



Roj: **AAN 346/2014** - ECLI: **ES:AN:2014:346A**

Id Cendoj: **28079220022014200007**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **17/11/2014**

Nº de Recurso: **336/2014**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Ponente: **ENRIQUE LOPEZ LOPEZ**

Tipo de Resolución: **Auto**

Resoluciones del caso: **AAN 346/2014,**  
**STS 3519/2015**

## AUDIENCIA NACIONAL

### SALA DE LO PENAL

#### SECCIÓN SEGUNDA

N.I.G.: 28079 27 2 2006 0001687

ROLLO DE SALA: APELACION CONTRA AUTOS **336/2014**

PROCEDIMIENTO DE ORIGEN: DILIGENCIAS PREVIAS PROC. ABREVIADO 109/2006

ÓRGANO DE ORIGEN: JUZGADO CENTRAL INSTRUCCION nº 2

#### **A U T O**

#### MAGISTRADOS

Ilmos. Sres.

**Dª CONCEPCIÓN ESPEJEL JORQUERA (Presidente)**

**D. JOSÉ RICARDO DE PRADA SOLAESA**

**D. ENRIQUE LÓPEZ LÓPEZ (Ponente)**

En Madrid, a diecisiete de Noviembre de dos mil catorce.

#### ANTECEDENTES PROCESALES

**PRIMERO.-** El Juzgado Central de Instrucción nº 2, dictó auto de fecha 3 de septiembre de 2014 acordado, entre otros extremos, el sobreseimiento y archivo de las actuaciones. Notificada dicha resolución a las partes personadas, por el Procurador D. Roberto Granizo Palomeque, en representación de la **ASOCIACIÓN LIBRE DE ABOGADOS, IZQUIERDA UNIDA y ASOCIACIÓN PRO DERECHOS HUMANOS DE ESPAÑA**, interpuso recurso directo de apelación.

**SEGUNDO.-** Admitido a trámite el recurso de apelación, se dio traslado del mismo al Ministerio Fiscal y demás partes personadas, remitiendo las actuaciones a esta Sección 2ª para su resolución.

**TERCERO.-** Llegadas las actuaciones se formó rollo, se designó Ponente al Ilmo. Sr. Magistrado D. ENRIQUE LÓPEZ LÓPEZ y se señaló para su deliberación.

#### RAZONAMIENTO JURÍDICO



**PRIMERO.-** Que el auto recurrido engloba tres pronunciamientos, uno primero decretando el sobreseimiento libre y archivo de las actuaciones de conformidad con lo prevenido al afecto en los artículos 779.1.1<sup>a</sup>, 634, 637.2<sup>o</sup> y concordantes de la Ley de enjuiciamiento Criminal, respecto de D. Raimundo, D. Secundino, D. Víctor y a D. Jesús Ángel; uno segundo decretando el sobreseimiento provisional y archivo de las actuaciones de conformidad con lo prevenido al afecto en los artículos 779.1.1<sup>a</sup>, 634, 641.2<sup>o</sup> y concordantes de la Ley de enjuiciamiento Criminal respecto de quienes en realidad utilizaron las identidades de Calixto con pasaporte número NUM000, Evaristo con número de pasaporte número NUM001, Germán con número de pasaporte número NUM002, Javier con pasaporte número NUM003, Marcelino con pasaporte número NUM004, Nicanor con pasaporte número NUM005, Romualdo con pasaporte número NUM006, Urbano con pasaporte número NUM007, Carlos Jesús con pasaporte número NUM008, Juan Pablo con pasaporte número NUM009, Olga con pasaporte número NUM010, Sabina con pasaporte número NUM011 y Baldomero con pasaporte número NUM012, siendo dichos pasaportes de U.S.A., en tanto se acredite la verdadera identidad de los mismos, con objeto de proceder en su caso penalmente contra ellos, a cuyo efecto deberán librarse a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad las correspondientes órdenes de averiguación de domicilio y paradero de las citadas personas que usaron las citadas documentaciones, para su localización y consiguiente determinación de sus identidades verdaderas, y otro tercero procediendo a decretar esto último. Como consecuencia de ello analizaremos el recurso planteado por cada uno de estos pronunciamientos.

**SEGUNDO.-** En lo que se refiere al primero de los mismos, el Juez razona en su auto que " *Tras el examen y estudio de los datos y elementos obrantes en las actuaciones, este Instructor ha efectuado una provisional ponderación de los hechos atribuidos D. Raimundo, D. Secundino, D. Víctor y a D. Jesús Ángel y tras lo cual llega a la convicción de que tal atribución, a tenor de los datos y elementos existentes, cuando menos no es fundada a efectos penales, al no revestir caracteres de delito, por lo que esas imputaciones genéricas no pueden dar lugar por sí mismas a provocar la puesta en marcha del mecanismo judicial para llevar a cabo una investigación sobre cuestiones de carácter extrapenal que hayan podido tener lugar; cuestiones todas éstas que exceden del objeto del proceso penal que pretende llevarse a cabo, pretendiendo el querellante la imputación de los antes citados, con las consecuencias que de ello pueden derivarse.* " La parte recurrente toma como premisa que los detenidos transportados en los vuelos objeto de investigación y que tuvieron escalas en suelo español, estaban siendo objeto de vulneración de sus derechos, detenidos ilegalmente y siendo cercenados sus derechos procesales básicos. Como consecuencia de ello, entiende que los hechos relatados son constitutivos de un delito de detención ilegal del art. 163 en concurso con un delito de torturas del art. 173 del CP, perpetrados en territorio Español. De ahí la parte recurrente infiere que los funcionarios españoles antes identificados han colaborado en la comisión de estos delitos, de tal suerte que discutieron y adoptaron la decisión de poner instalaciones aeroportuarias españolas a disposición de quienes estaban cometiendo detenciones ilegales y torturas.

En primer lugar se debe dejar claro que no es objeto de esta resolución la investigación de los hechos cometidos en Guantánamo u otros centros de detención hasta ahora desconocidos, mas allá de un mero y provisorio análisis de su posible relevancia penal a los efectos de poder determinar la posible responsabilidad penal de las autoridades españolas denunciadas por los hechos acaecidos en territorio español. Los hechos previos han sido objeto de investigación en EEUU, no importando a efectos de este recurso la naturaleza de estas investigaciones, así como en otros países y hasta la actualidad también en España, con resultados que tampoco son relevantes a los efectos de resolver el presente recurso.

Centrándonos en los hechos acaecidos en suelo español, la parte recurrente parte de que los imputados adoptaron las decisiones sobre las escalas, siendo conocedores de la ilegalidad que se predicaban de las detenciones e incluso de las torturas. Este último extremo es de vital importancia, puesto que su determinación sí afecta al resultado del recurso. La parte recurrente sostiene que este grado de conocimiento de la ilegalidad, imaginamos que penal, en una serie de comunicaciones documentadas en autos entre los imputados. En relación con el imputado Raimundo, se desprende de su sugerencia de que se usen aeropuertos militares; a renglón seguido se alega en contenido de una nota informativa firmado por PRECOPE dirigida a la secretaría general de política de defensa (SEGENPOL), en la que se dice que se estima el aeropuerto mas discreto es el del Morón y alternativo el de Rota. Además se citan otros documentos, así como el uso de una comunicación de la SEGEMPOL con membrete secreto, y de todo ello, la parte recurrente infiere la actividad criminal de los imputados.

Partamos de que los delitos de detención ilegal y los de torturas, no pueden ser cometidos de forma imprudente, y por ello requieren la concurrencia de un elemento subjetivo en la acción que determine el conocimiento de la antijuricidad penal de los hechos, y no solo de su presunta ilegalidad. La acción de los imputados no forma parte del núcleo central de los delitos presuntamente cometidos, de tal modo que los mismos, si se han cometido, dependerían de la exclusiva voluntad de autoridades norteamericanas.



Analicemos los hechos denunciados, permitir la escala de este tipo de vuelos en aeropuertos españoles; para que los imputados hayan podido cometer el delito tendría que haberse representado, aun por dolo eventual, que en estos aviones se trasladaban detenidos ilegalmente conforme al código penal español; difícilmente se les podría entender concernidos por el delito de torturas, puesto que ni participaban en las presuntamente cometidos en los centros de detención, ni está acreditado, ni tan siquiera de forma mismamente indiciaria, que se cometieran a bordo de las aeronaves, mas allá de los actos propios del delito de detención ilegal ( viajar con instrumentos de custodia, personal armado, etc.). El permiso para realizar las escalas aéreas se convertirá en el elemento objetivo que permite que el delito de detención ilegal se cometa en España, luego bajo esta tesis los imputados hubieran sido cooperadores necesarios, lo cual requiere un dolo de autor, pero lo que se va a decir vale también para el cómplice , e incluso para un implicado en un delito de encubrimiento. Tanto la cooperación necesaria como la complicidad son formas de participación que consisten en la contribución dolosa, aportando elementos esenciales o no esenciales, a un delito doloso ajeno. La participación sólo es punible, como tal, en su forma dolosa, es decir, que el partícipe debe conocer y querer su participación en la realización del hecho típico y antijurídico de otra persona, que es el autor ( STS de 11-7-1997 ) debe tener el conocimiento y la intención de que con su comportamiento está ayudando a la comisión del delito, requiriendo el concierto de voluntades, la conciencia de la ilicitud y el "animus adjuvandi" ( STS de 11-11-1991 ); como podemos comprobar se trata de una doctrina muy antigua y muy consolidada, de tal forma que una mera sospecha de la irregularidad en las detenciones, y una mera presunción de que se podrían haber cometido torturas, no es suficiente como para poder imputar objetivamente el delito a los denunciados. Por otro lado, el dominio del hecho no se determina sólo mediante la causalidad. Por lo tanto, la cuestión de si el delito se hubiera podido cometer o no sin la aportación debe ser considerada dentro del plan del autor que recibe la cooperación. Si en el plan la cooperación resulta necesaria, será de aplicación el art. 28, 2º, b) CP . Si no lo es, será aplicable el art. 29 CP . No se trata, en consecuencia, de la aplicación del criterio causal de la teoría de la «conditio sine qua non», sino de la necesidad de la aportación para la realización del plan concreto. ( STS de 24 de septiembre 2005 ).

En definitiva, la Jurisprudencia del T.S ha señalado al respecto que "la cooperación necesaria supone la contribución al hecho criminal con actos sin los cuales éste no hubiera podido realizarse, diferenciándose de la autoría material y directa en que el cooperador no ejecuta el hecho típico, desarrollando únicamente una actividad adyacente, colateral y distinta, pero íntimamente relacionada con la del autor material, de tal manera que esa actividad resulta imprescindible para la consumación de los comunes propósitos criminales asumidos por unos y otros, en el contexto del concierto previo", refiriéndose a las teorías esgrimidas para diferenciar la autoría en sentido estricto de la cooperación, la de la "conditio sine qua non", la del "dominio del hecho" o la de las "aportaciones necesarias para el resultado", resultando desde luego todas ellas complementarias. Por lo que hace a la participación a título de cómplice, se habla de una participación de segundo grado, que implica desde luego evidente realización de un acto de ejecución, pero accesorio, periférico, secundario o de simple ayuda, distinto de la trascendente, fundamental y esencial que va embebida en la autoría ( S.T.S. de 6/11/96 y las recogidas en la misma). Al margen de que el título de imputación lo sea como autores o cómplices, lo que es cierto, es que los delitos de cometerse, se estaban cometiendo antes y después de la escala aérea en España, de tal modo que como se ha dicho, el permiso de arribo hubiera permitido que este tipo de delitos de carácter permanente ( la detención ilegal) se produjera también en España; ahora bien, para poder imputárselos a los denunciados sería necesario que tuvieran racional y puntual conocimiento de lo que estaba ocurriendo, y no meras sospechas sobre la existencia de centros de detención secretos en diferentes puntos del mundo. Por otro lado no olvidemos la fecha en la que se produjeron los vuelos (año 2002), de tal suerte que los hechos relacionados fundamentalmente en Guantánamo, todavía siguen siendo investigados en la actualidad, tanto en EEUU, como en España como en otros países; exigirles en aquel momento a los imputados un conocimiento suficiente de lo que podía estar ocurriendo (todavía imprejuizado en estos momentos), va mucho más allá de una imputación por dolo eventual.

Respecto a estos imputados la investigación está agotada puesto que se refiere a la concreta actuación de los mismos, y por ello se debe desestimar el recurso, ratificando el sobreseimiento libre y definitivo respecto a los mismos.

**TERCERO.-** Que en relación tanto con la decisión del sobreseimiento definitivo, como del sobreseimiento provisional adoptado, la parte recurrente entiende que se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes, - art. 24 CE -, al entender que la instrucción no esta agotada. Para ello consideran que los hechos suponen un delito de torturas y contra la integridad moral en concurso con delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, lo cual requiere una investigación oficial, profunda y efectiva de acuerdo con los estándares de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Como *obiter dicta* , decir que en España cualquier delito público, o semipúblico una vez que se denuncia, determina una investigación oficial (Juez de



Instrucción), también profunda y por supuesto efectiva, al margen del mayor o menor acierto puntual en cada caso, lo cual acredita que el sistema penal español garantiza por sí mismo este tipo de investigaciones en todo caso.

Con carácter previo a entrar en este estudio, debemos analizar una a cuestión que se constata con la mera lectura del auto recurrido, tal cual es que por un lado se decreta -"el SOBRESEIMIENTO PROVISIONAL Y ARCHIVO de las actuaciones de conformidad con lo prevenido al afecto en los artículos 779.1.1<sup>a</sup>, 634, 641.2<sup>o</sup> y concordantes de la Ley de enjuiciamiento Criminal respecto de quienes en realidad utilizaron las identidades de Calixto con pasaporte número NUM000 ...", y por otro se ordena librar "ordenes de averiguación de domicilio y paradero "de quienes utilizaron los Pasaportes de USA. Con las identidades de Calixto con pasaporte número NUM000, Evaristo con número de pasaporte número NUM001, Germán ...". Esto resulta contradictorio, de tal suerte que por un lado el dictado de un sobreseimiento provisional es en cierta medida incoherente con la prosecución de la investigación, aunque tan solo lo sea limitado a lo ordenado en el auto, y por otro nos encontramos con que con posterioridad a la fecha del auto recurrido (3 de septiembre de 2014) ha sido remitida documentación por parte de la Dirección General de la Policía en relación con lo ordenado en dispositivo tercero del auto recurrido. Ante ello y como tal documentación no pudo ser tenida en cuenta por las partes en este proceso, se dio traslado de las mismas para que manifestaran lo que estime oportuno. La parte apelante entiende que tal documentación no afecta al recurso de apelación, no obstante lo cual, la Sala entiende que sí; esta documentación es respuesta a lo ordenado por el juez en el dispositivo tercero de su auto, y precisamente sobre tal disposición la Dirección General de la Policía advierte de la imposibilidad de proceder a la inserción de en el fichero automatizado de las requisitorias por no contener los datos mínimos exigibles para dichos ficheros; recordemos que tales requisitorias obedecen a lo decretado en el auto "ORDENES DE AVERIGUACION DE DOMICILIO Y PARADERO de quienes utilizaron los Pasaportes de U.S.A. con las identidades..." De ello se infiere que tales personas no han podido ser identificadas hasta el presente momento, lo cual determina según el juez el sobreseimiento provisional respecto a estas personas, de tal suerte que no son conocidas, y por ello es de aplicación lo dispuesto en el art. 641.2 de la Lcrn., mas no lo previsto en el art. 643. Este sobreseimiento por su naturaleza tiene carácter provisional y no es incompatible con que la Policía Judicial siga generando esfuerzos en pos de su identificación, momento en el cual deberá proseguirse el procedimiento. Por ello cuando, aun estimando el Juez que el hecho es constitutivo de delito "no hubiere autor conocido" (artículo 779.1.1<sup>o</sup> in fine)"acordará el sobreseimiento provisional y ordenará el archivo".

**CUARTO.-** Cuestión diferente es si se considera que la Instrucción esta agotada o no, y en consecuencia se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes ( art. 24 CE). En el presente caso este derecho se traduce en el de solicitar la práctica de diligencias de investigación pertinentes a fin de esclarecer los hechos y obtener la identidad de sus posibles autores. El Juez Instructor opone a la petición de la acción popular la doctrina general sobre medios de prueba establecida por el Tribunal Constitucional, *"El Magistrado Instructor puede dictar resoluciones denegatorias de solicitudes de prueba, cuando las mismas resulten impertinentes o innecesarias. El derecho a la prueba según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional debe enmarcarse dentro de la legalidad, por lo que el rechazo de la misma o su inadmisión debe justificarse de forma razonable. El Tribunal Constitucional reconoce que la admisión de los medios de prueba corresponde en todo caso a los Tribunales ordinarios, quienes deberán pronunciarse sobre su pertinencia ( STC 52/1989, de 22-2 ), declarando que el derecho al empleo de los medios de prueba pertinentes no configura un derecho constitucional absoluto e incondicionado a que se practiquen todas las pruebas propuestas por las partes, ni desapodera al Juez de su derecho a enjuiciar la pertinencia para la solución del asunto de las pruebas que se solicitan y a ordenar la forma en que deban ser practicadas ( STC 22/1990, de 15-febrero )"*.

También nos recuerda la diferencia entre la práctica de pruebas y de diligencias de investigación en la fase sumarial, como la diferente naturaleza de los distintos tipos de acusaciones. Finalmente hace una calificación general sobre las diligencias propuestas y la no necesaria practica de las mismas " *el Juez Instructor ha de rechazar la practica de pruebas o diligencias de investigación que sean impertinentes, inútiles, dilatorias o intrascendentes a lo que es la fase de instrucción, pues el Instructor no está obligado a practicar todas las que las partes propongan, ya que puede repeler las que considere inútiles o perjudiciales, artículo 311, contrarias a las leyes, innecesarias o perjudiciales para el objeto de la causa, artículo 312, sin que ello implique la quiebra de los derechos de las partes "* .

Estas fundamentación es suficiente por sí misma para explicar la decisión del Juez, no obstante lo cual no es ocioso hacer un razonamiento específico sobre algunas de las diligencias solicitadas y la denegación de su práctica. En este sentido la Sala trae a colación el informe del Ministerio Fiscal sobre la impertinencia de algunas de las diligencias solicitadas; así se hace un comentario sobre la declaración pendiente de Carlos Antonio a practicar por comisión rogatoria y contestación de INTERPOL sobre datos de identidad de los tripulantes; de las diligencias practicadas (pág. 5246) se observa que respecto a este testigo, al igual que con





otros, se agotó al máximo la indagación y obtención de información y de sus manifestaciones se infiere con claridad su escasa naturaleza esclarecedora.

El Ministerio Fiscal también pone de manifiesto que no se señala por los recurrentes que información tienen INTERPOL que no se haya aportado al procedimiento, destacando que es la propia Policía Judicial Española la que señala la inexistencia de información que lleve a identificar las tripulaciones de los vuelos en cuestión.

También el Ministerio Fiscal hace un breve comentario sobre la alegación de los recurrentes de la STDH-AI Masri contra Macedonia de 13 de diciembre de 2012, y en concreto sobre lo que debe ser una investigación real y eficaz. La Sala comparte íntegramente estas alegaciones, y en lo que se refiere a esto último sin lugar a dudas. La investigación ha sido adecuada y efectiva, siendo prueba de ello las innumerables diligencias de investigación que se han practicado, lo único que se ha puesto de relieve es la dificultad del caso, algo que no depende de la investigación llevada a cabo, sino de la naturaleza de los hechos. Creemos que no se puede dudar que la investigación llevada a cabo ha sido oficial, a cargo de un Juez de Instrucción, profunda, como lo pone de manifiesto todo lo actuado, y efectiva; efectiva no quiere decir que tenga que llegarse en todo caso al esclarecimiento de los hechos y las personas de sus autores, sino que se haya hecho todo lo posible para alcanzar este objetivo y ello al margen de que no se haya logrado por el momento. Ahora bien "todo lo posible" es un concepto general y sin significación jurídica, debiéndose complementar con la abundante jurisprudencia que al respecto ha citado el Juez. El diálogo sobre la práctica de diligencias de investigación desarrollada entre el juez y las partes ha sido constante, como así lo acreditan las numerosas peticiones de estas y las resoluciones del Juez acordando y denegando la práctica de diligencias de investigación. En España gozamos de un claro canon de investigación criminal suficiente para evitar que un sobreseimiento provisional vulnere el Art. 24 de la CE, que podemos resumir en que el Juez Instructor ha de rechazar la práctica de pruebas o diligencias de investigación que sean impertinentes, inútiles, dilatorias o intrascendentes a lo que es la fase de instrucción, pues el Instructor no está obligado a practicar todas las que las partes propongan, ya que puede repeler las que considere inútiles o perjudiciales-artículo 311 Lecrm.- contrarias a las leyes, innecesarias o perjudiciales para el objeto de la causa,- artículo 312Lecrm-, sin que ello implique la quiebra de los derechos de las partes.

De todo lo instruido podemos concluir que la única forma de obtener la identidad de las diferentes tripulaciones es mediante la oportuna información de la CIA norteamericana y de los informes que al recepto obre en el CNI español y todo esto se ha intentado como expresamente se constata en las Pág. 2666 y 2677, informe del MF y auto ordenando diligencias del Juez, cuyo resultado se conoce y ha sido valorado por el propio Juez.

Por ello la Sala entiende adecuada a nuestro canon de constitucionalidad en el respeto a lo establecido en el art. 24 CE la investigación desarrollada por el Juez Instructor, y ante la falta de información suficiente hasta el momento para poder seguir la acción penal contra personas debidamente identificada se debe estar al sobreseimiento provisional acordado, lo cual no es incompatible por su propia naturaleza con una reapertura del procedimiento si resultare mas información al respecto.

**QUINTO.-** La Sala también coincide con el MF de tal suerte que las alegaciones realizadas por la parte recurrente en su escrito de recurso, referentes a la jurisdicción española para conocer de hechos criminales acaecidos fuera del territorio español por aplicación de la jurisdicción universal, están fuera del objeto del recurso. Las presentes actuaciones se iniciaron por unos hechos presuntamente cometidos en España al haber arribado en territorio español aeronaves donde podría haberse cometido tales hechos y nada más. No es un escrito de recurso el medio adecuado para extender la investigación a hechos diferentes a los que dio lugar la incoación de este procedimiento por más conexidad que exista. Aun así y a la espera de que se pronuncie al respecto y con carácter general el Pleno de la Sala de lo Penal de esta Audiencia, la Sala no comparte la lectura que se hace de los artículos 129 del III y 146 de IV Convenio de Ginebra de 1949, puesto que la obligación que se impone a las partes contratantes es la de buscar a las personas acusadas de haber cometido u ordenado cometer una cualquiera de las infracciones graves y de hacerlas comparecer ante los propios Tribunales, sea cual fuere la nacionalidad, se refiere a los autores encontrados en el territorio de tales estados, y en su consecuencia se dice en el último de los preceptos que podrá, si lo prefiere, entregarlas para que sean juzgada por otra parte contratante interesada. Lo cual ahonda en la tesis de que el imputado ha de estar en el territorio de la parte contratante que inicia la investigación. Lo contrario, siendo posible, depende la política legislativa de cada país, pero en cualquier caso este tema no es objeto de este recurso.

En atención a lo expuesto.

#### **LA SALA ACUERDA:**

1.- DESESTIMAR el recurso interpuesto por la representación procesal de **ASOCIACIÓN LIBRE DE ABOGADOS, IZQUIERDA UNIDA y ASOCIACIÓN PRO DERECHOS HUMANOS DE ESPAÑA** contra el auto de fecha 3 de



septiembre de 2014 en lo que se refiere al punto 1 del citado auto, manteniéndose el sobreseimiento libre y archivo de las actuaciones respecto a D. Raimundo , D. Secundino , D. Víctor y D. Jesús Ángel .

2.- Desestimar el recurso respecto al punto 2 y 3 del citado auto, manteniéndose el sobreseimiento provisional acordado por el juez.

Notifíquese esta resolución al apelante y al Ministerio Fiscal, haciéndoles saber que contra lo decidido en el número uno de esta resolución cabe recurso de casación, siendo firme la misma en lo restante, y por tanto respecto a este pronunciamiento no cabe interponer recurso alguno.

Remítase testimonio de la presente resolución al Juzgado Instructor para constancia en las actuaciones.

De haber cantidades depositadas para recurrir, con el resultado de lo dispuesto en esta resolución, procédase por el Juzgado Central de Instrucción a darle el destino legal a dicha cantidad.

Una vez notificada la presente resolución, archívese el Rollo de Sala entre los de su clase, dejando nota en el correspondiente Libro Registro.

Así, por este nuestro auto, lo dictamos, mandamos y firmamos.

**DILIGENCIA.-** Seguidamente se cumple lo acordado. Doy fe.

### VOTO PARTICULAR

QUE FORMULA EL MAGISTRADO JOSÉ RICARDO DE PRADA SOLAESA EN RELACIÓN CON EL AUTO DE LA SECCIÓN SEGUNDA DE LA SALA DE LO PENAL DICTADO EN EL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA AUTOS N° **336/2014** REFERIDO A LAS DILIGENCIAS PREVIAS DE PROCEDIMIENTO ABREVIADO N° 109/2006 DEL JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCIÓN N° 2.

Manifiesto mi discrepancia con respecto a la resolución dictada por la mayoría de la Sala con base en lo siguiente:

**Primero.** Los hechos que deben continuar siendo objeto de investigación en las referidas diligencias previas son los siguientes:

**a) El programa de detenciones e interrogatorios y de "entregas extraordinarias" de la CIA.** Tras el ataque terrorista contra las Torres Gemelas de Nueva York el 11 de septiembre de 2001, el Gobierno de EEUU inició un programa de detención e interrogatorio de sospechosos de ser terroristas. El 17 de septiembre de 2001 el Presidente Emiliano firmó una Orden presidencial confiriendo a la Agencia Central de Inteligencia (CIA) amplias competencias para realizar acciones encubiertas, particularmente de detener a personas a las que consideraba elementos claves o relevantes de la llamada red Al Qaeda o relacionados con Franco o de los talibanes de Afganistán, con la finalidad de internarlos en centros de detención secretos fuera de EEUU, obteniendo cooperación para ello de terceros países, y ello para para obtener información que les pudiera servir para evitar nuevos atentados terroristas, como también la captura del propio Franco y sus colaboradores u otras personas a los que se consideraba máximos responsables del atentado terrorista, y debilitar la estructura de Al Qaeda, entre otras finalidades.

Para ello, inmediatamente, la CIA creo un programa antiterrorista, denominado " *the CTC program* " en documentos oficiales, que posteriormente paso a denominarse de detenidos de alto valor "*the High-Value Detainees Program*" ("*the HVD Programme* ") o también "*Rendition Detention Interrogation Program*" ("*the RDI Programme*").

Para la ejecución de estos programas, además de la utilización de medios legales y legítimos, también se usaron otros en absoluto acordes con la legalidad internacional, utilizando para aparentar legalidad ciertas formas manipulación del derecho, como el etiquetaje de las personas privadas de libertad bajo la categoría jurídica inexistente en derecho internacional humanitario de "enemigos combatientes ilegales", mediante lo que se les despojaba de cualquier derecho e incluso de su posible estatus jurídico de "prisioneros de guerra", de personas protegidas en caso de conflicto armado, o del correlativo a simples civiles sospechosos de la comisión de un delito, por lo que no quedaban bajo ninguna jurisdicción ni se les aplicaban los derechos ni el trato previsto en los Convenios de Ginebra, ni en la legislación penal y procesal común, quedando en definitiva fuera del derecho, en un especie de limbo legal, sin protección ni garantía judicial alguna. También se elaboraron memorándum oficiales sobre "técnicas de interrogatorio mejoradas" , con los que se pretendía legalizar determinadas prácticas de tortura sistemática sobre los detenidos. Para la deslocalización de las prácticas, elusión de posibles responsabilidades y dejarlas fuera de los controles convencionales democráticos se utilizaron centros de detención fuera de EEUU, se crearon espacios extraterritoriales de no derecho como la base militar de Guantánamo en Cuba, que empezó a operar como centro de detención a



partir del enero de 2002, y otros como el Bagram Airfield en Kabul (Afganistán) y el de Abu Ghraib en Bagdad (Iraq). Y especialmente se crearon una red de prisiones y centros de detención secretos (black sites), como los "Detention Site Cobalt" o "Stare Kiejkuty", ubicados en el territorio de terceros Estados colaboradores con sistemas democráticos débiles, incluso algunos dentro de la Unión Europea (Polonia y Rumania). Estos últimos lugares que se convirtieron, además de en centros de confinamiento o detención ilegal, en laboratorios de variadas prácticas de tortura de personas sospechosas valiosas para los servicios secretos norteamericanos, por entender que podían aportar alguna clase de información que les fuera útil, lo que con el paso del tiempo ha quedado demostrado que en ningún momento fue así, que las torturas y tratos inhumanos y degradantes fueron mucho más graves y brutales de lo que habían sido reconocido por los responsables de la CIA en sus informes y que los resultados de dichas prácticas ocasionaron gravísimas secuelas físicas y psíquicas en decenas de personas e incluso la producción de la muerte de al menos una de ellas en noviembre de 2002.

Además de la privación de libertad, en casos durante varios años, en ocasiones sin conocerse sus paraderos durante el tiempo de su detención, incluso sin que se sepa en la actualidad, sin ser sometidos en muchas situaciones, pese a permanecer privados de libertad durante años, a ninguna clase de juicio o procedimiento penal para dilucidar sus posibles responsabilidades penales, o siendo en todo caso enjuiciados por comisiones militares, a través de un procedimiento "ad hoc" desprovisto de las más elementales garantías penales, procesales ni de prueba; en un número sustancial de casos se llevaron a cabo un variado elenco de técnicas de interrogatorio coercitivo que se aplicaban durante días e incluso durante semanas seguidas, en combinación con las condiciones de extremo rigor en que se desarrollaba la detención. Estas técnicas de tortura consistieron, entre otras, en privación del sueño, ahogamientos controlados conocidos como "waterboarding", alimentación y rehidratación bucal y rectal sin prescripción médica para obtener un control total sobre los detenidos, baños en agua helada, amenazas de muerte y de violación sobre el detenido y su familia y simulacros de ejecución, lesiones compatibles con violaciones anales, posiciones forzadas o estresantes mantenidas durante días. Las instalaciones en las que mantenían a los detenidos estaban en completa oscuridad, carecían de calefacción. Se les mantenía en celdas de completo aislamiento, maniatados y se les sometía a ruidos o música intensa durante largas horas. En algunas ocasiones los detenidos fueron obligados a mantenerse de pie durante varias horas sobre una pierna fracturada, o privados de sueño durante 180 horas, en ocasiones de pie con los brazos esposados sobre sus cabezas, en posturas estresantes.

Las torturas que fueron aplicadas al menos 39 de las 119 personas conocidamente incurso en el programa de interrogatorios de la CIA. Sin embargo, no es posible establecer el número de personas que fueron recluidas en la base de Guantánamo y las que fueron objeto de "entregas extraordinarias", previsiblemente varios centenares, ni el número exacto de las que permanecen desaparecidas desde que fueron objeto de detención, cuando éstas se iniciaron a partir de 2002.

El "CIA's Detention and Interrogation Program" terminó siendo insostenible, entre otras razones, como consecuencia de las publicaciones aparecidas en los medios de comunicación, la disminución de la cooperación de otros Estados, las investigaciones e informes realizados por organizaciones públicas internacionales, denuncias de ONGs y ante posibles y previsibles consecuencias legales consecuentes a dicha actividad, y finalizó en 2006, aunque permanecen abiertos la base de Guantánamo como centro de detención y otros *black sites* en lugares secretos.

**b) Colaboración de terceros Estados.** Para la ejecución del programa de detención, traslado de las personas detenidas desde los lugares donde eran capturadas a los centros de detención secretos donde se practicaron los interrogatorios en las condiciones descritas, resultaba necesario, por diversas razones, tanto técnicas como políticas y diplomáticas la colaboración de terceros Estados, incluidos de la Unión europea.

La implicación de los Estados concernidos de dentro y de fuera de la UE se realizó de diversas maneras, con diferentes grados de intensidad y alcance. Desde los casos en que simplemente se toleró el sobrevuelo del espacio aéreo de terceros Estados y la utilización esporádica de sus aeropuertos civiles y militares por razones técnicas, a la de aquellos otros Estados que abiertamente cooperaron el programa de la CIA, permitieron incluso el secuestro de personas en su interior, o la detención con "entregas extraordinarias", o incluso con la ubicación en el interior de su territorio de centros secretos de detención, pasando por los que, como en España, que sin involucrarse abiertamente en las operaciones de la CIA, colaboraron con ellas, permitiendo la utilización intensiva de su espacio aéreo y de sus infraestructuras aeroportuarias civiles y militares para la realización de escalas técnicas o de repostaje o como puntos base rutinarios de operaciones de traslado de personas privadas de libertad en tránsito desde lugares de captura a centros de detención secretos o conocidos.

Para facilitar esta manera de operar y soslayar las dificultades y limitaciones que pudiera entrañar la legislación internacional de navegación aérea, las autoridades norteamericanas, con la necesaria aquiescencia de los terceros Estados colaboradores, utilizaron, además de aviones militares, diversas clases de aeronaves civiles acondicionadas al efecto, pertenecientes algunas de ellas a empresas reales que trabajaban con la CIA,



entre otras "JEPPESEN INTERNATIONAL TRIP PLANNING SERVICE (JITPS) ", "AERO CONTRACTORS, LTD", "RICHMOR AVIATION", etc., que aportaron aviones y tripulaciones y en otras ocasiones empresas pantallas inexistentes en la realidad, como "CROWELL AVIATION TECHNOLOGIES, ING", "PATH CORPORATION", "RAPIDAIR TRANS", etc, constituidas al efecto, con en ocasiones aviones que cambiaron de numeración varias veces para evitar su posible identificación y aportación de falsos planes de vuelo para encubrir operaciones .

Las rutas utilizadas entre Afganistán, Guantánamo y otros países con centros secretos de detención o en los que se efectuaron entregas extraordinarias, con frecuencia cruzaban el espacio aéreo europeo e incluso tuvieron como base o utilizaron para su aprovisionamiento o por otras razones técnicas o logísticas varios aeropuertos europeos, entre ellos españoles. También estaba en el interés de las autoridades norteamericanas legitimar sus actividades mediante la implicación en sus actividades de aquellos países que se mostraban abiertamente aliados con sus intereses. Para ello, las autoridades norteamericanas establecieron un programa intensivo de contactos políticos y diplomáticos para obtener su colaboración , entre ellos España, que pusieron a su disposición de una manera amplia su espacio aéreo, permitieron el uso alternativo de aviones civiles y militares, con amplias autorizaciones de uso de aeropuertos civiles y militares, sin establecer controles, en los que además los aviones hicieron escalas en ocasiones durante incluso días, para su aprovisionamiento o para otros fines desconocidos, produciéndose incluso situaciones de interrogatorios bajo tortura en el interior de los aviones durante las escalas.

**c) Atención internacional sobre esta situación y bases para la sospecha de graves violaciones de derechos humanos.** Desde enero del año 2002 existen multitud de declaraciones e informes de organismos internacionales en los que se ponían de manifiesto las irregularidades de las detenciones en Afganistán y en terceros países, la incompatibilidad con el derecho internacional de las privaciones de libertad y del confinamiento de los detenidos en la base de Guantánamo o de Bagram en Afganistán, de las privaciones de derechos consustanciales con su condición de personas protegidas en los Convenios de Ginebra e igualmente se terminó constatando y haciendo pública la existencia de malos tratos y abusos inferidos a los sospechosos de terrorismo capturados e ingresados en diversos lugares, incluso en centros de detención secretos .

El Parlamento Europeo (PE) en una resolución del 7 de febrero de 2002 exteriorizó su solidaridad con los EEUU en la lucha contra el terrorismo, pero expresó su preocupación ante las condiciones de detención de los prisioneros detenidos en la base estadounidense de Guantánamo. El PE consideró que estos presos no reunían las condiciones prescritas por los Convenios de Ginebra y que los estándares establecidos en estos convenios deberían revisarse con el fin de hacer frente a situaciones nuevas generadas por el desarrollo del terrorismo internacional. El Parlamento invitó, a las Naciones Unidas y a su Consejo de Seguridad, a adoptar una resolución con miras a la instauración de un tribunal competente para las cuestiones relacionadas con Afganistán y cuyo objetivo sea esclarecer el estatuto jurídico de los presos. El 25 de abril de 2002 el Parlamento Europeo aprobó otra resolución en la que hacía un llamamiento a que el estatus de los prisioneros de Guantánamo fuera clarificado, y además indicaba que el establecimiento de comisiones militares representaba una clara violación de las obligaciones internacionales de EEUU, en particular del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En el mismo sentido se manifestó el alto representante para la Política Exterior y de Seguridad de la Unión Europea, afirmando incluso que los detenidos en Guantánamo deberían de gozar del estatus de prisioneros de guerra.

Igualmente se produjeron las declaraciones del Alto Comisionado de Naciones Unidas de 16 de enero de 2002, referidas a las detenciones de prisioneros Talibanes y de Al Qaeda en la base de Guantánamo. En sentido incluso mucho mas crítico manifestando sus sospechas sobre la existencia de malos y torturas se pronunciaron las mas conocidas ONGs en sus informes hechos públicos, ampliamente recogidos en la prensa internacional. Así es el caso, entre otros, de: International Reahabilitation Council Torture (febrero de 2003), Amnesty International (abril de 2002, mayo-junio 2003, agosto de 2003) Human Right Wacht (agosto y diciembre de 2002, noviembre de 2005), Internacional Helsinki Federation of Human Right (abril de 2003)-.

Igualmente existen comunicados oficiales norteamericanos (presidente Emiliano el 13 de noviembre de 2001) donde se pone de manifiesto algunas características de su programa de detenciones de privaciones de libertad y traslado internacional a centros de detención, sin derechos o garantías judiciales y la creación de comisiones militares al margen de cualquier clase de garantía procesal.

En junio de 2003 había sido ampliamente divulgado, por lo que era perfectamente público y conocido, que existían alrededor de 670 detenidos en Guantánamo, algunos de ellos capturados en Afganistán.

**d) Vuelos de la CIA que operaron en España:**





Existen rastros informáticos de diversos vuelos civiles sospechosos que operaron en España, que hicieron escala en los aeropuertos civiles españoles y que constan en las bases de datos de EUROCONTROL :

>Fueron utilizados para estos fines 10 aeropuertos civiles españoles: Palma De Mallorca (18 escalas); Ibiza (2 escalas); Madrid (3 escalas); Barcelona (4 escalas); Tenerife (17 escalas); Málaga (6 escalas); Alicante (1 escalas); Vigo (1 escalas); Sevilla (8 escalas); Valencia (8 escalas)

>Se utilizaron para ello 16 diferentes aeronaves: NUM013 ; NUM014 ; NUM015 ; NUM016 ; NUM017 ; NUM018 ; NUM019 ; NUM020 ; NUM021 ; NUM022 ; NUM023 ; NUM024 ; NUM025 ; NUM026 ; NUM027 ; NUM028 y NUM013 (que realizó 7 escalas en España) y se utilizó en las entregas extraordinarias de Juan Francisco (Skopje- vía Baghddad-Kabul, 24.01.2004) y Alfredo (Rabat-Kabul, 22.01.2004); NUM014 ( que realizó 9 escalas en España y se utilizó en la entrega extraordinaria de Emilio (Ramstein-Cairo,17.02.2003)); NUM016 : (que realizó 5 escalas en España y se utilizó en la entrega extraordinaria de Gregorio y Justino (Stockholm-Cairo, 18.12.2001), Porfirio (Islamabad-Rabat,25.05.2002), Ángel Daniel (Islamabad-Rabat, 21.07.2002), Anselmo y Cornelio (Banjul-Kabul, 09.12.2002)); NUM015 : 2 escalas en España y se utilizó en la entrega extraordinaria de Gaspar (Roma-Amman, 08.10.2002)); NUM017 : 5 escalas en España; NUM018 : 4 escalas en España; NUM019 : 2 escalas en España; NUM020 : 3 escalas en España; NUM021 : 4 escalas en España; NUM022 : 6 escalas en España; NUM023 : 1 escala en España; NUM024 : 9 escalas en España; NUM025 : 5 escalas en España; NUM026 : 1 escala en España; NUM027 : 4 escalas en España; NUM028 : escala en España .

>Respecto de los destinos sospechosos de dichas aeronaves aparecen:

Afganistán, Kabul: 6 vuelos de los aviones: NUM013 : Palma De Mallorca -vía Baghddad - Kabul, 12.03.2004; NUM013 : Kabul -vía Argelia- Palma de Mallorca, 22.01.2004; NUM013 : Kabul - vía Bucharest- Palma De Mallorca, 26.01.2004; NUM014 : Kabul - vía Djibouti - Palma De Mallorca, 13-14.06.2004; NUM014 : Kabul -vía Cairo- Palma de Mallorca, 07.09.2004; NUM014 : Madrid- vía Luxor, Egipto - Kabul, 16-17.12.2003;

Iraq, Baghddad: 4 vuelos de los aviones: NUM022 : Baghddad - vía Larnaca, Cyprus- Palma De Mallorca, 14-15.01.2005; NUM025 : Sevilla -vía Iraklion, Greece- Baghddad, 11-12.11.2005; NUM013 : Palma De Mallorca -vía Skopje FYROM- Baghddad, 23- 24.01.2004; NUM013 : Palma De Mallorca - Baghddad, 12.03.2004

Cuba, Guantánamo: 3 vuelos de los aviones NUM014 : Guantánamo - Tenerife, 12.04.2004; NUM029 : Palma De Mallorca - vía Misurata, Libya- Guantánamo, 07.09.2004; NUM029 : Guantánamo- vía Misurata, Lybia- Palma De Mallorca, 15.09.2004 -

Jordania, Amman: 5 vuelos de los aviones NUM013 :Palma De Mallorca -vía Misurata, Lybia- Amman, 26.04.2004 NUM014 : Amman - vía Bucharest - Barcelona, 26-27.01.2004 NUM020 : Amman - vía Brindisi, Italy - Malaga, 28-29.03.2004 NUM020 : Malaga - vía Brindisi, Italy - Amman, 10.12.2004 NUM022 : Amman - vía Malta - Palma De Mallorca, 12.08.2005

Libia, Misurata: 8 vuelos de los aviones NUM013 : Misurata - Palma De Mallorca, 09.03.2004; NUM013 : Palma De Mallorca - Misurata, 26.04.2004; NUM013 : Misurata - Palma De Mallorca, 17.01.2005; NUM013 : Palma De Mallorca - Misurata, 19.01.2005; NUM013 : Misurata - Ibiza, 15.02.2005; NUM014 : Misurata - Tenerife, 05.05.2004; NUM016 : Palma De Mallorca -Misurata, 07.09.2004; NUM016 : Misurata - Palma De Mallorca, 15.09.2004

Egipto, Cairo + Luxor + Hurghada: 10 vuelos de los aviones NUM014 : Madrid - Luxor, 16.12.2003; NUM014 : Cairo - Palma De Mallorca, 07.09.2004; NUM016 : Tenerife - Luxor, 27.05.2003; NUM020 : Málaga - vía Brindisi, Italy - Luxor, 03-04.02.2004; NUM024 : Valencia - Luxor, 26.03.2002; NUM024 : Luxor - Valencia, 28.03.2002; NUM024 : Valencia - Luxor, 04.05.2002; NUM024 : Luxor - Valencia, 06.05.2002; NUM024 : Valencia - Hurghada, 07.08.2003; NUM028 : Cairo - Madrid, 08.03.2003

Marruecos, Casablanca + Rabat: 7 vuelos de los aviones NUM013 : Rabat -Vía Kabul and Algiers -Palma de Mallorca, 22.01.2004; NUM013 : Rabat -Ibiza, 12.02.2005; NUM013 : Ibiza -Rabat, 15.02.2005; NUM014 : Tenerife -vía Bucharest, Romania - Casablanca, 12.04.2004; NUM014 : Palma De Mallorca -Rabat, 04.05.2004; NUM014 : Tenerife - Rabat, 01.10.2004; NUM016 : Rabat -Tenerife, 25.03.2004.

Rumania, Bucharest + Constanza: 3 vuelos de los aviones NUM013 : Bucharest - Palma De Mallorca, 26.01.2004; NUM014 : Bucharest - Barcelona, 26.01.2004; NUM014 : Tenerife - Constanta, 12.04.2004.

Igualmente constan rastros informáticos de vuelos que o bien cruzaron el espacio aéreo español o hicieron escala en España en la base de datos PICASSO de la Dirección de Navegación Aérea española (f. 2856 y ss), con datos relativos a aproximadamente 53 vuelos con origen o destino Guantánamo.



Igualmente constan registros en el sistema de control aéreo portugués de al menos 10 vuelos procedentes de aeropuertos civiles y militares (Morón, Rota y Torrejón) españoles (f. 2895 y ss.), con datos y referencias concretas del vuelo realizado el propio 11.01.2002 a las 10.01 del avión NUM030 , de Richmor Aviation, que partió de la base aérea de Morón con destino Guantánamo con el que se habría inaugurado el envío de personas ilegalmente privadas de libertad al centro de detención de Guantánamo.

e) Caso de Juan Francisco (vuelo Palma de Mallorca- Skopje- via Baghdad-Kabul, 24.01.2004) Dentro de los varios que se produjeron, un caso significativo perfectamente descrito y estudiado por el TEDH es el del ciudadano alemán Juan Francisco , secuestrado el 23 de enero de 2004 en Macedonia y transportado en un avión Boeing 737, matrícula NUM013 , que pasó antes por el aeropuerto de Palma de Mallorca, recogiendo a Juan Francisco en Macedonia y dirigiéndose después a Kabul para ser torturado, siendo liberado el 28 de mayo Juan Francisco , por haberse confundido con otra persona de igual nombre. Este avión hizo escala en el aeropuerto de Palma de Mallorca, donde la identidad de los 13 tripulantes de nacionalidad norteamericana, supuestos agentes de la CIA, permanece oculta. Las personas que secuestraron a Juan Francisco entraron en territorio español usando pasaportes británicos falsos bajo la denominación de Germán , Marcelino , Javier , Urbano , Baldomero , Norberto , Calixto , Carlos Jesús , Sabina , Olga , Evaristo , Romualdo and Nicanor , de acuerdo con el informe emitido por la Guardia Civil.

**f) Posición de las autoridades españolas.** En 2002 España tenía la consideración de país aliado de EEUU. La política exterior española estaba enfocada en ese sentido. Las autoridades norteamericanas entraron en contacto diplomático directo por este tema con las autoridades españolas, sin utilizar el procedimiento ordinario a través del Comité Permanente Hispano Norteamericano, previsto en el Convenio bilateral de Defensa existente entre ambos países . El Consejero político-militar de la Embajada de EEUU en Madrid estableció contacto con el Director General de Política Exterior para América del Norte del Ministerio de Asuntos Exteriores, comunicándoles que los EEUU iban a iniciar muy próximamente vuelos para trasladar prisioneros talibanes y de Al Qaeda desde Afganistán hasta base de Guantánamo, en Cuba y que para tal fin querían disponer de autorización del gobierno español para utilizar algún aeropuerto de nuestro país. El contenido de este encuentro fue puesto inmediatamente en conocimiento del Ministro y del Secretario de Estado de Asuntos Exteriores, como también del Ministerio de Defensa a través del Secretario General de Política de Defensa. El Consejo de Ministros se reunió el propio día 11 de Enero de 2002 y se comunicó al Ministro de Asuntos Exteriores que la Secretaria de Estado y la propia Dirección General de Política Exterior para América del Norte eran partidarios de contestar afirmativamente en la misma fecha a las autoridades norteamericanas.

Desde el Gobierno español se dio luz verde en la misma fecha de 11 de enero de 2002 para la utilización intensiva y sin ninguna clase de control ni restricción por la parte española, tanto del espacio aéreo español y de aeropuertos militares y civiles, eligiendo de los militares aquellos que se consideraron mas discretos y autorizando ampliamente sin establecer ninguna clase de control aeropuertos civiles donde hicieron escala varias decenas de vuelos aviones civiles, necesariamente sospechosos por la frecuencia destino, características de los aviones, etc.,sin llevarse a cabo control alguno sobre los mismos.

La aquiescencia del Gobierno español con estos traslados de personas, de características perfectamente conocidas, llevó incluso a la reforma del convenio bilateral, pactada en abril de aquel año por el Gobierno de Juan Carlos con la Administración de Emiliano , a través del que se instauró las autorizaciones genéricas de carácter trimestral , en lugar de las individuales caso a caso, y suprimió la necesidad de "notificación previa del tipo y la finalidad de la misión" de las aeronaves en tránsito.

Tampoco hubo ninguna reacción ni restricción de la autorización por parte del Gobierno español cuando hubo no solo sospechas fundadas sino incluso plena certeza de la existencia por partes de las autoridades norteamericanas no solo de una situación sistemática de prácticas radicalmente incompatibles con los derechos humanos mas elementales reconocidos en los convenios, sino que también eran actuaciones constitutivas de crímenes internacionales, para cuya realización se estaba utilizando espacio aéreo e infraestructuras aeroportuarias españolas, con plena autorización de las autoridades españolas.

**Segundo.-** Para establecer los anteriores elementos generales contextuales del anterior relato, por su valor cuando menos indiciario, en todo caso especialmente relevantes, se tienen en cuenta:

Las "findings and conclusions" publicadas en el "executive summary" del " **Comité estudy of the central intelligence agency's detention and interrogation programe** " elaborado por el Senate Select Comité on Intelligence de los EEUU (SSCI) hecho público el 9.12.2014 pasado.

Las conclusiones publicadas se extienden en un informe de 525 pag., en tanto que el informe completo consta de mas de 6000 páginas no publicadas por el momento dado que contienen información que permanece en su mayoría secreta por el gobierno norteamericano.



El **informe MARTY de 2006** referido a los traslados entre Estados y detenciones secretas de presos que implican a Estados Miembros del Consejo de Europa (doc. 10957, 12 de junio de 2006 - «el informe Marty de 2006»). El 13 de diciembre de 2005, el Presidente de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa encargó a la Comisión de Cuestiones Jurídicas y Derechos Humanos que investigara las acusaciones de «entregas extraordinarias» en Europa. El senador suizo Eduardo fue nombrado ponente especial. **El 12 de junio de 2006, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa publicó el primer Informe Marty de 2006** relativo a las "Alegadas detenciones secretas y entregas interestatales ilegales de detenidos que involucran a Estados Miembros del Consejo de Europa".

**Informe del Secretario General Consejo de Europa** ,, establecido en virtud del artículo 52 del CEDH , sobre la cuestión de las detenciones y los traslado secretos de detenidos sospechosos de terrorismo [SG/Inf (2006) 5, 28 de febrero de 2006].

**Segundo informe («el informe MARTY de 2007») del Consejo de Europa de de 11 de junio de 2007**, sobre Detenciones secretas y traslados ilegales de detenidos que implican a Estados miembros del Consejo de Europa, que se centra en la investigación de centros de detención en países europeos como Rumanía y Polonia (Doc. 11302 Rev.).

**Tercer informe («el informe MARTY de 2011») del Consejo de Europa** adoptado por la Asamblea Parlamentaria el 16 de septiembre de 2011 titulado "Abuse of state secrecy and national security: obstacles to parliamentary and judicial scrutiny of human rights violations" ("the 2011 Marty Report").

**La llamada investigación FAVA del Parlamento Europeo** . El 18 de enero de 2006, el Parlamento creó una Comisión Temporal sobre las entregas extraordinarias y nombró ponente a Marino , con la orden de investigar la posible existencia de prisiones de la CIA en Europa. Dicha comisión celebró 130 audiencias y envió delegaciones a la antigua República Yugoslava de Macedonia, los Estados Unidos, Alemania, el Reino Unido, Rumanía, Polonia y Portugal. Esta comisión estableció la existencia de al menos 1.245 vuelos fletados por la CIA en el espacio aéreo europeo, entre finales de 2001 y 2005. El 6 de julio de 2006, el Parlamento Europeo aprobó la **Resolución sobre la supuesta utilización de países europeos por la CIA para el transporte y la detención ilegal de presos (2006/2027(INI), P6\_TA(2006)0316)**.

**"Informe sobre la supuesta utilización de países europeos por la CIA para el transporte y detención ilegal de presos"** realizado por la Comisión Temporal del Parlamento E sobre la supuesta utilización de países europeos por la CIA para el transporte y detención ilegal de presos de 12 de junio de 2006 (Doc. 10957) y de 30 de enero de 2007 que detalla la cooperación de cada uno de los países europeos con la CIA en su programa de "entregas extraordinarias" A6-0020/2007, que dio lugar a la **Resolución del Parlamento Europeo adoptada el 14 de febrero de 2007 sobre la supuesta utilización de países europeos por la CIA para el transporte y la detención ilegal de presos (2006/2200(INI))**, en la que se señalan las 68 escalas en aeropuertos españoles realizadas por aviones operados por la CIA y expresa su profunda preocupación por la finalidad de esos vuelos que, en numerosos casos, procedían o se dirigían a países vinculados a los circuitos de entregas extraordinarias o de transporte de detenidos; lamenta las escalas en aeropuertos españoles de aeronaves que, según se ha probado, fueron utilizadas por la CIA en otros países para las entregas extraordinarias de Gregorio , Justino , Anselmo , Cornelio , Porfirio , Juan Francisco , Alfredo , Emilio y Gaspar .

**Resolución de 19 de febrero de 2009 sobre la supuesta utilización de países europeos por la CIA para el transporte y la detención ilegal de presos (2010/C 76 E/11), P6\_TA (2009)0073**, el la que el Parlamento Europeo "Denuncia que hasta ahora ni los Estados miembros ni el Consejo hayan tomado medidas para arrojar luz sobre el programa de entregas extraordinarias y para aplicar las recomendaciones del Parlamento".

**El Informe FLAUTRE de 2012 y resolución del Parlamento europeo de 11 de septiembre de 2012**, poniendo de manifiesto nuevas pruebas sobre centros de detención secretos y de entregas extraordinarias por parte de la CIA .

**El informe de la ICRC de 2007 ("the 2007 ICRC Report")**.- El International Committee for the Red Cross ("the ICRC") elaboró en febrero de 2007 un informe sobre el trato dispensado a catorce detenidos de alto valor (folios 4743 a 4787).

Igualmente, las recientes Sentencia del TEDH en los casos: Jose María ( Luis Enrique ) contra Polonia y Bernabe contra Polonia, ambas decisiones de **24 de julio de 2014**, especialmente en sus apartados de hechos que contienen como "background" del caso un relato pormenorizado de los programas norteamericanos en la lucha contra el terrorismo en la época 2001 a 2006, con amplia referencia a los testimonios y fuentes documentales que les permiten llegar a determinadas conclusiones y **Asunto Juan Francisco contra Ex-República Yugoslava de Macedonia** de 13 Diciembre 2012.



Información de vuelos con origen destino en Guantánamo de 31.05.2007 de la base de datos PICASSO de Aviación Civil española (folios 2856 a 2864). Comisión Rogatoria a Portugal con datos del control aéreo portugués (a folios del 2868 a 2954). Documento de Trabajo nº 8 de la Comisión Temporal sobre la supuesta utilización de países Europeos por la CIA para el Transporte y Detención Ilegal de Presos de 16.11.2006 (folios 2955 a 3009), Informes del Ministerio de defensa sobre escalas en aeropuertos militares españoles y sobrevuelos del territorio español (f 4851 y ss).

También consta el Informe de fecha 27 de febrero de 2007 emitido por el Contralmirante Presidente del Comité Permanente Hispano-Norteamericano, Sección española, D. Leonardo , dirigido al Sr. Secretario General de Política de Defensa, en el que se confirman, al menos, tres vuelos desde territorio español a Guantánamo: Vuelo de 28.10.2002, NUM031 , de Rota a Guantánamo; Vuelo 20.04.2005, NUM032 , de Rota a Guantánamo; y vuelo 18.07.2005 NUM033 , de Morón a Guantánamo.

Desde mi punto de vista los referidos informes no solo constituyen indicios, sino que se debe considerar incluso su valor como prueba, dado su carácter público, la autenticidad de sus fuentes en que se sustentan, la autoridad de éstas, calidad de sus autores e imparcialidad de éstos, extensión de los propios informes, calidad de las conclusiones y métodos de investigación, etc. De no estimarse así debería acudir directamente a las fuentes y en su caso a los autores de los informes a modo de testigos o peritos expertos el análisis directo de las situaciones.

### **TERCERO.-CALIFICACION JURIDICA DE LOS HECHOS INVESTIGADOS.**

a) La Resolución del Parlamento Europeo sobre la supuesta utilización de países europeos por la CIA para el transporte y la detención ilegal de presos (2006/2200(INI)) establece que las entregas extraordinarias y las detenciones secretas conllevan múltiples violaciones de los derechos humanos, y en particular violaciones del derecho a la libertad y la seguridad, del derecho a la protección frente a la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes, del derecho a una tutela judicial efectiva y, en casos extremos, del derecho a la vida; considerando que, en determinados casos, cuando la entrega da paso a una detención secreta, representa una desaparición forzada. Recuerda igualmente que la prohibición de la tortura es una norma perentoria del Derecho internacional (*ius cogens*) en la que no cabe derogación posible y que la obligación de ofrecer protección frente a la tortura y de investigarla y sancionarla incumbe a todos los Estados (*erga omnes*), tal como establecen el artículo 5 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos , el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos , el artículo 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales ( CEDH) y la jurisprudencia correspondiente, el artículo 4 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y las constituciones y legislaciones nacionales de los Estados miembros; considerando que las convenciones y los protocolos específicos sobre tortura y los mecanismos de control adoptados a escala europea e internacional demuestran la importancia que se atribuye a esta norma inviolable en la comunidad internacional .

b) Para la realizar una correcta calificación jurídica de los hechos y determinar el derecho aplicable es en primer lugar necesario tener en cuenta las distintas características de los sujetos pasivos de los delitos contra ellos cometidos, como autores directos, por los miembros de la CIA y en los que habrían participado autoridades y cargos públicos españoles.

Cabe identificar tres grupos de personas. Un primer grupo de los constituirían los Talibanes miembros del ejército del régimen Talibán, a los que se les habría negado por las autoridades norteamericana cualquier estatus jurídico al incluirlos, como al resto de los afectados por el programa de detenciones e interrogatorios, en la categoría jurídica inexistente en derecho internacional, de "enemigos combatientes" o "enemigos combatientes ilegales", pero que claramente se encontrarían dentro de la categoría jurídica de prisioneros de guerra, al ser combatientes legales del art 4.A.1, del III Convenio de Ginebra : " A. Son prisioneros de guerra, en el sentido del presente Convenio, las personas que, perteneciendo a una de las siguientes categorías, caigan en poder del enemigo: 1) los miembros de las fuerzas armadas de una Parte en conflicto, así como los miembros de las milicias y de los cuerpos de voluntarios que formen parte de estas fuerzas armadas" . Un segundo grupo, miembros de Al Qaeda y asimilados, igualmente combatientes en Afganistán, pero que no serían "combatientes regulares", por no ajustarse a ninguno de los dos apartados del indicado artículo 4 del III Convenio de Ginebra , ni al primero visto, por no formar parte de las fuerzas armadas, ni tampoco del nº 2 que se refiere a los miembros de las otras milicias y de los otros cuerpos de voluntarios, incluidos los de movimientos de resistencia organizados, pertenecientes a una de las Partes en conflicto y que actúen fuera o dentro del propio territorio, aunque este territorio esté ocupado, con tal de que estas milicias o estos cuerpos de voluntarios, incluidos estos movimientos de resistencia organizados, reúnan las siguientes condiciones: a) estar mandados por una persona que responda de sus subordinados; b) tener un signo distintivo fijo reconocible a distancia; c) llevar las armas a la vista; d) dirigir sus operaciones de conformidad con las leyes y costumbres de la guerra. Se trata de combatientes civiles, sin armas visibles ni medios distintivos, sin que dirijan sus operaciones de acuerdo con las leyes y





costumbres de la guerra, pero que habrían sido capturados. En esta categoría de combatientes irregulares se encuentran los miembros de la guerrilla, insurgencia, "terroristas" (en sentido no estrictamente jurídico), etc... Se discute cual sería su estatuto jurídico, si el mismo que el de los prisioneros de guerra o tendrían la consideración de civiles participantes en las hostilidades, pero que habrían quedado fuera de combate en el momento en que fueron capturados. En cualquier caso, parece que no dispondrían de ciertos "privilegios" que ostentan los considerados prisioneros de guerra, pero ostentan el derecho de mínimos del art 3 común a todos los Convenios de Ginebra y parece que se trataría de una categoría de civiles y tendrían la protección básica de los civiles que otorga el IV Convenio de Ginebra, que en su artículo 4, referido a la "Definición de las personas protegidas" establece que "El presente Convenio protege a las personas que, en cualquier momento y de la manera que sea, **estén**, en caso de conflicto o de ocupación, **en poder de una Parte en conflicto o de una Potencia ocupante de la cual no sean súbditas**". El artículo 27, referido a las generalidades del trato que se les ha de dispensar establece que: "Las personas protegidas tienen derecho, en todas las circunstancias, a que su persona, su honor, sus derechos familiares, sus convicciones y prácticas religiosas, sus hábitos y sus costumbres sean respetados. Siempre serán tratadas con humanidad y protegidas especialmente contra cualquier acto de violencia o de intimidación, contra los insultos y la curiosidad pública". El artículo 32 establece una prohibición expresa de castigos corporales, de tortura, etc.: "Las Altas Partes Contratantes se prohíben expresamente emplear toda medida **que pueda causar sufrimientos físicos o la exterminación de las personas protegidas que estén en su poder**. Esta prohibición se aplica **no solamente al homicidio, a la tortura, a los castigos corporales, a las mutilaciones** y a los experimentos médicos o científicos no requeridos por el tratamiento médico de una persona protegida, sino también a **cualesquiera otros malos tratos por parte de agentes civiles o militares**."

Por otra parte establece las condiciones estrictas del internamiento por razón de la persistencia del conflicto armado, la liberación (art 132 y ss), repatriación, y de ninguna manera priva de las garantías jurisdiccionales y procesales en condiciones de igualdad en caso de enjuiciamiento por delitos que hayan podido cometer.

El Artículo 5 del III Convenio establece que "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 (como prisioneros de guerra), en espera de que un tribunal competente haya determinado su estatuto".

La tercera categoría de personas a las que se ha referido el programa de detenciones e interrogatorios de la CIA se refiere a civiles sospechosos de ser terroristas que se encontraban en terceros países lejos de donde se desarrollaban las hostilidades, por lo que no será de aplicación las normas ni reglas del derecho internacional humanitario, siendo de aplicación las reglas de derecho común para todos los ciudadanos. No pueden ser privados de libertad sino por las razones previstas en derecho y por el tiempo y con las formalidades previstas en la norma jurídica que les sea aplicable, sin que quepa su detención y entrega a tercer país fuera de los casos y formalidades previstas, ni por supuesto ser objeto de las llamadas "entregas extraordinarias" para su privación de libertad por tiempo indefinido, por razones no previstas legalmente, sin ser objeto de enjuiciamiento, ni sujetos a interrogatorios con episodios de malos tratos y tortura ni de tratos inhumanos y degradantes.

c) Desde la perspectiva de la normativa internacional aplicable a los crímenes contra los derechos básicos de protección dispensada a los prisioneros de guerra o civiles participantes en las hostilidades capturados en situaciones de conflicto armado, debemos tener en cuenta las infracciones graves especificadas en los Convenios de Ginebra III y IV. El Artículo 130, del Convenio III, refiere como infracciones graves: " **el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos** ",.. " **el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud**", ... " **o el hecho de privarlo de su derecho a ser juzgado legítima e imparcialmente según las prescripciones del presente Convenio** ".

El Artículo 147 del IV Convenio establece igualmente como infracciones graves: " **el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos** ", ... " **el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud** , la deportación o **el traslado ilegal, la detención ilegal** , " **o el hecho de privarla de su derecho a ser juzgada legítima e imparcialmente según las prescripciones del presente Convenio** ".

Los Artículos 129 y 146 del III y IV Protocolo respectivamente, referidos a las sanciones penales establecen además del compromiso de las partes contratantes de tomar todas las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las infracciones graves contra el presente Convenio definidas en el artículo siguiente, 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. 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**". También que " **las Partes Contratante tomará las oportunas medidas para que cesen, aparte**



de las infracciones graves definidas en el artículo siguiente, los actos contrarios a las disposiciones del presente Convenio", lo que constituye una obligación que se extiende no solo a los Estados en conflicto armado sino también de terceros Estados.

De la misma manera, los Artículos 131 y 148 del III y IV Protocolo respectivamente, referidos a las responsabilidades de las Partes contratantes, establecen que *"Ninguna Parte Contratante podrá exonerarse, ni exonerar a otra Parte Contratante, de las responsabilidades en que haya incurrido ella misma u otra Parte Contratante a causa de las infracciones previstas en el artículo anterior"*.

La tipificación de esta clase de crímenes derecho internacional también está en el propio Estatuto de la Corte Penal Internacional, que entro en vigor el 1 de julio de 2002 . Así el Artículo 8, referido a los crímenes de guerra, establece: *"2. A los efectos del presente Estatuto, se entiende por "crímenes de guerra":... a) Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos contra personas o bienes protegidos por las disposiciones del Convenio de Ginebra pertinente: i) Matar intencionalmente; ii) Someter a tortura o a otros tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos; iii) Infligir deliberadamente grandes sufrimientos o atentar gravemente contra la integridad física o la salud; vi) Privar deliberadamente a un prisionero de guerra o a otra persona de sus derechos a un juicio justo e imparcial; vii) Someter a deportación, traslado o confinamiento ilegales; ... b) Otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco del derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes: xiv) Declarar abolidos, suspendidos o inadmisibles ante un tribunal los derechos y acciones de los nacionales de la parte enemiga; xxi) Cometer ultrajes contra la dignidad de la persona, en particular tratos humillantes y degradantes;"*

d) Desde la perspectiva de la tipificación interna española, a la fecha del inicio de comisión de los hechos en enero de 2002, en relación con prisioneros de guerra (Talibanes miembros del ejército del régimen Talibán) y combatientes civiles ilegales (miembros de Al Qaeda) privados de libertad en contexto de conflicto armado, ambas clases de combatientes sujetos a la protección y el derecho de mínimos que les confiere los Convenios de Ginebra III y IV y sus protocolos, resultaría de aplicación el Artículo 608 del Código Penal , en su redacción vigente hasta 1 octubre 2004, en que entró en vigor la modificación operada por la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 26 noviembre).

Dicho artículo establece que *"se entenderá por personas protegidas: "2.º 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.; 3.º 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.; 4.º Las personas fuera de combate ..."*. El Artículo 609, se refiere 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"*. Por su parte el Artículo 611, establecía que: *Será castigado con la pena de prisión de diez a quince años, sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados producidos, el que, con ocasión de un conflicto armado: 3.º Obligue a un prisionero de guerra o persona civil ..., o les prive de su derecho a ser juzgados regular e imparcialmente. 4.º Deporte, traslade de modo forzoso, tome como rehén o detenga ilegalmente a cualquier persona protegida."* Con una clausula general en el Artículo 614 referida al *"que, con ocasión de un conflicto armado, realizare u ordenare realizar cualesquiera otras infracciones o actos contrarios a las prescripciones de los Tratados internacionales en los que España fuere parte y relativos a la conducción de las hostilidades, protección de los heridos, enfermos y náufragos, trato a los prisioneros de guerra, protección de las personas civiles y protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años"*.

En la regulación vigente que entró en vigor desde el 1 octubre 2004, el Artículo 611-4º del CP se refiere en específico, a los que detengan o confinen ilegalmente a cualquier persona protegida y el Artículo 614 bis Cuando cualquiera de las conductas contenidas en este capítulo formen parte de un plan o política o se cometan a gran escala, se aplicarán las respectivas penas en su mitad superior.

e) En relación con el tercer grupo de personas privadas de libertad en terceros Estados no participantes en el conflicto armado serán de aplicación los tipos penales ordinarios, referidos a las detenciones ilegales de los Arts 163 y ss del CP , torturas de los Artículos 174 y ss. CP , lesiones físicas y psíquicas de los art 147 y ss del CP .



f) Igualmente, los hechos desde la perspectiva del derecho penal internacional constituirían un delito de desapariciones forzadas. España tiene ratificada desde 2009 (publicado BOE de 18 de febrero de 2011) la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, hecha en Nueva York el 20 de diciembre de 2006, pero sin contener una regulación específica como delito autónomo de las desapariciones forzadas.

**CUARTO.-Improcedencia del sobreseimiento libre y archivo parcial acordado.-** a) El procedimiento penal seguido hasta ahora por el juzgado se refiere, por un lado, a la posible responsabilidad penal de funcionarios públicos españoles y altas autoridades de la nación, respecto de los que en mi opinión existen serios indicios de su posible responsabilidad criminal, ya fuera por acción o por omisión, al permitir la utilización de aeropuertos militares y civiles españoles, así como el espacio aéreo nacional para que se llevaran a cabo por otros las acciones delictivas de detención ilegal, torturas y etc. anteriormente descritas, e incluso las que finalmente se les infligieron en los lugares de detención. También el proceso se refiere aquellos no españoles que ejecutaron materialmente los hechos de la detención ilegal y actos materiales de torturas, como parte de los actos de detención ilegal, torturas graves, homicidio, lesiones físicas y psíquicas y crímenes de derecho internacional humanitario en un gran número de casos y referidos a numerosas personas.

b) Respecto del primer grupo de posibles responsables a los que se refiere el auto de sobreseimiento del juzgado recurrido, se indica en el auto de la mayoría de la Sala que su conducta carece de cualquier significación o relevancia penal. En primer lugar, se afirma la irrelevancia penal a efectos de la determinación de la posible responsabilidad penal de las autoridades españolas, no queda claro que si de los hechos cometidos en Guantánamo u otros centros de detención, o solamente de los resultados de las investigaciones que se llevaron a cabo en los Estados Unidos, y en otros países o incluso en España, o la irrelevancia de predica de ambas situaciones. Por otra parte, se niega el conocimiento de la ilegalidad penal de las detenciones incluso de la tortura, por parte de las autoridades españolas, que tuvieron que ver con la autorización de la utilización del espacio aéreo español y aeropuertos civiles y militares españoles para posibilitar tales hechos, lo que no se deduciría ni de los documentos obrantes en las actuaciones ni del resto de las actuaciones o diligencias practicadas.

Se argumenta en el auto, que los delitos de detención ilegal y de tortura requieren la concurrencia de un elemento subjetivo en la acción que determine el conocimiento de la antijuricidad penal de los hechos, y no sólo de la presunta ilegalidad; sin que la acción de los imputados forme parte del núcleo central de los delitos presuntamente cometidos, de tal modo que los mismos, si se han cometido, dependerían de la exclusiva voluntad de las autoridades norteamericanas; negando en definitiva que los imputados se hubieran representado, aun por dolo eventual, que en estos aviones se trasladaban detenidos ilegalmente conforme al código penal español, por lo que difícilmente se les podría entender concernidos por el delito de torturas, puesto que ni participaban en los presuntamente cometidos en los centros de detención, ni esta acreditado, ni tan siquiera de forma indiciaria, que se cometieran a bordo de las aeronaves, más allá de los actos propios del delito de detención ilegal. Respecto a la posible comisión de estos delitos, el auto de la mayoría argumenta la necesidad de un "dolo de autor" como también que en todo caso los imputados serían meros partícipes - como coautores o cómplices- y que fuera cual fuera el título de imputación los delitos, de cometerse, para poder imputárselos a los denunciados sería necesario que tuvieran racional y puntual conocimiento de lo que estaba ocurriendo, y no meras sospechas sobre la existencia de centros de detención secretos en diferentes puntos del mundo. Por otro lado, argumenta que los hechos todavía siguen siendo investigados en la actualidad, tanto en EEUU, como en España como en otros países; por lo que exigirles en aquel momento a los imputados un conocimiento suficiente de lo que podía estar ocurriendo iría mucho más allá de una imputación por dolo eventual.

Considera igualmente que respecto de las personas concretamente imputadas, la investigación está agotada.

c) Respecto de estas afirmaciones que se contienen auto de la mayoría de la Sala debo manifestar mi rotunda discrepancia. Lo mismo sobre las consideraciones generales, valoración de los indicios hasta ahora existentes, como también sobre que se hubieran agotado las posibilidades de investigación, ya que a mi juicio existen diligencias imprescindibles que todavía no han sido practicadas, como en relación con las propias consideraciones jurídicas que se contienen en el auto.

En primer lugar, estimo absolutamente imprescindible, como punto de partida, tener presentes y por probados, como hechos referencia de los imputados a los cargos públicos españoles, los producidos fuera y dentro de nuestras fronteras por personas pertenecientes o relacionadas con agencias norteamericanas y que sintéticamente a efectos de esta opinión disidente hemos descrito y calificado jurídicamente con anterioridad. Estos hechos no han sido penalmente investigados en Estados Unidos, tal como incluso se pone de manifiesto en las conclusiones publicadas del Informe de la Comisión de Inteligencia del Senado norteamericano, que se refiere a la falta de " *accountability* ", por dichos hechos, a los que califica como mucho peores de los



que inicialmente se pudiera prever en función de las informaciones aportadas por la propia Agencia de Inteligencia norteamericana. Este es en realidad el único informe realizado hasta el momento procedente de la institucionalidad norteamericana en que se analizan de forma imparcial y se ponen de manifiesto la posible existencia de responsabilidades por parte de los autores de los hechos en los EEUU.

Por otra parte, las investigaciones a cabo en otros países tampoco han contado con la colaboración necesaria de la autoridades norteamericanas, como tampoco las llevadas a cabo por la Audiencia Nacional, que en este momento se encuentran archivadas, subsistiendo únicamente la causa que ahora se archiva que tenga relación con los indicados hechos.

Esta circunstancia objetiva no puede constituirse en obstáculo insalvable para dilucidar las posibles responsabilidades penales de hechos que quedan bajo la competencia de las autoridades judiciales españolas. En todo caso deberá actuar como un condicionante a soslayar en las investigaciones que no pueden darse ni mucho menos por agotadas ante esta situación, debiéndose en todo caso apurar todas las posibilidades de investigación posibles si efectuar cierres prematuros del procedimiento, sin que sean de ninguna forma admisibles aquellos que incluso puedan producir efectos de cosa juzgada e impedir investigaciones de futuro, cuando es posible que esa colaboración de las autoridades norteamericanas se pueda llegar a producir en el futuro, precisamente en el momento en que se enfrenten jurídicamente con las situaciones pasadas, tal como sugiere el informe del Comité especial del Senado. Resulta contradictorio en el auto de la mayoría el que se reconozca que las investigaciones en Norteamérica y en otros países están todavía abiertas y se pretenda el prematuro cierre parcial de las que se siguen en España.

También debe dejarse constancia respecto de que el archivo acordado por el juzgado en relación con unos indicios objetivamente existentes exceden con mucho del canon de análisis indiciario generalmente utilizado en este momento procesal, siendo mas propio del momento de la sentencia.

Por otra parte, el archivo parcial referido a determinadas personas, pero existiendo la posibilidad de imputación de otras relacionadas con aquellas, implica un auténtico cierre prematuro y en falso del procedimiento que contraviene el principio de investigación efectiva e infringe las obligaciones de investigación de crímenes internacionales que tiene el Estado español.

Solo dos de los imputados han sido oídos en el procedimiento, el resto no lo han sido ni siquiera como posibles testigos, no obstante la objetividad de los indicios existentes incluso de carácter documental.

Estimo en definitiva que no se han practicado las diligencias mínimas imprescindibles para la investigación de los hechos, produciéndose a mi juicio un cierre prematuro y arbitrario del procedimiento, que impide la investigación y persecución penal de crímenes internacionales con lo que se incumplen gravemente las obligaciones que tiene contraídas nuestro país en relación con hechos de una gran gravedad que marcan un indudable retroceso en nuestra civilización.

d) Respecto de las razones de fondo, considero necesario tener especialmente en cuenta la existencia de relevantes informes, del Parlamento europeo, del Consejo de Europa, e incluso recientes sentencias del TEDH que ponen de relieve el amplio apoyo y cooperación de varios Estados europeos con las políticas norteamericanas en relación con presos terroristas de especial valor, aportando en algunos casos apoyo logístico y permitiendo la utilización del espacio aéreo y en algunos casos permitiendo la existencia en su territorio de centros de detención secretos, donde se llevaron a cabo prácticas de tortura.

Lo que se imputan a las autoridades y funcionarios públicos españoles es precisamente la autorización para que se utilizaran en España tanto del espacio aéreo, como infraestructuras aeroportuarias civiles y militares, aligerando el sistema de autorizaciones y control establecido en las normas internacionales, sustituyéndolo por un sistema de autorizaciones genéricas temporales, renovables sin ninguna clase de control, no obstante existir elementos suficientes para conocer o sospechar fundadamente la ilegalidad internacional de las practicas que se estaban llevando a cabo por las autoridades norteamericanas. No se trataba de simple contravención de normas internacionales. Se estaba negando la aplicación de las mas elementales normas del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos, de forma tal que constituían sin ningún género de dudas crímenes internacionales.

Aunque inicialmente ocultaron las prácticas de malos tratos y torturas, en realidad las autoridades norteamericanas nunca ocultaron su intención de llevar a cabo la detención de combatientes talibanes y de Al Qaeda y de otros sospechosos de terrorismo y su traslado a Guantánamo, donde quedarían confinados por tiempo indeterminado, donde serían interrogados; sin conceder a los detenidos los derechos humanos básicos ni siquiera los reconocidos en el derecho internacional, utilizando para ello la treta jurídica de atribuirles una categoría jurídica inexistente en derecho internacional, de combatientes enemigos ilegales, privándoles intencionadamente para sus fines ilegítimos de la protección que les conferían los Convenios de Ginebra.





La incompatibilidad de esta situación con el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, tal como la que se ha puesto de manifiesto en el relato fáctico, fue puesta inmediatamente de manifiesto por el Parlamento Europeo y por el Alto Comisionado de Naciones Unidas ya en enero de 2002.

Por tanto, no puede razonablemente esgrimirse desconocimiento en la participación de estos delitos descritos, tanto de los referidos a crímenes de guerra como de los de detención ilegal. Se trataría de una participación relevante, consciente y voluntaria, no solo de las personas que se encuentran imputadas en el procedimiento, también de aquellas que tomaron las decisiones políticas, además de las que permitieron que la situación continuara en el tiempo.

Respecto del delito de torturas inicialmente ocultado, ciertamente no es fácilmente apreciable la existencia de dolo directo, al menos en los momentos iniciales, pero sí claramente de dolo eventual. La existencia de las detenciones en las indicadas condiciones de privación absoluta de derechos y el anuncio del programa de interrogatorios las hacían sumamente previsibles y sin embargo los imputados y quienes adoptaron las decisiones políticas que sirvieron de base para la prestación de la colaboración, aceptaron con pleno conocimiento el grave riesgo de que se produjeran y dieron su consentimiento para la utilización de la infraestructura aérea española para posibilitar el transporte de las personas privadas ilegalmente de libertad hacia o desde los campos de tortura y centros de reclusión; por lo que lo mismo se utilice la teoría de la previsibilidad o incluso la de la aceptación, no cabe sino apreciar el dolo eventual en las conductas de los imputados.

Pero es más, se constata a partir de un determinado momento que se estaban produciendo las torturas y se adquiere certeza de que mediante la autorización de uso de las infraestructuras aéreas españolas se estaba posibilitando el transporte de personas que previsiblemente, más que con mucha probabilidad, con certeza en algunos casos, las iban a sufrir, pero la situación no se corrige en absoluto, por lo que a partir de un determinado momento cabe hablar de un dolo incluso de mayor intensidad que el dolo eventual apreciable en los primeros momentos respecto del delito de tortura.

La mera participación que no sea en concepto de estricto autor en los crímenes de guerra, en los delitos de detención ilegal, torturas y resto de los delitos a que se ha hecho referencia en el apartado concreto de la calificación jurídica, permite a mi juicio ser perfectamente apreciada a título de dolo eventual, en contra del criterio que se sustenta en el auto de la mayoría.

e) Se identifican el procedimiento a las personas concretas que según consta documentalmente participaron en la toma de decisión formal de autorización que dio lugar al inicio de la utilización del territorio español, lo que coincidió con el inicio de los traslados de personas privadas de libertad de ese en Afganistán y otros países con destino a la base aérea de Guantánamo.

Estas personas fueron, don Raimundo , don Secundino , don Víctor y don Jesús Ángel y a ellas se refiere el sobreseimiento libre y archivo con el que no estamos de acuerdo.

Respecto de ellas, tal como se pone de manifiesto en el recurso de apelación constan en el procedimiento al menos cuatro comunicaciones oficiales de las que además puede inferirse el pleno conocimiento y voluntaria participación, que se deduce de la propia literalidad de los documentos, en los hechos criminales investigados de funcionarios de la Administración central del Estado y otras personas que ostentaban determinados cargos públicos, pero es más, incluso de otras de superior rango político, dado el carácter político especialmente sensible de la decisión a adoptar, por el contexto, significado y posibles consecuencias de la decisión, independientemente de quienes formalmente la adoptaran por ser de su directa competencia, por ostentar determinados cargos públicos. La autorización concedida a las autoridades de los EEUU no solo obviamente contaba con el beneplácito y respaldo del gobierno de la nación, que de otra forma no se podría haber dado, sino que con suma probabilidad, fue adoptada por éste, por su presidente y con la directa implicación de los ministros concernidos, el de exteriores y el de defensa.

Aparte de por lo indicado, el carácter político y la urgencia de la decisión resulta evidente por la propia vía utilizada. Las autoridades norteamericanas obviaron el procedimiento ordinario previsto en el convenio bilateral de Defensa. En vez presentar la solicitud a través del Comité Permanente Hispano Norteamericano, un órgano de carácter eminentemente técnico, establecieron contacto con un cargo político del Ministerio de Asuntos Exteriores, el Director General de Política Exterior para América del Norte. Dicho cargo público (el Sr. Raimundo ) consciente de la trascendencia del asunto se limitó a elevar un informe, clasificado como "muy secreto", al ministro de Asuntos Exteriores, Sr. Carlos José y a el Secretario de Estado de Exteriores. También sirvió de enlace con el Ministerio de Defensa y remitió una carta al Secretario General de Política de Defensa, en el que le daba cuenta de otras gestiones que ya había realizado y ponía de manifiesto la necesidad de que el asunto fuera tratado al más alto nivel por lo ministros implicados aprovechando el Consejo de Ministros



del propio día 11 de Enero de 2002 y con la indicación de que a ese nivel de Secretaria de Estado y de la propia Dirección General eran partidarios de contestar afirmativamente en la misma fecha a las autoridades norteamericanas.

En el documento que consta a f. 3910-3911 de las actuaciones, en el que aparece estampado un sello de "Muy Secreto", titulado: "Informe nº NUM034 " de la "Dirección General de Política exterior para América del Norte y Seguridad y Desarme del Ministerio de Asuntos Exteriores", que consta fechado el 10 de enero de 2002, y como autor D. Raimundo y como destinatario principal el Señor Ministro y otros destinatarios el Secretario de Estado de Asuntos Exteriores del MAE, se hace constar como asunto: "solicitud EEUU de escalas aéreas en caso de emergencia", y en él se relata que "el Consejero político-militar de la Embajada de EEUU en Madrid ha solicitado venir a verme con urgencia (...) para llevar a cabo la siguiente gestión: Los EEUU van a iniciar muy próximamente vuelos para trasladar prisioneros talibanes y de Al Qaeda desde Afganistán hasta base de Guantánamo, en Cuba", ... "(...) el gobierno de EEUU quisiera disponer de autorización del gobierno español para utilizar algún aeropuerto de nuestro país. El Gobierno de EEUU asegura que estas escalas serían por el tiempo mínimo imprescindible para poder trasladar otro avión al aeropuerto en cuestión para continuar vuelo (...) en todo momento EEUU se haría cargo de la seguridad de las personas transportadas.." "He señalado que sería preferible, en todo caso, utilizar aeropuertos en bases militares como Morón o Rota, en vez de aeropuertos civiles, (...)"

Se infiere del texto que el Sr. Raimundo se ve en la necesidad de comunicar al mas alto nivel una solicitud directa Consejero político-militar de la Embajada de EEUU, para poder utilizar aeropuertos españoles para ser utilizados nada menos que en el traslado de los detenidos capturados en Afganistán para su ingreso en la base de Guantánamo, lo que era obvio que estaba al margen de los procedimientos ordinarios y de los dictados de la legalidad internacional, incluidos los Convenios de Ginebra, situación extraordinariamente trascendente, de lo que necesariamente debía ser consciente un alto cargo de la administración pública se supone que experto en temas de derecho internacional y que por otra parte contaba con el correspondiente elenco de colaboradores y asesores en el propio Ministerio de Asuntos Exteriores.

La sugerencia, de llegado el caso utilización de aeropuertos militares, por parte del Sr. Raimundo, pone de manifiesto el interés que habría de mantener situación oculta, por supuesto fuera del conocimiento de los medios, posibles ONGs dedicadas a la defensa de los derechos humanos, etc., evitando cualquier clase de control; y deja clara la consciencia de las características y del contexto en el que se produce la toma de decisión sobre la petición norteamericana.

En el documento que aparece a f. 3.909 de las actuaciones, que se refiere a la carta firmada por D. Raimundo - Director General de Política Exterior para América del Norte y para la seguridad y el desarme-, de fecha 11 de enero de 2002, dirigida a D. Secundino, Secretario General de Política de Defensa del Ministerio de Defensa, se pone de manifiesto que tanto el Ministro de Exteriores, Don. Carlos José, como el Ministro de Defensa, Sr. Hernan, están al tanto de la petición de autorización de EEUU para que España colabore en el traslado a Guantánamo de personas detenidas en sus países de origen.

Se deja constancia en la carta que se ha hablado del asunto con el Secretario de Estado de Exteriores D. Víctor y con el Director del Departamento de Internacional y Seguridad del Gabinete de la Presidencia del Gobierno, D. Jesús Ángel, indicando que éstos "eran lógicamente partidarios de contestar hoy afirmativamente a las autoridades norteamericanas".

Muy significativa es la sugerencia de una "línea de información pública, en respuesta a posibles preguntas de los periodistas", lo que pone de manifiesto la fabricación de una respuesta de conveniencia para evitar que fuera conocida la verdadera situación por los periodistas, lo que es coincidente con la gran atención que mantenían los medios de comunicación del momento sobre este tema especialmente controvertido, ampliamente tratado por la prensa internacional y nacional del momento. Esta línea de tratamiento informativo propuesto sería la de que: "(...) podría ser que no está previsto que estos vuelos realicen escalas en territorio español, pero que en caso de que solicitasen aterrizar por razones de emergencia, (...) se les autorizaría". Es decir, de negativa de la realidad de lo que se estaba autorizando, que era la autorización prácticamente a la carta, para cualquier uso y sin control alguno del espacio aéreo español y de los aeropuertos civiles y militares.

Concluye su carta con una nota manuscrita en la que indica: "Convendría que hablemos antes de final de la mañana".

En el documento que consta a f. 3913 de las actuaciones que aparece titulado "Nota informativa para SEGENPOL", es decir para la Secretaría General de Política de Defensa, firmado por PRECOPE (Comité Permanente Hispano Norteamericano) de 11 de enero de 2002, sobre "Asunto: Solicitud de EEUU de escalas aéreas en caso de emergencia", subtítulo comentarios a su fax de fecha 11.01.2002, que se refiere al fax que consta a f. 3908, en que la Secretaría General de Política de Defensa remite a al Comité Permanente Hispano



Norteamericano la carta anterior del Director General de Política Exterior para América del Norte y para la seguridad y el desarme del Ministerio de Asuntos Exteriores.

En dicho documento, sin duda relacionado con el anterior, pero refiriéndose a una comunicación entre otras autoridades diferentes también implicadas en la gestión del tema planteado por la Embajada de los EEUU, entre otros aspectos, se indica: *"Se estima que el aeropuerto más discreto es el de la Base de Morón y alternativo Rota"; y "considero debe tenerse en cuenta la posibilidad de que alguna de las personas transportadas tengan nacionalidad europea y sopesar consecuencias legales"*.

Las referencias a la utilización de un aeropuerto "más discreto", debe ser interpretada en el mismo sentido que el documento anterior analizado, lo cual debe ser puesto en relación con que "la posibilidad de que alguna de las personas transportadas tengan nacionalidad europea" y que ello obligaría a "sopesar las consecuencias-legales", lo que aparece en clave de advertencia, lo que pone de manifiesto que su redactor era consciente de la gravedad de la decisión y posibles consecuencias legales del transporte en caso de afectar a ciudadanos de países europeos, en este caso si protegidos por derechos exigibles ante sus propias jurisdicciones, lo que podría comportar problemas jurídicos e incluso políticos que en otras situaciones no se producirían. Queda claro que la ilicitud a que se refiere no es otra que la derivada de la privación de libertad y el traslado desde sus países de origen a un centro de confinamiento con negación de los derechos humanos fundamentales reconocidos en la legalidad internacional y en las legislaciones internas de los Estados de nacionalidad de los afectados.

Los anteriores documentos se complementan con la denominada "Solicitud Estados Unidos de Escalas aéreas en caso de emergencia", de fecha 11 de enero de 2002, con un sello estampado de "secreto" y emitida en papel membreteado de la "Secretaría General de Política de Defensa, Secundino ", que consta a f. 3916.

En dicha comunicación, el Sr. Secundino indica que han decidido contestar "afirmativamente" a la solicitud de EEUU de poder utilizar aeropuertos españoles para trasladar a Guantánamo a personas detenidas ilegalmente. Y cita a los funcionarios que habrían adoptado formalmente y en primera instancia dicha decisión: Al Secretario de Estado de Política exterior, en esas fechas el D. Víctor ; al Director general de Norteamérica, el Sr. Raimundo ; al Director del gabinete de Política exterior de Presidencia del Gobierno, D. Jesús Ángel ; así como a él mismo.

También indica que la decisión adoptada es que el aeropuerto que se utilice a dichos fines sea el de la base militar de Morón de la Frontera (Sevilla).

Igualmente se indica la conveniencia de que el asunto fuera comentado por el Ministro Carlos José , y al Ministro Hernan .

f) La conclusión que puede extraerse de todo lo anterior es que todas las personas que aparecen citadas en los referidos tuvieron puntual conocimiento de en que consistía la actividad desarrollada por Estados Unidos y a la que prestaron su consentimiento para que se iniciara y posteriormente se mantuviera en el tiempo durante años, no solo cuando lo controvertido era la posición unilateral mantenida por Estados Unidos de despojar del estatuto de prisioneros de guerra o de la protección de los Convenios de Ginebra a personas capturadas en otros países y trasladadas en condición de combatientes enemigos sin ninguna clase de derechos hasta un lugar de confinamiento en la base de Guantánamo, sino que posteriormente, cuando ya se tienen noticias ciertas ampliamente divulgadas, perfectamente verosímiles, sobre la existencia de interrogatorios de dichas personas en centros de detención secretos, con utilización de torturas, no se produjo ninguna modificación de la política gubernamental de amplia autorización sin controles para la utilización del espacio aéreo español y aeropuertos civiles y militares.

Que la toma de decisión fuera formal e inicialmente adoptada por determinados funcionarios o cargos públicos no implica que no fuera asumida al máximo nivel, como política del Gobierno español, como pone de manifiesto el que incluso se llegara a introducir modificaciones a través del Protocolo de Enmienda de 10 de abril de 2002 en el art. 25 del Convenio entre el Reino de España y los Estados Unidos de América sobre cooperación para la Defensa de 1 de diciembre de 1988, a fin de aligerar los requisitos para que las aeronaves operadas por o para la Fuerza de los Estados Unidos de América pudieran sobrevolar territorio español o utilizar aeropuertos militares españoles.

En definitiva, existen a mi juicio suficientes elementos para, en contra de lo que se dice en el auto de la mayoría, mantener la imputación contra las personas que en este momento lo estaban, pero incluso además ampliar esta imputación a otras personas: presidente del gobierno y restantes miembros del gobierno que tuvieron relación directa con las toma de decisión y la mantuvieron en el tiempo.

**QUINTO.-** Lo mismo cabe decir respecto del archivo provisional en relación con la participación directa de personas concretas que participaron en el vuelo en que se transportó a Juan Francisco y que hizo escala en el aeropuerto de Palma de Mallorca.



Las partes han propuesto multitud de diligencias de investigación, algunas de ellas aceptadas por el propio juzgado y que no han sido practicadas. La parte reitera en el recurso una amplitud de diligencias directamente conducentes a la averiguación de los hechos e identificación de los autores que en absoluto pueden ser consideradas como inútiles o perjudiciales, es más, la constatación de ciertos hechos que se produce en el informe de la Comisión del Senado norteamericano abre nuevas perspectivas de investigación que deben ser apuradas.

**SEXTO.-** También debo manifestar mi disconformidad con el auto de la mayoría respecto de que la jurisdicción española se actuaría exclusivamente en función principio de territorialidad. Los hechos, no solamente los producidos en España, también los producidos en otros lugares y que constituyen crímenes internacionales serían susceptibles de ser perseguidos internacionalmente, especialmente al tratarse de crímenes de guerra previstos en los Convenios de Ginebra y que como se ha señalado obligan a todos los Estados partes a su persecución, independientemente de donde se hayan producido, sin que la ley ordinaria española, con las limitaciones contenidas en el art 23.4 de la LOPJ , pueda ir en contradicción con este mandato internacional, siendo en todo caso los Convenios de Ginebra derecho de aplicación preferente.

Pero es que es mas, la circunstancia de que parcialmente se hayan producido los hechos en alguno de sus tramos en territorio español, con posibles sujetos activos del delito españoles, determinaría también la competencia española sobre la totalidad de los hechos, independientemente de donde se produzcan el resultado final del delito, y ello en función del principio de territorialidad, siguiendo la teoría de la ubicuidad, aunque también por aplicación de la legalidad internacional en relación con tratados internacionales directamente de aplicables en España.

**SEPTIMO.-** Por todo ello estimo que el recurso de apelación debió ser estimado, con revocación de la resolución del juzgado instructor para la continuación de la investigación de los hechos y de sus autores, manteniendo la imputación de las indicadas personas y ampliando ésta a otros evidentes posibles responsables penales de los hechos.

Fdo.- JOSÉ RICARDO DE PRADA SOLAESA.