



JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCIÓN Nº 5
AUDIENCIA NACIONAL
MADRID

DILIGENCIAS PREVIAS 150/2009-P

AUTO

En Madrid, a quince de abril de dos mil catorce.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el curso de las presentes Diligencias Previas, incoadas en fecha 27 de abril de 2009, por providencia de fecha 17 de marzo de 2014 se acordó en el sentido siguiente: *"Visto el estado que mantienen las presentes actuaciones, y habiendo entrado en vigor el pasado día 15 de marzo de 2014 la LO 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la LOPJ relativa a la justicia universal, atendida la nueva redacción conferida a los apartados 4º y 5º del artículo 23 de la LOPJ, así como la introducción de un nuevo apartado 6º, y visto también el contenido de la Disposición Transitoria Única de la citada LO 1/2014, según la cual "Las causas que en el momento de entrada en vigor de esta Ley se encuentren en tramitación por los delitos a los que se hace referencia en la misma quedarán sobreseídas hasta que no se acredite el cumplimiento de los requisitos establecidos en ella", con carácter previo a resolver lo procedente sobre el mantenimiento del ejercicio de la jurisdicción en el caso presente (ex. artículo 9.1 y 3 LOPJ), y en la medida en la que los hechos y delitos investigados en la presente causa pudieren resultar afectados por la precitada reforma legal, resulta pertinente, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 124 CE, 541 LOPJ, 1 EOMF y 773.1 LECrim, conferir traslado al Ministerio Fiscal para que emita informe al respecto, trámite que, en aras al principio de igualdad procesal, será también otorgado a las restantes partes personadas en las actuaciones, a fin de que en el plazo de tres días efectúen las alegaciones que tengan por oportunas, dándose así cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 9.6 LOPJ; y verificado lo anterior se resolverá."*

El referido plazo fue ampliado por tres días más, por virtud de nuevo proveído de fecha 24.03.14.

SEGUNDO.- Evacuando el traslado conferido, se han presentado los siguientes escritos:

a) Por la representación procesal de IZQUIERDA UNIDA, en ejercicio de la acusación popular, se interesa la continuación de la instrucción sin acordar sobreseimiento alguno.

b) Por la representación procesal de la ASOCIACIÓN PRO DIGNIDAD DE LOS PRESOS Y PRESAS, CENTER FOR CONSTITUTIONAL RIGHTS OF NEW YORK, y EUROPEAN CENTER FOR HUMAN AND CONSTITUTIONAL RIGHTS OF BERLIN, en ejercicio de la acusación popular, se interesa la inaplicación de las reglas contenidas en la LO 1/2014 de 13 de marzo, y subsidiariamente la práctica de determinadas diligencias contenidas en su escrito.

c) Por la representación procesal de JAMIEL ABDUL LATIF AL BANA y de OMAR DEGHAYES, en ejercicio de la acusación particular, se interesa que se proceda en el mismo sentido al de la acusación popular antes referida.

d) Por la representación procesal de AHMED ABDERRAMAN HAMED y de LAHCEN IKASSRIEN, en ejercicio de la acusación particular, se interesa la prosecución de la instrucción de la causa y, subsidiariamente, que se promueva cuestión de inconstitucionalidad por entender que el artículo 23.4 b) de la LOPJ, introducido por LO 1/2014, infringe el artículo 24.1 de la Constitución.

e) Por la representación procesal de ASOCIACIÓN LIBRE DE ABOGADOS (A.L.A.) y la Asociación Pro Derechos Humanos de España (APDH), en ejercicio de la acusación popular, se interesa se acuerde continuar con la instrucción de esta causa ordenando lo procedente para la práctica de las diligencias interesadas en anteriores escritos.

f) Finalmente, por el Ministerio Fiscal se emite informe por el que, a la vista del Acuerdo del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de fecha 21 de marzo de 2014, y a los efectos de las cuestiones a resolver -bien sea el sobreseimiento, bien la continuación del procedimiento o, en su caso, el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad- sean objeto de un tratamiento unitario y de una respuesta jurídica uniforme por parte del Tribunal encargado del enjuiciamiento, interesa que se proceda a la incoación de Sumario -teniendo en cuenta la naturaleza y gravedad de los delitos objeto de investigación así como de las penas con la que los mismos están sancionados- y a su inmediata elevación a la Sala de lo Penal a los efectos previstos en la Disposición Transitoria Única de la LO 1/2014 en relación con el art. 627 y siguientes de la LECrim.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Introducción: Planteamiento de las cuestiones controvertidas tras la entrada en vigor de la LO 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la LOPJ, relativa a la justicia universal.

Con carácter previo a resolver las distintas cuestiones planteadas por las partes personadas y por el Ministerio Fiscal a las que se ha hecho referencia en los antecedentes de la presente resolución, a la vista de la vigente redacción del artículo 23.4, 5 y 6 de la LOPJ tras la entrada en vigor de la LO 1/2014 de 13 de marzo de modificación de aquélla relativa a la justicia universal, y al objeto de permitir el adecuado análisis de los efectos que la nueva normativa haya de producir respecto del conjunto de hechos que motivan la incoación e instrucción de las presentes Diligencias Previas - que versan sobre detención, traslado y situación de los querellantes durante el tiempo de permanencia en la base naval de los Estados Unidos de América en la bahía de Guantánamo (Cuba)-, deberán exponerse tanto los principales hitos procesales seguidos en la causa que determinan su actual estado de tramitación, como la calificación jurídica que provisoriamente se ha venido otorgando a los hechos investigados, reproduciendo para ello los razonamientos vertidos en auto de 13 de enero de 2012, por el que se venía a afirmar la Jurisdicción española para la investigación y conocimiento de los hechos objeto de las presentes actuaciones.

Seguidamente, y atendiendo a los planteamientos efectuados por el Ministerio Fiscal y resto de partes personadas, procederá examinar las cuestiones relativas al tipo de procedimiento bajo el cual deban seguirse las actuaciones, así como a las consecuencias materiales y procesales que hayan de derivarse de la nueva redacción conferida por la LO 1/2014 a los apartados 4º, 5º y 6º del artículo 23 LOPJ, y a los efectos de lo establecido en la Disposición Transitoria Única de la referida Ley.

SEGUNDO.- Resumen del iter procesal seguido en la causa hasta la aprobación y entrada en vigor de la LO 1/2014.

Como ya se reflejara en anteriores resoluciones dictadas en la causa, i.e. auto de 13.01.12, pueden destacarse los siguientes hitos procesales desde la incoación de las presentes diligencias hasta el vigente estadio procesal:

1º.- Por auto de fecha 27.04.2009 se acordaba "incoar diligencias previas con el número 150/2009 por presuntos

delitos de los artículos 608, 609 y 611, en relación con los artículos 607 bis y 173 del Código Penal, contra los posibles autores materiales e inductores, cooperadores necesarios y cómplices de los mismos". En dicha resolución, tras delimitar los hechos objeto del procedimiento a los actos cometidos sobre los perjudicados Abdul Latif Al Banna, Omar Deghayes, Ahmed Abderrahman Ahmed y Lahcen Ikassrien "durante el tiempo de sus detenciones en diferentes países, siempre bajo la autoridad del Ejército Norteamericano, a los que fueron entregados en los respectivos lugares en los que ésta aconteció (Afganistán Pakistán o Gambia)" y su posterior traslado a la base militar estadounidense de Guantánamo (Cuba), el ámbito de los sujetos contra los que se dirigía el procedimiento quedaba delimitado a "las personas que tuvieran bajo su guardia y custodia a los detenidos, las que autorizaron o practicaron los actos que se describen. Miembros todos ellos del Ejército Norteamericano o de la Inteligencia Militar y todos aquellos que ejecutaron y/o diseñaron un plan sistemático de torturas o malos tratos inhumanos o degradantes en contra de los prisioneros que tenían bajo su custodia y que habían sido capturados en el marco del conflicto armado declarado en Afganistán y a los que se acusaba de terroristas".

2º.- Por auto de fecha 26.05.2009 se acuerda:

"Cursar Comisión Rogatoria Internacional, a las autoridades Judiciales de Gran Bretaña para que informen a este Juzgado si existe alguna investigación penal en averiguación de las supuestas torturas, tratos inhumanos y degradantes sufridos por Jamiel Abdul Latif al Banna y Omar Deghayes durante su reclusión en la base militar de Guantánamo (Cuba) hasta su entrega a las autoridades Británicas.

Cursar Comisión Rogatoria Internacional a las Autoridades Judiciales de los Estados Unidos de Norte América competentes para que:

- a) Informen a este Juzgado si existe alguna investigación judicial abierta en ese país para la averiguación de las supuestas torturas, malos tratos, inhumanos y degradantes sufridos desde su detención por el ciudadano español Hamed Abderrahman Ahmed, el ciudadano palestino Jamiel Abdul Latif al Banna, el ciudadano libio Omar Deghayes y Lahcen Ikarrien de nacionalidad marroquí, con permiso de residencia en España, hasta sus respectivas puestas en libertad en la base militar de Guantánamo (Cuba).
- b) Si existe posibilidad legal de que las víctimas impulsen tal investigación, al margen de la que, en su caso, inicie o rechace el Ministerio Fiscal."

Respecto de tales solicitudes de Cooperación Jurídica Internacional, ha sido recabada en diferentes ocasiones

información sobre su estado de tramitación a través de la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia (en concreto en fechas 11.08.2009, 30.10.2009, 4.01.2011 y 19.09.2011, reiterándose nuevamente por auto de 13.01.12), habiéndose recibido como únicas respuestas a tales solicitudes las siguientes:

- Respecto de Reino Unido: comunicación procedente del Home Office, en el sentido de aclarar que el concepto de investigación judicial no existe en la Ley Penal de Inglaterra y Gales y que las investigaciones criminales se desarrollan independientemente del poder judicial y son llevadas a cabo por las fuerzas policiales, indicando que la indicada, en su caso, de realizar una eventual investigación sobre los hechos denunciados por Jamiel Abdul Latif Al Banna y Omar Deghayes era la Metropolitan Police Force y que en fecha 29.06.2012 se decidió que en el caso de los dos mencionados no era necesario iniciar una investigación. También indicaba que por parte de los dos mencionados se habían interpuesto demandas civiles contra el Gobierno del Reino Unido y que se ha llegado a un arreglo por mediación con respecto a dichas demandas
- Respecto de Estados Unidos: comunicación con entrada el 16.11.2009, informando que la solicitud dirigida a E.E.U.U. fue remitida al Departamento de Justicia en fecha 22.07.2009; ante la falta de respuesta se solicitó información sobre el estado de tramitación, habiéndose recibido oficio en fecha 16.09.11 procedente de la precitada Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional en el que se hace constar:

"...desde esta Subdirección se han remitido sendos escritos recordatorios a las autoridades judiciales estadounidenses, sin que hasta la fecha se haya recibido respuesta alguna por parte de dichas autoridades.

No obstante, en el día de hoy se remite nuevo escrito recordatorio, solicitando información acerca del estado en el que se encuentra la tramitación de la misma".

3º.- Por auto de fecha 29.10.2009 se resuelve:

- *"Admitir la querella formulada, como perjudicado, interpuesta por Lahcen Ikassrien por torturas contra los autores materiales y cualesquiera otros que resulten responsables de los hechos.*
- *Desestimar la querella formulada contra las personas que se identifican al no concretarse los hechos imputados.*
- *Reiterar las Comisiones Rogatoria cursadas Al Reino Unido y a los Estados Unidos de Norteamérica en fecha 15.06.09 y recordadas en fecha 11.10.09."*

En la referida resolución y respecto de las personas identificadas como querellados George W. Bush, Dick Cheney, Donald Rumsfeld, General Michael Lehner y General Geoffrey Miller, se hacía constar la ausencia en la querrela de una descripción de conductas concretas referidas a los casos aquí investigados, señalando el citado auto que *"por tanto, deberá luego de cumplirse el trámite antes referido con determinarse cuáles han sido las personas concretas a cuyo cargo estaban las víctimas y el sistema por el cual éstas sufrieron los daños físicos y psíquicos y en qué contexto sucedieron, a través de qué técnicas y quién las puso en práctica y las diseñó"*.

Frente al referido auto de 29.10.2009 se interpuso recurso de apelación por el Ministerio Fiscal el cual previa la tramitación oportuna fue resuelto por el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, dictando auto de fecha 6.04.2011 por el que se acordaba la desestimación del precitado recurso apelación (certificación íntegra de tal resolución fue remitida por oficio del Sr. Secretario Judicial de la Sección Segunda, con entrada en fecha 17.05.11, obrante a los folios 2469 a 2483 de la causa), al **constatar el Pleno la existencia de un vínculo de conexión relevante con España** en la persona del querellante Sr. Ikassrien y en atención a las circunstancias personales y procesales concurrentes en el mismo. Al mismo tiempo señala el Auto del Pleno, en su FD 2º, que *"En cualquier caso, no puede exigirse al presunto perjudicado o víctima -como pide el Ministerio Fiscal en su escrito de 6 de octubre de 2009- que acredite que en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se ha iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva de tales hechos punibles. Esto es una obligación no contenida en la ley, desproporcionada y de difícil o imposible realización, por lo que deberá ser el órgano judicial español, de oficio, el que deberá constatarse (sic) la inactividad de la jurisdicción del Estado en cuyo lugar se cometieron presuntamente los hechos -o de cualquier otro- y de la Comunidad Internacional, en la línea de lo acordado en el pleno no jurisdiccional de esta Sala de 3 de noviembre de 2005"*.

4º.- Por auto de 27.01.2010, estando pendiente la sustanciación del precitado recurso de apelación, se acordó por este Juzgado *"Ratificar la competencia de la jurisdicción española en esta causa"*, al tiempo que se admitieron a trámite las querellas formuladas por la representación procesal de la Asociación Pro Dignidad de los Presos y Presas de España y la formulada por la representación procesal de la Asociación Libre de Abogados (ALA), Izquierda Unida (IU) y la Asociación Pro Derechos Humanos de España (APHDE), en ejercicio de la Acusación Popular, previa prestación de fianza en cuantía de 1.000 euros respectivamente. En dicha resolución, y en

concreto en sus Razonamientos Jurídicos Segundo y Tercero se analizaba la competencia de la Jurisdicción Española para la investigación de los hechos objeto del procedimiento, con anterioridad y posterioridad a la entrada en vigor de la LO 1/2009 de 3 de noviembre por la que se dio nueva redacción al artículo 23.4 de la LOPJ en lo relativo al alcance del principio de Jurisdicción Universal, constando notificada tal resolución a todas las partes personadas y al Ministerio Fiscal y habiendo devenido firme la misma, al no haberse interpuesto contra ella recurso alguno.

5º.- Por **auto de 13.01.2012**, al tiempo que se resolvía sobre determinadas diligencias de instrucción interesadas por las acusaciones, se venía a **afirmar la Jurisdicción española para la investigación y conocimiento de los hechos objeto de las presentes actuaciones**, recabando asimismo **informe del Ministerio Fiscal acerca de las personas contra quienes entendiera pertinente dirigir la acción penal como presuntos responsables de los hechos objeto de investigación**, concretados en los padecimientos sufridos por los cuatro querellantes personados como perjudicados en las actuaciones, y a quienes procediera comunicar la existencia del procedimiento y de las denuncias y querellas hasta el momento admitidas a trámite, permitiendo el ejercicio de su derecho de defensa en los términos del artículo 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Encontrándose aún en práctica diversas diligencias cuyo diligenciado se acordaba en la referida resolución.

6º.- Finalmente, por **auto de 23.01.2014** se acordaba **dirigir nueva Comisión Rogatoria Internacional a las Autoridades Judiciales de Estados Unidos**, al objeto de que, tomando en consideración la respuesta previamente ofrecida al **Juzgado Central de Instrucción número Seis** en la Comisión Rogatoria remitida en sus **Diligencias Previas 134/09** (Referencia número 2342/2009 -CAP) -unida por exhorto recibido el 4.07.2013 ante la diligencia interesada por el Ministerio Fiscal-, **procedieran a informar a este Juzgado de la evolución y estado actual de las investigaciones allí referidas u otras que se hubieren llevado a efecto con posterioridad**, y ello **"con la finalidad de poder emitir un juicio ponderado y racional sobre la posible concurrencia del Principio de Subsidiariedad en los términos expresados tanto por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional como por la Sala Segunda del Tribunal Supremo en las resoluciones precedentes, (...), al tiempo que continúa la práctica de las diligencias en trámite según lo acordado en auto de fecha 13.01.2012 y resoluciones posteriores"**.

En resumen, como ya se concluía en auto de 13.01.12, a la vista de todo lo anteriormente expuesto, la calificación provisional de los hechos investigados a que se viene haciendo referencia -a la que posteriormente se aludirá, y que sin duda

habrá de delimitarse a lo largo de la presente instrucción, frente a aquellas personas contra quienes sea dirigida la acción penal, como presuntos responsables de los hechos objeto de investigación concretados en los padecimientos sufridos por las cuatro personas personadas como querellantes y perjudicados en el procedimiento- constituía, al menos hasta la entrada en vigor de la LO 1/2014 de 13 de marzo, base suficiente para **reiterar**, como se anticipaba en el auto de fecha 27.01.10 (firme), **la afirmación de la jurisdicción española en investigación de los hechos objeto de las actuaciones**, siendo además patente el cumplimiento de los presupuestos anteriormente exigidos por el art. 23.4 LOPJ tras la anterior reforma operada por LO 1/2009, de 3 de noviembre, a saber: **a) la existencia de un "vínculo de conexión relevante con España"** -requisito calificado por el Tribunal Supremo, en Auto de 6 de octubre de 2011 (caso Tibet), como "*conditio sine qua non*" que supedita la extensión de la jurisdicción española, y que concurre expresamente en el presente caso en Lahcen Ikassrien, como reconoce el Pleno de la Sala de lo Penal en auto de 6 de abril de 2011, amén de la nacionalidad española de otra de las víctimas y querellantes, Hamed Abderrahman Ahmed, "*que por sí sola colmaría la exigencia de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sin perjuicio de la concurrencia de jurisdicciones y/o el principio de subsidiariedad*" (Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de 6.04.11) -; y **b) no constancia formal hasta el momento y al presente estadio procesal**, más de cuatro años y diez meses después de incoarse la causa, y según se desprendería de las sucesivas certificaciones emitidas por la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia unidas a la causa, **de "procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles"** en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional, ante la falta de contestación a la Comisión Rogatoria remitida y reiterada por este Juzgado a las Autoridades judiciales competentes de Estados Unidos, como país cuya jurisdicción -junto con la del Reino Unido en el caso de las víctimas de nacionalidad inglesa- pudiera recibir la consideración de "otro país competente" -criterio de subsidiariedad- en los términos de la propia LOPJ.

Se recordaba finalmente en el auto de 13.01.12 cómo "*las condiciones que establece el art. 23.4 de la LOPJ han de interpretarse de forma favorable al principio pro actione (art. 24 CE), como ha establecido el propio Tribunal Constitucional, entre otras en las SSTC 237/2005, de 26 de septiembre, y 227/2007, de 22 de octubre*" (Resolución del Defensor del Pueblo de 19 de enero de 2010). Y en el mismo sentido se reflejaba la recomendación efectuada a España por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, durante la celebración del Octavo periodo de sesiones desarrollado en Ginebra entre el 3 y el 14 de mayo de 2010, donde tras tomar nota de la anterior modificación legislativa introducida en

nuestro país (LO 1/2009) respecto de la aplicación de la jurisdicción universal por los crímenes internacionales, insta al Estado español a "asegurar que la reforma no obstaculizará el ejercicio de su jurisdicción sobre todos los actos de tortura".

TERCERO.- Sobre la calificación jurídica de los hechos objeto de la presente instrucción.

Nuevamente procede remitirse a las consideraciones vertidas por auto de 13.01.12, donde quedaba examinada la presente cuestión, en términos compartidos por el Ministerio Fiscal -así, informe de 26 de marzo de 2014-.

Se decía entonces que los hechos relatados por los querellantes personados en la presente causa, Abdul Latif Al Banna, Omar Deghayes, Hamed Abderrahman Ahmed y Lahcen Ikassrien, han quedado pormenorizadamente delimitados en anteriores resoluciones (así, autos de 27.04.09 y de 27.01.10), a cuyo tenor procede remitirse para evitar reiteraciones innecesarias, viniendo indiciariamente acreditados tanto por las declaraciones prestadas por los perjudicados, como por los informes médico forenses emitidos respecto de los dos primeros, haciendo referencia, en resumen, a los diversos padecimientos físicos y psíquicos sufridos durante el tiempo de su custodia bajo autoridad de los Estados Unidos de América, desde que se produjo su detención en diversos países en que se encontraban (Afganistán, Pakistán o Gambia), hasta su posterior traslado hasta la base naval de los Estados Unidos en Guantánamo (Cuba), concluyendo con su entrega a las Autoridades españolas a la vista de las responsabilidades que tenían pendientes ante la justicia en nuestro país. Todo ello enmarcado en el contexto de la intervención militar de Estados Unidos en Afganistán desarrollada a partir del mes de octubre 2001.

La calificación jurídica que hasta entonces había venido realizándose de tales hechos (así, Auto de incoación de fecha 27.04.2009) era la de "varios delitos de los artículos 608, 609 y 611, 3 in fine y 7, en relación con los artículos 607 bis 1, 8º y 173 del Código Penal español, en relación con la Convención de Ginebra sobre trato a prisioneros de guerra y protección a personas civiles de 12.8.1949, Convención contra la tortura y otros Tratos o Penas Cruelas Inhumanas o Degradantes de 10.12.84, ratificado por España el 19.10.87, Convenio Europeo para la Prevención de la tortura y de las Penas y Tratos humanos y degradantes de 26.11.1987, ratificado el 2.5.89 y artículo 65 1º e) y artículo 23.4 de la LOPJ, y de los que habrían sido responsables como ejecutores materiales o intelectuales, las personas que tuvieran bajo su guarda y custodia a los detenidos las que autorizaron o practicaron los actos que se describen. Miembros todos ellos del ejercito norteamericano o de la inteligencia militar y todos aquellos

que ejecutaron y/o diseñaron un plan sistemático de torturas o malos tratos, inhumanos y degradantes en contra de los prisioneros que tenían bajo su custodia y que habrían sido capturados en el marco del conflicto armado declarado en Afganistán y a los que se acusaba de terrorismo".

Se decía entonces que esta calificación debe considerarse en esta fase procesal como meramente provisoria, a los únicos efectos de determinar la cualidad de delictivos de los hechos objeto de las distintas querellas presentadas y admitidas a trámite, y en consecuencia, de ser susceptibles de comprenderse bajo la jurisdicción española; compartiéndose no obstante por este instructor, con las precisiones realizadas posteriormente y sin perjuicio de lo que ulteriormente resulte de la tramitación del procedimiento, que los hechos cometidos sobre las personas de los querellantes y perjudicados Abdul Latif Al Banna, Omar Deghayes, Hamed Abderrahman Ahmed y Lahcen Ikassrien, durante su detención, traslado y posterior custodia en la base militar de Guantánamo, enmarcados en el contexto de actuación previamente descrito en resoluciones anteriores (en este sentido, los hechos objeto de investigación quedan definidos en auto de 27.04.09, complementados en cuanto a Lahcen Ikassrien en escrito de querrela de fecha 24.09.09, admitida a trámite por auto de fecha 29.10.09, que fue confirmado por el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en auto de fecha 6.04.11) pudieren razonablemente ser tenidos como presuntamente constitutivos de los delitos de tortura y contra personas protegidas en caso de conflicto armado, de conformidad con la legalidad nacional e internacional vigente al momento de ocurrir los hechos, colmando así las previsiones jurisdiccionales amparadas en la letra h) del art. 23.4 de la LOPJ -según la redacción legal entonces vigente- y apartado e) del art. 65.1 del mismo Texto legal.

Se venía entonces a profundizar en la tipificación o calificación provisoria de los hechos investigados, resultando obligado a tal fin detenerse en el marco jurídico aplicable a la situación de personas detenidas en la base de Guantánamo, entre las que se encontraron los cuatro perjudicados aquí personados, al amparo de los distintos tratados internacionales de Derechos Humanos y de Derecho Internacional Humanitario aplicables al caso, a la vista también de la jurisprudencia emanada de distintos Tribunales Internacionales y de la doctrina de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas y otros Organismos Internacionales sobre la materia, poniéndose todo ello en relación con las normas contenidas en la LOPJ sobre jurisdicción y competencia de este órgano judicial.

1º.- En primer término, el **art. 23.4 LOPJ, en su antiguo apartado h)** (con anterioridad a la modificación operada por la LO 1/2014) otorgaba competencia a 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 "Cualquier otro (delito) que, según los tratados y convenios internacionales, en particular los Convenios de derecho internacional humanitario y de protección de los derechos humanos, deba ser perseguido en España".

Conforme a la **nueva redacción legal operada por LO 1/2014**, el **art. 23.4 LOPJ** regula los supuestos en los que se reconoce la competencia de 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:

a) Genocidio, lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, siempre que el procedimiento se dirija contra un español o contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España, o contra un extranjero que se encontrara en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas.

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.

Y seguidamente, en su **actual apartado p)**, otorga competencia a la jurisdicción española para conocer de "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.

En referencia a la anterior redacción legal (en vigor hasta el pasado 15.03.14) se había argumentado en auto de 13.01.12 que la referencia expresa a los Convenios de derecho internacional humanitario contenida en el anterior art. 23.4 h) LOPJ venía atribuida específicamente a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y sus dos Protocolos Adicionales, siendo de posible aplicación al presente caso, en los términos que más adelante se analizarán, tanto el Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (Tercer Convenio) como el Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (Cuarto Convenio), de 12 de agosto de 1949, de los que son parte tanto Estados

Unidos como España, así como el Protocolo Primero Adicional a los Convenios de Ginebra de 8 de junio de 1977.

En este sentido, tal y como se deriva de los artículos 129 del III Convenio y 146 del IV Convenio, *"cada una de las Partes contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves -a los referidos Convenios-, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiere, y según las condiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte contratante interesada, si ésta ha formulado contra ellas cargos suficientes"*. Mientras que a continuación se especifican como tales infracciones graves *"las que implican cualquiera de los actos siguientes, si se cometieran contra personas o bienes protegidos"* por ambos Convenios: *"(...) tortura o tratos inhumanos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente a la integridad física o a la salud (...)"* (art. 130 III Convenio y art. 147 IV Convenio).

Por otra parte, se recordaba cómo tanto España como Estados Unidos son parte en varios tratados de derechos humanos aplicables a la situación de las personas detenidas en la bahía de Guantánamo -entre ellas los cuatro querellantes personados en las actuaciones-, destacando por su importancia respecto de los hechos objeto del procedimiento el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16.12.1966, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (en adelante Convención contra la Tortura) de 10.12.1984 -entrada en vigor el 26.06.1987-, y la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 21.12.1965. Habiendo establecido el Comité de Derechos Humanos de la ONU en su Observación general nº 31 (2004) la complementariedad del derecho internacional humanitario y la normativa de derechos humanos en situaciones de conflicto armado.

Así, el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos afirma explícitamente el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Por su parte, en la Convención contra la Tortura se define la tortura (art 1.1: *"A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término "tortura" todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos*

sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas") y se establecen las medidas que deben adoptar los Estados Partes para prevenir los actos de tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. El párrafo 2 del artículo 2 de la Convención declara que: "En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura".

El derecho a no ser sometido a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes es un derecho que no admite suspensión y por lo tanto no se pueden invocar circunstancias excepcionales de ningún tipo para justificar la misma. El Comité de Derechos Humanos y el Comité contra la Tortura no han dejado de hacer hincapié en el carácter absoluto de la prohibición de la tortura y de subrayar que esta prohibición no admite suspensión en ninguna circunstancia, ni siquiera en tiempos de guerra o en la lucha contra el terrorismo. La prohibición de la tortura contenida en las normas internacionales pertinentes, en particular la Convención contra la Tortura, también abarca el principio de no devolución (art. 3), la obligación de investigar las denuncias de violaciones con prontitud y enjuiciar a los autores, y la prohibición del uso de pruebas obtenidas mediante tortura en actuaciones judiciales. En concreto, el art. 5.1 establece que *"Todo Estado Parte dispondrá lo que sea necesario para instituir su jurisdicción sobre los delitos a que se refiere el artículo 4 -actos de tortura, tentativa y complicidad o participación en la tortura- en los siguientes casos: (...) c) Cuando la víctima sea nacional de ese Estado y éste lo considere apropiado"*.

Finalmente, la prohibición de la tortura así como la de los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes, amén de formar parte del "ius cogens" -siendo una máxima de Derecho internacional que no admite excepción y se aplica a toda persona al margen de las circunstancias que la rodeen, por implicar un ataque frontal a la dignidad humana de la víctima-, también está contenida en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949, precepto que, pese a estar previsto para el caso de conflictos armados no internacionales, consagra unas reglas mínimas de Derecho humanitario convertidas en norma consuetudinaria internacional.

Profundizando sobre la cuestión relativa a la consideración o calificación de las personas detenidas en la base norteamericana de Guantánamo como personas protegidas por

los Convenios de Ginebra de 1949, se decía también entonces (auto de 13.01.12) que no era ajeno al conocimiento de este instructor que se trata de una cuestión controvertida y no resuelta de forma pacífica entre la doctrina, específicamente en lo que se refiere al estatuto jurídico de "prisioneros de guerra" (Tercer Convenio de Ginebra), condición que no es reconocida por las autoridades estadounidenses que, sin embargo, atribuyen a los detenidos -entre ellos los aquí querellantes- la calificación o estatus de "combatientes enemigos ilícitos" ("unlawful enemies combatants"), impidiendo así que los mismos fueran acreedores de las garantías contenidas en las Convenciones de Ginebra, especialmente la Tercera relativa al trato debido a los prisioneros de guerra. Ello no obstante, y sin perjuicio de los diferentes posicionamientos existentes sobre la materia, y de la conclusión que a tal respecto pudiere alcanzar el órgano de enjuiciamiento, se señalaba cómo la referida construcción hermenéutica contrasta con las previsiones plasmadas en los diferentes Tratados Internacionales aplicables a la materia y de los que España forma parte.

Así, se recordaba, en primer lugar, que el propio Tercer Convenio de Ginebra, en su artículo 5, establece que *"El presente Convenio se aplicará a las personas mencionadas en el artículo 4 -que cataloga las diferentes categorías de quienes han de ser considerados prisioneros de guerra- a partir del momento en que caigan en poder del enemigo y hasta su liberación y su repatriación definitiva. Si hay duda por lo que respecta a la pertenencia a una de las categorías enumeradas en el artículo 4 de las personas que hayan cometido un acto de beligerancia y que hayan caído en poder del enemigo, dichas personas se benefician de la protección del presente Convenio, en espera de que un tribunal competente haya determinado su estatuto"*.

Por otra parte, aún si se diera por sentada la no aplicación a los detenidos en Guantánamo (en concreto, a los querellantes aquí personados, de los que al menos Lahcen Ikassrien se encontraba en territorio de Afganistán en el momento de su detención y posterior entrega a fuerzas militares estadounidenses en noviembre de 2001, pendiente ya la intervención militar de Estados Unidos en Afganistán - "conflicto armado" al que resultan de aplicación los Convenios de Ginebra según Resolución nº 1340 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa-) del Tercer Convenio de Ginebra, por estimar que no concurren en ellos las categorías o requisitos recogidos por el artículo 4 de la referida Convención para ser tenidos como "prisioneros de guerra", parece al menos pacífico, desde la óptica de la legalidad internacional, y así lo ha destacado nuevamente el Consejo de Europa (Opinión n. 245 -2003-) que seguirán gozando en todo caso del estatus de personas protegidas, bien al amparo del Cuarto Convenio de Ginebra sobre la Protección de las Personas

Civiles en Tiempo de Guerra de 12 de agosto de 1949 (ex. artículos 4 y 5) y, en último término, en lo referido a los individuos a quienes se hubiere atribuido haber tomado parte en las hostilidades pero que no cumplan los requisitos para ser considerados prisioneros de guerra y no se beneficien tampoco de un tratamiento más favorable en virtud de la IV Convención de Ginebra, quedarían también protegidos al amparo del Protocolo Primero Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales de 8 de junio de 1977 - ratificado por España y en vigor desde el 21.10.1989-, cuyo artículo 75, por remisión efectuada por el art. 45.3, protege expresamente a *"las personas que estén en poder de una Parte en conflicto y que no disfruten de un trato más favorable en virtud de los Convenios o del presente Protocolo"*, las cuales *"serán tratadas en toda circunstancia con humanidad y se beneficiarán, como mínimo, de la protección prevista en el presente artículo, sin distinción alguna de carácter desfavorable basada en la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión o las creencias, las opiniones políticas o de otro género, el origen nacional o social, la fortuna, el nacimiento u otra condición o cualesquiera otros criterios análogos. Cada Parte respetará la persona, el honor, las convicciones y las prácticas religiosas de todas esas personas"*. El mismo precepto, en su apartado 2º, prohíbe *"en todo tiempo y lugar los actos siguientes, ya sean realizados por agentes civiles o militares: a) los atentados contra la vida, la salud y la integridad física o mental de las personas, en particular (...)* ii) *la tortura de cualquier clase, tanto física como mental; b) los atentados contra la dignidad personal, en especial los tratos humillantes y degradantes, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado al pudor; (...); e) las amenazas de realizar los actos mencionados"*.

En este sentido, se señalaba cómo esta última protección quedaría reservada a las personas a quienes no se les reconociera el derecho al estatus de prisioneros de guerra y a quienes tampoco les fuera de aplicación la definición de personas protegidas del artículo 4 del Cuarto Convenio de Ginebra sobre población civil al no cumplir los criterios de nacionalidad impuestos por tal precepto, por lo que en principio podría afirmarse que ninguno de los querellantes en las presentes actuaciones quedaría excluido de la consideración de persona protegida a los efectos de las disposiciones de Derecho Internacional Humanitario. Debiendo concluirse a tal respecto que pese a no haberse ratificado por Estados Unidos el precitado Protocolo Primero Adicional a los Convenios de Ginebra, normalmente se viene reconociendo que las disposiciones del artículo 75, dada su naturaleza fundamental, constituyen parte del derecho consuetudinario internacional y estándar mínimo de protección de todos los individuos, resultando en todo caso derecho directamente aplicable por este órgano al caso analizado.

Por todo lo anterior, se venía entonces a concluir -en términos que han de permanecer inalterados hasta la presente fecha, y que no resultan rebatidos ni por el Ministerio Fiscal ni por las acusaciones particulares y populares personadas- que los hechos investigados en las presentes actuaciones pudieren razonablemente ser calificados como **delitos de torturas y contra la integridad moral**, previstos y penados en los **arts. 173 y siguientes** del Código Penal, en concurso con uno o varios **delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado -crímenes de guerra-** previstos y penados en el Capítulo III del Título XIV -Delitos contra la Comunidad Internacional- del Código Penal, en concreto en los **arts. 608.2º y 3º** (que considera personas protegidas a los efectos del Código a "*Los prisioneros de guerra protegidos por el III Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 o por el Protocolo I Adicional de 8 de Junio de 1977*" y a "*La población civil y las personas civiles protegidas por el IV Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 o por el Protocolo I Adicional de 8 de junio de 1977*"), **art. 609** (que sanciona con pena de 4 a 8 años de prisión al "*que, con ocasión de un conflicto armado, maltrate de obra o ponga en grave peligro la vida, la salud o la integridad de cualquier persona protegida, la haga objeto de tortura o tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, le cause grandes sufrimientos o la someta a cualquier acto médico que no esté indicado por su estado de salud ni de acuerdo con las normas médicas generalmente reconocidas que la Parte responsable de la actuación aplicaría, en análogas circunstancias médicas, a sus propios nacionales no privados de libertad*"), y **art. 611.6º** del mismo Texto Legal (que castiga con pena de 10 a 15 años de prisión al "*que con ocasión de un conflicto armado "Realice, ordene realizar o mantenga, respecto de cualquier persona protegida (...) prácticas inhumanas y degradantes basadas en otras distinciones de carácter desfavorable, que entrañen un ultraje contra la dignidad personal"*).

Esta última tipificación viene a coincidir con la contenida en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional aprobado el 17 de julio de 1998, que en su artículo 8 tipifica como "crímenes de guerra" -cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes- las infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, incluyendo entre tales actos el "*someter a tortura o a otros tratos inhumanos*" (apartado ii) o el "*infligir deliberadamente grandes sufrimientos o atentar gravemente contra la integridad física o la salud*" (apartado iii), cuando los mismos se dirijan "*contra personas o bienes protegidos por las disposiciones del Convenio de Ginebra pertinente*".

2º.- Por lo que respecta a la **jurisprudencia** recaída sobre la materia procedente de órganos judiciales supranacionales, y

en lo atinente a los presuntos delitos objeto de investigación en las presentes actuaciones, como nuevamente se refería en el tan mentado auto de 13.01.12, debe reiterarse que el reconocimiento de la naturaleza de *ius cogens* de los crímenes internacionales y su sometimiento al principio de universalidad sobre la tortura también ha sido reconocido en diversas resoluciones. Así, encontramos los siguientes pronunciamientos de especial relevancia e incidencia en la materia: **a)** La Sentencia del Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia de la ONU de 10 de diciembre de 1998, en el caso Furundzija, para. 156, señala que "a nivel de 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 otro impedir a los mismos procesar y castigar a los torturadores que se han visto envueltos en tan odiosa práctica en el extranjero. (...) Esta base legal para el ejercicio de la jurisdicción universal por los Estados sobre la tortura fundamenta y refuerza el fundamento legal para el ejercicio de tal jurisdicción por otros Tribunales en el carácter inherentemente universal del crimen. Debe sostenerse que los crímenes internacionales no son condenados cualquiera que sea el lugar en que se cometan y que cualquier Estado tiene derecho a perseguir y castigar a los autores de tales crímenes", precisando igualmente, para. 145, que "todos los Estados-Parte en los tratados correspondientes tienen el derecho y están obligados a ejercer jurisdicción para investigar, perseguir y castigar a los responsables"; **b)** La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Ould Dah c. Francia (No. 13113/03), de 30 de marzo de 2009, donde se declara que la imperiosa necesidad de la prohibición de la tortura y de la eventual persecución de las personas que violan esta regla universal, así como el ejercicio por un Estado firmante de la competencia universal prevista por la Convención contra la tortura, quedarían vacías de contenido si únicamente se reconociera la competencia jurisdiccional de tal Estado, mas sin admitir la aplicabilidad de la legislación pertinente de dicho Estado; argumentando que la falta de aplicación de esta legislación en beneficio de decisiones o leyes circunstanciales adoptadas por el Estado donde tuvieron lugar las infracciones, actuando para proteger a sus propios nacionales o, en su caso, bajo la influencia directa o indirecta de los autores de estas infracciones, con vistas a disculparlos, conduciría a paralizar todo ejercicio de la competencia universal y reduciría a la nada el objetivo perseguido por la Convención contra la Tortura de 10 de diciembre de 1984.; **c)** Asimismo, la resolución del Tribunal de Apelación de la Cámara de los Lores de 24 de marzo de 1999 en

el denominado "caso Pinochet" incluye entre sus fundamentos los siguientes: "*La naturaleza de ius cogens del crimen internacional de tortura justifica que los Estados asuman jurisdicción universal sobre la tortura donde sea que se cometan*".

CUARTO.- Sobre la extensión de la jurisdicción española para conocer de los hechos objeto de la presente instrucción tras la entrada en vigor de la LO 1/2014.

Efectuada la calificación provisional de los hechos objeto de la presente causa, resta por examinar si, a la vista de la modificación legislativa introducida en la LOPJ por la LO 1/2014, existe base suficiente para afirmar al presente estadio la extensión de la jurisdicción española para llevar a cabo la presente instrucción, en virtud de los presupuestos de orden procesal que resultan exigidos por el propio art. 23.4 LOPJ tras la nueva redacción conferida a dicho precepto por LO 1/2014, de 13 de marzo.

En este sentido, y en virtud del análisis normativo que acaba de exponerse, respecto de los concretos hechos a que se contrae el presente procedimiento, debe concluirse:

1º.- Que las condiciones expresadas en los apartados a) -delito contra personas protegidas en caso de conflicto armado- y b) -delitos de tortura y contra la integridad moral- del nuevo apartado 4 del art. 23 LOPJ no se cumplirían en su conjunto, ya que en el presente caso, pese a tener una de las víctimas -Ahmed Abderraman Hamed- nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos, falta el presupuesto de que el procedimiento se dirija contra un español o extranjero habitualmente residente en España, o contra un extranjero que se encontrare en España y se hubiere denegado su extradición.

2º.- Que ello no obstante, la disposición del apartado p) del art. 23.4 LOPJ reconoce la competencia de la jurisdicción española para conocer de "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".

3º.- Que en este sentido, no pueden obviarse las disposiciones antes analizadas contenidas en tratados internacionales suscritos por España, en particular los artículos 129 y 130 del III Convenio de Ginebra, y el artículo 5 de la Convención contra la Tortura, que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico (art. 96.1 CE), y que imponen la obligación de persecución en los casos de infracciones graves de los Convenios de Ginebra (en este caso con carácter imperativo, "cada una de las Partes contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber

cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad" -art. 129 III Convenio Ginebra-) **y de comisión de actos de tortura sancionados por la Convención contra la Tortura** (en este caso, no obstante, con cierto carácter facultativo, al condicionar la obligación de persecución en el caso de torturas contra víctimas españolas a que el Estado español "*lo considere apropiado*" -art. 5.1.c) de la Convención-), como a priori ocurriría en los hechos investigados en el caso presente.

4º.- Que en consecuencia, nos encontraríamos ante una evidente colisión entre la regulación según derecho interno de la norma habilitadora de la extensión de la jurisdicción penal, y las obligaciones contraídas por España en virtud de los Tratados internacionales previamente ratificados y que integran nuestro ordenamiento jurídico, de manera que el legislador español habría sometido la institución y extensión de la jurisdicción española para el conocimiento y persecución de hechos como los que constituyen objeto de las presentes actuaciones -actos de tortura y crímenes de guerra- al cumplimiento de presupuestos y condicionantes que, amén de suponer una restricción a la obligación de persecución asumida internacionalmente por España frente a las más graves violaciones de derechos humanos y del derecho internacional humanitario, al objeto de evitar situaciones de impunidad en tales casos, no resultan en absoluto exigidos por dichos Tratados, y que tampoco se compadecen con el espíritu que según la Exposición de Motivos de la LO 1/2014 inspiraría dicha reforma legal, cuando se señala que "*La extensión de la jurisdicción nacional fuera de las propias fronteras, adentrándose en el ámbito de la soberanía de otro Estado, debe quedar circunscrita a los ámbitos que, previstos por el Derecho Internacional, deban ser asumidos por España en cumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos: la extensión de la jurisdicción española más allá de los límites territoriales españoles debe venir legitimada y justificada por la existencia de un tratado internacional que lo prevea o autorice (...)*".

No obstante lo anterior, y sin perjuicio de la solución que pudiera darse a tal evidente conflicto normativo, debe analizarse previamente la incidencia que en el caso presente pudiere tener la nueva dicción otorgada por la reforma legal al apartado 5 del artículo 23 de la LOPJ, a lo que se dedicará el siguiente razonamiento jurídico.

QUINTO.- Sobre la nueva regulación del principio o criterio de subsidiariedad, antecedentes procesales y jurisprudenciales, y la pertinencia de dirigir exposición razonada a la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

La LO 1/2014 otorga una nueva regulación al apartado 5 del artículo 23 de la LOPJ, modificando la anterior redacción que la LO 1/2009 había conferido al art. 23.4 LOPJ en sus párrafos 2º y 3º, donde se venía a recoger el criterio o regla de subsidiariedad, como límite al principio de justicia universal -frente al principio de concurrencia de jurisdicciones consagrado en la legalidad internacional como mecanismo para evitar la impunidad en la persecución de los más graves crímenes de derecho internacional y que había sido reconocido por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional (así, Sentencias 87/2000, 237/2005 y 227/2007)-.

La Exposición de Motivos de la LO 1/2014 establece al respecto:

"También se delimita con carácter negativo la competencia de los tribunales españoles, definiendo con claridad el principio de subsidiariedad. En ese sentido, se excluye la competencia de los tribunales españoles cuando ya se hubiese iniciado un procedimiento en un Tribunal Internacional o por la jurisdicción del país en que hubieran sido cometidos o de nacionalidad de la persona a la que se impute su comisión, en estos dos últimos casos siempre que la persona a que se imputen los hechos no se encuentre en España o, estando en España vaya a ser extraditado a otro país o transferido a un Tribunal Internacional, en los términos y condiciones que se establecen.

En todo caso, los jueces y tribunales españoles se reservan la posibilidad de continuar ejerciendo su jurisdicción si el Estado que la ejerce no está dispuesto a llevar a cabo la investigación o no puede realmente hacerlo. La valoración de estas circunstancias, que por su relevancia corresponderá a la Sala 2.ª del Tribunal Supremo, se llevará a cabo conforme a los criterios recogidos en el Estatuto de la Corte Penal Internacional".

Señala así el actual artículo 23.5 LOPJ lo siguiente:

Los delitos a los que se refiere el apartado anterior no serán perseguibles en España en los siguientes supuestos:

a) Cuando se haya iniciado un procedimiento para su investigación y enjuiciamiento en un Tribunal Internacional constituido conforme a los Tratados y Convenios en que España fuera parte.

b) Cuando se haya iniciado un procedimiento para su investigación y enjuiciamiento en el Estado del lugar en que se hubieran cometido los hechos o en el Estado de nacionalidad de la persona a que se impute su comisión, siempre que:

1.º la persona a la que se impute la comisión del hecho no se encontrara en territorio español; o,

2.º se hubiera iniciado un procedimiento para su extradición al país del lugar en que se hubieran cometido los hechos o de cuya nacionalidad fueran las víctimas, o para ponerlo a disposición de un Tribunal Internacional para que fuera juzgado por los mismos, salvo que la extradición no fuera autorizada.

Lo dispuesto en este apartado b) no será de aplicación cuando el Estado que ejerza su jurisdicción no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o no pueda realmente hacerlo, y así se valore por la Sala 2.ª del Tribunal Supremo, a la que elevará exposición razonada el Juez o Tribunal.

A fin de determinar si hay o no disposición a actuar en un asunto determinado, se examinará, teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el Derecho Internacional, si se da una o varias de las siguientes circunstancias, según el caso:

a) Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal.

b) Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.

c) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.

(...)".

En definitiva, para verificar esta eventual "ausencia de justicia", la nueva regulación establece los mismos estándares que el Estatuto de Roma en su artículo 17.

Ya se dijo más arriba que el propio artículo 129 del III Convenio de Ginebra, del que forman parte tanto España como los Estados Unidos, reconoce en su segundo inciso la posibilidad a las partes contratantes de, si lo prefiere(n), y según las condiciones previstas en la propia legislación, entregarlas (a las personas acusadas de haber cometido u ordenado cometer infracciones graves de los Convenios de Ginebra) para que sean juzgadas por otra Parte contratante

interesada, si ésta ha formulado contra ellas cargos suficientes".

Para un completo examen del referido principio o criterio de subsidiariedad, al amparo de la legalidad nacional e internacional, siendo variados los antecedentes jurisprudenciales al respecto (entre los más recientes el Auto del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2010, que establece la obligación de modulación del principio de subsidiariedad en relación al caso concreto, reseñando la ausencia de carácter absoluto del principio de jurisdicción universal), procede traer a colación, por constituir un acertado y exhaustivo compendio sobre la materia, los razonamientos invocados recientemente por el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, así como por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, precisamente con ocasión del conocimiento respectivo de los recursos de apelación y casación interpuestos frente al auto que acordaba el archivo en el procedimiento DP 134/2009 del Juzgado Central de Instrucción nº 6, también incoado por hechos relativos a la base de Guantánamo.

Así, en primer término, señalaba el Voto Particular al **Auto de 23 de marzo de 2012 del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional**, en el caso sometido a su examen -si bien con conclusiones que pueden ser aplicadas al caso presente-, que *"la única limitación a la jurisdicción española vendría determinada por el bis in ídem o la cosa juzgada, y de reconocerse alguna preferencia a otra jurisdicción, por producirse de facto un conflicto positivo entre ellas (...) deberá resolverse atendiendo a criterios de persecución efectiva, apreciada según estándares rigurosos, y de mejor posición para la persecución y el enjuiciamiento"*.

"El TEDH ha establecido que la investigación efectiva no supone en todo caso la apertura de una instrucción penal, pero sí que deberá estimarse vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva si no se abre o se clausura la investigación (Instrucción) "cuando existan sospechas razonables de que se ha podido cometer el delito y cuando tales sospechas se revelen como susceptibles de ser despejadas" (Sentencias de 16 de diciembre de 2003 (Kmetty c/ Hungría ap.37 y de 2 de noviembre de 2004 (Martínez Sala y otros c/ España ap. 156)). (...)"

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

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

Entre los elementos que exige la jurisprudencia:

a) Identidad del caso ("Same conduct" test). En diversas resoluciones la Sala de Cuestiones Preliminares ha establecido los requisitos de la identidad del caso a efectos de complementariedad, exigiendo que exista una completa Identidad de persona y de conducta (identidad subjetiva y objetiva).

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

En definitiva, el TPI determina la admisibilidad del caso (establece su actuación complementaria) con base en: los específicos hechos tal como resultan en el momento en que se le presentan; la ausencia de información o evidencias con suficiente grado de especificidad y valor acreditativo de las alegaciones referidas al proceso seguido ante la jurisdicción nacional; la ausencia de legislación procesal o sustantiva vigente que permitan llevar a cabo la persecución penal; la falta de constancia de concretas actuaciones investigativas respecto, específicamente, de la misma persona y, sustancialmente, la misma conducta; la constada falta de voluntad de perseguir, investigar o juzgar a determinada persona".

"Tampoco puede olvidarse que el reconocimiento por nuestros tribunales de la eficacia de una investigación sólo aparente podría constituir una vulneración indirecta de la Constitución. Así lo ha dicho el Tribunal Constitucional, "los poderes públicos españoles pueden vulnerar indirectamente los derechos fundamentales cuando reconocen, homologan o dan validez a resoluciones adoptadas por autoridades extranjeras...El control del poder judicial español sobre la conformidad a los derechos fundamentales de la actuación de un poder público extranjero...no desaparece...Hay un núcleo de absoluto de los derechos fundamentales conforme al cuál los tribunales españoles pueden y deben valorar la repercusión de los actos de los poderes públicos de los Estados extranjeros" (STC 123/2009, y también SsTC 224/07, 34/2008, 52/2008, 63/2008, 69/2008, 107/2008 y 123/2008).

Por su parte el **Tribunal Supremo** aborda la misma cuestión en el trámite de admisión de recurso de casación frente a la resolución dictada por la Audiencia Nacional (que confirmaba el archivo dictado por el JCI nº 6 en sus DP 134/2009), con ocasión del **Auto 1916/2012 de 20.12.2012** (Ponente Sr. Saavedra Ruiz) que rechaza la admisión de los recursos de casación formalizados contra el Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 23.03.2012 en referencia a la causa tramitada ante el Juzgado Central de Instrucción número Seis bajo sus Diligencias Previas 134/09 (de las que ahora precisamente dimana el exhorto recibido en estas actuaciones bajo el número 8/13).

En el referido auto, la Sala Segunda del Tribunal Supremo realiza determinadas consideraciones sobre la Jurisdicción de los Tribunales Españoles en supuestos similares al que es objeto de estas actuaciones, y en particular en lo relativo al denominado Principio de Subsidiariedad previsto en el actual art. 23.5 de la LOPJ (consideraciones que sin perjuicio de venir referidas a la anterior redacción legal, deben ser -con matices- tomadas en consideración bajo la nueva regulación operada por LO 1/2014).

Así, señala el TS: *"Efectivamente de conformidad con el precepto mencionado, para que los Tribunales españoles puedan conocer de los delitos allí previstos, entre ellos, aquellos a los que se refiere la querrela, deberá quedar acreditado que sus presuntos responsables se encuentran en España, o que existen víctimas de nacionalidad española, o constatarse algún vínculo de conexión relevante con España y, en todo caso, dice el precepto, que en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se haya iniciado un procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles. Como decíamos en el Auto de esta misma Sala, de 6 de octubre de 2011, el actual apartado 4 del artículo 23 de la LOPJ, en materia de extensión de la jurisdicción española, redactado de conformidad con la reforma efectuada por Ley Orgánica 1/09 de 3 de noviembre, tal y como reza la propia exposición de motivos de la norma que la introduce, ha venido a realizar 'un cambio en el tratamiento de lo que ha venido en llamarse la «jurisdicción universal», a través de la modificación del artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial para, de un lado, incorporar tipos de delitos que no estaban incluidos y cuya persecución viene amparada en los convenios y costumbre del Derecho Internacional, como son los de lesa humanidad y crímenes de guerra. De otro lado, la reforma permite adaptar y clarificar el precepto de acuerdo con el principio de subsidiariedad y la doctrina emanada del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo'.*

Precisamente esta doctrina venía sosteniendo la ausencia del carácter absoluto del principio de jurisdicción universal,

considerando generalmente prioritario el criterio de subsidiariedad sobre el de concurrencia, y la necesidad de que se modulara todo ello en cada caso concreto.

En definitiva, como dice el precepto, si constase que en otro país competente o en el seno de un Tribunal Internacional se estuvieran investigando los hechos punibles denunciados en la querrela, los órganos judiciales españoles no serían competentes para perseguir éstos.

Y es precisamente la existencia o no de esa investigación en otro país competente, particularmente, en los Estados Unidos, la cuestión controvertida por los recurrentes, que consideran, como ya dijimos, que las investigaciones y procesos judiciales incoados por las autoridades de este país, y a los que se refiere la resolución recurrida, no constituyen realmente una investigación efectiva de los hechos objeto de la querrela, a los efectos del artículo 23.4 de la LOPJ; unos recurrentes que argumentan detalladamente sobre el contenido y resultado de cada una de ellas, para considerar que éstas no fueron ni suficientes, ni, como hemos dicho, efectivas.

Estas alegaciones sin embargo no han de ser admitidas.

Como se expone en la resolución dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, las autoridades norteamericanas, como éstas informaron al contestar la correspondiente comisión rogatoria en su día remitida por el Juzgado Central de Instrucción n º 6, han investigado o están investigando los hechos ocurridos en el centro de detención de Guantánamo; habiendo tramitado al respecto los procedimientos administrativos que allí se detallan, y habiendo iniciado las investigaciones penales, que también allí se enumeran.

Así, entre estos, consta un procedimiento administrativo tramitado por la Oficina de Responsabilidad Profesional del Departamento de Justicia de los Estados Unidos, en el que se investigó la actuación de dos de los querrellados - Jesús Luis y Doroteo - por su participación en la elaboración de memorandos sobre normas de conducta y técnicas de interrogatorios a supuestos terroristas (hechos éstos que se les imputan asimismo en la querrela), investigación que, según reconoce los propios recurrentes, duró unos cinco años, y concluyó con un informe de 261 folios. Ciertamente éste fue un procedimiento, como hemos dicho, administrativo, en el que se dilucidaba si éstos habían podido incurrir en algún tipo de responsabilidad disciplinaria en su actividad profesional por su relación con tales documentos; pero su resultado, y concretamente su informe final, como explican los propios recurrentes, fue remitido en su día para su estudio al entonces Fiscal General Delegado, David Margolis, quien, según se expone, sobreyó el expediente, no iniciando pues contra estas personas, ni contra ninguna otra persona relacionada con

los citados memorandos actuación alguna, ni administrativa, ni tampoco penal. El hecho de que la investigación se desarrollara inicialmente en el ámbito administrativo entendemos que no hubiera impedido que se ejercieran acciones penales, si hubieran existido indicios de acciones criminales de las personas investigadas.

En segundo lugar, cabe destacar que, según se infiere de la documentación remitida por las autoridades estadounidenses, y explican los propios recurrentes, en el año 2009, el Fiscal General, Sr. Holder, acordó iniciar una investigación preliminar sobre el tratamiento a algunos de los detenidos en el centro de detención de Guantánamo, investigación aún hoy en trámite, según informa el Departamento de Justicia de los Estados Unidos. Ésta se encargó al Fiscal General delegado, John Dirham, que, previamente, como se deriva de la declaración pública que al respecto hizo el Sr. Holder, y que se incluye en las alegaciones de los recurrentes, había investigado precisamente la presunta destrucción por la Agencia Central de Inteligencia (CIA) de cintas de video en las que se habían grabado algunos interrogatorios de personas detenidas.

Ciertamente ni esta última investigación, ni la iniciada a instancia del Fiscal Holder se centran en los querellados, ni en la actuación concreta que a cada uno de ellos se le imputa en la querrela. Lo que hace, como hemos dicho, es investigar el trato al que fueron sometidos algunas de las personas retenidas en el centro de Guantánamo, pero es evidente, que la posible responsabilidad de los primeros derivaría de la constatación de que dicho trato, como afirman los recurrentes, fuera constitutivo de tortura y trato inhumano y degradante. Precisamente, lo que se imputa a los querellados, como dijimos, es que ellos fueron quienes crearon la "arquitectura jurídica" necesaria para instaurar un plan sistemático de torturas y trato cruel a los detenidos, mediante la elaboración de los distintos documentos descritos en la querrela.

Por último, y en tercer lugar, según la información facilitada por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos, también la Fiscalía para el Distrito Este de Virginia está investigando denuncias por abusos a personas detenidas en Guantánamo.

Asimismo, convendría destacar que en el año 2006, el Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos, y como se deriva también de la información remitida por la autoridades norteamericanas, dictó sentencia en el caso Hamdan v. Rumsfeld, 548 US.557 (2006) declarando, en contra del criterio mantenido por los querellados en los documentos cuya elaboración se les imputa, que el artículo 3 de la Convención

de Ginebra de 1949 era aplicable a las personas detenidas en el ya reiterado centro de detención de Guantánamo.

En definitiva, con mayor o menor alcance, los Estados Unidos han investigado los hechos ocurridos en Guantánamo, de hecho la investigación preliminar sobre el trato dado allí a los detenidos acordada por el Fiscal Holder en el año 2009, aún está en trámite.

Es cierto que no consta que como consecuencia de dichas investigaciones se hayan formulado acusaciones penales, y que el propio Fiscal Holder anunció, en la declaración ya mencionada, que la Fiscalía no formularía acusación contra aquellos que hubieran actuado de buena fe, dentro del marco legal establecido en su día por la Office of Legal Counsel respecto a los interrogatorios de los detenidos; **pero ello no implica sin más, como se pretende, que las investigaciones realizadas hasta el momento no hayan sido efectivas, a los efectos de no aplicar el criterio de subsidiariedad previsto en el apartado cuatro del artículo 23 de la LOPJ, o que la actualmente en trámite no alcance resultado alguno.**

En un sentido similar se pronunció esta Sala en su auto de 4 de marzo de 2010, al confirmar la falta de Jurisdicción de los Tribunales Españoles para investigar determinados hechos imputados a ciertos mandos políticos y militares del Estado de Israel. También allí las querellas recibidas por el Fiscal General de dicho Estado, relacionadas con los hechos objeto de la querella, habían dado lugar a una investigación interna que había finalizado finalmente en archivo; como se valoraba, la tramitación en ese país, con relación a tales hechos, no sólo de procedimientos de naturaleza penal, sino también militar, e incluso civil.

Por otro lado, hemos de destacar, al hilo de las alegaciones realizadas por los recurrentes, que la vigencia del principio de oportunidad en el sistema procesal penal norteamericano, como en otros ordenamientos, oportunidad discrecional por otro lado, donde, efectivamente, el Fiscal decide a quién acusa y por qué delitos, no significa, ni que dicha decisión se ejerza de forma arbitraria, ni que se tome, como afirman los recurrentes, con base a consideraciones meramente políticas, ni que el principio de legalidad no se respete en dicho sistema. Es un sistema que responde a una concepción diferente sobre cuál es el papel del Ministerio Público, cuál es la finalidad del proceso penal, y cuál ha de ser en él la intervención de las víctimas; concepción que no nos corresponde enjuiciar, ni permite por sí misma poner en duda la imparcialidad y separación orgánica y funcional de las Fiscalías respecto del Poder Ejecutivo".

Tal doctrina del Tribunal Supremo fue recogida por este instructor en el reciente **auto de 23 de enero de 2014**, anterior a la reforma legal operada por LO 1/2014, haciendo también referencia a la resolución dictada en la presente causa por la **Sala de lo Penal, Sección 2ª en auto de fecha 1.07.2013**, donde con ocasión de la desestimación de un recurso de apelación interpuesto por la acusación particular contra el auto de este Juzgado de 31.01.2013 en el que se deniega dirigir la acción penal contra persona alguna hasta que se practiquen las diligencias en trámite, la Sala acuerda lo siguiente: ***"La investigación se encuentra pendiente de la práctica de varias comisiones rogatorias tendentes a averiguar la existencia de investigaciones en Estados Unidos que servirían para valorar la concurrencia del principio de subsidiariedad consagrado en nuestro sistema procesal tanto en el art. 23.2 c y 23.4 de la LOPJ. en la presente causa"*** (con arreglo a la anterior regulación legal).

Por todo lo anterior, en el auto de 23 de enero de 2014 se acordaba por el Juzgado, **con la finalidad de poder emitir un juicio ponderado y racional sobre la posible concurrencia del Principio de Subsidiariedad en los términos expresados tanto por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional como por la Sala Segunda del Tribunal Supremo en las resoluciones precedentes**, al tiempo que continúa la práctica de las diligencias en trámite según lo acordado en auto de fecha 13.01.2012 y resoluciones posteriores, **dirigir nueva Comisión Rogatoria Internacional a las Autoridades Judiciales de Estados Unidos, al objeto de que**, tomando en consideración la respuesta previamente ofrecida al Juzgado Central de Instrucción número Seis en la Comisión Rogatoria remitida en sus Diligencias Previas 134/09 (Referencia número 2342/2009 - CAP), **procedan a informar a este Juzgado de la evolución y estado actual de las investigaciones allí referidas u otras que se hubieren llevado a efecto con posterioridad, y a su vista se resolverá lo oportuno por este Juzgado.**

Dicha comisión rogatoria fue remitida a las Autoridades de los Estados Unidos, a través de conducto del Ministerio de Justicia, en fecha 25.02.14, no habiéndose recibido aún contestación al respecto, por lo que habrá de ser reiterada con el requerimiento de que sea contestada a la mayor brevedad, al objeto de dar completo cumplimiento a las previsiones legales contenidas en el actual artículo 23.5 LOPJ, en los términos que se acordarán en la Parte Dispositiva de la presente resolución, **elevando ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo la correspondiente Exposición Razonada al objeto de que**, con arreglo a la información obrante en la causa, **se determine la existencia en los Estados Unidos de un procedimiento en investigación de los hechos objeto de la presente instrucción, y, en consecuencia, su disposición a actuar en relación a los mismos.**

SEXTO.- Condición objetiva de procedibilidad: querrela del agraviado o del Ministerio Fiscal.

Establece el vigente apartado nº 6 del artículo 23 de la LOPJ, en su redacción conferida por LO 1/2014:

«6. Los delitos a los que se refieren los apartados 3 y 4 solamente serán perseguibles en España previa interposición de querrela por el agraviado o por el Ministerio Fiscal.»

Al respecto señala la Exposición de Motivos de la nueva norma que *"La persecución de delitos cometidos fuera de España tiene además un carácter excepcional que justifica que la apertura de los procedimientos deba condicionarse a la presentación de querrela por el Ministerio Fiscal o la persona agraviada por el delito"*.

En el presente caso, como ya se ha señalado anteriormente, por auto de 29.10.2009 se admitió parcialmente a trámite la querrela interpuesta por la representación procesal de LAHCEN IKASSRIEN, quien resulta perjudicado y agraviado directo por los hechos relatados en la querrela, habiendo sido tal resolución confirmada por el Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de fecha 6.04.2011, por lo que queda constancia del cumplimiento del nuevo requisito o condición objetiva de procedibilidad impuesta por la reforma legal operada por LO 1/2014.

SÉPTIMO.- Adecuación del procedimiento y Decisión sobre el sobreseimiento de las actuaciones.

Dispone el artículo 760 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECr) que iniciado un proceso de acuerdo con las normas del procedimiento abreviado, en cuanto aparezca que el hecho no se halla comprendido en alguno de los supuestos del artículo 757, se continuará conforme a las disposiciones generales de la Ley, es decir las del sumario ordinario, sin retroceder en el procedimiento salvo en el caso de que resulte necesario practicar alguna diligencia o realizar actuaciones con arreglo a los preceptos sumariales.

A la vista del conjunto de diligencias practicadas durante la presente instrucción, y de la calificación que viene siendo otorgada a los hechos objeto de las presentes actuaciones, en los términos expuestos más arriba (Razonamiento Jurídico Tercero), al estar los presuntos delitos investigados sancionados con pena de prisión superior a los 9 años, excediendo del marco del procedimiento abreviado, resulta procedente, de conformidad con lo interesado por el Ministerio Fiscal, continuar las actuaciones conforme a lo previsto para el procedimiento criminal ordinario sin que se estime necesario retrotraer el procedimiento, estando atribuido su conocimiento a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional,

por aplicación de lo dispuesto en el artículo 14.4º de la LECr.

Sentado lo anterior, y por lo que respecta a la tramitación del Sumario, a diferencia de las Diligencias Previas de Procedimiento Abreviado, donde el Juez instructor puede acordar el sobreseimiento provisional o definitivo de la causa, al amparo del artículo 779.1 LECrim, en concordancia con los artículos 641 y 636 de la misma, en el Procedimiento Ordinario o Sumario el artículo 632 de la LECrim atribuye al Tribunal enjuiciador, en este caso a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, la competencia para, una vez confirmada en su caso la conclusión del sumario por el órgano instructor, resolver sobre las solicitudes de apertura del juicio oral o de sobreseimiento que previamente hayan efectuado las partes, procediendo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 634 a 645 del mismo Texto Legal.

Ello no obstante, no resulta procedente, conforme interesa el Ministerio Fiscal, *"la inmediata elevación del Sumario - previa su necesaria conclusión- a la Sala de lo Penal a los efectos previstos en la Disposición Transitoria Única de la LO 1/2014 en relación con el art. 627 y siguientes de la LECrim"*, habida cuenta de que no podrá declararse concluso un sumario mientras resten diligencias que practicar, o al menos aquéllas que resulten indispensables para la tramitación del mismo, que en el presente caso, entre otras actualmente en trámite, aparecen además preordenadas al estricto cumplimiento y sujeción al principio de subsidiariedad en los términos impuestos por la nueva regulación legal, en concreto el nuevo apartado 5º del artículo 23 de la LOPJ, introducido por la LO 1/2014, y que determinan la improcedencia, entre tanto, de acudir al archivo ordenado por la Disposición Transitoria Única de la referida Ley Orgánica, por cuanto difícilmente podrían seguirse los trámites necesarios para el cumplimiento de una comisión rogatoria remitida a los Estados Unidos, y la posterior elevación de exposición Razonada a la Sala Segunda del Tribunal Supremo, con las actuaciones archivadas.

Es por todo ello que este instructor considera improcedente, en sede de Diligencias Previas, emitir un pronunciamiento acerca del eventual sobreseimiento de las actuaciones a que se refiere la aludida Disposición Transitoria, máxime cuando concurren, según lo expuesto y como informa el Ministerio Fiscal, motivos suficientes que deben obligar a una transformación del procedimiento para que el mismo continúe por los trámites del Sumario, que es lo que se acuerda en la presente resolución, de forma que a partir de este momento procesal, correspondería al Tribunal enjuiciador, y no al órgano instructor, la decisión última en cuanto al pretendido sobreseimiento de las actuaciones, para el momento en que proceda la conclusión del sumario y elevación del mismo

a la Sala, que, por lo arriba expuesto, se entiende que no es el presente.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

DISPONGO

PRIMERO.- INCOAR SUMARIO por presuntos delitos de torturas y contra la integridad moral, en concurso con uno o varios delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado -crímenes de guerra, que se seguirá con el número 2/2014, dando los oportunos partes de incoación prevenidos al Ilmo. Sr. Presidente de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y al Ministerio Fiscal, **continuando la instrucción de la presente causa.**

Procédase a ratificar por un segundo perito los informes periciales obrantes en las actuaciones.

SEGUNDO.- ELEVAR EXPOSICIÓN RAZONADA A LA SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL SUPREMO, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 23.5 LOPJ, en los términos expuestos en el Razonamiento Jurídico Quinto de la presente resolución.

TERCERO.- Para el cumplimiento de lo expuesto en el apartado anterior, reitérese de los ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA el urgente cumplimiento de la Comisión Rogatoria dirigida en fecha 23 de enero de 2014, librándose a tal efecto comunicación por conducto oficial (DIRECCIÓN GENERAL DE COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL Y RELACIONES CON LAS CONFESIONES. SUBDIRECCIÓN GENERAL DE COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL, MINISTERIO DE JUSTICIA), así como a través de la Delegación de Cooperación judicial internacional de la Embajada de Estados Unidos en Madrid, junto con copia testimoniada y debidamente traducida de la presente resolución.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y demás partes personadas, haciéndoles saber que la misma no es firme y que contra ella podrá interponerse recurso de reforma y/o apelación, en el plazo de los tres/cinco días siguientes a su notificación.

Así lo acuerda, manda y firma D. Pablo Rafael Ruz Gutiérrez, Magistrado Juez del Juzgado Central de Instrucción número Cinco de los de la Audiencia Nacional.

DILIGENCIA.- Seguidamente se da cumplimiento a lo ordenado, de lo que doy fe.