

Juzgado Central de Instrucción

Número 5 – Audiencia Nacional

Procedimiento: DPA 150/2009

## **AL JUZGADO**

**D. JAVIER FERNÁNDEZ ESTRADA.** Procurador 561 de los Tribunales de Madrid y de Asociación Pro Dignidad de los Presos y Presas de España, Del Center for Constitutional Rights de Nueva York y del European Center for Human and Constitutional Rights de Berlín, según consta acreditado en autos, ante el Juzgado comparezco y como mejor proceda en Derecho, DIGO:

Que evacuando el proveído de la resolución de este Juzgado de fecha 17.3.2014 y notificada este 20.3.2014 por medio del presente escrito venimos a solicitar la **INAPLICACIÓN DE LAS REGLAS CONTENIDAS EN LA L.O. 1/2014 DE 13 DE MARZO**, solicitud que fundamentamos en base a las siguientes

## **ALEGACIONES**

### **PRIMERA:**

La presente causa se sigue por unos hechos que, indiciariamente vienen calificados como presuntos delitos de los 609, 611 y 614.bis del Código Penal y cuyo fundamento e introducción en nuestro Código Penal

se encuentra en los Convenios Internacionales suscritos por España e introducidos, por mandato constitucional, en nuestro ordenamiento interno.

Concretamente estamos hablando del artículo 3 del Convenio de Ginebra III y la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 10 de diciembre de 1984 y ratificada por España el 21 de octubre de 1987 e incluida por España como parte de nuestro ordenamiento interno pero, siempre en base a los compromisos internacionales ya mencionados.

De dichos convenios internacionales, cuya validez nadie discute, se desprende la atribución de jurisdicción a favor de los Tribunales españoles, tanto para la investigación como para la persecución de los delitos imputados en la presente causa. Así ha sido hasta ahora y así deberá seguir siendo, sobre la base de lo que iremos desarrollando ut infra.

Teniendo presente lo anterior, debemos destacar que los requisitos limitativos de la jurisdicción, introducidos en nuestro ordenamiento por la L.O. 1/2014 entran en directa colisión con los compromisos internacionales suscritos por España y, también, con lo previsto en nuestro propio texto constitucional.

A mayor abundamiento, es claro que la aplicación de los nuevos requisitos establecidos en la L.O. 1/2014 conllevaría no ya una inaplicación de normas de rango constitucional sino que implicaría una suerte de derogación de normas convencionales, pactadas internacionalmente, lo cual es claramente contrario a lo establecido en nuestro texto constitucional.

De hecho, ha de tenerse presente que según establece el artículo 96 de la CE de 1978 tenemos que: “*1. Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán*

*ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional.*”

Y que para su denuncia, que no derogación, se deberá tener en consideración lo previsto en el apartado segundo del antes citado precepto, es decir: “*2. Para la denuncia de los tratados y convenios internacionales se utilizará el mismo procedimiento previsto para su aprobación en el artículo 94.*”

Es decir, habrá de estarse a lo previsto en el artículo 94 para la denuncia de los Convenios internacionales en los cuales se sustentan las normas que obligan a la persecución de estos delitos.

El Legislador, incluso haciendo uso de una mayoría cualificada que permita la promulgación de una Ley Orgánica, como lo es la L.O. 1/2014, lo que no puede hacer es suspender ni denunciar un tratado internacional, ni las obligaciones dimanantes del mismo, sin acudir:

- a.- al mismo proceso que se establece en el artículo 94 de la CE para la aprobación de los tratados, y
- b.- a las normas convencionales que regulan los propios tratados internacionales y que no es otra que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, también suscrita por España.

Dicho Convenio sobre los convenios preceptúa:

Artículo 26: "*Pacta sunt servanda*". *Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.*” Y en su Artículo 27 que: “*El derecho interno y la observancia de los*

*tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.*”

Es decir, la introducción de normas restrictivas de la obligación de perseguir este tipo de delitos se enmarca en el incumplimiento de normas de rango constitucional y, también, en normas convencionales que representan una irrenunciable obligación por parte de España.

Ahora bien, y compartiendo el criterio expuesto en el auto de 17 de marzo de 2014 del Juzgado Central de Instrucción Número 1 (dictado en el S.O. 27/2007), no se debe pensar que estemos ante una supuesta cuestión de inconstitucionalidad, como tramposamente se nos pudiese hacer creer, sino ante un claro incumplimiento de obligaciones convencionales.

El control de Constitucionalidad de los Tratados que obligan a España a perseguir, sin limitaciones, los delitos objeto del presente procedimiento, ya han pasado el filtro de constitucionalidad y, por tanto, no generan duda al respecto; o, como refiere el auto precitado, con remisión expresa a la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional, tenemos que: “...*estos supuestos carecen de relevancia constitucional al no existir un problema de validez constitucional de la norma, puesto que no se encuentra afectada su conformidad con la Constitución, siendo una cuestión de aplicabilidad de una norma al caso concreto cuya resolución corresponde a los órganos judiciales. Por tanto, es a los órganos judiciales a los que corresponde, en uso de su facultad de interpretar las normas jurídicas, decidir si la norma nacional es contraria a una norma de derecho internacional, procediendo en caso afirmativo a su inaplicación*”<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Entre otras SSTC 49/88, 28/91, 64/91, 214/91, 142/93 37/94

Es decir, y resumidamente, no nos encontramos ante un posible conflicto de constitucionalidad sino ante la decisión de si se aplica o no una Ley que contraviene los convenios internacionales suscritos por España.

## **SEGUNDA:**

Establecido el marco en que ha de moverse el debate jurídico respecto de la aplicabilidad o no de las nuevas normas introducidas por la L.O. 1/2014 deberemos ver en qué consisten las obligaciones internacionales suscritas por España y que afectan al fondo del presente procedimiento.

Es decir, hemos de analizar las obligaciones dimanantes de los convenios internacionales en que se sustenta la Jurisdicción española para la persecución de los delitos objeto de este procedimiento y si las mismas decaerían o no por introducción de una nueva norma de carácter interno.

A este respecto partiremos con aquello previsto en el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional y que, resumidamente, establecería que una norma de carácter nacional no tiene la potestad, en aplicación de la regla *pacta sunt servanda*, de excluir la sanción de conductas a cuya represión se ha comprometido mediante un instrumento convencional.

A mayor abundamiento, debemos recordar que la Corte Internacional de Justicia ya se ha pronunciado al respecto, dictaminando que: “[...] *De ello se sigue que los derechos y obligaciones consagrados en la Convención son derechos y obligaciones erga omnes. La Corte advierte*

*que la obligación de cada Estado de prevenir y castigar el crimen de genocidio no se encuentra limitado territorialmente por la Convención*<sup>2</sup>.

Si bien se dirá de contrario, tal dictamen de la Corte hace referencia al crimen de genocidio y a la convención que lo previene y persigue, el razonamiento es perfectamente trasladable a cualesquiera otra convención sobre los grandes crímenes internacionales y, por tanto, de aplicación al caso que nos ocupa.

También al respecto ha tenido ocasión de pronunciarse el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, en este caso concretamente refiriéndose a la tortura al dictaminar que: “(...) *a nivel de la responsabilidad penal, se advierte que una de las consecuencias del carácter de ius cogens atribuida por la comunidad internacional a la prohibición de tortura radica en que cualquier Estado está facultado para investigar, procesar y castigar o extraditar a las personas acusadas de dicho crimen que se encuentren en un territorio sujeto a su jurisdicción. Más aún, sería inconsistente por un lado prohibir la tortura con una extensión tal que limite a los Estados soberanos su potestad de celebrar tratados y por el otro impedir a los mismos procesar y castigar a los torturadores que se han visto envueltos en tan odiosa práctica en el extranjero*”<sup>3</sup>

Es decir, dicho Tribunal insiste en razonar lo que aquí venimos sosteniendo respecto de la obligatoriedad de los tratados y, sobre todo, de la obligación de perseguir los hechos, incardinables en dichos tratados, aún cuando los mismos se hayan producido fuera del territorio del Estado en

<sup>2</sup> Caso relativo a la Aplicación de la Convención para la Prevención y Castigo del Crimen de Genocidio (Bosnia Herzegovina vs. Yugoslavia), Objeciones Preliminares, Sentencia de 11 de Julio de 1996, para.31.

<sup>3</sup> Caso Prosecutor v. Anto Furundzija, pág.156.

cuestión; en este caso fuera de España que es lo que viene regulando el artículo 23.4 de la L.O.P.J. cuya modificación reciente, por virtud de la L.O. 1/2014 incumpliría con dicha obligación.

Por si lo anterior no fuese bastante, también podemos analizar lo dictaminado por el Comité contra la Tortura de Naciones Unidas, con ocasión del examen del cuarto Informe presentado por España en 2002 donde afirmó que: “[e]l Comité acoge con satisfacción que la Convención, en virtud del artículo 96 de la Constitución española, forme parte del ordenamiento jurídico interno y pueda ser invocada directamente ante los tribunales”<sup>4</sup>.

También dentro del plano de la tensión entre norma nacional y convenio internacional se ha pronunciado el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, órgano encargado de velar por la correcta interpretación y aplicación del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por España el 27 de abril de 1977, razonando que **“cuando existan incompatibilidades entre el derecho interno y el Pacto, el artículo 2 (que se refiere a las obligaciones genéricas de los Estados Partes en el Pacto) exige que el derecho o la práctica interna se modifique para cumplir las normas impuestas por el Pacto”**.

Es decir, lo que se dictamina es que en caso de incompatibilidades, como la que surge a partir de la promulgación de la L.O. 1/2014, prevalecerá, siempre y en todo caso, la norma convencional por sobre la nacional e, incluso, en ese supuesto, deberá procederse a la modificación de la norma nacional para adaptarla a la convencional.

Pues bien, en el caso que nos ocupa la “incompatibilidad” sería de carácter sobrevenido, es decir que no existiendo incompatibilidad la misma

---

<sup>4</sup> Conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura, 29o período de sesiones, CAT/C/CR/29/3, 23 de diciembre de 2002.

surge a raíz de una nueva norma y, por tanto, la misma deberá ser modificada para llevarla a unos parámetros acordes con las normas convencionales de carácter internacional.

Llevado al caso que nos ocupa, y mientras se vuelve a modificar dicha norma nacional, lo procedente es la inaplicación de la misma.

Pero no queremos limitar, incluso a riesgo de excedernos, el análisis de la materia y, especialmente, respecto a la doctrina ya existente y para ello debemos tener en consideración lo dictaminado por la **Corte Internacional de Justicia** de la ONU [órgano judicial del sistema universal de la ONU que resuelve disputas entre Estados – también emite dictámenes u opiniones consultivas en relación con cuestiones jurídicas], en el caso Bélgica contra Senegal en relación con la obligación de Senegal de perseguir a Hissène Habré (el Pinochet de África –ex presidente del Chad) o de extraditarlo a Bélgica para ser juzgado allí.

Al respecto, y en el caso ut supra referenciado y referido a torturas, la Corte Internacional de Justicia ha afirmado que todos los Estados Partes en la Convención **tienen un interés común de asegurar que cuando ocurran actos de tortura los responsables no puedan gozar de impunidad**. Ese interés común en que se cumplan las obligaciones derivadas de la Convención implica el derecho de cada uno de los Estados Partes de demandar la cesación de una violación por parte de otro Estado, de lo que resulta que **cualquier Estado Parte en la Convención puede invocar la responsabilidad de un tercer Estado con miras a determinar la falta de cumplimientos de sus obligaciones erga omnes, debidas a toda la Comunidad internacional**.

Lo que debe entenderse, también, no sólo como un derecho sino, especialmente como una obligación de perseguibilidad; es decir, la reforma



legal introducida por la L.O. 1/2014 podría conllevar, incluso, la exigibilidad, por parte de un tercer Estado, de que España cumpla con sus obligaciones internacionales de perseguir delitos como los que son objeto del presente procedimiento.

También ha dicho la Corte Internacional de Justicia, en el mismo caso ya citado, que **la obligación de establecer la jurisdicción universal de los tribunales senegaleses sobre el crimen de tortura es una condición necesaria para llevar a cabo una investigación preliminar en los términos del art. 6 de la Convención así como para someter el caso a sus autoridades competencias a efectos de enjuiciamiento. Entonces, dado que Senegal tenía que haber adoptado legislación para conformarse a la Convención y no lo ha hecho, la Corte consideró que Senegal había violado sus obligaciones internacionales y le ha ordenado que juzgue a Habré o lo extradite.**

Trasladado este razonamiento al supuesto que nos ocupa, el cumplimiento por parte de España de sus obligaciones internacionales, estaríamos ante una situación de incumplimiento asimilable a la de Senegal, ante una violación de las obligaciones internacionales por excluir de su ordenamiento la capacidad jurisdiccional de perseguir determinados delitos a la que venía obligada en virtud de diversos convenios internacionales como los ya citados ut supra.

Siguiendo con este análisis, no podemos olvidar que la actual reforma introducida por vía de la L.O. 1/2014 es la culminación de un proceso iniciado con la reforma del artículo 23.4 en el año 2009 y, al respecto, el Comité Contra la Tortura de Naciones Unidas ya tuvo ocasión de pronunciarse manifestando su preocupación “*porque la reforma de la*

*LOPJ de 2009 no obstaculizara el ejercicio de la Jurisdicción sobre todos los actos de tortura de acuerdo con los artículos 5 y 7 de la Convención”<sup>5</sup>.*

Es decir, ya la inicial reforma limitativa de la Jurisdicción Universal emprendida por el anterior Gobierno fue objeto de análisis y preocupación por altos organismos internacionales debido a que la misma implicaba el incumplimiento de obligaciones internacionales; pues bien, un análisis de la reforma introducida por la tan citada L.O. 1/2014 de 13 de marzo, conlleva a la lógica conclusión que ahora, con el aniquilamiento de la Jurisdicción Universal en nuestro ordenamiento interno, lo que se generará no será una mera preocupación.

Por si lo anterior no fuese suficiente, creemos interesante traer a colación lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en materia de obligaciones internacionales de los Estados y que se puede resumir en que: “... *cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía y consecuentemente debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad Internacional del Estado*”<sup>6</sup>

Creemos que este razonamiento jurídico, es de plena aplicación al caso que nos ocupa, especialmente porque establece la generación de responsabilidad internacional del Estado cuando un agente o funcionario del Estado CUMPLE con lo previsto en una Ley violatoria de una convención internacional.

Es decir, por un lado tenemos la generación de la responsabilidad estatal y, por otro, la vinculación entre esa responsabilidad estatal con el

<sup>5</sup> Observaciones finales al 5º Informe del CAT de Naciones Unidas.

<sup>6</sup> Caso Almonacid Arellano c. Chile (2006)

acto de aplicación, por parte de un agente o funcionario público, de una norma interna vigente pero atentatoria a una convención internacional.

Es más, en la ya citada resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se establece que: *“La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y por ello están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. El Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención...”*<sup>7</sup>

Este razonamiento jurídico de la Corte Interamericana de Justicia nos lleva a lo explicado, desde otra perspectiva - como es la del propio derecho interno, en el ya citado auto de 17 de marzo de 2014 del Juzgado Central de Instrucción Número 1 de esta Audiencia Nacional cuando establece que: *“...el juez debe inaplicar la nueva norma. El Estado de Derecho exige la existencia de órganos independientes que velen por los derechos y libertades de los ciudadanos, aplicando imparcialmente las normas que expresan la voluntad popular y controlando la actuación de los poderes públicos. Al conjunto de estos órganos jurisdiccionales a los que se atribuye este cometido se llama Poder Judicial. Y en la Constitución española el Poder Judicial, además de ostentar en exclusiva el ejercicio de la función jurisdiccional, ejerce un control de los poderes ejecutivo y legislativo a través de los tribunales ordinarios (aparte de la jurisdicción*

<sup>7</sup> Del mismo Caso Almonacid Arellano c. Chile (2006) ut supra citado

*constitucional). Y, así, mediante la inaplicación de una norma interna contraria a una disposición de un tratado el juez está ejerciendo ese control. No es otra cosa sino **la aplicación plena del principio de legalidad**, al que por cierto alude la Exposición de Motivos de la reforma señalada: Ese es el sentido que inspira la reforma que ahora se lleva a cabo, delimitar con claridad, **con plena aplicación del principio de legalidad** y reforzando la seguridad jurídica, los supuestos en que la jurisdicción española puede investigar y conocer de delitos cometidos fuera del territorio en que España ejerce su soberanía. Es además una exigencia constitucional, al someter a los jueces únicamente al imperio de la ley (art. 117 CE)”.*

Resumidamente, se puede analizar la obligación de los Jueces y Tribunales de **INAPLICACIÓN DE UNA NUEVA NORMA CONTRARIA A UN CONVENIO INTERNACIONAL**, tanto desde la perspectiva interna o de derecho interno – aplicación irrestricta del principio de legalidad establecido en el artículo 117 de la CE – o, igualmente, desde la perspectiva del derecho internacional – para no precipitar o involucrar al Estado del que forma parte, como funcionario público, en una responsabilidad internacional por incumplimiento de lo establecido en un tratado.

### **TERCERA:**

En cualquier caso, en materia de crímenes de guerra, creemos que es necesario ahondar más sobre el deber de perseguir este tipo de delitos y, al respecto, recordar que debido a la **naturaleza de *ius cogens* del crimen internacional de tortura y en general de los crímenes internacionales** existe una obligación general de persecución; pero si alguna duda cabe

respecto a dicha naturaleza, de la que se desprende la obligación de todo estado de perseguirlos, recordemos que la misma ha sido objeto de estudio en otros casos planteados con anterioridad.

Así, en la sentencia del Tribunal de Apelación de la Cámara de los Lores<sup>8</sup>, puede leerse lo siguiente:

***“La naturaleza de *ius cogens* del crimen internacional de tortura justifica que los Estados asuman jurisdicción universal sobre la tortura donde sea que se cometa. El derecho internacional estipula que los crímenes de *ius cogens* pueden ser penados por cualquier Estado, porque los criminales son enemigos comunes de toda la humanidad y todas las naciones tienen el mismo interés en su aprehensión y persecución.”***

En consonancia, la decisión del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia<sup>9</sup> explica que una regla de *ius cogens* no puede ser derogada por ningún Estado ni por tratados ni por la costumbre internacional, sino por otra regla que tenga el mismo carácter de *ius cogens* que, evidentemente, no tiene la L.O. 1/2014 de 13 de Marzo.

A este respecto, habría que recordar que nuestra querrella se basa en que se pretendió, precisamente, la derogación de esta regla de *ius cogens*, consistente en la prohibición de la tortura, **mediante torticeras interpretaciones de las normas tanto estadounidenses como internacionales, con el fin de crear un centro de detención y de tortura sistemática**, procurando de paso, la impunidad para los autores de tales prácticas y **para todos aquellos que las implantaron, dieron las órdenes para practicarlas, para los que consintieron y fueron mudos espectadores de lo que en la base de Guantámano se llevó a cabo**

---

<sup>8</sup> de 24 de Marzo de 1.999, dictada en el caso Pinochet

<sup>9</sup> Caso Prosecutor v. Furundzija

sometiendo a los detenidos a terribles torturas que son las objeto de querrela.

En este sentido, es correcto recordar que: “...*la tortura deliberadamente perpetrada al amparo de un cargo oficial viola normas universalmente aceptadas del derecho internacional sobre derechos humanos, con indiferencia de cuál sea la nacionalidad de las partes. ...El torturador es hoy –como lo fuera antes el pirata y el mercader de esclavos- hostis humani generis, un enemigo del género humano.”<sup>10</sup>*

Por lo tanto, la tortura ha de perseguirse y condenarse por toda la Comunidad Internacional y **de forma absoluta, sin fisuras.**

En este sentido, el artículo 2.2 de la Convención contra la Tortura establece que “*Todo Estado Parte tomará medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para impedir los actos de tortura en todo territorio que esté bajo su jurisdicción. En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o de cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura. No podrá invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura.*”

A mayor abundamiento debemos recordar que el **artículo 4** de la antes citada Convención Contra La Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes establece que:

*“Art. 4.- Todo Estado Parte velará por que todos los actos de tortura constituyan delitos conforme a su legislación penal. Lo mismo se aplicará a toda tentativa de cometer tortura y a todo acto de*

---

<sup>10</sup> en el caso Filártiga contra Peña-Irala (New York, 1.984) el Tribunal de Apelación

*cualquier persona que constituya complicidad o participación en la tortura.*

*Todo Estado Parte castigará esos delitos con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad.”*

Así mismo, y sobre la base de cómo se han perpetrado las torturas objeto de este procedimiento debe recordarse que el memorando de **Bybee**<sup>11</sup> en su quinto párrafo dice, textualmente **“nosotros concluimos que, bajo las actuales circunstancias, la necesidad o la defensa propia pueden justificar métodos de interrogatorio que representen una violación de la Sección 2340A”**, en clara referencia a las formas de interrogación en relación con la Ley Federal de Protección de Víctimas de la Tortura.

Debemos recordar que Haynes, otro de los gestores del entramado ilegal que permitió las torturas cometidas en Guantánamo, manifestó públicamente que los Estados Unidos enfrentaban **“circunstancias únicas”**<sup>12</sup> y que las nuevas técnicas de interrogatorio deben ser evaluadas a la luz de la **“extraordinaria guerra en la que nos encontramos inmersos y que incluye un nuevo tipo de enemigos cuyos manuales de entrenamiento dedican un tiempo extraordinario a hablar sobre cómo resistir los interrogatorios”**.

Es decir, no cabe duda que en Guantánamo se han cometido actos incardinables en la Convención contra la tortura de Naciones Unidas y, perfectamente encajables, también, en el marco de crímenes de guerra.

La condición de funcionarios de los responsables de estas torturas no les ampara ante la exigencia de responsabilidades, incluso más, les posiciona directamente ante dicha exigencia, incluso en países donde no las

---

<sup>11</sup> Memorando que fue dirigido a Gonzáles y que contó en su elaboración con los otros querellados ya mencionados, nótese que habla en plural “nosotros” y que forma parte del acervo documental de este procedimiento

<sup>12</sup> Manifestaciones realizadas en rueda de prensa, junto a otros querellados como Gonzáles y Addington el 22 de junio de 2004 y también incorporadas documentalmente a este procedimiento

hayan cometido puesto que todos los Estados tienen obligación de perseguir dichos delitos.

A este respecto, conviene destacar el caso Eichmann que fue decidido por la Corte Suprema de Israel en 1962. Se llega a la conclusión de **que el hecho de que los querellados hayan cometido los crímenes en cuestión en el curso de sus obligaciones funcionarias como un funcionarios responsables del Estado y en el ejercicio de su autoridad como un órgano del Estado, no es obstáculo para el ejercicio de la jurisdicción por parte de un tribunal nacional extranjero.**

El artículo 608.7 del Código Penal establece que se entenderá por personas protegidas las que “tengan aquella condición en virtud del **Protocolo II Adicional de 8 de Junio de 1.977** o de cualesquiera otros Tratados internacionales en los que España fuere parte”.

Son personas protegidas, a los efectos prevenidos en el Protocolo II Adicional de 8 de Junio de 1.977, en su artículo 4.1 (“Garantías fundamentales”), “Todas las personas que no participen directamente en las hostilidades, **o que hayan dejado de participar en ellas, estén o no privadas de libertad**, tienen derecho a que se respeten su persona, su honor, sus convicciones y sus prácticas religiosas. Serán tratadas con humanidad en toda circunstancia, sin ninguna distinción de carácter desfavorable. Queda prohibido ordenar que no haya supervivientes.”

Los detenidos en la base de Guantámano, bajo control y jurisdicción directa de los Estados Unidos, se hallaban y hallan, por tanto, protegidos por nuestro Código Penal, ex artículo 608.7, en relación con el Protocolo II Adicional de 8 de Junio de 1.977.

El Protocolo II Adicional de 8 de Junio de 1.977 **desarrolla y completa el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra del 12 de**



**agosto de 1949 (art. 1)**, por tanto, las personas detenidas en la base de Guantánamo tenían que haber sido tratados con la humanidad que predica dicho artículo 3 común, y con proscripción de tortura, tratos inhumanos y degradantes, con el derecho a un juicio justo por un Tribunal imparcial.

Así, con independencia del nombre que se les ha querido dar a dichos detenidos (“combatientes enemigos ilegales”), lo cierto y verdad es que se trata de personas protegidas por el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra.

Por lo tanto, aquí no se discutirá acerca de la rebuscada y torticera calificación de la condición de las personas detenidas en la base de Guantánamo, pues de *facto*, se trata de sujetos protegidos por nuestro Código Penal y por la normativa internacional aplicable. Y es más, ya en su momento el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional resolvió en ese sentido, estableciendo que indiciariamente se habían cometido delitos de torturas, que España tenía jurisdicción sobre los mismos y que existía una obligación de persecución - consta en autos pues se trata de resolución recaída en el seno de este procedimiento.

Conviene recordar las consideraciones realizadas por la Cámara de los Lores Británicas en el ya conocido caso Pinochet:<sup>13</sup> *“El convenio sobre la Tortura del 10 de diciembre de 1984 define la tortura como un dolor o sufrimiento grave infligido de forma intencionada con una finalidad determinada, "por o a instigación de o con el consentimiento o conformidad de un cargo público u otra persona que actúe en cumplimiento de funciones oficiales.”* Siendo más significativo, a los efectos de la obligación de persecución el razonamiento, incluido en la misma resolución, de que:

---

<sup>13</sup> en su fallo de 25 de noviembre de 1998 cuando Lord Slynn of Hadley razonó que:

*“Todos los Estados firmantes deben tipificar como delitos en su derecho penal todos los actos de tortura, y establecer la jurisdicción sobre las transgresiones cometidas en su territorio, o por sus ciudadanos, o si el Estado lo considera pertinente, cuando la víctima es ciudadano de ese Estado (Artículo 5).”*

Así mismo, Lord Nicholls convino, en la ya citada resolución del caso Pinochet, que: “... *la legislación internacional ha establecido claramente que ciertas conductas, entre las que se cuentan la tortura y el secuestro, no son aceptables por parte de nadie. Esto es aplicable tanto o más a los jefes de Estado que a cualquier otra persona; la conclusión contraria constituiría una burla del derecho internacional.*”

Insistiendo en la obligación de perseguir por España, debemos recordar que, tal cual consta incorporado en estas actuaciones, 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”.<sup>14</sup> 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.*<sup>15</sup> Siendo Estado miembro del Convenio Contra la Tortura, **España tiene una obligación de**

<sup>14</sup> 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.

<sup>15</sup> 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 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.

**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 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.<sup>16</sup>

En el caso que nos ocupa, estamos hablando de torturas y, al respecto, qué mejor que recordar lo dictaminado por el Comité Contra la Tortura de Naciones Unidas en materia de obligaciones de los Estados miembros de la Convención cuando afirma que bajo la CAT, "*los estados miembros están obligados legalmente a tomar todas las medidas necesarias para asegurarse el ejercicio de la jurisdicción universal sobre personas responsables de actos de tortura, incluidos perpetradores extranjeros*"<sup>17</sup>

A diferencia de lo que opina el Legislador en la L.O. 1/2014, "*Desde la segunda mitad del siglo XIX es generalmente reconocido que hay actos u omisiones por los que el derecho internacional impone responsabilidad penal sobre individuos y por la cual pueden imponerse penas tanto por tribunales internacionales debidamente revestidos de poder, como por tribunales nacionales y tribunales militares. Estos tribunales ejercen una jurisdicción internacional por razón de la ley aplicada y la constitución del tribunal o, en el caso de los tribunales nacionales, por razón de la ley*"

---

<sup>16</sup> 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>.

<sup>17</sup> United Nations Committee against Torture, Concluding observations of the Committee against Torture, 25 June 2012, CAT/C/CAN/CO/6, para. 14.

aplicada y la naturaleza de la jurisdicción, cuyo ejercicio está justificado por la ley internacional<sup>18</sup>, es decir que para la persecución de crímenes como los que nos ocupan en este procedimiento el Juzgado al que nos dirigimos actúa sobre la base de una Ley internacional que, como vimos ut supra, no puede ser desconocida o, incluso, derogada por una norma nacional.

Ahondando más si cabe, debemos recordar, como lo hace también Castresana<sup>19</sup>, que el Estatuto de Núremberg y del desarrollo legal posterior a ese Estatuto, las Convenciones de Ginebra de 1949, las Convenciones contra el apartheid y contra la tortura y otros instrumentos internacionales, la legislación nacional y las decisiones judiciales recientes, conducen en conjunto a la conclusión de que los crímenes contra la humanidad están sujetos a la jurisdicción universal. También, varios autores sostienen que todos los crímenes comprendidos en los artículos 6 a 8 del Estatuto de Roma están sujetos a jurisdicción universal en el sentido de que los estados tienen el deber, y no sólo el derecho, de perseguirlos, en virtud de que forman parte del *ius cogens*. Porque la persecución universal de tales crímenes constituye una obligación *erga omnes*, en la medida en que suponen una ofensa contra toda la comunidad internacional y no sólo contra el estado directamente afectado<sup>20</sup>. De la misma forma, en relación con el Estatuto de Roma, algunos autores sostienen que el principio de complementariedad de la Corte Penal Internacional implica que los Estados Parte tienen el deber de establecer la jurisdicción universal para los crímenes tipificados en el Estatuto en sus leyes nacionales, a fin de dar virtualidad a dicho principio

<sup>18</sup> Ian Brownlie, Principles of Public International law, Oxford, 5<sup>th</sup> Edition, pagina 565

<sup>19</sup> De Núremberg a Madrid: la Sentencia del caso Scilingo.

<sup>20</sup>Entre ellos, D. Orentlicher (Settling accounts: the duty to prosecute human rights violations of a prior regime, 100 Yale L. J. 2537, 1991). C. Edelenbos (Human rights violations, a duty to prosecute?. 7 LJIL 5, 1994). Bassiouni, op. cit. R.Higgins (Problems and process, international law and how we use it. Oxford, Clarendon Press 1994). P. Malanczuk (Akehurst's modern introduction to international law, New York London: Routledge 7<sup>o</sup> ed. 1997).

y para acabar con la impunidad de tales crímenes<sup>21</sup>. Finalmente, desde la aprobación del Estatuto de Roma, la jurisdicción universal ha sido objeto de reiterada mención en los documentos de Naciones Unidas como instrumento para combatir la impunidad de graves violaciones de derechos humanos y de derecho internacional humanitario.<sup>22</sup>

Y a mayor abundamiento tenemos que los crímenes contra la humanidad, y también las torturas, donde quiera que hayan sido cometidos, serán objeto de investigación, y las personas contra quienes exista evidencia de haberlos cometido deberán ser buscados, detenidos, juzgados, y si son encontrados culpables, castigados. Los estados cooperarán y tomarán todas las medidas internas e internacionales.<sup>23</sup> La imperatividad de los términos de la Resolución está más allá de cualquier duda.

#### CUARTA:

Sin perjuicio de lo anterior, entendemos que la supresión que la L.O.1/2014 hace de la acusación popular no tiene amparo ni justificación constitucional y, por el contrario, entra en directa colisión con lo previsto en el artículo 125 de la CE.

Es más, debemos recordar que en delitos como aquel del que trae causa este procedimiento el papel de las acusaciones populares ha resultado ser fundamental para el nacimiento e impulso de este tipo de procedimientos por lo que una reforma legal que pretenda restringir dicha previsión constitucional debió, como mínimo, exponer detenidamente en su

---

<sup>21</sup> O. Triffterer, *Kriminalpolitische und dogmatische Überlegungen zum Entwurf gleichlautender "Elements of crimes" für alle Tatbestände des Völkermordes*. Berlín New York 2001.

<sup>22</sup> (U.N. doc. E/CN.4/Sub.2/RES/2000/24, de 18 de agosto de 2000) (U.N. doc. S/2001/331, 2001) y también en general, B.S. Brown, "The evolving concept of universal jurisdiction, 35 *New England Law Review* 383-397, 2001".

<sup>23</sup> Resolución 3074 de 3 de diciembre de 1973.

exposición de motivos las razones que llevan al Legislador a adoptar tal postura restrictiva.

Tampoco debe desestimarse que la acusación popular, junto con impulsar este tipo de procedimientos también son una fuente de claras aportaciones al esclarecimiento de los hechos aportando no sólo datos sobre los hechos sino, también, antecedentes, especialización y cuantas necesidades puedan presentarse en el curso del procedimiento.

#### **QUINTA:**

Hasta este momento hemos analizado el marco en que debe desarrollarse la discusión jurídica, la primacía de los tratados por sobre la legislación interna - primacía que impide la aplicación de una norma contraria a dichos tratados - y la obligación de perseguibilidad que tienen todos los estados ante crímenes como los que son objeto del presente procedimiento; todo lo expuesto ut supra nos conduce a la conclusión de la inaplicabilidad de las normas contenidas en la L.O. 1/2014, de 13 de marzo, por los motivos ya desarrollados, tal cual sostenemos al inicio de este escrito.

Dicho lo anterior, y adentrándonos específicamente en el objeto del presente caso, si este Juzgado entendiese que no tenemos razón y que, por tanto, son de plena aplicación las reglas contenidas en la reforma introducida por la L.O. 1/2014 de 13 de marzo, deberá tenerse presente que, tal cual consta acreditado en las propias actuaciones, se cumpliría con los siguientes lo preceptuado en el artículo Único de la citada reforma legal que, en lo que respecta al delito de Torturas, establece:

**«2. También conocerá la jurisdicción española de los delitos que hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que**

**hubieran adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho y concurrieren los siguientes requisitos:**

a) **Que el hecho sea punible en el lugar de ejecución, salvo que, en virtud de un Tratado internacional o de un acto normativo de una Organización internacional de la que España sea parte, no resulte necesario dicho requisito,** sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados siguientes.

b) **Que el agraviado o el Ministerio Fiscal interpongan querrela ante los Tribunales españoles.**

c) **Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena.** Si sólo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda.»

«4. **Igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos cuando se cumplan las condiciones expresadas: (...)**

b) **Delitos de tortura y contra la integridad moral de los artículos 174 a 177 del Código Penal, cuando:**

**1.º el procedimiento se dirija contra un español; o,**

**2.º la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos y la persona a la que se impute la comisión del delito se encuentre en territorio español.**

(...)

p) **Cualquier otro delito cuya persecución se imponga con carácter obligatorio por un Tratado vigente para España o por otros actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea miembro, en los supuestos y condiciones que se determine en los mismos.**

**Asimismo, la jurisdicción española será también competente para conocer de los delitos anteriores cometidos fuera del territorio nacional por ciudadanos extranjeros que se encontraran en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas, siempre que así lo imponga un Tratado vigente para España.»**

Un mínimo análisis de la reforma indicará que deberán investigarse, y llegado el caso enjuiciarse, aquellos hechos que impliquen delitos tales

como el de torturas, cuando se cumplan los requisitos antes expuestos y que, para el caso que nos ocupa, serían de forma resumida: la existencia de víctima española y de autor también de nacionalidad española.

Pues bien, en el caso que nos ocupa y como consta en las actuaciones, durante las torturas practicadas en contra de Hamed Abderraman Ahmed y de Lahcen Ikarrien habría existido presencia y participación de ciudadanos españoles; lo cual no sólo se sustenta en las manifestaciones de estas víctimas directas sino, también, en los propios procedimientos en su día seguidos en contra de ellos.

En base a lo anterior, y en caso de que se discrepe de las alegaciones anteriores, a los efectos de determinar la Jurisdicción de este Juzgado para investigar los hechos objeto del presente procedimiento, **SE SOLICITA QUE SE PRACTIQUEN LAS SIGUIENTES DILIGENCIAS:**

1. Se recabe del decanato de esta Audiencia Nacional los números de procedimiento que en su día se siguieron en contra de Hamed Abderraman Ahmed y de Lahcen Ikarrien,
2. Obtenidos dichos datos que se remita oficio a los órganos competentes para que aporten a este Juzgado copia testimoniada de la integridad de dichos procedimiento,
3. Recibidas dichas copias que se proceda a identificar, en función de los datos obrantes en los mismos, a aquellas personas de nacionalidad española que fueron a Guantánamo y participaron de los interrogatorios de Hamed Abderraman Ahmed y de Lahcen Ikarrien,
4. Identificados que sean que se les proceda a citar para prestar declaración en calidad de imputados,



Como puede verse, la presente causa habrá de permanecer abierta con independencia de la aplicación o no de lo previsto en la reforma legal introducida por la L.O. 1/2014 de 13 de marzo; obviamente, esta parte considera que la misma ha de continuar su curso porque dicha reforma no es aplicable por las razones expuestas en las alegaciones primera a tercera pero, como ya decimos aquí, también aplicando dicha reforma existe fundamento fáctico y legal para la continuación del procedimiento.

Por lo anterior,

SOLICITO AL JUZGADO que tenga por presentado en tiempo y forma este escrito sirviéndose admitirlo a trámite y teniendo por evacuado el proveído de la resolución de este Juzgado de fecha 17.3.2014 y notificada este 20.3.2014 y se tenga por solicitada la **INAPLICACIÓN DE LAS REGLAS CONTENIDAS EN LA L.O. 1/2014 DE 13 DE MARZO** en función de lo razonado en las alegaciones primera a tercera, ambas incluidas, y, subsidiariamente, para el supuesto que se desestimen esos o mejores argumentos, que en atención a lo expuesto en la alegación cuarta se proceda a la práctica de las siguientes **DILIGENCIAS:**

1. Se recabe del decanato de esta Audiencia Nacional los números de procedimiento que en su día se siguieron en contra de Hamed Abderraman Ahmed y de Lahcen Ikarrien,
2. Obtenidos dichos datos que se remita oficio a los órganos competentes para que aporten a este Juzgado copia testimoniada de la integridad de dichos procedimiento,
3. Recibidas dichas copias que se proceda a identificar, en función de los datos obrantes en los mismos, a aquellas personas de nacionalidad española que fueron a Guantánamo y participaron de

los interrogatorios de Hamed Abderraman Ahmed y de Lahcen Iksarrien,

4. Identificados que sean que se les proceda a citar para prestar declaración en calidad de imputados,

Por ser de Justicia que pido en Madrid a 21.3.2014.

Javier Fernández Estrada

Procurador