

Versión final aceptada y publicada en

ESTEVE MOLTO, J.E.: “Los abusos en la lucha contra el terrorismo internacional y las tentativas de control judicial en Europa”, en el Libro Colectivo, RAMON CHORNET, C. (edit.) *La acción colectiva del uso de la fuerza. Nuevos escenarios, “nuevos” principios de actuación en el orden internacional*, Tirant Lo Blanch/SPUV, Valencia, 2012, pp. 337-375. Isbn 978-84-9033-029-6

Los abusos en la lucha contra el terrorismo internacional y las tentativas de control judicial en Europa

José Elías Esteve Moltó

I. INTRODUCCION: LA LUCHA CONTRA EL TERRORISMO INTERNACIONAL Y EL IMPERIO DE LA LEY. 2. LOS HECHOS: LOS ABUSOS EN LA LUCHA CONTRA EL TERRORISMO INTERNACIONAL. 3. MEDIDAS LEGISLATIVAS DE CONTROL EN EUROPA. 4. LA SUPERVISION JUDICIAL EN EUROPA: ENTRE LA TUTELA EFECTIVA DE LOS DERECHOS Y LOS OBSTACULOS POLÍTICOS 5. EL CONTROL JUDICIAL EN EL CASO ESPAÑOL. 6. CONCLUSIONES: EL CUESTIONAMIENTO DE LOS VALORES DEMOCRÁTICOS.

“El peligro del uso de la violencia reside precisamente en que todos los argumentos que aportan los opresores para justificarla pueden ser utilizados en su contra con más argumentos. Hacen referencia a la violencia del pasado y, con mayor frecuencia, a una futura violencia imaginaria, mientras aplican incesantemente una violencia real (...) aquellos malvados contra los que, según vuestro propio razonamiento, habría que utilizar la violencia, sois vosotros mismos.”

*LEV TOLSTOI: El reino de Dios está en vosotros.
Ed. Kairos, Barcelona, 2010, pp. 282-283.*

I. INTRODUCCIÓN: LA LUCHA CONTRA EL TERRORISMO INTERNACIONAL Y EL IMPERIO DE LA LEY

Ríos de tinta (y lamentablemente, también de sangre) han corrido desde que el 11 de septiembre de 2001 se produjeron los atentados terroristas en suelo norteamericano. No es objeto del presente análisis el tratar una vez más de desbrozar las reacciones y consecuencias jurídicas de tales hechos en materia del uso de la fuerza armada; cuestión que ha sido examinada por la doctrina con sumo rigor y considerable extensión con ocasión de las guerras de Afganistán e Iraq¹. Más bien lo que se pretende poner de manifiesto es que esa lucha contra el terrorismo internacional debía de ajustarse a una serie de parámetros legales internacionales; y que por el contrario, como los hechos lo demuestran, las vulneraciones a los derechos fundamentales han sido una constante. Ahora bien situados en el contexto europeo y una vez detectados esos abusos de poder, interesa constatar si las medidas legislativas y los procesos judiciales han tratado de paliar esos ataques al imperio de la ley.

Con todo, para poder efectuar esa valoración global, de forma preliminar debe señalarse que la lucha contra el terrorismo a nivel internacional siempre debe quedar supeditada a la legalidad, como no pudiera ser de otra forma. En efecto, incluso con anterioridad a los atentados del 11-S, el Consejo de Seguridad tras condenar los actos de terrorismo “en particular los que pueden representar una amenaza para la paz y seguridad internacionales” y considerar la necesidad de su prevención y combate, concluyó que esos esfuerzos debían de realizarse en “el respeto de los principios de la

¹ Entre la abundante bibliografía sobre el tema, únicamente mencionar los estudios de REMIRO BROTONS: “Guerras del Nuevo Orden: Iraq, la agresión de los democráticos señores”, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz 2003*, Servicio editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 2004, pp. 17-53; GUTIÉRREZ ESPADA, C. / SILVELA DÍAZ-CRIADO, E.: *El conflicto de Iraq I y II* en: Conflictos internacionales contemporáneos, ed. Ministerio de Defensa, Madrid, 2006; PANIAGUA R. y PONS X. “El sistema de seguridad colectiva, el terrorismo internacional y la legítima defensa”, *Agenda ONU*, nº 4, 2001, pp. 9-56; PASTOR RIDRUEJO, J.A.: “¿Ha sido legal el uso de la fuerza en Afganistán?”, Libro colectivo, C. Ramón Chornet (Coord.): *Los retos humanitarios del siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 95-109; RAMON CHORNET, C.: “La lucha contra el terrorismo internacional después del 11 de septiembre de 2001”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LIII, 2001 (1/2), pp. 273-288 y “Cambios en el orden internacional tras la agresión a Iraq”, *Página abierta*, nº 137, monográfico dedicado a la invasión de Iraq, Madrid, 2003. Asimismo debe destacarse una interpretación discrepante, aunque fundada, sobre la polémica materia la del Profesor BERMEJO GARCIA y LOPEZ JACOISTE: “La regulación del uso de la fuerza a la luz de los conflictos recientes: análisis de los Informes del Grupo de Alto Nivel (2-XII-2004) y del Secretario General (21-III-2005)” en el Libro Colectivo, RAMON CHORNET, C. (edit.), *Uso de la fuerza y protección de los Derechos Humanos en un nuevo orden internacional*, Tirant Lo Blanch/SPUV, Valencia, 2006, pp. 37-90.

Carta de las Naciones Unidas y las normas de Derecho Internacional, incluido el respeto del Derecho Internacional Humanitario y de los Derechos Humanos”².

Del mismo modo casi dos años después, y tras el fatídico día, el Consejo de Seguridad en su resolución 1368 (2001) insistió en “combatir el terrorismo en todas sus formas, con arreglo a las funciones que le incumben en virtud de la Carta de las Naciones Unidas”³; extremo que se reitera, entre otras, en la resolución 1373 (2001) de 28 de septiembre⁴, y que posteriormente ha corroborado la Asamblea General, en su resolución 60/228 de *Estrategia global de las Naciones Unidas contra el terrorismo* de septiembre de 2006⁵.

Estos parámetros infranqueables en la lucha contra el terrorismo internacional, fueron ratificados no sólo en Europa, como más adelante se reseñará, sino en el resto de contextos regionales. Siendo así, en el ámbito de la OEA se reafirmó que esa lucha debía realizarse “con pleno respeto a la ley, a los derechos humanos y a las instituciones democráticas, para preservar el estado de derecho, las libertades y los valores democráticos”⁶; extremo que fue contemplado en el artículo 15 de la posterior Convención Interamericana contra el Terrorismo⁷. De igual modo, en el contexto

² S/RES/1269 (1999), 19 de octubre de 1999, aprobada por el Consejo de Seguridad en su 4053ª sesión, celebrada el 19 de octubre de 1999.

³ S/RES/1368 (2001) de 12 Septiembre 2001, aprobada por el Consejo de Seguridad en su 4370ª sesión, celebrada el 12 de septiembre de 2001.

⁴ S/RES/1373 (2001), aprobada por el Consejo de Seguridad en su 4385ª sesión, celebrada el 28 de septiembre de 2001, en la cual se determina tomar medidas de lucha contra el terrorismo pero “de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas tras reafirmar “su condena inequívoca de los ataques terroristas ocurridos en Nueva York, Washington, D.C., y Pennsylvania el 11 de septiembre de 2001, y expresando su determinación de prevenir todos los actos de esa índole”.

⁵ Res. AGNU A/60/825 en <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/60/825>. Para un análisis detallado de la estrategia, véase LÓPEZ-JACOISTE, EUGENIA: “Instrumentos internacionales de lucha contra el terrorismo”, en Javier Jordán, Pilar Pozo y Miguel G. Guindo (Ed.) *Terrorismo sin fronteras. Actores, escenarios y respuestas en un mundo global*, Pamplona: Aranzadi, 2010, pp. 153-174, en especial pp. 157-160. Asimismo recientemente ahonda en esta cuestión el Informe de la Tercera Comisión de la AGNU, A/65/456/Add.2 (Part II), denominado *Promoción y protección de los derechos humanos: cuestiones de derechos humanos, incluidos otros medios de mejorar el goce efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales*, en [http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/65/456/Add.2\(PartII\)&referer=http](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/65/456/Add.2(PartII)&referer=http).

⁶ Punto 5 de la resolución OEA/Ser. F/II.23.RC.23/Res. 1/01 de 21 de septiembre de 2001 de los Ministros de Asuntos exteriores de los Estados pertenecientes a la OEA Posteriormente, los Ministros de Relaciones Exteriores aprobaron la Resolución OEA/Ser. F/II.23.RC.24/Res.1/01 “Amenaza Terrorista en las Américas” asegurando que los “ataques terroristas contra los Estados Unidos de América son ataques contra todos los Estados americanos”, llegando incluso a invocar el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca.

⁷ Convención Interamericana contra el Terrorismo en vigor desde el 7 de octubre de 2010 en <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-66.html>. Artículo 15: “1. Las medidas adoptadas por los Estados Parte de conformidad con esta Convención se llevarán a cabo con pleno respeto al estado de derecho, los derechos humanos y las libertades fundamentales.

2. Nada de lo dispuesto en la presente Convención se interpretará en el sentido de que menoscaba otros derechos y obligaciones de los Estados y de las personas conforme al derecho internacional, en particular la Carta de las Naciones Unidas, la Carta de la Organización de los Estados Americanos, el derecho

africano y tras la aprobación de la Convención de la Organización de la Unidad Africana (OUA) sobre la prevención y la lucha contra el terrorismo, suscrita en Argel el 14 de julio de 1999, y del Protocolo Anti-Terrorista, se estableció un Consejo para la Paz y la Seguridad de la Unión Africana, cuyas funciones quedan supeditadas a principios tales como “el imperio de la ley, las libertades y derechos fundamentales, la santidad de la vida humana y el derecho internacional humanitario”⁸.

II. LOS HECHOS: LOS ABUSOS EN LA LUCHA CONTRA EL TERRORISMO INTERNACIONAL

Como consecuencia de los distintos actos de terrorismo cometidos en los últimos años en múltiples puntos del planeta, desde Bali a Londres, pasando por Nueva York o Madrid, el Consejo de Seguridad siempre ha reaccionado de forma contundente condenando los hechos y calificándolos como amenaza a la paz y seguridad internacionales, lo cual parece haber desarrollado una “nueva costumbre” en esta materia⁹. Una vez calificados las acciones terroristas de esta forma prevista en el artículo 39 de la Carta de las Naciones Unidas, corresponde a este organismo decidir las medidas oportunas, como han sido la creación de un Comité contra el Terrorismo, un Comité de Sanciones, el Comité 1540 y un Grupo de Trabajo que ha tratado de bloquear la financiación terrorista y controlar la compraventa de armas¹⁰. Además de todas estas actuaciones y al margen de la diametralmente opuesta interpretación interesada de los distintos miembros permanentes del Consejo de Seguridad sobre si las distintas resoluciones condenatorias autorizaban o no el recurso a la legítima defensa y

internacional humanitario, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional de los refugiados.

3.A toda persona que se encuentre detenida o respecto de la cual se adopte cualquier medida o sea encausada con arreglo a la presente Convención se le garantizará un trato justo, incluido el goce de todos los derechos y garantías de conformidad con la legislación del Estado en cuyo territorio se encuentre y las disposiciones pertinentes del derecho internacional.”

⁸ Artículo 4.c del Protocolo para el Establecimiento del Consejo para la Paz y la Seguridad de la Unión Africana, adoptado el 10 de julio de 2002, en vigor desde el 26 de diciembre de 2003, en http://www.africa-union.org/root/au/organs/psc/Protocol_peace%20and%20security.pdf

⁹ LÓPEZ-JACOISTE: *Op. cit.* p. 164, donde además la autora detalla las últimas resoluciones del Consejo de Seguridad condenando todo tipo de acciones terroristas.

¹⁰ CANO LINARES, M.A.: “La labor del Consejo de Seguridad en la lucha contra el terrorismo: tres vías de actuación y la necesidad de coordinación de los diferentes Comités implicados”, en CUERDA RIEZU y JIMÉNEZ GARCÍA (directores) en *Nuevos desafíos del Derecho Penal Internacional: Terrorismo, crímenes internacionales y derechos fundamentales*, ed. Tecnos, Madrid, 2009, pp. 123-146.

al uso de la fuerza armada en Afganistán e Irak¹¹, y de si se respetaron o no principios, como los inmediatez, necesidad y proporcionalidad¹², interesa en este punto dejar constancia de los derechos vulnerados en estas guerras y en general, en la lucha contra el terrorismo internacional.

En efecto, a pesar de las advertencias del entonces Secretario General de las Naciones Unidas, Kofi Annan, alertando que la erosión de las libertades fundamentales con ocasión de la lucha antiterrorista podía ir en detrimento directo del objetivo perseguido, esto es, la tan cacareada “seguridad nacional”¹³, los hechos parecen acreditar que se ha hecho caso omiso a tales aseveraciones.

De esta forma la operación “Libertad Duradera”, ejecutada por la coalición internacional liderada por Estados Unidos ha provocado una serie de reacciones que van más allá de la legalidad internacional. Por todos es conocido, las innumerables violaciones efectuadas al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario¹⁴. En primer lugar apareció la polémica en torno al estatuto jurídico de los presos en las guerras de Afganistán e Irak¹⁵. Respecto a esta problemática, la administración Bush negó tanto a los miembros de Al Qaeda, como a los integrantes de las milicias talibanes, un trato humanitario mínimo con independencia de que los detenidos fueran considerados prisioneros de guerra o civiles. Es más, tal y como prevé el artículo 5 del Convenio III del Convenio de Ginebra, en caso de duda en

¹¹ Asimismo el uso de la fuerza en el conflicto de Irak ha generado un acalorado debate doctrinal. Véanse a modo de ejemplo, entre la abundante bibliografía, las posiciones contrapuestas de juristas, que sintetizan la controversia, GUTIERREZ ESPADA, CESÁREO: “La contaminación de las Naciones Unidas o las resoluciones 1483 y 1511 (2003) del Consejo de Seguridad”, *Anuario de Derecho Internacional*, XIX, 2003, pp. 71-88, y la postura minoritaria en nuestro país defendida por BERMEJO GARCIA, ROMUALDO: “El debate sobre la legalidad internacional tras la crisis de Irak y las Naciones Unidas”, *Anuario de Derecho Internacional*, XIX, 2003, pp. 41-70.

¹² RAMON CHORNET, C. y DE LUCAS, J.: *Querela pacis, perpetua? Una reivindicación del Derecho Internacional*, Ed. Patronat Sud-Nord, Servicio de publicaciones de la Universitat de València, 2006, p.157. GUTIERREZ ESPADA, C.: “La regulación del uso de la fuerza en las relaciones internacionales y la actuación del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas” en RAMON CHORNET, C. (edit.), *Uso de la fuerza y protección de los Derechos Humanos en un nuevo orden internacional*, Tirant Lo Blanch/SPUV, Valencia, 2006, pp. 11-36, p. 20.

¹³ UN SG/SM/8583, KOFI ANNAN, “The fight against the terrorist threat calls for a strengthening of the role of the United Nations,” Press release before the Security Council, 20 de enero de 2003. En concreto el Secretario General argumentaba que “to sacrifice freedom or the principles of law within States or to start new conflicts between States in the name of the fight against terrorism amounts to giving terrorists a victory that none of their acts could ever achieve (...) the risk is that in our concern for security we should find ourselves sacrificing essential freedoms, which would weaken our common security instead of strengthening it, and would thereby erode our democratic method of government from within”

¹⁴ SANCHEZ LEGIDO, ANGEL: “Guerra contra el terrorismo, conflictos armados y Derechos Humanos”, *Cursos de Derechos Humanos de Donosti-San Sebastián, vol VI* (2006) en <http://www.uclm.es/profesorado/asanchez/webdih/03MATERIAL.html>

¹⁵ POZO SERRANO, P.: “El estatuto jurídico de las personas detenidas durante el conflicto armado internacional en Afganistán”, *Anuario de Derecho Internacional*, XVIII, 2002, pp. 171-204.

esta materia, “dichas personas se benefician de la protección del presente Convenio, en espera de que un tribunal competente haya determinado su estatuto”. Privilegio del Derecho Internacional Humanitario que no sólo fue negado, sino que además el “tribunal competente”, en este caso, han sido las comisiones militares ideadas por el anterior Secretario de Estado, Donald Rumsfeld; actuaciones que han provocado críticas tales como que “Estados Unidos legaliza sus propios escuadrones de la muerte”¹⁶. En este punto, resulta sorprendente que a pesar de que el Tribunal Supremo estadounidense condenara en el caso *Hamdam contra Rumsfeld*, que no se hubieran salvaguardado las garantías mínimas a los detenidos reconocidas por el Derecho Internacional Consuetudinario, (...) reflejado en el artículo 75 del Protocolo I (1977)¹⁷, la actual administración Obama trate de resucitar estos tribunales marciales.¹⁸

Pero no es que se hubiera negado un trato humanitario mínimo, obviando derechos tales como el acceso a un tribunal independiente o a la defensa, sino que tal y como ha reconocido el anterior Relator Especial contra la Tortura de las Naciones Unidas, Manfred Nowak, “la tortura y las prisiones secretas son un fenómeno global, que no ha sido considerado de forma seria por el Consejo de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas”¹⁹. Lo preocupante es que estas prácticas, que forman parte de la lucha global contra el terrorismo, han sido consentidas por 66 países según el mismo funcionario de las Naciones Unidas, entre los cuales se encuentran un buen número de Estados europeos.

Además la práctica de la tortura, ha contado con una variedad de métodos que se han desplegado en distintas prisiones, no sólo en las célebres Abu Grahیب, Baagram y Guantánamo, sino en una red de centros de detención secretas repartidas por distintos países árabes como Egipto, Jordania y Túnez, entre otros. Dichos tratos inhumanos han

¹⁶ REMIRO BROTONS: “Terrorismo, mantenimiento de la paz y nuevo orden”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LIII, 2001 (1/2); también disponible en http://www.uam.es/personal_pdi/derecho/aremiro/publicaciones/Terrorismo.pdf, véase p. 36.

¹⁷ REMIRO BROTONS: “Terrorismo internacional. Principios agitados” en CUERDA RIEZU y JIMÉNEZ GARCÍA (directores) en *Nuevos desafíos del Derecho Penal Internacional: Terrorismo, crímenes internacionales y derechos fundamentales*, ed. Tecnos, Madrid, 2009, p. 40.

¹⁸ ALANDETE, DAVID: “Obama reabre los tribunales militares en Guantánamo. La medida aleja la promesa del presidente de cerrar rápido el penal”, *El País*, 8 de marzo de 2011 en http://www.elpais.com/articulo/internacional/Obama/reabre/tribunales/militares/Guantanamo/elpepuint/20110308elpepuint_16/Tes

¹⁹ Declaraciones de Manfred Nowak en la 13ª Sesión del Consejo de Derechos Humanos en Ginebra (1-26 marzo 2010), “Torture expert blasts Human Rights Council. Torture and secret prisons are “global phenomena” that are not being taken seriously by the Geneva-based United Nations Human Rights Council, warns a UN expert” en http://www.swissinfo.ch/eng/index/Torture_expert_blasts_Human_Rights_Council.html?cid=8454360.

consistido desde violaciones sexuales, golpes en las plantas de los pies, hasta confinamientos con total privación sensorial del exterior y descargas eléctricas²⁰. Ahora bien gran parte de estos crímenes no hubieran podido cometerse en estas prisiones sin la directa colaboración de los países europeos en las llamadas “entregas extraordinarias”²¹, prohibidas por el artículo 3 de la Convención contra la Tortura que dispone que: “Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura.”

Estas transferencias de detenidos ilegales se efectuaron, como bien es sabido, a través de operaciones de la aviación civil conocidas como los “vuelos de la CIA”, que efectuaron escalas en distintos aeropuertos europeos. Estos vuelos gestionados por los servicios de inteligencia de los Estados Unidos han sido denunciados por organismos como el Parlamento Europeo²², que no han dudado de acusar a los países miembros de la UE de consentir estas operaciones. Aunque en sede parlamentaria los responsables políticos de estos países europeos han negado dicha complicidad, los miembros de la Comisión Temporal del Parlamento Europeo, responsable de investigar dichos hechos, destacan un encuentro conocido como la “cena del gorila”, donde se desmiente esta versión oficial. En ese encuentro secreto, entre la Secretaria de Estado norteamericana, Condoleezza Rice, los Ministros de Asuntos Exteriores de la UE y el entonces representante de la OTAN, Javier Solana, se consintió de forma unánime por todos los participantes dicha práctica. No sorprende que uno de los Diputados del Parlamento Europeo y miembro de la mencionada comisión de investigación, Ignasi Guardans

²⁰ Distintos informes de organizaciones defensoras de los Derechos Humanos han denunciado estas prácticas, cfr. FIDH (Internacional Federation for Human Rights): *Egypt. Counter-terrorism against the background of an endless state of emergency*, Paris, 2010, pp. 16-18. AI: *Amnesty International Report 2007: The State of the World's Human Rights*, 2007, <http://report2007.amnesty.org/document/15>.

²¹ Véanse entre otros los informes de HUMAN RIGHTS WATCH: *Ghost Prisoner: Two Years in Secret CIA Detention*, vol. 19, no.1(G), February 2007, <http://www.hrw.org/en/reports/2007/02/26/ghost-prisoner>; *Double Jeopardy: CIA Renditions to Jordan*, 1-56432-300-5, April 2008, www.hrw.org/en/reports/2008/04/07/double-jeopardy-0; *The Road to Abu Ghraib*, June 2004, <http://www.hrw.org/en/reports/2004/06/08/road-abu-ghraib-0>; *Off the Record: U.S. Responsibility for Enforced Disappearances in the “War on Terror”*, June 2007, www.hrw.org/en/reports/2007/06/07/record. MARTY, D.: *Alleged secret detentions and unlawful inter-state transfers of detainees involving Council of Europe member states*, 12, Junio 2006, http://assembly.coe.int/CommitteeDocs/2006/20060606_Ejdoc162006PartII-FINAL.pdf

²² PARLAMENTO EUROPEO: Doc. A6-0020/2007, 30 enero 2007, *Report on the Alleged Use of European Countries by the CIA for the Transportation and Illegal Detention of Prisoners*, en http://www.europarl.europa.eu/comparl/tempcom/tdip/final_report_en.pdf

Cambó, haya considerado que dicha reunión, “pasará a la historia como un gran ejercicio de hipocresía sin precedentes”²³.

La otra cuestión que se pregunta este mismo parlamentario es la que hace referencia a si se desprenden responsabilidades penales de estas actuaciones por acción u omisión. Y es en este punto, donde de nuevo debe invocarse la ya mencionada Convención contra la Tortura y la reciente Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, en cuyo artículo 2 define este crimen como “el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley”; en todo caso, violaciones de los Derechos Humanos que han sido confirmadas por el Consejo de Europa, que no ha dudado en acusar a Estados miembros por la comisión de estos actos²⁴.

Lo destacable es que la cooperación europea en esta “guerra sucia” contra el terrorismo internacional, parece no haber sido únicamente pasiva, esto es, consintiendo la utilización de su espacio aéreo o aeropuertos, sino que las diversas actuaciones de los

²³ GUARDANS CAMBÓ, I.: “Entregas extraordinarias, torturas y vuelos de la CIA” en CUERDA RIEZU y JIMÉNEZ GARCÍA (directores) en *Nuevos desafíos del Derecho Penal Internacional: Terrorismo, crímenes internacionales y derechos fundamentales*, ed. Tecnos, Madrid, 2009, pp. 47-72, p. 71: “Era el 7 de diciembre de 2005. El tema de las entregas extraordinarias llevaba ya un tiempo en la opinión pública. En Bruselas se celebró una cena informal (pero de la que se levantó acta) entre Condoleezza Rice y los Ministros de AAEE de la UE y la OTAN, en presencia también de Javier Solana. Tras un rato de charla, la Secretaria de Estado interrumpió con estas palabras <<y ahora, si me permitís, quisiera que vuestra atención se concentrara en este gorila de 400 kg que está sentado en esta sala.>> Así, como a un invitado de piedra, llamaba Rice a todo el <<asunto>> de las entregas extraordinarias. Rice pidió apoyo en la gestión mediática del tema, y nadie le plantó cara sobre el fondo de la cuestión. Qué espectáculo, el de los Ministros y Javier Solana discutiendo más sobre el impacto mediático de todo ello que sobre el tema de fondo y su ilegalidad. Posteriormente muchos de esos Ministros han mentido a sus parlamentos y pretendiendo que no tenían más datos que los de la prensa. El Parlamento Europeo ha llegado a acusar de deslealtad al Consejo al haber ocultado documentos como los que se refieren a esta cena, así como a otras reuniones mantenidas entre la Troika (Presidencia, Comisión y Consejo con John Bellinger, en febrero y mayo de 2006, cuyo contenido sigue declarado secreto, a petición de los Estados Unidos)”.

²⁴ PARLIAMENTARY ASSEMBLY OF THE COUNCIL OF EUROPE: *Reply of the Committee on Legal Affairs and Human Rights*, Doc. No. 10957 (2006), pp. 2-3: “Having carried out legal and factual analysis on a range of cases of alleged secret detentions and unlawful interstate transfers, the Assembly has identified instances in which Council of Europe Member States have acted in one or several of the following ways, wilfully or least recklessly in violation of their international human rights obligations”. Asimismo, véase PARLIAMENTARY ASSEMBLY OF THE COUNCIL OF EUROPE, COMMISSION ON LEGAL AFFAIRS AND HUMAN RIGHTS: *Secret Detentions and Illegal Transfers of Detainees Involving Council of Europe Member States: Second Report*, Doc. No. 11302 rev. (2007), en <http://assembly.coe.int/Documents/WorkingDocs/Doc07/edoc11302.pdf>. Estos documentos son conocidos como los informes Marty.

servicios de inteligencia de países como Francia, Alemania y Reino Unido van más allá²⁵. En este sentido, funcionarios de estas dependencias gubernamentales, han cooperado en distintos casos con países como Pakistán y Uzbekistán, donde la práctica de la tortura se ha empleado no únicamente, como método para obtener información y así identificar a otros terroristas bajo sospecha, sino como medio para obtener pruebas que con posterioridad se han utilizado en procesos judiciales; siempre bajo la justificación de “salvar vidas”²⁶.

Tal y como denuncia el Relator Especial del Consejo de Europa, Dick Marty, la base de todas estas actuaciones europeas pudiera encontrarse en la invocación por vez primera del artículo 5 del Tratado de la OTAN²⁷, en la que se acude a la legítima defensa de la alianza ante los atentados terroristas del 11-S. Ahora bien esa reacción, además de haber querido justificar las campañas militares en Afganistán e Iraq, parece haber incluido una cláusula permisiva y protectora de cualquier acción que se emprenda en el marco de la guerra global contra el terrorismo²⁸.

III. MEDIDAS LEGISLATIVAS DE CONTROL EN EUROPA

Como se ha mencionado, tras el 11-S a nivel internacional en el seno de las Naciones Unidas, de la OEA y la Unión Africana, se enfatizó que a la lucha contra el terrorismo internacional debía ir aparejada el respeto a los derechos fundamentales. De la misma forma en el ámbito europeo la reacción a los acontecimientos no perdieron de vista este eje prioritario e indispensable de ajustarse al Estado de derecho. Siendo así,

²⁵ Council of the European Union, “Implementation of the EU Guidelines on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment – Stock taking and new implementation measures,” April 18, 2008, 8407/1/08 REV 1, www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_Data/docs/hr/news129.pdf.

²⁶ HUMAN RIGHTS WATCH: “No questions asked”. *Intelligence cooperation with countries that torture, France/Germany/United Kingdom*, junio 2010, p. 6: “There is evidence that Intelligence services and law enforcement personnel in the UK and Germany facilitated or participated in interrogations of terrorism suspects involving torture or ill-treatment. France engages in judicial cooperation with countries with poor records on torture. The UK has openly asserted the right to rely on torture evidence in court. And the UK, Germany and France all engage in intelligence cooperation with countries that torture, as documented in this report.”

²⁷ Tratado del Atlántico Norte (OTAN) firmado en Washington DC, el 4 de abril de 1949, Art. 5.º: “Las Partes convienen en que un ataque armado contra una o varias de ellas, ocurrido en Europa o en América del Norte, será considerado como un ataque dirigido contra todas, y, en consecuencia, convienen en que si tal ataque se produce, cada una de ellas, en el ejercicio del derecho de legítima defensa, individual o colectiva, reconocido por el art. 51 de la Carta de las Naciones Unidas, asistirá a la Parte o Partes atacadas tomando individualmente, y de acuerdo con las otras, las medidas que juzgue necesarias, comprendido el empleo de las fuerzas armadas para restablecer la seguridad en la región del Atlántico Norte”, en <http://www.nato.int/docu/other/sp/treaty-sp.htm>

²⁸ *Secret Detentions and Illegal Transfers of Detainees Involving Council of Europe Member States*, op. cit. Doc. 11302 rev.

las primeras medidas en un primer Plan de Acción europeo apuntaban más a la erradicación de las causas del terrorismo, que a la confrontación bélica como mecanismo para sofocar sus efectos más inmediatos. Precisamente en las conclusiones del Consejo Europeo de 21 de septiembre de 2001, tras asegurar que “el respeto de las libertades fundamentales constituyen la base de nuestra civilización”, se concluyó que “la eficacia de la lucha contra la lacra del terrorismo será mayor al apoyarse en un profundo diálogo político con los países y las zonas del mundo donde se desarrolla el terrorismo” y que “la integración de todos los países en un sistema mundial equitativo de seguridad, de prosperidad y de mejor desarrollo constituye la condición de una comunidad fuerte y duradera para luchar contra el terrorismo.”²⁹

Teniendo presentes objetivos tan loables como los descritos, se impulsaron medidas legislativas de cooperación, que culminaron con la entrada en vigor de la Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, que instaura la Euro-orden, con el objeto de facilitar los mecanismos de extradición³⁰. De igual forma en otro ámbito de actuación, el Consejo de Europa aprobó, tanto las “Líneas Directrices sobre Derechos Humanos y lucha contra el terrorismo”, que debían servir de guía marco para que toda operación antiterrorista no perdiera de vista la efectiva protección de los derechos fundamentales³¹, como un Protocolo que precisamente contemplaba el derecho a la negativa de un Estado de conceder una extradición, si se hubiera detectado un posible riesgo de tortura de la persona objeto del proceso³². Asimismo se establecieron mandatos específicos en la materia para que la recién creada figura del Comisario para los Derechos Humanos examinara la interacción entre lucha contra el terrorismo y libertades fundamentales³³.

²⁹ Conclusiones y Plan de Acción del Consejo Europeo Extraordinario de 21 de septiembre de 2001, SN 140/01, punto 3º.

³⁰ Ahora bien la integración de los mecanismos de la Euro-orden a los ordenamientos internos no ha sido nada pacífico desde el punto de vista jurídico y ha requerido de distintas adaptaciones legislativas, tras complejos procesos judiciales, en el seno de distintos Estados, cfr. CUERDA RIEZU, A.: “Los principios de legalidad, doble incriminación e igualdad en la orden europea de detención y entrega” en CUERDA RIEZU y JIMÉNEZ GARCÍA (directores) en *Nuevos desafíos del Derecho Penal Internacional: Terrorismo, crímenes internacionales y derechos fundamentales*, ed. Tecnos, Madrid, 2009, pp. 541-565.

³¹ Committee of Ministers of the Council of Europe: *Guidelines on Human Rights and the Fight against Terrorism*, 804th meeting on 11 July 2002: “All measures taken by States to fight terrorism must respect human rights and the principle of the rule of law, while excluding any form of arbitrariness, as well as any discriminatory or racist treatment, and must be subject to appropriate supervision” (Guideline II).

³² MARTÍN MARTÍNEZ, M.M.: “Terrorismo y Derechos Humanos en la Unión Europea y en el Consejo de Europa: ¿Marcos de referencia mundial?”, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz 2009*, 2010, pp. 395-426, p. 404.

³³ GIL-ROBLES Y GIL-DELGADO, A.: “La eficacia de los mecanismos europeos de protección de los derechos humanos en la lucha antiterrorista. En especial la acción del Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa”, en CUERDA RIEZU y JIMÉNEZ GARCÍA (directores) en *Nuevos desafíos del Derecho Penal*

Ahora bien en poco tiempo, la realidad de los hechos mostraría su alto grado de divergencia en relación a tan encomiables propósitos. El “punto de inflexión” que dio origen a una nueva etapa de lucha antiterrorista en Europa se inicia tras los atentados de Madrid y Londres, que desembocaron en 2005 en la adopción de un “Programa específico de prevención, preparación y gestión de las consecuencias del terrorismo para el período 2007-2013”³⁴. A finales de ese mismo año, se desvanecen *de facto* todas las aspiraciones de respeto de derechos y libertades fundamentales con ocasión de la ya mencionada “cena del gorila”; extremo que queda confirmado meses más tarde con la presentación de los ya apuntados informes de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa³⁵ y del Parlamento Europeo³⁶.

Siendo así, a las evidentes discrepancias entre las distintas resoluciones y los hechos, debe sumarse una voluntad política cambiante según la institución que toma las decisiones, y en este sentido el enfrentamiento entre el Parlamento Europeo y el Consejo no es más que un claro reflejo de los oscuros propósitos de los máximos dirigentes europeos. Pero es que además, a la deficiente transposición de la Decisión marco sobre terrorismo de 13 de junio de 2002, que pretende armonizar la tipificación del terrorismo en los distintos Estados Miembros³⁷, se une una legislación nacional antiterrorista diversa entre los distintos países. De entre todas ellas, sobresale la controvertida *Terrorism Act* del Reino Unido³⁸, que a pesar de su aprobación en el 2000 con anterioridad al 11-S, las violaciones de los derechos fundamentales que provoca,

Internacional: Terrorismo, crímenes internacionales y derechos fundamentales, ed. Tecnos, Madrid, 2009, pp. 491-506.

³⁴ RAMON CHORNET, C.: “Sobre las exigencias del respeto a los derechos y libertades en la estrategia antiterrorista de la UE. Hacia un modelo europeo de lucha contra el terrorismo” en JORDÁN, POZO y GUINDO (coordinadores), *Terrorismo sin fronteras. Actores, escenarios y respuestas en un mundo global*, ed. Aranzadi, Thomson Reuters, Navarra, 2010, pp. 195-212, p. 200. De forma muy ilustrativa la Profesora Ramón Chornet revisa la estrategia antiterrorista europea, desglosándola en tres fases; de las cuales esta Estrategia de 2005 conforma la segunda de las mismas, que se extiende hasta el ascenso a la Presidencia del Gobierno Estadounidense de Obama.

³⁵ HAKIMI, M.: “The Council of Europe Addresses CIA Rendition and Detention Program”, *American Journal of International Law*, Vol. 101, n.º. 2, abril 2007, pp. 442-452

³⁶ Informe Final de la Comisión Temporal sobre la Supuesta Utilización de Países Europeos por la CIA para el Transporte y la Detención Ilegal de Presos, A6-0020/2007, 30 de Enero de 2007, conocido como “Informe Fava”, aprobado por Resolución del Parlamento Europeo de 14 de febrero de 2007, A6-0020/2007, en la que se llegó a asegurar que “en democracias en las que el respeto del Estado de Derecho es un elemento consustancial, la lucha contra el terrorismo no puede ganarse si se sacrifican o limitan los principios que el terrorismo pretende destruir, en particular la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales”.

³⁷ FERNÁNDEZ TOMÁS, A.: “Terrorismo, Derecho Internacional Público y Derecho de la Unión Europea”, *Cursos de derecho Internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz 2004*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2005, pp. 191-263, disponible en http://www.ehu.es/cursosderechointernacionalvitoria/ponencias/pdf/2004/2004_2.pdf, véanse pp. 38-40.

³⁸ *Terrorism Act* de 2000, véase en especial la Section 44, en vigor desde febrero de 2001, http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2000/ukpga_20000011_en_1.

han sido igualmente criticadas, como las generadas por la *Patriot Act* norteamericana de 26 de octubre de 2001, o como también la posterior *Anti-terrorism, Crime and Security Act* aprobada en Londres el 14 de diciembre de 2001. Esta ley nacional permite la detención y registro de cualquier persona sospechosa de ser terrorista; su desmesurada aplicación desde septiembre del 2001 no ha conducido a resultado positivo alguno relacionado con una efectiva lucha contra el terrorismo³⁹. No obstante, parece que con la nueva Administración Obama y el efecto de la misma en materia terrorista se abren nuevos horizontes de cooperación trasatlántica, más respetuosos con los derechos humanos; una buena muestra de este aparente giro, se puede constatar tanto en la actitud de ayuda europea al prestarse a acoger presos de Guantánamo (y contribuyendo así a su cierre definitivo)⁴⁰, como en el pago de indemnizaciones a presos torturados⁴¹.

En todo caso, a pesar de los avances legislativos en la lucha contra el terrorismo internacional en Europa, que quedan constatados en medidas tales como las relativas al incremento de la coordinación policial y cooperación judicial ejemplarizada en la Euroorden, al control de la financiación del terrorismo⁴² y a la creación de distintos organismos de control, como la figura del Coordinador Europeo en esta materia, el balance general resulta más que cuestionable. Todos estos esfuerzos pueden quedar ensombrecidos y mitigados por las operaciones de los servicios de inteligencia al margen de la legalidad y por unas trabas políticas interpuestas en procesos judiciales, que como veremos en los siguientes epígrafes apuntan a que no se tiene un firme

³⁹ HUMAN RIGHTS WATCH: *Without suspicion. Stop and search under Terrorism Act 2000*, Julio 2010. En el sumario del informe se denuncia la prácticamente nula efectividad de las medidas restrictivas, al asegurarse que, “But despite almost 450,000 section 44 stops and searches throughout the United Kingdom between April 2007 and April 2009, no one was successfully prosecuted for a terrorism offence as a result, and according to Britain’s independent reviewer of terrorism legislation, little if any useful intelligence about terrorist plots was obtained. The government has failed to demonstrate that section 44 serves its stated purpose.”

⁴⁰ RAMON CHORNET, C.: “Sobre las exigencias del respeto a los derechos y libertades en la estrategia antiterrorista de la UE”, *op. cit.*, pp. 201 y 207, en los que la autora destaca que “la llegada al poder del Presidente Obama aparentemente marca un nuevo giro, una tercera etapa”; aunque más tarde se reconoce que el traslado de presos de Guantánamo, a países como Bermuda y Palaos, más que a un gesto de solidaridad, obedece a “acuerdos secretos y a compromisos económicos.” Véase asimismo, LIROLA DELGADO, I.: “Terrorismo y cooperación penal: ¿un contexto más favorable para los Derechos Humanos en las relaciones transatlánticas?”, en *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz 2009*, pp. 363-394, véanse en especial pp. 380-388, dedicadas a la cooperación penal de la Administración Obama con la UE en http://www.ehu.es/cursosderechointernacionalvitoria/ponencias/pdf/2009/2009_9.pdf

⁴¹ SÁENZ DE UGARTE, I.: “Londres pagará a 16 ex prisioneros de Guantánamo”, Público, 17 de noviembre de 2010. Este gesto no debe interpretarse únicamente como una acto de buena voluntad, ya que el acuerdo facilita al “gobierno tener que revelar información secreta al juez”.

⁴² Council of the European Union: *Report on the implementation of the revised Strategy on Terrorist Financing*, 3 junio 2010, 10182/10.

propósito de enmendar los errores del pasado, sino que por el contrario con estas actuaciones los abusos se perpetúan al garantizarse la impunidad de los máximos responsables.

IV. LA SUPERVISION JUDICIAL EN EUROPA: ENTRE LA TUTELA EFECTIVA DE LOS DERECHOS Y LOS OBSTACULOS POLITICOS

La protección de los derechos fundamentales en la lucha contra el terrorismo, no sólo debe hacerse efectiva controlando la legislación antiterrorista, tal y como dispone el Parlamento Europeo en su resolución de 12 de diciembre de 2007, sino que además a la hora de perseguir judicialmente actos terroristas debe evitarse a toda costa la “criminalización de la disidencia”⁴³. En este sentido, la Comisión de Venecia, ya advertía que existe un evidente riesgo por el cual ciertos delitos cometidos en un contexto político pudieran ser calificados por los tribunales como actos de terrorismo⁴⁴. En este punto debe constatarse que la ausencia de una definición de crimen de terrorismo a nivel internacional (a pesar de todas sus tentativas), facilita la creación de una ambigüedad legal, que puede ser aprovechada para castigar unos hechos como terroristas, aún no estando claramente tipificados; vulnerando con ello el principio de legalidad. Esa falta de consenso sobre la definición pudiera explicarse, en tanto en cuanto, “hay, en definitiva, un desdén por analizar las causas profundas del terrorismo como hay interés en servirse de esta execrable violencia para cubrir la violencia criminal de gobiernos democráticos en las relaciones internacionales.”⁴⁵

Así pues además de evitar estas distorsiones interpretativas, en el supuesto de cometerse abusos en esa lucha contra el terrorismo, no sólo debe procederse respecto a los mismos a controles parlamentarios, sino a una supervisión judicial, tal y como recuerda la mencionada Comisión para la Democracia a través del Derecho (Comisión

⁴³ RAMON CHORNET, C.: “Sobre las exigencias del respeto a los derechos y libertades en la estrategia antiterrorista de la UE”, *op. cit.*, p. 212.

⁴⁴ EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION): Study no. 500/2008, CDL-AD(2010)022, *Report on counter-terrorism measures and human rights*. Adopted by the Venice Commission at its 83rd Plenary Session (Venice, 4 June 2010) on the basis of comments by Mr Iain CAMERON (Member, Sweden), Mr Pieter van DIJK (Member, Netherlands), Mrs Kalliopi KOUFA (Member, Greece), Mr Guido NEPPI MODONA (Substitute Member, Italy)

⁴⁵ REMIRO BROTONS: “Terrorismo internacional. Principios agitados”, *op. cit.*, p. 20.

de Venecia)⁴⁶. En esta misma línea, el ya mencionado Informe Marty, ante la sistemática vulneración de derechos y libertades fundamentales con ocasión de la lucha antiterrorista, había exigido que los responsables de estos hechos fueran llevados a la justicia⁴⁷. Veamos pues, cuál ha sido la respuesta de los tribunales en Europa, ya que de nada sirven todas las resoluciones emitidas en esta dirección, si posteriormente no se hacen efectivas ante tribunales independientes, las reclamaciones de las víctimas, y en su caso, las consecuentes responsabilidades penales de los infractores.

En primer lugar, a la hora de valorar la compatibilidad entre medidas antiterroristas y el respeto a derechos fundamentales, se han pronunciado tanto el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). En cuanto a las decisiones de los jueces de Luxemburgo, éstos han tenido que considerar, no sólo si la normativa comunitaria emanada de la lucha contra el terrorismo ha de respetar los derechos humanos, sino si las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas aplicadas por reglamentos comunitarios deben asimismo ser sometidas al escrutinio judicial. Los pronunciamientos iniciales del Tribunal de Primera Instancia, en los asuntos *Yusuf/Al Barakaat* y *Kadi*, de 21 de septiembre de 2005⁴⁸, debían resolver si las listas negras confeccionadas por el órgano mencionado de las Naciones Unidas en virtud del Capítulo VII de la Carta, que incluían a personas y empresas presuntamente financiadoras del terrorismo internacional (lo cual se considera que amenaza a la paz y seguridad internacionales), y cuyos actos de ejecución habían sido implementados por la normativa comunitaria (reglamentos del Consejo y de la Comisión), pueden ser revisados por los jueces al violarse derechos fundamentales. Ante esta disyuntiva, el pronunciamiento judicial fue un tanto ambiguo, ya que a pesar de reconocerse el tribunal la potestad de supervisión de actos contrarios al *ius cogens*, en este caso se consideró que la alegación de vulneración del derecho de defensa y tutela judicial efectiva no fueron vulnerados y en consecuencia, el tribunal no puede cuestionar la validez de una Resolución del Consejo de Seguridad⁴⁹.

⁴⁶ *Report on counter-terrorism measures and human rights*", *op. cit.*, p. 21, considerando 90.

⁴⁷ MARTIN MARTÍNEZ, M.M.: "Terrorismo y Derechos Humanos en la Unión Europea y en el Consejo de Europa: ¿Marcos de referencia mundial?", *op. cit.*, p. 413.

⁴⁸ BLANQUEZ NAVARRO, I. y ESÓSITO MASSICI, C.: "Los límites al control judicial de las medidas de aplicación de la política exterior en los asuntos *Ahmed Ali Yusuf/Al Baradaat* y *Yassin Abdullah Kadi*", *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 17, enero-marzo 2006, pp. 123-148.

⁴⁹ COURT FIRST INSTANCE: Judgement of September 21, 2005 in *Ahmed Ali Yusuf and Al Barakaat International Foundation v Council of the EU and Commission of the EC* (Al Barakaat CFI Judgement), considerando 7º: "In light of the principle of the primacy of UN law over Community law, the claim that

Por suerte los primeros pronunciamientos judiciales que dejaban la vía libre a todo tipo de abusos y que podían generar “Guantánamos jurídicos internacionales reconocidos por la jurisdicción comunitaria”⁵⁰, fueron enmendados con posterioridad por la sentencia de la Gran Sala del TJCE de 3 de septiembre de 2008. En efecto las conclusiones del Abogado General, Poiares Maduro, exigiendo la compatibilidad de los derechos fundamentales con las medidas de lucha contra el terrorismo, calaron en los jueces de la Gran Sala que concluyeron “que, con arreglo a las competencias que les confiere el Tratado CE, los tribunales comunitarios deben garantizar un control, en principio completo, de la legalidad de todos los actos comunitarios desde el punto de vista de los derechos fundamentales que forman parte integrante de los principios generales del Derecho comunitario, control que también se extiende a los actos comunitarios destinados a aplicar resoluciones aprobadas por el Consejo de Seguridad en virtud del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas.”⁵¹ Este veredicto provocó “un cambio de rumbo” del TJCE, que fue constatado en asuntos posteriores por el mismo Tribunal de Primera Instancia. Esto, ha acabado por anular reglamentos comunitarios por vulneración de derechos fundamentales como se ha dictaminado en casos como el de *Omar Mohammed Othham contra el Consejo y la Comisión* de 11 de junio de 2009⁵².

Por otro lado el TEDH en distintos asuntos ha concedido prioridad a la defensa de los derechos y libertades fundamentales sobre el argumento de la seguridad esgrimido por algunos Estados en su lucha contra el terrorismo. La jurisprudencia del

the Court of First Instance has jurisdiction to review indirectly the lawfulness of decisions of the Security Council according to the standard of protection of fundamental rights as recognised by the Community legal order, cannot be justified either on the basis of international law or on the basis of Community law”; Según el considerando 8º, “resolutions of the Security Council put into effect by those regulations, does not infringe the fundamental rights of the persons concerned, measured by the standard of universal protection of the fundamental rights of the human person covered by *jus cogen*” sen <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62001A0306:EN:HTML>

⁵⁰ JIMÉNEZ GARCÍA, F.: “Tutela judicial efectiva, pilares intergubernamentales de la Unión Europea y Naciones Unidas o viceversa. El periplo comunitario marcado por los asuntos *Yusuf/Kadi*, *Ayadi/Hassan*. *Modhaidines del pueblo de Irán* y *Segi/Gestoras*” en CUERDA RIEZU y JIMÉNEZ GARCÍA (directores) en *Nuevos desafíos del Derecho Penal Internacional: Terrorismo, crímenes internacionales y derechos fundamentales*, ed. Tecnos, Madrid, 2009, pp. 411-463, p. 433.

⁵¹ ECJ: Joined Cases C-402/05 P and C-415/05 P, *Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v Council of the EU and Commission of the EC* (ECJ Judgement), Sept. 3, 2008, en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62005J0402:EN:HTML>, considerando 126, en versión española <http://www.aranzadi.es/index.php/informacion-juridica/jurisprudencia/constitucional-y-comunitario/sentencia-del-tribunal-de-justicia-de-las-comunidades-europeas-gran-sala-de-3-septiembre-2008>.

⁵² La valoración de este caso y del mencionado “cambio de rumbo” se describe con detalle por MARTIN MARTÍNEZ, M.M.: “Terrorismo y Derechos Humanos en la Unión Europea y en el Consejo de Europa: ¿Marcos de referencia mundial?”, *op. cit.*, p. 423.

tribunal de Estrasburgo es sumamente prolija, debido a los innumerables casos planteados. Únicamente a modo de reseñar su criterio, haremos una breve referencia a alguno de los más significativos, donde en el contexto de crímenes de tortura los jueces se han tenido que posicionar sobre esa aparente colisión de intereses. La sentencia en el asunto *Saadi c. Italia* de 28 de febrero de 2008 ha venido a ratificar la postura de este tribunal ante la entrega de un ciudadano a un país donde se constata un grave peligro de ser torturado. En este caso, el gobierno italiano pretendía deportar a Saadi a su país de origen, Túnez, que lo había condenado *in absentia* por pertenencia a una organización terrorista. El ciudadano tunecino recurrió la decisión al TEDH, ya que en caso de hacerse efectiva su remisión a la otra orilla del Mediterráneo, se estaría vulnerando el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos que prohíbe la tortura. Finalmente la resolución judicial concluyó que los derechos fundamentales tienen un carácter absoluto y que no pueden ser limitados por elementos tales como el peligro o la amenaza terrorista⁵³; extremos que han sido confirmados con posterioridad en sentencias como la del caso *Al-Saadoon and Mufdhi c. Reino Unido* de 2 de marzo de 2010⁵⁴.

Ahora bien este pronunciamiento no supone una actitud novedosa del TEDH, ya que el mismo en distintas sentencias dictadas, incluso en casos anteriores al 11-S y la consecuente guerra global contra el terrorismo, había fijado su posición en este mismo contexto. Así por ejemplo en el caso *Chahal c. Reino Unido*, de 15 de noviembre de 1996, ya se prohibió sobre la base del mismo artículo 3 mencionado, la expulsión de Chahal a la India, donde corría riesgo de ser torturado a su llegada. Al igual que en el caso *Saadi c. Italia*, ni siquiera las garantías diplomáticas ofrecidas por el Estado receptor asegurando un trato humanitario, ni el argumento por el cual la presencia del acusado en el país de residencia amenazaba la seguridad nacional, fueron motivos para que el tribunal considerara dicha entrega como una violación a los derechos reconocidos en el Convenio⁵⁵. De igual forma, la Gran Sala invocando la vulneración del artículo 3 del Convenio, en el caso *Gäfgen c. Alemania* de 1 de junio de 2010,

⁵³ TEDH- Sentencia *Saadi c. Italia*, 37201/06, 28 febrero 2008 en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/47c6882e2.html>

⁵⁴ TEDH- Sentencia *Al-Saadoon and Mufdhi v. United Kingdom*, Application no. 61498/08, Council of Europe: European Court of Human Rights, 2 marzo 2010, disponible en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4b98e9e12.html>

⁵⁵ Un análisis detallado sobre la jurisprudencia del TEDH en esta materia de “no entrega” de personas amenazadas de ser torturadas, puede consultarse en ECHEVARRÍA, GABRIELA: “National Security Cases: Non-Refoulement and the Jurisprudence of the European Court”, en *Non-Refoulement Under Threat*. Proceedings of a Seminar Held Jointly by The Redress Trust (REDRESS) And The Immigration Law Practitioners’ Association (ILPA), 16 May 2006, Matrix Chambers, London, pp. 32-40.

consideró que el haber obtenido pruebas a través de la tortura y pretender emplearlas en un proceso, suponían el atentar no sólo contra la absoluta prohibición de cometer actos de tortura, sino también contra el derecho a un juicio justo⁵⁶.

Finalmente el TEDH, ante las alegaciones planteadas por algunos Estados parte en relación a la posible colisión de medidas nacionales antiterroristas con los derechos del Convenio, no ha dudado en reconocer en sentencia como la del caso *Ocalan c. Turquía* de 12 de marzo de 2003, que el control judicial siempre prevalecerá sobre ese tipo de operaciones⁵⁷.

Pero si bien los tribunales europeos han tratado de salvaguardar los derechos humanos ante los abusos de poder, no se puede llegar con rotundidad a la misma afirmación por lo que respecta a los procesos entablados ante los tribunales nacionales de los distintos países europeos; y más aún cuando las acusaciones van dirigidas contra las autoridades y servicios de inteligencia de los gobiernos. De nuevo ante la abundancia de casos, a modo de ejemplo reseñaremos brevemente algunos de los mismos que, a todas luces, muestran la interferencia política en el poder judicial.

Uno de los países donde más se ha atentado contra el imperio de la ley en este ámbito ha sido el Reino Unido. Junto a su participación y complicidad en la guerra de Iraq, han de sumarse una legislación restrictiva de derechos fundamentales, como la apuntada *Anti-terrorism, Crime and Security Act* de 2001, y unas resoluciones judiciales cuestionables. Precisamente el anterior Comité Judicial de la Cámara de los Lores (sustituido en octubre de 2009 por el Tribunal Supremo como máxima instancia judicial) no dudó en casos como el de *A y Otros c. Secretario de Estado del Ministerio del Interior*, dictaminar que la utilización de información sustraída a través de la tortura con fines operativos no sólo no estaba prohibido por la legislación internacional, sino que dicha actuación podía considerarse plenamente justificada⁵⁸. Afortunadamente

⁵⁶ TEDH- Sentencia *Gäfgen v. Germany*, no. 22978/05, 1 junio 2010, http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/720_Corte%20Europeia%20de%20Direitos%20Humanos.pdf

⁵⁷ TEDH- Sentencia *Ocalan v. Turkey*, 46221/99, Council of Europe: European Court of Human Rights, 12 marzo 2003, disponible en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3e71a9d84.html> En este asunto específico, el tribunal consideró que las medidas antiterroristas no podían obviar el control judicial en el seno de los Estados, sobretodo en el caso de detenciones de sospechosos terroristas totalmente ajenas y sin garantías a un proceso ante los tribunales

⁵⁸ *A and Others vs. Secretary of State for the Home Department* [2005] UKHL 71, citado y descrito en HRW: “No questions asked”. *Intelligence cooperation with countries that torture*, op. cit., pp. 27-31. Resulta llamativa la distinción efectuado por los Lores entre la utilización de la tortura para uso judicial o del poder ejecutivo: “The executive and the judiciary have different functions and different responsibilities. It is one thing for tainted information to be used by the executive when making operational decisions or by the police when exercising their investigatory powers, including powers of

como se ha mencionado el TEDH ha venido a anular este tipo de pronunciamientos judiciales regresivos.

En otro de los principales países de la UE, Alemania, también se han llevado ante la justicia los excesos de la lucha antiterrorista, en particular, los relacionados con las entregas extraordinarias efectuadas en los controvertidos vuelos de la CIA. El caso más paradigmático ha sido el de *Khaled El-Masri*⁵⁹, alemán de ascendencia libanesa que fue detenido en diciembre de 2003 en Macedonia y de allí transferido clandestinamente a Afganistán, donde fue interrogado y torturado en una prisión al norte de Kabul (posteriormente el detenido reconoció como autor de los interrogatorios a un miembro de la policía federal alemana). Tras negar el torturado cualquier implicación en los atentados del 11-S, fue puesto en libertad sin cargos, confesando posteriormente el gobierno norteamericano que El-Masri fue confundido con un sospechoso terrorista. Sobre la base de las alegaciones de esta víctima y otros casos que venían a constatar la complicidad alemana en los vuelos de la CIA y en general en la guerra global contra el terrorismo, el Parlamento Alemán creó una comisión de investigación en abril de 2006. La labor de este organismo se ha visto frustrada, ya que el gobierno alemán, además de negar cualquier complicidad en los célebres vuelos, ha negado acceso a archivos clave en la investigación alegando que se trata de secretos de Estado. No obstante el asunto de *Khaled El-Masri* fue denunciado por la fiscalía ante los tribunales de Munich, los cuales acabaron por decretar órdenes de arresto internacional contra 13 agentes de la CIA por su participación en el traslado de la víctima a Afganistán. Ahora bien todo el proceso judicial ha quedado bloqueado por la acción del ejecutivo alemán que se ha negado a tramitar las peticiones de extradición a los Estados Unidos con el fin de evitar disputas diplomáticas⁶⁰.

Idénticos obstáculos políticos ha tenido que afrontar la judicatura italiana en el asunto *Osama Mustafa Hassan Nasr 'Abu Omar'*, egipcio y asilado político en Milán, que fue secuestrado en esta ciudad en febrero de 2003 y conducido a Egipto, donde fue interrogado y torturado durante siete meses. Este caso también fue objeto de una

arrest...It is an altogether different matter for the judicial arm of the state to admit such information as evidence when adjudicating definitively upon the guilt or innocence of a person charged with a criminal offence. In the latter case repugnance to torture demands that proof of facts should be found in more acceptable sources than information extracted by torture.”

⁵⁹ AMNESTY INTERNATIONAL: AI Index: EUR 01/008/2006, *Partners in Crime: Europe's Role in U.S. Rendition*; véase el capítulo 4º, Macedonia, Germany and the case of Khaled el-Masri, 14 de junio de 2006: <http://www.statewatch.org/news/2006/jul/ai-partners-in-crime.pdf>.

⁶⁰ Tanto el caso, como las reacciones políticas al mismo, se encuentran compilados en European Center for Constitutional and Human Rights (ECCHR): *CIA Extraordinary Rendition Flights, Torture And Accountability –A European Approach*, Berlín, 2ª ed., enero 2009, pp. 101-114 y pp. 132-140.

denuncia ante los juzgados de Milán, y tras las investigaciones, la misma fiscalía solicitó la emisión de órdenes de arresto internacional contra 22 agentes de la CIA relacionados con el secuestro y traslado de Abu Omar. De nuevo las peticiones de extradición no fueron cursadas, en este caso, por el Ministro de Justicia italiano, Roberto Castelli. Es más la intromisión del ejecutivo no acabó ahí y el Gobierno de Romano Prodi solicitó al Tribunal Constitucional anular el proceso, al haberse empleado como prueba, documentación clasificada y considerada secreto de Estado⁶¹.

Finalmente debe concluirse que todas estas dificultades se acrecientan, aún más si cabe, si a los presuntos responsables se les imputan crímenes internacionales cometidos en el contexto de la guerra contra el terrorismo, y además son nacionales del país donde se lleva a cabo el proceso judicial. El caso del *Coronel Klein* resulta a estos efectos ilustrativo. Los hechos se remontan al 4 de septiembre de 2009, cuando un ataque de las fuerzas aéreas norteamericanas (ordenado por el Coronel del Ejército Alemán, Georg Klein) se precipitó sobre un enclave de la localidad de Kunduz en Afganistán, en el que murieron 140 afganos, la gran mayoría civiles⁶². El ataque se llevó a cabo a pesar de las advertencias de los pilotos, quienes remarcaron que la ofensiva podía entrañar un grave peligro para la población local. Los riesgos asumidos por el militar alemán y los hechos desencadenados por la decisión fueron considerados como una grave violación del Derecho Internacional Humanitario, según la misma Cruz Roja Internacional. Ante todos estos precedentes, el Fiscal General del Estado Alemán inició una investigación bajo la acusación de haberse cometido crímenes de guerra. Esta loable decisión del ministerio público ha sido archivada a iniciativa propia, negando a la representación procesal de las víctimas afganas el acceso a las pruebas y a los resultados de la investigación, al considerarse una vez más como material “clasificado”. Este posicionamiento de la fiscalía alemana supone un paso más que erosiona, no sólo los derechos de las víctimas de crímenes de guerra, sino el mismo Estado de derecho al interponerse el secreto de Estado sobre el derecho al acceso a la justicia⁶³.

⁶¹ *CIA Extraordinary Rendition Flights, Torture And Accountability*, op. cit., pp. 80-87. American Civil Liberties Union: Document Resources in *El-Masri v Tenet*, en http://www.aclu.org/human-rights_national-security/document-resources-el-masri-v-tenet

⁶² VON DER GROEBEN, CONSTANTIN: “Criminal Responsibility of German Soldiers in Afghanistan: The Case of Colonel Klein”, *German Law Journal*, Vol. 11 n° 5, pp. 469-492.

⁶³ La organización *European Center for Constitutional and Human Rights* que ha actuado en el proceso en defensa de las víctimas afganas, ha denunciado la decisión de la fiscalía alemana considerando que únicamente obedece a motivos políticos. Es más se considera que tal acción constituye un mensaje a la clase militar por la cual Alemania, “does not impose serious legal penalties for the murder of civilians in armed conflict”, http://www.ecchr.org/KUNDUZ_CASES/articles/investigations-and-prosecution.html.

V. EL CONTROL JUDICIAL EN EL CASO ESPAÑOL

De la misma forma la fiscalía y los tribunales españoles tampoco han permanecido ajenos a este tipo de procesos relacionados con ilegalidades cometidas en el desarrollo de la lucha contra el terrorismo internacional. La primera querrela presentada en España ante la Audiencia Nacional relativa a infracciones cometidas como reacción a los atentados del 11-S, se refiere a los hechos relativos a la muerte del periodista español José Couso durante la guerra de Iraq⁶⁴. La iniciativa legal por el asesinato de Couso en Bagdad por tropas estadounidenses fue admitida a trámite el 9 de julio de 2003. Posteriormente, tras haberse dictado órdenes de arresto internacional, la Sala de lo Penal, Sección Segunda de la Audiencia Nacional, archiva el caso mediante auto de 8 de marzo de 2006, el cual fue recurrido en casación. Más tarde la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo⁶⁵ ordenó la reapertura del caso, fundándose en buena medida en la sentencia Guatemala del Tribunal Constitucional⁶⁶. Lo llamativo es que de nuevo el asunto fue archivado por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional el 13 de mayo de 2007 y curiosamente ese mismo día, el Presidente de la Sala, Gómez Bermúdez informaba directamente a la Embajada Estadounidense en Madrid de esta resolución favorable a la parte querellada. Días después, este mismo juez comunicaba al mismo cuerpo diplomático que habían conseguido anular las órdenes de arresto internacional contra los militares implicados en el asesinato⁶⁷.

Otro asunto envuelto en la polémica es el relativo al paso por aeropuertos españoles de los mencionados “vuelos de la CIA”. Incluso con anterioridad a los informes presentados por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, una investigación efectuada por el Diario de Mallorca publicada en marzo del 2005

⁶⁴ SÁNCHEZ PATRÓN, J.M.: “La competencia extraterritorial de la jurisdicción española para investigar y enjuiciar crímenes de guerra: el caso Couso”, REEI, n° 14, (2007).

⁶⁵ Sentencia Tribunal Supremo n° 1240/2006, de 5 de diciembre de 2006.

⁶⁶ El devenir de este proceso en los distintos tribunales españoles, con especial mención a los fundamentos de los recursos, son descritos por el abogado de la familia José Couso y antiguo Fiscal General del Estado, TORRES BOURSALT, LEOPOLDO: “El asunto José Couso. La sanción de los crímenes internacionales en los sistemas nacionales y los mecanismos de cooperación” en CUERDA RIEZU y JIMÉNEZ GARCÍA (directores) en *Nuevos desafíos del Derecho Penal Internacional: Terrorismo, crímenes internacionales y derechos fundamentales*, ed. Tecnos, Madrid, 2009, pp. 237-260.

⁶⁷ EUROPA PRESS: “Denuncian a Gómez Bermúdez ante el CGPJ por ser “topo” de EE.UU. en el “caso Couso”, 2 diciembre 2010, en <http://www.europapress.es/nacional/noticia-wikileaks-denuncian-gomez-bermudez-cgpi-ser-topo-eeuu-caso-couso-20101202134307.html>. Además “el presidente de lo Penal de la Audiencia Nacional le dijo a su interlocutor que se había decretado el archivo por sobreseimiento provisional en vez de hacerlo por sobreseimiento libre en beneficio de la parte americana, para impedir que se pudiera recurrir el fallo ante el Tribunal Supremo, según puede leerse en los cables.”

constataron la escala de estas aeronaves en el aeropuerto de la capital balear; información que sirvió de base para una denuncia ante la fiscalía de los juzgados de Palma, la cual archivó el caso. Meses más tarde ante las nuevas revelaciones diseminadas a nivel europeo sobre estos vuelos, se presentó una querrela en los juzgados de Mallorca, que fue remitida a la Audiencia Nacional. La investigación abierta el 12 de junio de 2006 por el juez Ismael Moreno se centraba en 27 vuelos secretos efectuados con base en aeropuertos españoles entre 2003 y 2005, esto es, durante el gobierno de Aznar. Curiosamente y a primera vista, el fiscal en este asunto ha desempeñado un papel más activo, exigiendo la desclasificación de documentos en los cuales se proclamaba la voluntad del anterior Presidente Aznar de cooperar con la Casa Blanca en las operaciones de inteligencia tras el 11-S⁶⁸. Es más, el ministerio público ha llegado a solicitar el arresto de 13 espías involucrados en los vuelos de la CIA⁶⁹. El juez de la Audiencia Nacional accedió a la primera petición de la fiscalía y en un aparente ejercicio de neutralidad e imparcialidad, el 9 de mayo de 2007, el Consejo de Ministros presidido por Zapatero ordenó la desclasificación de documentos relativos a la causa. No obstante, los documentos que remitió el CNI al Juzgado Central de Instrucción nº 2 de la Audiencia Nacional, “no sólo estaban llenos de tachaduras, sino que se limitaban a analizar viejas informaciones de prensa sobre el tema” y en definitiva en los mismos se concluía “que no hay dato alguno que suponga vinculación directa de los aviones con organismos oficiales de EE.UU.”⁷⁰

A todo este tortuoso periplo judicial se sumaron dos causas relacionadas con la prisión de Guantánamo. La primera de ellas ha estado siendo investigada por el Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional, bajo la entonces titularidad del Juez Baltasar Garzón, el cual admitió la causa relativa a cuatro presos torturados en la base norteamericana de Cuba, *Hamed Abderraman Ahmed, Ikassrien Lahcen, Jamiel Abdul Latif Al Banna y Omar Deghaye* ⁷¹. El segundo asunto denominado *los Seis de Bush*, que investiga Eloy Velasco del Juzgado Central de Instrucción nº 6 de la Audiencia Nacional se dirige contra seis antiguos altos cargos del

⁶⁸ GONZÁLEZ, MIGUEL: “Vuelos de la CIA: ni ver, ni oír, ni preguntar. El servicio secreto español fue el primero en ponerse a disposición de EEUU el 11-S, pero éste no le informó de sus actividades”, *El País*, 18 de junio de 2006.

⁶⁹ ALTOZANO, MANUEL: “El fiscal solicita el arresto de 13 espías de EEUU que tripularon los vuelos de la CIA”, *El País*, 12 de mayo de 2010.

⁷⁰ YÁRNOZ, C.: “EE.UU. maniobró en la Audiencia Nacional para frenar casos. La embajada intentó boicotear las causas Guantánamo, Couso y vuelos de la CIA. Políticos y fiscales españoles colaboraron en la estrategia”, *El País*, 30 de noviembre de 2010.

⁷¹ Auto de 27 de abril de 2009, Diligencias Previas 150/2009, Juzgado Central de Instrucción nº 5, Audiencia Nacional.

equipo legal de Bush (entre los que destaca el antiguo Ministro de Justicia Norteamericano, Alberto Gonzáles) que orquestaron el establecimiento del limbo jurídico de Guantánamo⁷².

Ante todos estos precedentes, los dictados de la *real politik* emanados de una lucha contra el terrorismo donde “todo vale” se fueron imponiendo sobre las reacciones propias de un Estado de derecho. En efecto, ya desde sus inicios el gobierno norteamericano de Obama se opuso con firmeza a las investigaciones de los jueces Baltasar Garzón y Eloy Velasco sobre distintos casos de tortura en Guantánamo. Siendo así, y siguiendo los dictámenes del ejecutivo, el fiscal jefe de la Audiencia Nacional, Javier Zaragoza, tras reunirse con el consejero político de la Embajada de los Estados Unidos solicitó en un informe, la inadmisión a trámite de estas querellas⁷³; hechos que posteriormente han sido constatados por los cables desvelados por Wikileaks⁷⁴. Asimismo como ya se ha indicado, idénticos obstáculos provenientes de la esfera política encontraron las investigaciones de los vuelos de la CIA y el caso Couso⁷⁵, donde de nuevo las revelaciones de Wikileaks constatan la colaboración de la anterior Vicepresidenta, María Teresa Fernández de la Vega, junto con Ministros españoles, como el de entonces de Exteriores Moratinos, y el Fiscal General del Estado, Conde Pumpido, con el Embajador de Estados Unidos en Madrid, el cual constata que el apoyo español encontrado para frenar los casos era “total”⁷⁶.

⁷² Auto de 4 de mayo de 2009, Diligencias Previas 134/2009, Juzgado Central de Instrucción nº 6, Audiencia Nacional.

⁷³ YOLDI, J.: “El fiscal rechaza investigar Guantánamo tras hablar con Estados Unidos”, El País, 18 abril 2009.

⁷⁴ “Cable en el que se critican las acusaciones a mandos de EE UU por torturas en Guantánamo. El embajador de Madrid informa a Napolitano, ante una visita en 2009, sobre las relaciones con España y la cuestión "irritante" de intentar procesar a varios oficiales.”, El País, 30 de noviembre de 2010, http://www.elpais.com/articulo/espana/Cable/critican/acusaciones/mandos/EE/UU/torturas/Guantanamo/elpepuesp/20101130elpepunac_17/Tes

⁷⁵ “Cable sobre el seguimiento del Gobierno español del 'caso Couso’”, El País, 30 de noviembre de 2010, http://www.elpais.com/articulo/espana/Cable/seguimiento/Gobierno/espanol/caso/Couso/elpepuesp/20101130elpepunac_14/Tes.

⁷⁶ Carlos Yarnoz, “EE UU maniobró en la Audiencia Nacional para frenar casos. La embajada intentó boicotear las causas 'Guantánamo', 'Couso' y 'vuelos de la CIA'.- Políticos y fiscales españoles colaboraron en la estrategia”, El País, 30 de noviembre de 2010, en http://www.elpais.com/articulo/espana/EE/UU/maniobro/Audiencia/Nacional/frenar/casos/elpepuesp/20101130elpepunac_1/Tes. Mónica Ceberio Belaza, “Los ministros españoles trabajan para que no prosperen las órdenes de detención.”. “EE UU contaba con el Gobierno y los fiscales para cerrar el 'caso Couso'.- Un cable de la Embajada de Estados Unidos afirma que Conde-Pumpido dijo a Aguirre que hacía lo que podía para el archivo de la causa por la muerte en Bagdad del cámara de Telecinco.- 'Moratinos asegura que la vicepresidenta De la Vega se ha implicado en el asunto'”, El País, 30 de noviembre de 2010, en http://www.elpais.com/articulo/espana/ministros/espanoles/trabajan/prosperen/ordenes/detencion/elpepuesp/20101130elpepunac_35/Tes: “Conseguir el archivo del caso Couso en la Audiencia Nacional ha sido uno de los objetivos prioritarios de la Embajada de Estados Unidos en Madrid durante los últimos siete

Junto a estas interferencias en lo judicial, el ejecutivo español decidió abrir otro frente a nivel legislativo. Este nuevo camino comenzó a allanarse por Carlos Dívar, presidente del Consejo General del Poder Judicial, que aseguró que España no podía convertirse en el “gendarme judicial del mundo”⁷⁷. Con idéntico propósito, anunciando el preludio de la reforma de la justicia universal, el Fiscal General del Estado, Conde Pumpido, calificó este tipo de iniciativas legales ante los jueces de la Audiencia Nacional, como “juguetes en manos de personas que buscan protagonismo”⁷⁸. Días después se iniciaba el trámite parlamentario que iba a enmendar el controvertido artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ).

El efecto pretendido no se hizo esperar. Cuando entra en vigor el nuevo artículo 23.4 LOPJ, tras la publicación en el BOE en noviembre de 2009, en la Audiencia Nacional había abiertas trece causas en aplicación del principio de jurisdicción universal. De entre ellas, “se piensa que podía servir la reforma para archivar cinco, (...) precisamente las más políticamente espinosas”⁷⁹. Todas ellas afectan a dirigentes y mandos militares de las dos principales potencias mundiales que se sientan de forma permanente en el Consejo de Seguridad: China y los Estados Unidos. A las dos causas por el genocidio cometido en Tíbet y contra el grupo religioso Falun Gong, se suman los mencionados casos de víctimas de Guantánamo y el dirigido contra seis miembros del equipo de Bush. Sobre esta última causa debe remarcarse que la parte demandante ha presentando nuevas pruebas relativas a la interferencia política y de la fiscalía en el proceso, tal y como desvelan los cables publicados por Wikileaks; lo cual puede dar un

años. En su lucha diplomática, la legación presionó en dos direcciones. Por un lado, mantuvo contactos con miembros del Ejecutivo: con la entonces vicepresidenta, María Teresa Fernández de la Vega; con los ministros de Justicia y Asuntos Exteriores en ese momento, Juan Fernando López Aguilar y Miguel Ángel Moratinos, y con el secretario de Estado de Justicia, Julio Pérez Hernández. Por otro, se dirigió directamente al fiscal general del Estado, Cándido Conde-Pumpido, y al fiscal jefe de la Audiencia Nacional, Javier Zaragoza. El apoyo del Ejecutivo español, según la embajada estadounidense, era total”.

⁷⁷ Dívar, sobre la jurisdicción universal: “No somos los gendarmes del mundo” El presidente del CGPJ quiere reformar esta ley, *El Mundo*, 4 de mayo de 2009. “En su opinión, la ley tendría que referirse a aspectos más concretos en los que se trate de intereses españoles en el extranjero que no hayan sido suficientemente protegidos o de determinados crímenes que no hayan sido objeto de ninguna intervención en esos países”.

<http://www.elmundo.es/elmundo/2009/05/04/espana/1241452393.html>

⁷⁸ Aranzadi Civitas, “Conde-Pumpido anuncia que la fiscalía no apoyará la querrela contra los asesores de Bush que idearon Guantánamo”, 17 de abril de 2009 en <http://www.aranzadi.es/index.php/informacion-juridica/noticias/conde-pumpido-anuncia-que-la-fiscalia-no-apoyara-la-querrela-contra-los-asesores-de-bush-que-idearon-guantanamo>

⁷⁹ ROLDÁN BARBERO, J.: “La política exterior española en materia de derechos humanos”, en C. Ramón Chornet, *Estabilidad internacional, conflictos armados y protección de los derechos humanos*, Valencia, 2010, 253-292, p. 276.

giro al proceso⁸⁰. Del mismo modo se han ido sumando evidencias relativas a las interferencias sobre el proceso de los cuatro torturados en Guantánamo⁸¹.

Las reacciones al cambio legal pueden afectar al otro asunto que implica al gobierno estadounidense, ya que mediante providencia de 7 de abril de 2010, el juez Eloy Velasco, instructor del caso contra responsables del gobierno de Bush⁸², tomando nota del cambio de “los requisitos de perseguibilidad de los llamados delitos de persecución universal” ha solicitado a las partes si hay motivos para continuar con la investigación. En respuesta a esta solicitud, la *Opinión de Experto Conjunta* planteada al juez, considera que esa conexión, no sólo se desprende de la nacionalidad española de una víctima torturada, sino del interés de España en la persecución de crímenes internacionales al ser parte de tratados internacionales, tales como la Convención contra la Tortura (1984) y los Convenios de Ginebra (1949)⁸³.

Resulta llamativo que cuando los perseguidos por crímenes internacionales cometidos en el contexto de la guerra global contra el terrorismo son los gobernantes de los países más poderosos, haya que limitar de forma súbita las leyes de justicia universal que exigen responsabilidades penales a los infractores de las mismas;

⁸⁰ CENTER FOR CONSTITUTIONAL RIGHTS, *Joint Expert Opinion*, 11 diciembre 2010, Juzgado Central de Instrucción nº 6, Diligencias Previas 134/09. En este documento se describen dichas interferencias en la justicia, y se adjuntan copias de los cables. Los mismos hacen referencia a los casos de Couso y Vuelos de la CIA, y pueden afectar de la misma forma al desarrollo de los mismos en la Audiencia Nacional, 07MADRID1805/122552, 18 Sept. 2007 (discussing meeting between U.S. Embassy staff in Madrid and Javier Zaragoza to discuss proceedings in Spain against former Guantánamo detainees); 07MADRID82/92692, 16 Jan. 2007, 07MADRID101/93036 18 Jan. 2007, 07MADRID141/94177 26 Jan. 2007, and 07MADRID911, 14 May 2007/12958 (discussing meeting between U.S. officials and Spanish officials, including Attorney General and Chief Prosecutor, regarding Couso case); 06MADRID3104/91121, 28 Dec. 2006 (discussing the rendition case pending before Judge Moreno).

⁸¹ CUÉ, C.E.: “Zaragoza tiene una estrategia para torcer el brazo a Garzón en el 'caso Guantánamo. El fiscal jefe de la Audiencia Nacional estudió tres veces con EE UU los pasos a seguir para lograr archivar la causa”, El País 30 de diciembre de 2010, http://wap.elpais.com/index.php?module=elp_gen&page=elp_gen_noticia&idNoticia=20101130elpunac_37.Tes&seccion=nac. “El primer paso de la embajada recogido por los cables confidenciales se remonta al 31 de marzo de 2009 . Ese día los diplomáticos contactaron con el jefe de Gabinete del entonces ministro de Asuntos Exteriores, Miguel Ángel Moratinos, Agustín Santos, para decirle que el Gobierno de EE UU consideraba “un problema serio” que se abriera una causa en España por las supuestas torturas en Guantánamo. Acto seguido, los funcionarios estadounidenses se centraron en el fiscal jefe de la Audiencia Nacional, Javier Zaragoza. William Duncan, consejero político de la embajada, y una asesora jurídica fueron a verle a su despacho de la Audiencia, en la calle de Génova, el 1 de abril de 2009. “Nos explicó que él decidiría si había que abrir una causa criminal. Las pruebas estaban encima de la mesa de su despacho en cuatro carpetas rojas de un pie de altura”, describe Duncan en un cable fechado ese mismo día.”

⁸² Providencia de 7 de abril de 2010, Diligencias Previas 134/2009, Juzgado Central de Instrucción nº 6, Audiencia Nacional.

⁸³ *Opinión de Experto Conjunta* de M. Ratner, K. Gallagher del Center for Constitutional Rights, W. Kalleck y G. Sullivan del European Center for Constitutional and Human Rights, de 23 de abril de 2010, Diligencias Previas 134/2009, Juzgado Central de Instrucción nº 6, Audiencia Nacional.

sorprende que esto sea así, ya que entre otros, la Comisión de Venecia y el Parlamento Europeo no han dudado en exigir que los abusos de la lucha antiterrorista sean llevados ante los tribunales de justicia. Pero como se ha visto, lo sucedido en España y que viene a cuestionar de forma global el imperio de la ley, no es un caso único; así por ejemplo en 2003, Bélgica hizo lo propio, cuando un juzgado de ese país perseguía al máximo dignatario israelí, Ariel Sharon, por los ataques contra los campos de refugiados de Sabra y Shatila, cerca de Beirut⁸⁴. Además a estas lagunas en la aplicación de la justicia universal en los tribunales nacionales, se añade la imposibilidad de perseguir a los mandatarios de estos mismos países poderosos en el Tribunal Penal Internacional, al no haber suscrito el Estatuto de Roma. Por todo ello no es de extrañar que el empleo selectivo de la justicia universal y el Derecho Penal Internacional (sobretudo focalizado en casos africanos) haya sido calificado de una nueva forma de “neo-colonialismo”⁸⁵. Parece que exista un doble rasero en la persecución de la criminalidad internacional, y que en cambio, no origine enfrentamientos diplomáticos, ni controversias jurídicas, si únicamente se trata de perseguir casos, como los relativos a la piratería en aguas del Índico⁸⁶.

VI. CONCLUSIONES: EL CUESTIONAMIENTO DE LOS VALORES DEMOCRÁTICOS

De todo lo acontecido desde el fatídico 11-S se puede constatar un alto de grado de divergencia entre los grandilocuentes propósitos emanados de las Naciones Unidas y de otros organismos europeos y la realidad de los hechos. Los vuelos de la CIA, la estrecha cooperación de los servicios de inteligencia europeos con los estadounidenses y todo ello de forma secreta, respaldado al más alto nivel por nuestros gobernantes, (como queda perfectamente escenificado en la “cena del gorila”) constituyen elementos que no parecen ajustarse al valor inviolable y absoluto de los derechos humanos que enarbolaban los mismos dirigentes en otros foros públicos. Siendo así, no sorprende

⁸⁴ HALBERSTAM, MALVINA: “Belgium’s Universal Jurisdiction Law: Vindication of International Justice or Pursuit of Politics?”, *Cardozo Law Review* 25 (2003), 247-266. HUMAN RIGHTS WATCH, “Belgium universal jurisdiction law repealed”, 1 de agosto de 2003.

⁸⁵ MUSONI, E.: “AU Justice Ministres protest abuse of universal jurisdiction”, 5 noviembre 2008, en www.allafrica.com/stories/200811050742.html.

⁸⁶ Con este propósito se ha extendido el principio de jurisdicción universal en Kenya para posibilitar que los tribunales de este país africano pueden enjuiciar a piratas capturados por terceros países más allá de las aguas territoriales de Somalia, Kenya Merchant Shipping Act, Section 369 (4) (a), estipula que la piratería es un crimen “whether the ship (...) is in Kenya or elsewhere or whatever the nationality of the person committing the act.”

que se haya acusado a la UE de ser la “leal escudera de EEUU” en la nueva estrategia de Washington que incluye “la noción de defensa preventiva como tarea primordial”⁸⁷.

Pero es que además esa disfuncionalidad en el seno de los gobiernos europeos en los que, públicamente se han negado en los parlamentos evidencias de estos abusos, mientras los servicios de inteligencia actuaban violando los derechos más elementales de la persona, han llegado a contaminar los procesos judiciales. Las interferencias de los ejecutivos europeos en la administración de justicia, bloqueando peticiones de extradición y orquestando con la diplomacia norteamericana la sistemática oposición de los fiscales a estas tentativas judiciales de corregir los excesos cometidos, apuntan a una flagrante erosión del Estado de derecho. Efectivamente como apuntó el Presidente del Comité Europeo para la prevención de la Tortura, los excesos ilegales en la lucha contra el terrorismo internacional “*would be to sink to the level of the terrorist and could only undermine the foundations of our democratic societies*”⁸⁸.

Advirtiendo de este grave riesgo para nuestras democracias, y tal y como advierte la Comisión Venecia, debe constantemente recordarse que “la seguridad y los derechos fundamentales no son valores en competencia; sino que son la precondition uno del otro”⁸⁹. Y en este sentido la mejor manera de luchar contra el terrorismo es defendiendo a ultranza los derechos humanos y el imperio de la ley. De lo contrario como concluye la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en su resolución de 2 de octubre de 2008, “la injusticia alimenta el terrorismo y socava la legitimidad de su lucha.”⁹⁰

Es más, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado de forma tajante en la materia, argumentando que incluso cuando la seguridad nacional se vea amenazada, todas las medidas que puedan afectar a la vulneración de los derechos humanos deben ser sometidas de forma independiente al escrutinio judicial⁹¹. El

⁸⁷ RAMON CHORNET, C. y DE LUCAS, J.: *Querela pacis, perpetua? Una reivindicación del Derecho Internacional*, op. cit. p. 160.

⁸⁸ Statement to the Ministers’ Deputies on 4 October 2001, CoE doc CPT/Inf (2001) 24, citado en EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION): Study no. 500/2008, CDL-AD(2010)022, *Report on counter-terrorism measures and human rights*, op. cit. p. 20.

⁸⁹ VENICE COMMISSION: CDL-AD(2006) 015.

⁹⁰ Parliamentary Assembly of the Council of Europe: Resolution 1634 (2008) on the “Proposed law on forty-two-day pre-charge detention in the United Kingdom”, 2 October 2008: “terrorism can and must be fought with means that fully respect human rights and the rule of law, excluding all forms of arbitrariness. Injustice breeds terrorism and undermines the legitimacy of the fight against it”

⁹¹ TEDH: Caso *Al-Nashif c. Bulgaria*, 20 junio 2002, párrafos 94, 123-124.

problema es que ante los mismos tribunales de justicia se han traspasado unas fronteras que debieran haber sido infranqueables.

Sobre la base de todos estos presupuestos de hecho, se puede concluir que la lucha contra el terrorismo internacional no sólo no ha quedado sujeta al imperio de la ley, sino que esas flagrantes vulneraciones de derechos fundamentales provocan más ira en las víctimas y colectivos, lo cual directamente aviva más las causas que desencadenan los atentados terroristas⁹². Y en consecuencia, el círculo vicioso y destructivo de la espiral de la violencia se radicaliza y se retroalimenta, y con ello la estrategia mundial contra el terrorismo jamás podrá obtener los resultados pretendidos de la seguridad; si es que realmente estos fueron los auténticos y originarios objetivos. En definitiva, ¿se ha luchado más contra los efectos del terrorismo o se han avivado más sus causas?

⁹² HELMUS, T.C.: “Why and How Some People Become Terrorists,” en *Social Science for Counterterrorism: Putting the Pieces Together*, Rand National Defense Research Institute, www.rand.org/pubs/monographs/2009/RAND_MG849.pdf