortación del presidente Obama de "mirar hacia adelante y no hacia atrás" en la imputación de responsabilidad por torturas —postura que acoge la impunidad— ha sido aceptada como normativa del Departamento de Justicia de Estados Unidos. Incluso las investigaciones preliminares sobre torturas contra personal de la CIA —*investigaciones en las que, tal como se explica a continuación, jamás se tuvo la intención de abarcar ninguna de las actuaciones de ninguno de los querellados personados en la querrela radicada por la Asociación*— se han concluido. Sencillamente, nunca ha habido y nunca habrá en ningún juzgado de Estados Unidos, investigación o procesamiento alguno por tortura perpetrada por funcionarios estadounidenses.

Tal como escribiera el Reportero Especial de Naciones Unidas sobre la Tortura Manfred Nowak “la tortura... según se define en el Artículo 1, es cometida por funcionarios del Estado y los gobiernos respectivos generalmente no tienen interés alguno en enjuiciar a sus propios funcionarios”.¹⁰ Todas las declaraciones hechas por funcionarios estadounidenses y las decisiones que ellos han tomado hasta la fecha indican que *Estados Unidos cae precisamente dentro de la lista de países que no tienen ningún interés en someter a la justicia a ninguno de sus funcionarios.*¹¹ Siendo un Estado parte del Convenio Contra la Tortura, España tiene una

¹⁰ Manfred Nowak y Elizabeth McArthur, Convenio de Naciones Unidas contra la tortura: un comentario (Oxford University Press 2008) (“Comentario de Nowak y McArthur”), en 316.

¹¹ La falta de acción por parte de Estados Unidos con respecto a la tortura cuando supuestamente son sus propios funcionarios quienes son los responsables se ve contrastada marcadamente con el fuerte apoyo que la nación expresó por el principio de la jurisdicción universal durante la redacción del Convenio Contra la Tortura. Según el comentario de Nowak y McArthur, “el gobierno estadounidense expresó la opinión de que la tortura constituye un delito de tanta preocupación internacional que debe contar con una amplia base jurisdiccional de la misma manera que la comunidad internacional ha convenido actuar en convenios anteriores contra la piratería aérea, sabotaje y la protección de diplomáticos”. *Ibid.* en 314. El comentario agrega: “Fue, por sobre las demás, la delegación de Estados Unidos la que argumentó de manera persuasiva que la jurisdicción universal tenía por intención primordial

obligación de asegurarse de que se realice una investigación y un enjuiciamiento debidos y tiene una obligación de brindarle apoyo a los esfuerzos de los peticionarios de pedir una rendición de cuentas en lugar de a los esfuerzos de Estados Unidos se asegurar la impunidad de quienes fueron funcionarios en ese país. De hecho, en fechas recientes, en el proceso *Belgium versus Senegal*, la Corte Internacional de Justicia afirmó las obligaciones de los Estados parte conforme al Convenio Contra la Tortura, de investigar o procurar enjuiciamientos en casos en los que se alega que se cometieron actos de tortura.¹²

Se responde a continuación a los diversos puntos tratados en la exposición de Estados Unidos y le presentan al Tribunal una actualización de las decisiones tomadas desde que dicho documento se presentara en marzo de 2011. Se confirma que Estados Unidos no ofrecerá ningún foro propicio para investigar las violaciones detalladas en este proceso y proseguir a los enjuiciamientos correspondientes. Al hacerlo, demuestran que en Estados Unidos no existen ni investigaciones ni procesos que interfieran con el ejercicio por parte del Reino de España de su jurisdicción por sobre “los seis de Bush”.

III. Marco conceptual jurídico aplicable:

La opinión de experto de abril de 2010 que se adjunta en el Apéndice A detalla el fundamento jurisdiccional español para conocer de este proceso y la relación entre la jurisdicción española y la jurisdicción estadounidense en este asunto, sobre todo a la luz de la falta de acción en Estados Unidos. Dicha opinión también aclara la jurisprudencia internacional y europea sobre las investigaciones concretas. A continuación resaltamos algunos de los puntos principales de dicha opinión, recalcando su pertinencia respecto de la pregunta si el Tribunal debe retener o deferir la jurisdicción.

tratar situaciones en las que la tortura es una normativa oficial del Estado y en la que al gobierno respectivo, por lo tanto, no tenía ningún interés en la extradición y el procesamiento de sus propios funcionarios acusados de tortura”. *Ibid* en 315.

Notablemente, Italia ha procesado a oficiales norteamericanos por su participación en los denominados “vuelos de la CIA” en relación a Osama Mustafa Hassan Nasr (Abu Omar). Véase Francesco Messineo, ‘*Extraordinary Renditions*’ and State Obligations to Criminalize and Prosecute Torture in Light of the Abu Omar Case in Italy, 7 *Journal of International Criminal Justice* 1023-44 (2009). También ver Ian Sahapira, *Italy’s high court upholds conviction of 23 Americans in Abu Omar rendition*, Washington Post, Septiembre 19, 2012 y disponible en http://www.washingtonpost.com/local/italys-high-court-upholds-convictions-of-23-americans-in-abu-omar-rendition/2012/09/19/af06022c-0286-11e2-91e7-2962c74e7738_story.html. Igualmente un tribunal alemán ha emitido trece órdenes de arresto contra agentes de la CIA por su participación en el secuestro y torturas del ciudadano alemán Khaled El Masri. Véase Mark Landler, “*German Court Seeks Arrest of 13 C.I.A. Agents*,” *New York Times*, 31 de enero, 2007, disponible en: <http://www.nytimes.com/2007/01/31/world/europe/31cnd-germany.html>

¹² Véase en general, *Preguntas sobre la obligación de procesar o extraditar* (Belg. v. Sen.) Fallo del 20 de julio de 2012, que se puede ver en: <http://www.icj-cij.org/docket/files/144/17064.pdf>.

Según el Artículo 23(4) de la LOPJ, la jurisdicción española será competente para conocer de ciertos delitos internacionales “si no hay ningún otro país con competencia... en el que se hayan iniciado procedimientos que constituyan una investigación y persecución efectivas en relación con los hechos punibles”. Este punto es de importancia fundamental: ***la jurisdicción de los juzgados españoles para conocer de la querrela que nos ocupa puede ser contrarrestada sólo si las autoridades estadounidenses pueden demostrar que han iniciado por su propia cuenta una investigación y persecución efectivas con respecto a estos hechos.*** Si bien no hay duda de la competencia estadounidense para iniciar una investigación efectiva (dada la nacionalidad de los querrelados y las leyes nacionales, incluido el Estatuto de crímenes de guerra (18 U.S.C. § 2441) y el Estatuto contra la tortura (18 U.S.C. § 2340A), es evidente al efectuar un análisis de la exposición de Estados Unidos y actuaciones posteriores del Departamento de Justicia, que no se ha iniciado ni concluido en dicho país ninguna tal investigación efectiva de los hechos punibles. Es más, por los motivos que se esbozan a continuación, queda muy en claro que ninguna tal investigación *se efectuará* en Estados Unidos mientras ejerza el poder la administración actual. Por consiguiente, conforme al Artículo 23(4) de la LOPJ, el proceso tiene que proseguir ante el juzgado español en lugar de ser concedido provisionalmente.

Tal como lo manifestáramos anteriormente en nuestra Opinión de experto de abril de 2010, la jurisprudencia en Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuyos dictámenes son necesariamente vinculantes para los juzgados españoles, se tiene que tener en cuenta al interpretarse el alcance de las disposiciones de “efectividad” contenidas dentro del Artículo 23(4) a (5) de la LOPJ.¹³ Visto en forma acumulativa, para ser “efectiva” la investigación tiene que ser independiente; tiene que habilitar la determinación de lo querrelado y ofrecer un derecho de reparación; y tiene que ser oportuna. Anteriormente esbozamos el conjunto europeo de sentencias y doctrinas aplicable sobre la “efectividad” y por lo tanto no la repetimos acá.¹⁴ Sin embargo, hay dos puntos clave en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que realizamos para formalizar el contexto de la presente respuesta.

Primero, a fin de habilitar la determinación de lo querrelado (y por lo tanto, para ser efectiva), la investigación tiene que “tener la capacidad de llevar hacia la identificación y el castigo de los responsables”.¹⁵ Es fundamental que dado que la tortura es un delito tipificado en el derecho internacional, esta obligación de identificar y enjuiciar a los supuestos perpetradores necesariamente implica una investigación y/o una persecución *penales*.¹⁶ Por lo tanto, una

¹³ De hecho, en el asunto de *Al Daraj*, los juzgados españoles explícitamente se basaron en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para interpretar el alcance de las cláusulas de “efectividad” contenidas en el Artículo 23(4) a (5) de la LOPJ. Véase, por ejemplo, Opinión disidente, Sentencia No. 1/09, Audiencia Nacional (Sala de lo Penal), Apelación No. 31/09 (sobre procedimientos preliminares No. 157/08), 17 de julio de 2009, páginas 8 a 10, se puede leer en: http://www.ccrjustice.org/files/National%20High%20Court%20-%20Appeals%20Dissent%20Opinion%20of%2007.17.2009_ENG.pdf.

¹⁴ Véase Opinión de experto de abril de, en las páginas 17 a 20

¹⁵ *Aksoy versus Turquía* (1997) 23 EHRR 553 (en el párrafo 98)

¹⁶ Rodley, N. y Pollard, M. (2009). *El trato de prisioneros según el derecho internacional* (3a ed.) OUP (en la página 151); véase también Opinión de experto de abril de 2010, no. 63.

evaluación administrativa que no tiene la capacidad de concluir en un enjuiciamiento penal necesariamente es una respuesta inefectiva y, por lo tanto, claramente inadecuada para los delitos presuntos de tortura ya que no avanza de ninguna manera hacia la reparación efectiva ni hacia el enjuiciamiento de quienes consumaron los delitos.

Segundo, está bien establecido que una investigación se considere efectiva, tiene que “ser independiente en términos jerárquicos e institucionales de todo aquél que esté implicado en los hechos”.¹⁷ Es decir, en cuanto a lo más básico, los querellados tienen que mantenerse separados y desconectados institucionalmente de los procedimientos de investigación y los hallazgos que tienen que ver con su supuesta actividad. O sea que tal como se detalla más a fondo a continuación, si se convidó a los querellados en este asunto a evaluar y a realizar cambios sustantivos en las investigaciones de sus actividades, no se han satisfecho los criterios de independencia y efectividad. Nosotros notamos que estos criterios son copiados en la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos, en particular por el Comité de Derechos Humanos de la ONU encargado de revisar y monitorizar la implementación de la Convención Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y por el Comité contra la Tortura de Naciones Unidas, encargada de la supervisión del Convenio contra la Turtura.¹⁸

IV. Marco conceptual factual y jurídico: la responsabilidad de los querellados

Según la opinión de la mayoría, se expresó cierta inquietud respecto a la especificidad y la índole del proceso contra los funcionarios estadounidenses nombrados. Véase Decisión mayoritaria, Fundamentos jurídicos, Uno. Si bien no es nuestra intención ahondar en los detalles de los méritos de este proceso, presentamos en el presente escrito una declaración concisa del marco conceptual factual y jurídico en el que se define la responsabilidad de los querellados. Entender el papel y la responsabilidad supuesta de los abogados del gobierno de Bush en este proceso es fundamental a fin de poder analizar debidamente la respuesta de que los casos individuales se

¹⁷ *Davydov y otros versus Ucrania* [Aplicaciones nos. 17674/02 y 39081/02, 1 de julio de 2010 (en el párrafo 277)] [ECtHR]. Véase también Opinión de experto de abril de 2010, p. 18, y los procesos que allí se citan.

¹⁸ En cuanto a investigación efectiva de la tortura a través de procedimientos penales. Ver, por ejemplo, Asamblea General de la ONU *Principios básicos y lineamientos sobre el derecho de remediar y reparar a las víctimas de contravenciones de los derechos humanos internacionales y graves violaciones del Derecho Humanitario Internacional* Parte II(3)(b); Comité de la ONU de Derechos Humanos Comentario General No. 7: la tortura o el trato y castigo cruel, inhumano o degradante (1982), acápite 1; Comentario General No. 20: la tortura o el trato y castigo cruel, inhumano o degradante (1992), acápite 14; Convención de la ONU contra la tortura, artículo 12; *Principios sobre la efectividad de la investigación y la documentación de la tortura y otros tratos y castigos crueles, inhumanos o degradantes* (en lo sucesivo, los ‘principios de Estandul), anexo de la Resolución de la Asamblea General de la ONU 55/89 (4 de diciembre de 2000). Sobre la independencia ver entre otros, Comité de la ONU de Derechos Humanos Comentario general No. 31 ‘la naturaleza de la obligación jurídica general impuesta en los Estados Parte’ (2004), acápite 15; *Nikoli and Nikoli v Serbia y Montenegro* (2005) UN Doc CAT/C/35/D/174/2000; *Jordan v Reino Unido* (2001) 37 EHRR 52 (at 106). ver también el Estatuto de la CPI, Artículo 17(2)(c). Sobre el cumplimiento, entre otros, Comité de la ONU de Derechos Humanos *Rajapakse v Sri Lanka* (2006) UN Doc CCPR/C/87/D/1250/2004, en los acápites 9.4 a 9.5., y *Blanco Abad v Spain*, (1998) UN Doc CAT/C/20/D/59/1996. Ver también el Estatuto de la CPI, Artículo 17(2)(b).

están investigando en Estados Unidos, tal como lo manifiesta el gobierno estadounidense y lo acepta la mayoría en la decisión de casación de la Audiencia Nacional. Dicho análisis sólo puede dar por resultado que la alegación de que los casos se están investigando en Estados Unidos es un error.

Los seis estadounidenses nombrados en la querrela original, a saber, David Addington, Jay S. Bybee, Douglas Feith, Alberto R. Gonzáles, William J. Haynes y John Yoo, fueron integrantes de alto nivel del gobierno de Bush, imputados por los querellantes con haber aportado materialmente a establecer un plan sistemático de tortura y trato cruel, inhumano y degradante de personas detenidas por Estados Unidos en el contexto de la "Guerra contra el terror".¹⁹ Los delitos de los que se acusa a los abogados son los de haber coadyuvado a incluir tortura, trato cruel, inhumano o degradante (violaciones del Convenio Contra la Tortura) y graves contravenciones de los Convenios de Ginebra.

El uso generalizado de abusos perpetrados contra personas detenidas por Estados Unidos en la llamada "Guerra contra el terror" ha sido documentado por una gran cantidad de fuentes fidedignas que incluyen el Congreso de Estados Unidos, su estamento military de Estados Unidos, la CIA, los Reporteros Especiales de Naciones Unidas, el Comité Internacional de la Cruz Roja, entidades no gubernamentales de alcance internacional, y las víctimas mismas.²⁰

¹⁹ Véase Querrela penal presentada a la *Audiencia Nacional* por la Asociación Pro Dignidad de los Presos y Presas de España, 17 de marzo de 2009.

²⁰ Véase p. ej., A. Taguba, Art. 15-6: Investigación de la Brigada 800 de a Policía Militar (2004), que se puede ver en: <http://www.dod.mil/pubs/foi/detainees/taguba/> ("el informe de Taguba") (en el que se citan instancias de 'abuso criminal, sádico, descarado y malintencionado' en Abu Ghraib); J. Schlesinger, Informe final del grupo independiente creado para revisar las operaciones de detención del Departamento de Defensa, agosto de 2004, que se puede ver en: <http://www.defenselink.mil/news/Aug2004/d20040824finalreport.pdf> (los abusos fueron 'generalizados' y graves en número y en efecto); G. Fay & A. Jones, Ejército de EE.UU., AR 15-6 Investigación de las actividades de inteligencia of en la prisión de Abu Ghraib y la Brigada de Inteligencia Militar 205 (2004), que se puede ver en: http://www.washingtonpost.com/wp-srv/nationi/documents/fay_report_8-25-04.pdf ("el informe de Fay/Jones"); Informe del Comité Internacional de la Cruz Roja sobre el tratamiento de prisioneros de guerra y de otras personas protegidas por los Convenios de Ginebra en Irak durante su detención, confinamiento e interrogatorio por las fuerzas de la Coalición, Febrero de 2004, que se puede ver en: http://www.globalsecurity.org/military/library/report/2004/icrc_report_iraq_feb2004.pdf; Agencia Central de Inteligencia (CIA), Despacho del Inspector General. Revisión especial: Actividades de detención e interrogatorio de contraterroristas, 7 de mayo de 2004, que se puede ver en: http://luxmedia.com.edgesuite.net/aclu/IG_Report.pdf ("Informe del inspector general de la CIA"); Comisión de los Servicios Armados del Senado (SASC), Indagación sobre el trato de detenidos en custodia bajo autoridad de Estados Unidos, 20 de noviembre de 2008, que se puede ver en: http://armed-services.senate.gov/Publications/Detainee%20Report%20Final_April%2022%202009.pdf ("Informe de la SASC"); *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 de parte de la CIA de "técnicas de interrogatorio perfeccionadas" en sospechosos de terrorismo 15* (2009), que se puede ver en: <http://judiciary.house.gov/hearings/pdf/OPRFinalReport090729.pdf> ("Informe del OPR"); Comisión de Asuntos en el Extranjero de la Cámara de los Comunes, Informe Anual sobre Derechos Humanos 2005, Sesión 2005-6, H.C. 574, que se puede ver en: <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200506/cmselect/cmfaff/574/574.pdf>; Véase también Médicos en pro de los Derechos Humanos, Leyes violadas: evidencia médica de tortura por personal estadounidense y su impacto (junio de 2008), que se puede ver 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 ver en:

Huelga la acotación de que se siguen revelando datos nunca antes divulgados que señalan que el historial completo y el alcance total de la responsabilidad de los querellados todavía se desconoce.²¹

La denuncia se basa en una cantidad significativa de documentos producidos por diversas entidades y dependencias del gobierno estadounidense, incluidas opiniones jurídicas escritas o producidas de alguna otra manera por los abogados del gobierno de Bush nombrados en la presente querrela, y demuestra que de no contarse con tales opiniones jurídicas, los abusos generalizados y demás delitos contra personas detenidas por Estados Unidos no pudieron haber ocurrido.

En este presente documento, tan sólo realizamos unos cuantos elementos factuales y jurídicos pertinentes que fundamentan con peso la alegación de que los abogados nombrados en la querrela participaron en conductas delictuosas que justifican una investigación penal. Nuestra opinión de experto, que se adjunta a manera de Apéndice C, pormenoriza los elementos factuales y jurídicos que representan la base de la responsabilidad penal de los querellados.

El 9 de enero de 2002, John Yoo, desde el Despacho de Asesoramiento Jurídico (OLC por sus siglas en inglés) dentro del Departamento de Justicia de Estados Unidos, expidió un memorando en el que se argumenta que el Tercer Convenido de Ginebra de 1949 relacionado con el Trato de Prisioneros de Guerra no competen en el conflicto con Al Qaeda ni con los talibanes, y que tampoco compete el Artículo Común 3 de los Convenios, que ofrece protecciones mínimas que se han de observar a toda hora, sobre todo el trato humanitario de tanto civiles como combatientes.²² El 22 de enero de 2002, Jay Bybee, también del mismo despacho OLC, secunda

http://www.ccrjustice.org/files/Report_ReportOnTorture.pdf; e informe de HRW Se salieron con las suyas con la tortura, *supra* n. 7.

²¹ Por ejemplo, en datos revelados hace poco, se aprecia que la gama de delitos en la que los seis de Bush desempeñaron un papel directo es más amplia de lo que Estados Unidos ha divulgado. Los funcionarios del gobierno de Bush han manifestado que tan solo tres reos en custodia bajo autoridad de Estados Unidos han sido sometidos a simulacro de ahogamiento, empero el informe de Human Rights Watch de septiembre de 2012 presenta evidencia que demuestra lo contrario, revelando que la CIA sometió a otros reos a esta forma de tortura. En dicho informe, basado en documentos del Servicio Secreto de la CIA descubiertos en Trípoli después de la caída de Muamar el Gadafi y en entrevistas con personas que estuvieron detenidas, se expone la tortura, incluido el simulacro de ahogamiento, por el gobierno de Bush de quienes fueron oponentes del Gaddafi antes de que dichos detenidos fueran devueltos al régimen de el Gadafi. Véase Informe de HRW EE.UU./Libia, *supra* n. 7. Esta revelación tan sólo recalca el hecho de que cualquier investigación de Estados Unidos que no haya tratado de manera más amplia el uso del simulacro de ahogamiento y otras formas de tortura ha hecho caso omiso de elementos clave y no puede ser considerada efectiva. Además, le da fuerza al argumento de que los frutos de las decisiones de los seis abogados de Bush tienen un alcance más extenso de lo que Estados Unidos ha reconocido hasta la fecha.

²² John Yoo & Robert J. Delahunty, Memorando dirigido a William J. Haynes II, asesor general, Departamento de Defensa, *Aplicación de tratados y leyes a detenidos de al Qaeda y de los talibanes* (9 de enero de 2002), en 1,11, que se puede ver en: http://upload.wikimedia.org/wikipedia/en/9/91/20020109_Yoo_Delahunty_Geneva_Convention_memo.pdf.

dicha opinión.²³ Gonzáles, quien entonces fuera asesor en la Casa Blanca de George W. Bush, en un memorando redactado en anonimato por Addington,²⁴ el 25 de enero de 2002 asevera además que el “nuevo paradigma” de la “guerra contra el terror” “anticúa” ciertas disposiciones de los Convenios de Ginebra y “remite a la obsolescencia las limitaciones estrictas de Ginebra respecto a los interrogatorios de prisioneros enemigos”.²⁵

Basándose directamente en este asesoramiento jurídico, el 7 de febrero de 2002 el presidente Bush firmó un memorando que declara que el Tercer Convenio de Ginebra no compete en el conflicto contra al Qaeda y que los detenidos talibanes no gozaban de ningún derecho ni protección legal para concedérseles la designación de prisioneros de guerra, ni ninguna otra protección garantizada por el Convenio, ni siquiera según el Artículo Común 3.²⁶

Tal como lo previeron aquéllos que expresaron su oposición desde dentro del gobierno durante la época, esta decisión de despojarles dichos derechos fue un paso decisivo hacia la erosión de los derechos de los detenidos y hacia las futuras violaciones de las reglas de guerra más básicas. El informe de investigación de 2008 de la Comisión Bipartidista de los Servicios Armados del Senado de Estados Unidos sobre el abuso de detenidos halló que “después de que el presidente expidiera su resolución [el 7 de febrero de 2002], las técnicas tales como el simulacro de ahogamiento, la desnudez y las posiciones de tensión ... fueron autorizadas para ser usadas en los interrogatorios de detenidos en custodia bajo autoridad de Estados Unidos”.²⁷

*Muchas de estas técnicas, incluido el simulacro de ahogamiento, han sido reconocidas ampliamente como una forma de tortura.*²⁸ Huelga anotar que el actual Fiscal General de la

²³ Memorando escrito por el fiscal general delegado Jay Bybee dirigido a Alberto Gonzáles y William Haynes II, *Aplicación de tratados y leyes a detenidos de al Qaeda y de los talibanes* (22 de enero de 2002), que se puede ver en: <http://www.washingtonpost.com/wp-srv/nation/documents/012202bybee.pdf>.

²⁴ Jane Mayer, *El lado oscuro* 124 (2009). Véase también Barton Gellman & Jo Becker, *Un paso más allá para el poder presidencial*, Washington Post, 25 de junio de 2007.

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

²⁶ Memorando de George W. Bush dirigido al vicepresidente, Secretario de Estado, Secretario de Defensa, Fiscal General et. al., *Decisión sobre el trato humanitario de talibanes y al-Qaeda* (7 de febrero de 2002), que se puede ver en: http://www.pegc.us/archive/White_House/bush_memo_20020207_ed.pdf. Véase informe de la SASC, *supra* n. 20, en 1.

²⁷ Informe de la SASC, *supra* n. 20, en xxvi.

²⁸ Véase p. ej., Comisión de Naciones Unidas Contra la Tortura, Consideración de informes presentados por los Estados Parte según el Artículo 19 del Convenio - Conclusiones y recomendaciones de la Comisión Contra la tortura - Estados Unidos de América, CAT/C/USA/CO/2, 25 de julio de 2006, en el párrafo 24, que se puede ver en: [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/e2d4f5b2dccc0a4cc12571ee00290ce0/\\$FILE/G0643225.pdf](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/e2d4f5b2dccc0a4cc12571ee00290ce0/$FILE/G0643225.pdf) (se recomienda que Estados Unidos “revoque toda técnica de interrogatorio, inclusive métodos que impliquen humillación sexual, ‘simulacro de ahogamiento’, ‘grilletes cortos’ y el uso de perros para inducir temor, que constituyan tortura o pena o trato cruel, inhumano o degradante”); Comisión de Naciones Unidas sobre Derechos Humanos, *Situación de los detenidos en la bahía de Guantánamo - Informe de la presidente del grupo de trabajo sobre la detención arbitraria*,

Nación, Eric Holder, ha definido el simulacro de ahogamiento de manera inequívoca como acto de tortura,²⁹ pero no ha tomado ninguna medida para investigar este delito ni procesar a nadie por cometerlo.

Como lo reconociera la Comisión Bipartidista de los Servicios Armados del Senado de Estados Unidos, los abogados del gobierno de Bush, más concretamente John Yoo y Jay Bybee del Despacho de Asesoramiento Jurídico, también "redefinieron la ley antitortura a fin de crear la aparente legalidad de las técnicas y autorizar su uso contra detenidos", en un intento de "racionalizar el abuso de detenidos en custodia bajo autoridad de Estados Unidos".³⁰

En el primero de los dos llamados "memorandos sobre la tortura" de fecha 1 de agosto de 2002 escritos por Yoo y Bybee, se aducía que sólo los actos que infligen dolor equivalente al fallo de un órgano principal, la pérdida de una función corporal o la muerte estaban prohibidos según el Convenio Contra la Tortura, así como también sólo las peores formas de tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes, y que además los poderes que residen en el presidente como comandante en jefe implican que él cuenta con la autoridad para autorizar la tortura.³¹ Según la investigación disciplinaria de 2009 realizada por el Despacho de Responsabilidad Profesional (OPR según sus siglas en inglés) del Departamento de Justicia acerca de los memorandos de los abogados del OLC: "el memorando de Bybee tuvo por efecto autorizar un programa de interrogatorios de la CIA que muchos alegan violaba el estatuto sobre la tortura, la Ley de Crímenes de Guerra, el Convenio de Ginebra y el Convenio Contra la Tortura, y el análisis

doña Leila Zerrougui; el Reportero Especial sobre la independencia de jueces y abogado, don Leandro Despouy; el Reportero Especial sobre tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, don Manfred Nowak; el Reportero Especial sobre libertad de culto o creencias, doña Asma Jahangir y el Reportero Especial sobre los derechos de todos de gozar de la más alta norma alcanzable de salud física y mental, don Paul Hunt, E/CN.4/2006/120, Feb. 27, 2006, en el párrafo 87, que se puede ver en <http://www.un.org/Docs/journal/asp/ws.asp?m=E/CN.4/2006/120>. Véase también M. CHERIF BASSIOUNI, LA INSTITUCIONALIZACIÓN DE LA TORTURA POR EL GOBIERNO DE BUSH – ¿HAY ALGÚN RESPONSABLE? (2010).

²⁹ Véase Transcripción de la audiencia de confirmación de Eric Holder como fiscal general de la nación de Estados Unidos, 16 de enero de 2009, que se puede ver en: http://www.nytimes.com/2009/01/16/us/politics/16text-holder.html?_r/41&pagewanted=all. El gobierno de Obama "define el simulacro de ahogamiento como tortura como asunto de derecho según el convenio contra la tortura y como parte de nuestra obligación jurídica... no es una opción normativa". H. Koh, asesor jurídico del Departamento de Estado de EE.UU., en conferencia de prensa en la ONU, citado en "Estados Unidos sigue investigando la tortura en el simulacro de ahogamiento: oficial", AFP, 5 de noviembre de 2010, que se puede ver en: <http://www.google.com/hostednews/afp/article/ALeqM5g6sJ3Xr7kF602AVyixG782bcQ3fQ?docId=CNG.89c96e59c479e63644d023208c721a83.861>.

³⁰ Informe de la SASC, *supra* n. 20, en xii, xxvi-xxvii.

³¹ Memorando escrito por J. S. Bybee, Departamento de Justicia, Despacho de Asesoramiento Jurídico, dirigido a A. R. Gonzales, asesor jurídico del presidente, *Normas de conducta en interrogatorios según 18 U.S.C. §§ 2340-2340A*, at 13, 14, and 31.

jurídico efectuado por Yoo directamente justifica los actos de tortura inequívoca de darse ciertas circunstancias”.³²

En el segundo “memorando sobre la tortura” de Yoo y Bybee, los autores trataron de justificar la legalidad de diez técnicas de interrogatorio para las cuales la CIA había solicitado aprobación para usarlas en el detenido Abu Zubaydah.³³ Tal como lo revelaría el informe del OPR: “la CIA no esperaba tan sólo un diálogo cándido y objetivo sobre el significado del estatuto sobre la tortura. En lugar, ... la entidad procuraba recibir la máxima protección legal para sus funcionarios”.³⁴ Entre las técnicas aprobadas se destacaron el “simulacro de ahogamiento”, las “posiciones de estrés”, la “privación del sueño”, e “insectos colocados en una caja de confinamiento”.³⁵ Posteriormente, el inspector general de la CIA reconoció que este memorando “estableció los cimientos para las decisiones normativas y administrativas que darían orientación al Programa CTC del Centro Contraterrorista”.³⁶ Con base en este memorando, Zubaydah, pero también un número de otros detenidos, fue sometido a una serie de actos de tortura, inclusive 83 sesiones de simulacros de ahogamiento.³⁷

Basándose en una “preponderancia de la evidencia”, el informe de la OPR señaló que Yoo “con conocimiento dio consejos incompletos y parciales,” “con conocimiento presentó análisis carentes de integridad, objetividad y candidez,” y “con conocimiento representó mal la autoridad”.³⁸

El informe de la OPR confirma que los abogados eran conscientes del efecto considerable que acarrearían sus opiniones. Habiéndose facultado al Despacho de Asesoramiento Jurídico con “la función de brindarle asesoría jurídica autoritaria al presidente y a todas las dependencias de la rama ejecutiva, las opiniones del Despacho de Asesoramiento Jurídico se tornan vinculantes

³² Véase Informe del OPR, *supra* n. 20, en 251-252.

³³ J. S. Bybee, fiscal general delegado, Departamento de Justicia de Estados Unidos, Despacho de Asesoramiento Jurídico, Memorando dirigido a J. Rizzo, asesor general en ejercicio Agencia Central de Inteligencia, *Interrogatorio de elemento de al Qaeda*, 1 de agosto de 2002, que se puede ver en: http://luxmedia.com.edgesuite.net/aclu/olc_08012002_bybee.pdf.

³⁴ Informe del OPR, *supra* n. 20, en 226.

³⁵ *Ibid* en 2.

³⁶ Informe del inspector general de la CIA, *supra* n. 20, en 4.

³⁷ *Ibid.* n 36-37.

³⁸ Informe del OPR, *supra* n. 20, en 251-254. H. Koh, entonces decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale, comentó por escrito acerca del primero memorando de Bybee: “En resumen, la opinión de Bybee del 1 de agosto de 2002 es una mancha sobre nuestras leyes y sobre nuestra reputación como nación. Una opinión jurídica tan carente de contexto histórico, que ofrece una definición de tortura tan estrecha que hubiera exculpado a Saddam Hussein, que lee el poder del Comandante en jefe de manera que elimine al Congreso como peso y contrapeso contra la tortura, que voltea patas arriba lo logrado en Núremberg, y que les otorga a los funcionarios del gobierno una licencia para desempeñarse con crueldad”. En H. Koh, ‘Un mundo sin tortura’, 43 Colum. J. Transnat’l L. 641, 654.

para la rama ejecutiva”.³⁹ Las opiniones que emite tienden a tener un efecto sustancial en un curso de conducta dado. Harold Koh, actual asesor jurídico del Departamento de Estado estadounidense confirmó que “la definición de tortura que autorizó ciertas actividades fue tomada de una opinión divulgada en 2002 por el Despacho de Asesoramiento Jurídico del Departamento de Justicia [el primer memorando de Bybee]”.⁴⁰

El informe del Despacho de Responsabilidad Profesional siguió a comentar acerca de la voluntad de Yoo y de Bybee para colaborar lo que de hecho terminaron siendo propósitos criminales: “También hallamos evidencia de que los abogados del Despacho de Asesoramiento Jurídico tenían conocimientos del resultado anhelado por el cliente y generaron los memorandos que apoyaran tal resultado ... Según Rizzo [ex asesor jurídico general de la CIA], jamás existió duda alguna de que el simulacro de ahogamiento sería aprobado por Yoo y el cliente claramente vio al Despacho de Asesoramiento Jurídico como ente dispuesto a hallar la manera de lograr el resultado anhelado”.⁴¹

De manera semejante, William Haynes, quien para entonces fuera asesor jurídico general del Pentágono, logró asesorar al Secretario de Defensa Donald Rumsfeld de manera que autorizara el “Plan de interrogatorio especial” para el detenido en Guantánamo Mohammed al Qahtani, luego reconocido como tortura, inclusive por la autoridad convocatoria de las Comisiones militares de Guantánamo.⁴²

³⁹ Informe del OPR, *supra* n. 20, en 15.

⁴⁰ Véase Conferencia de prensa de la delegación estadounidense a la Revisión Universal Periódica (Transcripción)”, 5 de noviembre de 2010, que se puede ver en: <http://geneva.usmission.gov/2010/11/05/upr-press-conf/>. <http://ccrjustice.org/files/FINAL%20English%20Lawyers%20Responsibility%20Submission.pdf>.

⁴¹ Informe del OPR, *supra* n. 20, en 226, 227.

⁴² *Ibid.* en 95. En 2009, la autoridad convocatoria de las comisiones militares en Guantánamo retiraron todos los cargos contra Qahtani aduciendo que había sido torturado: “torturamos a al-Qahtani. ... el trato que se le dio cumple con la definición jurídica de tortura. Y es por ese motivo que no remití el proceso para enjuiciarlo”. Citado en B. Woodward, ‘Detenido fue torturado manifiesta funcionario estadounidense; veedor del juicio cita métodos “abusivos” contra sospechoso de 9/11’, Washington Post, 14 de enero de 2009, que se puede ver en: www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2009/01/13/AR2009011303372.html. El Sr. Qahtani permanece detenido en Guantánamo.

Para ver más información sobre el interrogatorio de Mohammed al Qahtani, véase la declaración de Gitanjali Gutiérrez, presentada ante el Juzgado Central de Instrucción No. 5 en el proceso 150/09-p (la versión en español se puede ver en: <http://ccrjustice.org/files/SIGNED%20Span%20Gutierrez%20Declaration%202011.pdf> y la versión en inglés que se puede ver en:

<http://ccrjustice.org/files/SIGNED%20Gutierrez%20Declaration%202011%20Eng.pdf>).

El Juez Militar encargado de la revisión del procedimiento contra otro detenido en Guantánamo, Mohammed Jawad, encontró que Jawad fue objeto de trato cruel e inhumano en violación de las Convenciones de Ginebra y la Ley de Crímenes de Guerra de los propios Estados Unidos. A pesar de recomendar " que quienes fuesen responsables deberían enfrentarse a acciones disciplinarias" no se ha realizado ninguna investigación o persecución en su contra. Véase David J.R. Frakt, *Mohammed Jawad and the Military Commissions of Guantánamo*, 60 Duke Law Review, 1367, 1399 (2011).

Aunque es poco común que a los abogados se les acuse de complicidad en delitos, no es algo sin precedentes. Se ha demandado a abogados por delitos que son producto de su asesoría jurídica. En los procesos *Justicia*⁴³ y *Ministerios*⁴⁴ de Núremberg se condenó a los abogados del gobierno nazi por complicidad en delitos internacionales por, con conocimiento de las consecuencias, haber dado asesoramiento jurídico, por haber emitido decisiones y por haber ofrecido un cuerpo jurídico por actuaciones del gobierno que contravenían el derecho internacional.

En conclusión, los abogados del gobierno de Bush nombrados en esta querrela con conocimiento distorsionaron el derecho en un intento consciente de ofrecer un cuerpo jurídico para las torturas perpetradas funcionarios gubernamentales. Se podría argumentar que las actuaciones de los abogados satisfacen los principios de *actus reus* y *mens rea* bajo incitación y asistencia según el derecho internacional. La tortura y las graves contravenciones de los Convenios de Ginebra fueron una consecuencia previsible de las opiniones jurídicas y de hecho, se produjeron. A los abogados les constaba que sus opiniones llevarían a actos de tortura y a graves contravenciones debido a que sabían del gran poder autoritario que conllevaba toda opinión que emanara de sus despachos, al tiempo de que también avisaban que se precisaba un “semáforo en verde” jurídico. Esto establece más a fondo su intención de facilitar la comisión de delitos. A la luz de los conocimientos y la experiencia de los abogados, así como también por los hallazgos detallados en el informe de Despacho de Responsabilidad Profesional, se puede afirmar que los abogados con conocimiento distorsionaron las leyes para lograr un fin que a ellos les constaba sería punible en términos penales. El deseo y los intentos reconocidos de prevenir el posible procesamiento de ciudadanos estadounidenses tan solo fortalece tal intención criminal.

V. Respuesta a la exposición de Estados Unidos: la negación continua por parte de los gobiernos de Estados Unidos de investigar las imputaciones detalladas en la querrela y de procesar a los comprometidos por tales delitos

En la exposición de Estados Unidos se identifican iniciativas oficiales, investigaciones solicitadas por el Congreso, procesamientos de personal civil por delitos cometidos en Afganistán, una investigación preliminar limitada, e investigaciones dentro del Departamento de Defensa que resultó en el enjuiciamiento de un número reducido de soldados de bajo nivel. En el presente escrito, respondemos a todos, uno por uno. Se detallan en el presente escrito incidencias que han evolucionado en Estados Unidos hasta la fecha. Si bien los amici consideran que los eventos tal y como se presentaron en la fecha de la exposición de Estados Unidos en marzo/abril

⁴³ *United States v. Altstoetter*, en 3. Juicios de criminales de guerra ante los tribunales militares de Núremberg según la Ley del Concejo de Control No. 10 (1951), que se puede ver en: <http://www.mazal.org/NMT-Home.htm>. Los acusados participaron al crear el “cuerpo jurídico” para la transferencia de detenidos a los campos de concentración y la creación de un sistema jurídico en el que la persecución constituyó un delito de lesa humanidad.

⁴⁴ *United States v. Weizsaecker*, en 12-14. Juicios de criminales de guerra ante los tribunales militares de Núremberg según la Ley del Concejo de Control No. 10 (1951). El tribunal recalcó que los diplomáticos del despacho de asuntos del exterior eran peritos en derecho internacional responsables por asesorar a funcionarios de alto nivel acerca de las consecuencias de sus decisiones en asuntos de normativa exterior.

de 2011, ya dejaron en claro que no habría ninguna investigación ni ningún procesamiento independiente y debido por las imputaciones de tortura contra los seis querellados que son la base de la presente querrela, los acontecimientos acaecidos desde junio de 2011 demuestran, sin ningún calificativo y sin que quede lugar de duda, que Estados Unidos no ha efectuado ni va a efectuar ninguna investigación ni enjuiciamiento que pudiera llevar a España a conceder su jurisdicción por sobre estos procesos.

El procedimiento realizado por el Despacho de Responsabilidad Profesional (OPR)

Como lo señala la exposición de Estados Unidos, el OPR inició una investigación de la conducta profesional de dos de los seis querellados personados, 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 con claridad 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 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 2009.⁴⁵ El informe del OPR concluyó que John Yoo intencionalmente cometió mala conducta profesional y que Jay Bybee cometió 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” en función de 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 presentaron 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 relación 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.

Como se trata en mayor detalle a continuación, en la exposición de Estados Unidos también se reconoce que el Departamento de Justicia ha tomado una decisión *normativa* de no enjuiciar a nadie que haya actuado basándose en los memorandos sobre tortura, inclusive, tal parece, a los autores de dichos memorandos. La exposición de Estados Unidos reconoce y confirma que “*el*

⁴⁵ Informe del OPR, *supra* n. 20.

*Departamento de Justicia ha concluido que es improcedente iniciar un proceso penal contra ningún otro funcionario del poder ejecutivo, incluidos aquellos personados en la querrela que hayan actuado basándose 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”.*⁴⁶ 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 en efecto, tener la obligación de investigar, *inter alia*, violaciones del Convenio contra la tortura. España no debe, y no puede, deferir una decisión *normativa* de no enjuiciar ni debe transferir el proceso a Estados Unidos cuando dicho país ha manifestado de manera inequívoca que no enjuiciará a nadie.

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 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 las denuncias se relacionan con afirmaciones de mala conducta de los abogados que están dentro de la jurisdicción del OPR.”⁴⁷ No existe ninguna relación entre las labores definidas del OPR y los procedimientos penales, tal como se aclara en la exposición de Estados Unidos.

⁴⁶ Exposición de Estados Unidos, *supra* n. 3, página 2.

⁴⁷ 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>.

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 incluyó a dos de los seis querellados personados.⁴⁸ 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.

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.***⁴⁹ 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 contraterrorista de la CIA, y otros, que se negaron a ser entrevistados⁵⁰ *Es de notarse que el querellado David Addington, ex asesor del vicepresidente Cheney, ni respondió a las solicitudes de entrevista de los investigadores del OPR.*⁵¹

El OPR no cuenta con poderes para hacer citatorias judiciales de documentos.⁵² 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*

⁴⁸ La investigación del OPR de la conducta profesional de John Yoo y Jay Bybee se inició formalmente en octubre de 2004.

⁴⁹ Informe del OPR, *supra* n. 20s, página 12.

⁵⁰ Informe del OPR, página 7.

⁵¹ Informe del OPR, página 7.

⁵² Informe del OPR, páginas 12 y 13.

*acceso a testigos y documentos mediante el uso de los emplazamientos obligatorios del jurado de acusación”.*⁵³

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.⁵⁴ 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 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”.⁵⁵

En Estados Unidos existen disposiciones legales *penales* para la realización de investigaciones penales que se distinguen en su integridad de los estudios de *ética* que dirige el Despacho de Responsabilidad Profesional. Las disposiciones pertinentes incluyen el Estatuto sobre la Tortura (18 U.S.C. § 2340A) y el Estatuto sobre Crímenes de Guerra, 18 U.S.C. § 2441, ambos de los cuales forman parte del Estatuto de Delitos y Procesos Penales, Capítulo 18 del Código de Estados Unidos. Dichas disposiciones *jamás se han invocado ni aplicado a un caso de maltrato de detenidos y menos aún a los querellados ni a las víctimas nombrados en el proceso que nos ocupa.*

La persecución penal por contravenciones de estas leyes federales normalmente se realizará bajo la supervisión de un Fiscal de Estados Unidos proveniente de la División Penal del Departamento de Justicia, facultado con la autoridad para pedirle a la dependencia federal investigadora correspondiente que investigue las supuestas contravenciones de leyes federales.⁵⁶ El Fiscal de Estados Unidos podría convocar un jurado de acusación para que investigue las contravenciones aducidas o supuestas de leyes federales.⁵⁷ El Fiscal de Estados Unidos inicia el procesamiento al “solicitarle al jurado de acusación una acusación formal y, cuando la ley se lo permite, presentar una solicitud de información en cualquier proceso en el que, a su juicio, se justifique tal medida”.⁵⁸ Cuando el Fiscal de Estados Unidos conoce de un asunto de tortura,

⁵³ Informe del OPR, página 13, nota 12.

⁵⁴ Informe del OPR, página 13.

⁵⁵ OPR, página 11, nota 10.

⁵⁶ Manual del Departamento de Justicia, Manual del fiscal de Estados Unidos 9-2.010.

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ § 9-2.030 AUTHORIZING PROSECUTION, Manual del Departamento de Justicia, Manual del fiscal de Estados Unidos 9-2.030.

delitos de guerra o genocidio, es su obligación avisar oportunamente a la Sección de Derechos Humanos y Procesamientos Especiales (HSRP por sus siglas en inglés) de la División Penal.⁵⁹ El Fiscal de Estados Unidos cuenta además con la discreción de no proseguir con el procesamiento en el interés de la justicia. “Siempre que se concluya un proceso sin que haya procesamiento, la documentación del Fiscal de Estados Unidos ha de reflejar las medidas tomadas y los motivos que las ocasionaron”.⁶⁰ Tal es el proceso en el contexto de investigaciones penales, el cual es totalmente separado y distinto del proceso del OPR.

Dada la índole disciplinaria y no penal del proceso del OPR, no se puede considerar una investigación “efectiva” para los efectos que se definen en el Artículo 23(4) de la LOPJ interpretado a la luz de la jurisprudencia que corresponde.

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 y críticas.⁶¹ 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.⁶²

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.⁶³

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

⁵⁹ § 9-2.400 PRIOR APPROVALS CHART, Manual del Departamento de Justicia, Manual del fiscal de Estados Unidos 9-2.400, 9-2.139(C).

⁶⁰ Manual del Departamento de Justicia, Manual del fiscal de Estados Unidos 9-2.020

⁶¹ Informe del OPR, página 9.

⁶² 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.

⁶³ *Ibid.*, página 6.

ambas versiones el OPR concluyó que ambos sujetos habían cometido mala conducta profesional.⁶⁴

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”.⁶⁵ 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

La investigación del OPR adolece de errores de hecho, debidos en gran parte al acceso limitado que 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 querrellado 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***”.⁶⁶

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 Blanca, aparte del ex consejero de la Casa Blanca Alberto Gonzales)*”.⁶⁷

⁶⁴ *Ibid.*, 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”.

⁶⁵ Véase Memorando de Margolis, n. 62, *supra* página 4, nota 10

⁶⁶ Informe del OPR, *supra* n. 20, página 10.

⁶⁷ *Ibid.*, página 14.

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 programas militares de interrogatorio que podrían influir en nuestras conclusiones*”.⁶⁸

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 2009.⁶⁹ 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.⁷⁰ Con respecto a Yoo, aunque dice que es “cuestión cerrada”, al fin de cuentas, Margolis “no está listo para concluir” que Yoo con conocimiento dio asesoría jurídica imprecisa o que actuó con indiferencia consciente con respecto a las consecuencias de sus actuaciones.⁷¹

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;⁷² 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 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 por fuera de la investigación del OPR.*

⁶⁸ *Ibid.*, página 10.

⁶⁹ Memorando de Margolis, *supra* n. 62, página 2.

⁷⁰ *Ibid.*, páginas 64 y 65.

⁷¹ *Ibid.*, página 67.

⁷² *Ibid.*, página 68.

Por consiguiente, tal como con el proceso del OPR, la evaluación de Margolis es insuficiente para habilitar una determinación acerca de las afirmaciones de la querrela, ya que fue demasiado cercano para permitir la determinación de la esencia de la reclamación en línea con los estándares internacionales aplicables en la investigación de la tortura y de otros malos tratos, y por lo tanto no puede ser fundamento apropiado para que el Tribunal defiera la jurisdicción conforme a lo que se estipula en el Artículo 23(4) de la LOPJ, interpretado a la luz de la jurisprudencia aplicable.

La responsabilidad penal por conducta ilícita sí puede recaer en los abogados del gobierno

Tal como se indicó anteriormente y se explicitó en detalle en la “Exposición de expertos sobre la responsabilidad de los abogados por contravenciones del derecho internacional”, que se adjunta como el Apéndice C, según el derecho internacional, se puede fallar que los querrelados son responsables de sus acciones. El informe del OPR contiene hallazgos que cuadran dentro del marco conceptual establecido en Nuremberg con respecto a la responsabilidad de los abogados. Por ejemplo, en el informe del OPR se especifica:

“concluimos que los memorandos no representaron consejos jurídicos cabales, objetivos y francos, pero que se redactaron para darle al cliente una justificación jurídica para un programa de interrogatorios que incluyó el uso de ciertas técnicas de interrogatorio perfeccionadas... hallamos amplias pruebas de que la CIA no esperaba ver un diálogo objetivo y franco acerca de los significados del estatuto contra la tortura. En lugar, como lo admitiera con franqueza John Rizzo, la dependencia buscaba proporcionarles a sus funcionarios la máxima protección jurídica, y en un momento dado, Rizzo incluso le pidió al Departamento [de Justicia] un rechazo por adelantado del procesamiento penal. ... *También hallamos pruebas de que los abogados del Despacho de Asesoramiento Jurídico tenían conocimientos del resultado deseado por el cliente y redactaron los memorandos con el fin de darle apoyo a ese resultado, a expensas de su deber de obrar con cabalidad, objetividad y franqueza.* ... Goldsmith vio en el memorando de Bybee un ‘cheque firmado en blanco’ que podía utilizarse para justificar las técnicas de interrogatorio perfeccionadas sin necesidad de ningún otro repaso por el Departamento de Justicia... Según Rizzo, nunca hubo ninguna duda de que Yoo aprobaría el simulacro de ahogamiento, y el cliente claramente observó que el Despacho de Asesoramiento Jurídico estaba dispuesto a hallar la manera de lograr el resultado deseado”.⁷³ (Se agregó el énfasis).

Huelga anotarse que el ex vicepresidente Dick Cheney —“cliente” de los querrelados, inclusive de David Addington quien fuera su asesor jurídico— en fechas recientes se manifestó a favor de las técnicas empleadas durante la "Guerra contra el terrorismo" incluido el simulacro de ahogamiento. En sus palabras, Cheney específicamente reconoció que los abogados nombrados en la presente querrela obraron para atender los intereses de su cliente en lugar de atender el interés del derecho:

⁷³ Informe del OPR, *supra* n. 20, páginas 226 y 27.

El motivo por el cual me he expresado de manera tan explícita es porque se estaban comentando ciertas cosas, sobre todo después de que hubieran llegado a su fin nuestros mandatos, acerca del procesamiento del personal de la CIA que puso en práctica nuestra normativa antiterrorista o de la prohibición de ejercer de abogados del Departamento de Justicia que nos habían ayudado ... ayudado a definir esas normativas, y yo me sentí profundamente ofendido por aquello y pensé que era importante de una persona de mayor rango en el gobierno se pusiera de pie y defendiera a *aquéllos que habían hecho lo que les habíamos pedido que hicieran*.⁷⁴

Estados Unidos responde a las “alegaciones de malos tratos” de detenidos

La exposición de Estados Unidos cita una serie de pasos que diversas dependencias y departamentos estadounidenses han dado respecto a lo que clasifica de “maltrato” o “abuso” de detenidos. (Huelga anotar que la exposición de Estados Unidos no se refiere nunca a tortura, ni a crímenes de guerra ni a contravenciones de tratados internacional de los cuales Estados Unidos forma parte, incluidos los Convenios de Ginebra y el Convenio contra la tortura. Estas contravenciones son el tema de la querrela ante el juez Velasco). En reconocimiento de que los casos citados “*no se relacionan al asesoramiento antedicho dado [por los querrelados Yoo y Bybee] con respecto a los asuntos relacionados con interrogatorios*,”⁷⁵ Estados Unidos prosigue a demostrar que puede ejercer jurisdicción sobre violaciones cometidas contra personas en su custodia en ubicaciones fuera de Estados Unidos, una pregunta que no es procedente ni pertinente. Lo que sí es procedente y lo que la exposición de Estados Unidos no trata, es cuestionar si la División Penal del Departamento de Justicia de Estados Unidos está *dispuesta* a ejercer tal jurisdicción sobre ex funcionarios estadounidenses de nivel intermedio y alto. Tomando la pauta del presidente Barack Obama que hizo la famosa declaración de que tenemos que “mirar hacia adelante y no hacia atrás”⁷⁶ y que “*este es un momento de reflexión y no de retribución... nada se ganará si le dedicamos nuestro tiempo y energía a echar la culpa por algo que ocurrió en el pasado*”,⁷⁷ si duda alguna, la respuesta a esta pregunta es un no.

Investigación/Revisión cerrada: la investigación de Durham

La exposición de Estados Unidos cita, con poco comentario, la investigación *que para entonces tenía* en marcha el fiscal delegado de la nación John Durham. Huelga notarse, en el contexto de este diálogo sobre la investigación del OPR, que Estados Unidos reconoció que la investigación

⁷⁴ Entrevista por Jonathan Karl de Dick Cheney, ex vicepresidente bajo el gobierno de Bush. *This Week*, 14 de febrero 2010, que se puede ver en: <http://abcnews.go.com/ThisWeek/week-transcript-vice-president-dick-cheney/story?id=9818034>.

⁷⁵ Exposición de Estados Unidos, *supra* n. 3, página 3.

⁷⁶ Transcripción, “*This Week*”, 11 de enero de 2009, se puede leer en <http://abcnews.go.com/ThisWeek/Economy/story?id=6618199&page=3>.

⁷⁷ Declaración del presidente Barack Obama al divulgarse los memorandos del Despacho de Asesoramiento Jurídico, 16 de abril de 2009, se pueden leer en internet en http://www.whitehouse.gov/the_press_office/Statement-of-President-Barack-Obama-on-Release-of-OLC-Memos/.

de Durham no se concentra en los querellados ya que los “memorandos sobre tortura” se consideran por 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 personados 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*”.⁷⁸

CCR y ECCHR se han referido en detalle anteriormente a las deficiencias de la investigación de Durham, a su alcance estrecho, y al hecho de que de manera explícita no incluye a los querellados en cuanto excluye de su alcance a cualquiera que haya basado su proceder en los memorandos. En la Opinión de experto de abril de 2010, CCR y ECCHR declararon:

El fiscal general Holder ha dado un pequeño paso hacia el nombramiento de un fiscal para que inicie una investigación estrecha y *preliminar* de un número limitado (se reporta que menos de diez y posiblemente hasta menos de cinco) incidentes que implican a la CIA. En particular, y de nuevo es un asunto preocupante, el fiscal general Holder demuestra una aceptación de los memorandos sobre la tortura, en el sentido de que se basa en esos documentos para eximir de toda responsabilidad a cualquier perpetrador directo que se haya basado en ellos para actuar.

Para la presente fecha, las investigaciones de Durham se han cerrado sin que de ellas haya surgido ningún enjuiciamiento.⁷⁹ A fin de responder de manera adecuada a la exposición de Estados Unidos primero tenemos que tratar las limitaciones de la investigación de Durham, y luego dar un resumen del cierre de dicha investigación preliminar, el cual se llevó a cabo en dos etapas.

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 cuanto excluye de su alcance a cualquiera que se haya basado en los memorandos. En la Opinión de experto de abril de 2010, CCR y ECCHR declararon:

El fiscal general Holder ha dado un pequeño paso hacia el nombramiento de un fiscal para que inicie una investigación estrecha y *preliminar* de un número limitado (se reporta que menos de diez y posiblemente hasta menos de cinco) incidentes que implican a la CIA. En particular, y de nuevo es un asunto preocupante, el fiscal general Holder demuestra una aceptación de los memorandos sobre la tortura, en el sentido de que se basa en esos documentos para eximir de toda responsabilidad a cualquier perpetrador directo que se haya basado en ellos para actuar.

La siguiente declaración la hizo el fiscal general Holder el 24 de agosto de 2009 luego de su estudio del informe del OPR, que evaluó ciertas secciones de los memorandos del Despacho

⁷⁸ Exposición de Estados Unidos, *supra* n. 3, página 2.

⁷⁹ Véase Declaración de Holder en agosto de 2012, *supra* n. 5.

de Asesoramiento Jurídico, y el informe del inspector general de la CIA que analizó las técnicas de interrogatorio que la CIA empleó con ciertos detenidos. Los siguientes apartes de su declaración son emblemáticos del enfoque que el fiscal general Holder ha tomado respecto a la responsabilidad por crímenes de guerra, delitos de lesa humanidad y tortura:

“He concluido que la información que me es conocida me lleva a dar inicio a un *estudio preliminar* de si se violaron leyes federales en relación con el interrogatorio de ciertos detenidos concretos en ubicaciones en el exterior... *quiero hacer hincapié en el hecho de que ni el inicio de un estudio preliminar ni, si las pruebas lo ameritan, el inicio de una investigación completa, signifiquen que necesariamente se concluirá en la imputación de alguien.*

[Los hombres y las mujeres en nuestra comunidad de inteligencia] se merecen nuestro respeto y agradecimiento por la labor que hacen. Es más, *tienen que saber que están protegidos de todo riesgo jurídico cuando actúan de buena fe y dentro del alcance de una orientación jurídica. Por eso he dejado muy en claro en el pasado que el Departamento de Justicia no enjuiciará a nadie que haya obrado de buena fe y dentro del alcance de la orientación proporcionada por el Despacho de Asesoramiento Jurídico con respecto al interrogatorio de detenidos.* Quiero reiterar ese punto hoy, y recalcar el hecho de que *este estudio preliminar no se centrará en aquellas personas.*

Comparto la convicción del presidente de que como país, debemos, en cuanto nos sea posible, mirar hacia delante y no hacia atrás cuando se trate de asuntos como estos. Si bien este Departamento cumplirá con su obligación de dar este paso preliminar para investigar posibles contravenciones de la ley, no permitiremos que nada nos descarrile de nuestra importante tarea de mantener la seguridad del pueblo norteamericano”. [...] ⁸⁰

Al mantener un enfoque estrecho en agentes que individualmente y por su propia cuenta se excedieron de sus órdenes institucionales que autorizaban la tortura, Holder, con gran efectividad, ha inmunizado a tres categorías de personas contra toda investigación y posterior enjuiciamiento: (1) los funcionarios del gobierno de Bush que ordenaron la tortura; (2) los abogados de Bush que procuraron aprobarla en términos jurídicos; y (3) aquéllos en la CIA y el estamento militar que torturaron dentro de los límites de los permisos otorgados por los abogados. Tal como se indicó anteriormente, este mandato particularizado explícitamente excluye a los querellados personados individualmente en este proceso hasta de la “revisión preliminar”. De hecho, el fiscal general Holder confirmó que el alcance de la investigación de Durham no incluye los “memorandos sobre tortura” ni a sus autores cuando declaró que: “Es cuestión de definir si las personas se excedieron más allá de esas opiniones bastante extremas

⁸⁰ Opinión de experto de abril de 2010, Apéndice A, páginas 9 y 10, que cita la declaración del fiscal general Eric Holder *supra* n. 4.

[del Despacho de Asesoramiento Jurídico], personas que se excedieron de eso. Eso es lo que estamos mirando”.⁸¹

Con respecto a la naturaleza “preliminar” de la investigación, tal como lo explicara el mismo John Durham en una declaración fechada 2 de marzo de 2012 sencillamente lo autoriza a recomendar más investigaciones:

El 24 de agosto de 2009, el fiscal general Eric H. Holder me amplió el mandato para que incluyera una revisión preliminar para determinar si se contravinieron leyes federales en relación con el interrogatorio de ciertos empleados en ubicaciones por fuera de territorio estadounidense. En tal capacidad, se me dirigió a que le recomendara al fiscal general si existía predicación suficiente para ordenar una investigación cabal de si se habían violado leyes en esos interrogatorios.⁸²

En contraste con las investigaciones penales tradicionales sobre la violación de leyes federales (como se señalara anteriormente), en las que el fiscal de Estados Unidos está facultado con la autoridad para emplear a la dependencia federal investigadora indicada⁸³ y la asistencia de un jurado de acusación,⁸⁴ Holder autorizó exclusivamente a Durham para que efectuara una “revisión preliminar” con el objetivo de decidir si se debía o no de proseguir con más investigaciones.

Tal como se sabe ahora, no habrá ni más investigaciones ni más procesamientos.

Durante el transcurso de la revisión preliminar, según el fiscal general, “el señor Durham examinó toda posible participación de la CIA en los interrogatorios de 101 detenidos que estuvieron en custodia bajo autoridad de Estados Unidos con posterioridad a las agresiones del 11 de septiembre de 2001”.⁸⁵ Noventa y nueve de dichos procesos se cerraron el 30 de junio de 2011: “El Departamento ha llegado a la determinación de que no se justifica ninguna investigación penal ampliada de los asuntos que quedan pendientes”⁸⁶ Es de notarse que los

⁸¹ Opinión de experto suplementaria de diciembre de 2010, Apéndice B, pág. 8, que cita a R. Reilly, “Holder: Revisión del trato de detenidos por la CIA casi lista”, 18 de junio de 2010, que se puede ver en: <http://www.mainjustice.com/2010/06/18/review-of-cias-treatment-of-detainees-nearly-complete/>. El fiscal general Holder reafirmó la índole limitada de la investigación en sus declaraciones del 30 de junio de 2011: “Aclaré en ese momento que el Departamento no enjuiciaría a nadie que hubiera actuado de buena fe y dentro del alcance de la orientación jurídica dada por el Despacho de Asesoramiento Jurídico con respecto al interrogatorio de detenidos”. Véase Declaración del fiscal general sobre la investigación de los interrogatorios de ciertos detenidos, 30 de junio de 2011, que se puede ver en: <http://www.justice.gov/opa/pr/2011/June/11-ag-861.html> (“Declaración de Holder en junio de 2011”).

⁸² Declaración de John Durham, Documento 21-2 del 2 de marzo de 2012 en *ACLU v. CIA* PProceso 1:11-cv-00933-ABJ.

⁸³ Manual del Departamento de Justicia, Manual del fiscal de Estados Unidos 9-2.010.

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ Declaración de Holder de junio de 2011, *supra* n. 81.

⁸⁶ *Ibid.*

únicos dos procesos que no se retiraron de la revisión preliminar fueron los que implicaron la muerte de detenidos en custodia, o sea los procesos de Mandel Al-Jamadi y Gul Rahman.

El 30 de agosto de 2012, se cerraron estos dos casos de muertes/asesinatos. Al declarar que el Departamento “había optado por no procesar a nadie” en ambos procesos, el fiscal general repitió que “nuestras indagaciones se limitaron a determinar si se habían cometido delitos procesables y *no se tuvo la intención de resolver ni se resolvieron las interrogantes más amplias relacionadas con la rectitud de la conducta examinada*”.⁸⁷ De hecho, esta declaración del fiscal general confirma que la cuestión subyacente de la tortura, tal como la definieron y la aplicaron los querellantes personados y tal como la practicó Estados Unidos en el contexto de la “Guerra contra el terror” no ha sido estudiada por Estados Unidos. Simplemente por este motivo y ningún otro, la cesión de la jurisdicción al Departamento de Justicia de Estados Unidos, tal como lo hiciera el Juzgado Central de Instrucción No. 6, es una concesión de impunidad por dichas acciones, debido a que no ha habido ni nunca habrá investigación alguna de estos actos.

En un asunto relacionado, se señala que también tratan, en su Opinión experta suplementaria de diciembre de 2010, el hecho de que Durham cerró la investigación sobre la destrucción de las cintas de tortura sin procesar a nadie.⁸⁸ Las declaraciones recientes de José Rodríguez, ex jefe de la sección de Servicios Clandestinos de la CIA, que revelan detalles de las cintas así como de las “técnicas de interrogatorio perfeccionadas”, confirman la inquietud expresada por CCR y ECCHR respecto al cierre de dicha investigación sin procesar a nadie.⁸⁹

Juicios penales federales concluidos: David Passaro y Don Ayala

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 diez años, por mirar hacia el otro lado para no iniciar investigaciones de los actos de funcionarios del gobierno.*** Además, la

⁸⁷ Declaración de Holder de agosto de 2012, *supra* n. 5.

⁸⁸ Opinión de experto suplementaria de diciembre de 2010, Apéndice B, pág. 7. Las cintas incluían evidencia del uso de las así llamadas “técnicas de interrogatorio perfeccionadas” – o tortura – con respecto a los detenidos. Véase p. ej., “Tribunal ordena al gobierno no destruir evidencia sobre tortura: la orden del tribunal federal llega en medio del escándalo sobre la destrucción de las cintas de la CIA”, CCR, Comunicado de prensa, 12 de diciembre de 2007, que se puede ver en: <http://www.ccrjustice.org/newsroom/press-releases/court-orders-government-not-destroy-torture-evidence>. Los detenidos en las cintas en cuestión siguen en custodia en la bahía de Guantánamo.

⁸⁹ Véase entrevista por Lesley Stahl de José Rodríguez, ex jefe de Servicios Clandestinos de la CIA, en el programa televisivo *60 Minutes*, 29 de abril de 2012, que se puede ver en: http://www.cbsnews.com/8301-18560_162-57423533/hard-measures-ex-cia-head-defends-post-9-11-tactics/. En esta entrevista, Rodríguez declaró que en su búsqueda de métodos para extraer información de los detenidos “no hubo carencia de imaginación” por parte de la CIA, y además detalló cómo el Departamento de Justicia no sólo tenía conocimiento de cómo se estaban interrogando los detenidos sino que autorizó los métodos empleados..

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.⁹⁰

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

Investigaciones pendientes en el Distrito Este del estado de Virginia

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.⁹¹ 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. La información disponible indica que lo opuesto es lo que ocurre. 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,⁹² 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

⁹⁰ 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.

⁹¹ Exposición de Estados Unidos, páginas 3 y 4.

⁹² 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>

universal ante el Consejo de Derechos Humanos de la ONU.⁹³ Además, Amnistía 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*.⁹⁴

Lo más notable, y se trata de un aspecto de gran pertinencia en relación con la pregunta de si existen procesos adecuados en marcha en Estados Unidos para justificar que España conceda su jurisdicción por sobre este proceso, es que en el año y medio desde que Estados Unidos entregara su exposición y en los más de diez años desde que primero surgieron las denuncias de tortura cometida por funcionarios estadounidenses, el despacho del fiscal de Estados Unidos del Distrito Oriental de Virginia no ha ventilado ni un solo proceso relacionado con tortura ni con ninguna otra contravención del derecho internacional.

Respuestas de otros componentes del gobierno estadounidense

El juez Velasco le preguntó a Estados Unidos “si alguna autoridad están investigando o procesando los hechos detallados en esta querrela”. La única “autoridad” que está habilitada para iniciar una investigación y persecución penales de los querrelados personados 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, 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 querrelados personados, 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 bajo autoridad de Estados Unidos a lo largo y ancho del planeta que han identificadas como tales por numerosas

⁹³ 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?

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

⁹⁴ Véase “Falta de responsabilidad 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>

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.⁹⁵ Como se dijo anteriormente con relación al Despacho de Responsabilidad Profesional, estas investigaciones carecen de poderes limitados respecto al emplazamiento obligatorio de testigos y documentos.

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 que han concluido que los detenidos en custodia bajo autoridad 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,⁹⁶ 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 bajo autoridad de Estados Unidos de la Comisión de Servicios Armados del Senado” (el “Informe de la SASC”) 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 bajo autoridad 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

⁹⁵ Véase en general Opinión de experto de abril de 2010, página 8.

⁹⁶ 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), supra n. 19; el informe de Fay/Jones, supra n. 20.

relacionadas con los querrelados personados, 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 análisis jurídico””.⁹⁷ El informe sin embargo, no contiene recomendaciones y la Comisión no tiene ningún poder para poner en marcha investigaciones penales.

Lo que falta en la exposición de Estados Unidos

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 el autorizó que se practicara el simulacro de ahogamiento —un acto de tortura— en personas retenidas en centros de detención secretos.⁹⁸ 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 querrelados en este proceso— tiene la razón al sentirse sin ningún peligro de ser enjuiciado en Estados Unidos. **NO se ha procesado a ni un 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*

⁹⁷ Informe de la SASC, *supra* n. 20, páginas xxvii y xxviii.

⁹⁸ Opinión de experto suplementaria de diciembre de 2010.

*proceso judicial.*⁹⁹ 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.¹⁰⁰ *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.*

VI. Conclusión

En vista de las normas que son vinculantes como hecho de ley para los juzgados del reino español, y a la luz de lo expuesto en la evaluación de la exposición de Estados Unidos que se ha hecho en estas páginas, es evidente que no se han cumplido los criterios para que España defiera la jurisdicción. No se está efectuando ninguna investigación relacionada con los seis querellados personados ni con los hechos punibles que se destacan en la querella. Hasta el punto que se han iniciado investigaciones y encausamientos relacionados—si bien sólo en forma tangencial— con este proceso, es irrefutable que las investigaciones y los procesamientos de ninguna manera constituyen investigaciones y procesamientos *efectivos* en relación con los hechos punibles que se detallan en la querella incoada en España.

Por medio de sus acciones e inacciones, Estados Unidos claramente ha demostrado su *falta de voluntad* para ejercer su jurisdicción para investigar y procesar a los querellados personados por graves violaciones del derecho internacional. Al remitir la investigación de este caso de España a Estados Unidos en efecto se cierra el proceso.

⁹⁹ Casos recientes para exigencia de responsabilidad y reparación en los que el Departamento de Justicia se ha opuesto incluye el de Padilla contra Yoo. 678 F.3d 748 (9th Cir. 2012)(*concediéndosele inmunidad al denunciado Yoo para las demandas de víctimas de la tortura*); *Doe contra Rumsfeld*, 683 F.3d 390, 391 (D.C. Cir. 2012) (encontrando que la corte de rango inferior se equivocó al no inadmitir el caso presentado por un ciudadano norteamericano previamente detenido, en parte, en base al "factor especial" que, "el litigio de Doe requeriría el testimonio de altos oficiales del ejército u de las fuerzas en tierra, lo que podría detraer recursos, concentración y personal de su misión en Irak. *Ali contra Rumsfeld*, 649 F.3d 762 (D.C. Cir. 2011) (concediéndole inmunidad al entonces Secretario de Defensa Rumsfeld para denuncias provenientes de víctimas de la tortura Afganas o Iraquíes. *Mohamed contra Jeppesen Dataplan, Inc.* 614 F.3d 1070 (9th Cir. 2010) (desestimando resoluciones de cortes inferiores sobre encubrimiento del Ejército o la CIA en operaciones en países extranjeros contra extranjeros - son claramente hechos sujetos a secreto de Estado", y por eso se desestima el caso). También ver Lisa Magarrell y Lorna Peterson, "After Torture; U.S. Accountability and the Right to Redress", International Center for Transitional Justice" (Agosto 2010) (un número de casos han sido desestimados sin siquiera alcanzar el nivel de una vista de méritos porque los tribunales han declinado, de forma repetida, entender de casos en los cuales el gobierno ha alegado tratarse de secretos de Estado, evidencia clasificada, evaluaciones de política exterior, o materias de seguridad nacional), disponible en:

<http://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-USA-Right-Redress-2010-English.pdf>.


¹⁰⁰ Véase Opinión de experto de abril de 2010, página 10.

Por este motivo, muy comedidamente manifestamos que el Juzgado Central de Instrucción No. 6 erró al transferir el proceso a Estados Unidos, y la mayoría de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional erró al ratificar el fallo del Tribunal. Los instamos a revocar esas decisiones y reiniciar esta investigación en España.

Asesores jurídicos de los *amici*:



Katherine Gallagher
Abogada de Planta Senior
Center for Constitutional Rights



Wolfgang Kaleck
Secretario General
European Center for Constitutional
and Human Rights

RELACIÓN DE LOS AMICI:

INDIVIDUALS:

(institutional listings are for identification purposes only)

- **Manfred Nowak**, former United Nations Special Rapporteur on Torture (2004-2010), and Law Professor, Vienna University
- **Theo van Boven**, former United Nations Special Rapporteur on Torture (2001 - 2004) and professor emeritus of international law, Maastricht University
- **Morris D. Davis**, Colonel, U.S. Air Force (retired); Chief Prosecutor for the U.S. military commissions at Guantanamo Bay, Cuba, 2005-2007; and Assistant Professor of Legal Skills, Howard University School of Law,
- **Antonio M. Taguba**, Major General, U.S. Army (Retired)
- **Richard L. Abel**, Distinguished Research Professor, Connell Distinguished Professor of Law Emeritus, University of California, Los Angeles (UCLA)
- **Bill Bowring**, Barrister, Director of the LLM/MA in Human Rights, School of Law, Birkbeck, University of London
- **Lisa Hajjar**, Associate Professor of Sociology, University of California, Santa Barbara
- **Scott Horton**, Lecturer in Law at Columbia Law School, expert in national security and public international law
- **Deena Hurwitz**, Associate Professor of Law, Director, International Human Rights Law Clinic and Human Rights Program, University of Virginia School of Law
- **Florian Jessberger**, Law Professor, Faculty of Law of the University of Hamburg, Co-Editor of the Journal of International Criminal Justice
- **Jordan J. Paust**, Mike & Teresa Baker Law Center Professor at the University of Houston Law Center
- **Naomi Roht-Arriaza**, Professor of Law, University of California, Hastings College of Law
- **William A. Schabas OC MRJA**, Professor of International Law, Middlesex University, London
- **Martin Scheinin**, Professor of Public International Law, Department of Law, European University Institute, Italy
- **Kim Lane Scheppele**, Director, Program in Law and Public Affairs, Princeton University

ORGANIZATIONS:

- Amnesty International

Amnesty International is a worldwide movement of people working to promote respect for and protection of internationally-recognized human rights principles. It monitors law and practices in countries throughout the world in the light of international human rights,

refugee and humanitarian law and standards. The movement has over 2.8 million members and supporters in more than 150 countries and territories and is independent of any government, political ideology, economic interest or religion. It has consultative status before the U.N. Economic and Social Council and the U.N. Educational, Scientific and Cultural Organization, has participatory status at the Council of Europe, has working relations with the Inter-Parliamentary Union and the African Union, and is registered as a civil society organization with the Organization of American States.

- Human Rights Watch

Human Rights Watch is one of the world's leading independent organizations dedicated to defending and protecting human rights. Its 2011 report "Getting Away with Torture: The Bush Administration and Mistreatment of Detainees," presents substantial information warranting criminal investigations of former President George W. Bush and other senior officials, for ordering practices such as "waterboarding," the use of secret CIA prisons, and the transfer of detainees to countries where they were tortured.

- The International Commission of Jurists

The International Commission Jurists, established in 1952 and headquartered in Geneva, comprises eminent jurists, who represent the different legal systems of the world, dedicated to promoting the understanding and observance of the rule of law and the legal protection of human rights.

- International Federation for Human Rights (FIDH)

Established in 1922 and headquartered in Paris, FIDH is a federation of 164 non-profit human rights organisations in more than 100 countries. FIDH coordinates and supports member organisations' activities at the local, regional and international level, to obtain effective improvements in the prevention of human rights violations, the protection of victims, and the sanction of their perpetrators, in accordance with international standards on due process and the right to a fair trial. See www.fidh.org

- Physicians for Human Rights (PHR)

PHR is an independent organization that uses medicine and science to stop mass atrocities and severe human rights violations against individuals. PHR was founded in 1986 on the idea that health professionals, with their specialized skills, ethical duties, and credible voices, are uniquely positioned to stop human rights violations. In 1997, PHR was a co-recipient of the Nobel Peace Prize for its work to ban landmines.

- Public Interest Lawyers

International and domestic public law firm, based in the United Kingdom.

- The Redress Trust ("REDRESS")

REDRESS is an international human rights non-governmental organisation based in London with a mandate to assist torture survivors to prevent their further torture and to seek justice and other forms of reparation. It has accumulated a wide expertise on the rights of victims of torture to gain both access to the courts and redress for their suffering

and has advocated on behalf of victims from all regions of the world, including by regularly taken up cases on behalf of individual torture survivors at the national and international level. REDRESS has extensive experience in interventions before national and international courts and tribunals, including the U.N. Committee against Torture and Human Rights Committee and the European Court of Human Rights, among others.

- **Reprive**

Reprive is a registered UK charity based in London that provides free legal assistance to indigent persons facing the death penalty worldwide, as well as those held beyond the rule of law in the ‘War on Terror.’ see www.reprive.org.uk

- **TRIAL**

TRIAL offers legal support to victims of international crimes in their quest for truth, justice and reparations and fights against the impunity too often enjoyed by the perpetrators of such acts, by resorting to existing national or international legal mechanisms.

- **The World Organization Against Torture (OMCT)**

The OMCT is the leading global civil society coalition of 311 non-governmental organizations fighting against torture, summary executions, enforced disappearances and all other cruel, inhuman or degrading treatment.