



**AUDIENCIA NACIONAL**  
**SALA DE LO PENAL**  
**SECCIÓN SEGUNDA**

N.I.G.: 28079 27 2 2009 0002067

ROLLO DE SALA: APELACION CONTRA AUTOS 321/2015

PROCEDIMIENTO DE ORIGEN: SUMARIO (PROC.ORDINARIO) 2/2014

ÓRGANO DE ORIGEN: JUZGADO CENTRAL INSTRUCCION nº 5

**AUTO**

**MAGISTRADOS**

**ILMOS. SRES.:**

**Doña Concepción Espejel Jorquera**

**Don Ángel Hurtado Adrián**

**Don Julio de Diego López**

En Madrid, a 17 de noviembre de 2015

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** En Sumario 2/2014 del Juzgado Central de Instrucción número 5, con fecha 17 de julio de 2015 fue dictado auto en el que se acordó denegar la práctica de diligencias de investigación solicitadas por la representación de JAMIEL ABDUL LATIF AL BANNA, OMAR DEGHAYES, CENTER FOR CONSTITUTIONAL RIGHTS DE NUEVA YORK, y el EUROPEAN CENTER FOR CONSTITUTIONAL AND HUMAN RIGHTS DE BERLIN, consistentes en averiguar la identidad de los agentes de policía del CNP que se desplazaron al Centro de Detención de Guantánamo con el fin de interrogar a varios de los allí detenidos durante los días 22 y 23 de julio de 2002, y que se les cite seguidamente en calidad de imputados.



**SEGUNDO.-** Por el Procurador D. Javier Fernández Estrada, en representación de los citados JAMIEL ABDUL LATIF AL BANNA, OMAR DEGHAYES, CENTER FOR CONSTITUTIONAL RIGHTS DE NUEVA YORK, y el EUROPEAN CENTER FOR CONSTITUTIONAL AND HUMAN RIGHTS DE BERLIN, fue interpuesto recurso de reforma contra dicha resolución; siendo dictado con fecha 2 de septiembre de 2015 auto por el Juzgado Instructor desestimando el recurso de reforma planteado.

**TERCERO.-** Por la mencionada representación fue interpuesto recurso de apelación contra dicha resolución, a cuyo recurso se adhirió la representación procesal de IZQUIERDA UNIDA, ASOCIACION LIBRE DE ABOGADOS y ASOCIACION PRO DERECHOS HUMANOS DE ESPAÑA.

**CUARTO.-** El Ministerio Fiscal interesó la desestimación del recurso presentado.

**QUINTO.-** Formado rollo de apelación, fue designada Ponente Doña Concepción Espejel Jorquera; señalándose para la vista el día 10 de noviembre de 2015, en cuyo acto informaron los recurrentes y el Ministerio Fiscal en apoyo de sus respectivas pretensiones.

#### **RAZONAMIENTOS JURÍDICOS**

**PRIMERO.-** Reproducen las partes recurrentes los argumentos en que sustentaban su petición inicial y el recurso de reforma interpuesto contra la denegación de las diligencias de investigación solicitadas, los cuales fueron pormenorizadamente respondidos por el Juez Instructor, cuyos razonamientos esta Sala comparte íntegramente; limitándose los apelantes a enunciar su discrepancia respecto de tales consideraciones; indicando que las resoluciones impugnadas parten de premisas



falsas, pero sin ofrecer, y menos aún, aportar indicio alguno que evidencie el pretendido error del Instructor; no bastando la mera cita genérica del deber de investigar, en el que pretenden amparar la citación en calidad de imputados de los funcionarios que tomaron en el año 2002 unas declaraciones a los ahora impugnantes, pese a reconocer, como lo hacen en el escrito de recurso, que no existen datos que permitan inferir ni a título indiciario la posible participación en las torturas de los funcionarios que llevaron a cabo su actuación conforme a los órdenes recibidas de sus superiores y que dieron reiterada cuenta ante los Órganos jurisdiccionales competentes, los cuales, de haber apreciado alguna conducta activa u omisiva que pudiera incardinarse en el ámbito penal de dichos agentes, hubieren deducido los oportunos testimonios de particulares para su investigación.

Como recuerda el Instructor, ni el Juez Central, ni la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, ni la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, ni el Ministerio Fiscal, ni ninguna de las representaciones de los entonces acusados y perjudicados en la presente causa, detectaron en relación con los agentes de la UCIE indicio alguno de tal eventual autoría, participación, colaboración o amparo incluso en relación con la situación existente en Guantánamo, ni tampoco que alegaron que pudieran aportar conocimiento testifical alguno sobre tales circunstancias.

En esta situación, hemos de avanzar que la denegación de la citación en calidad de imputados de funcionarios respecto de los cuales no existe ningún dato que ampare tal decisión en modo alguno puede vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva de las acusaciones, el cual no comprende el de obtener una decisión acorde con las pretensiones formuladas, ni ampara una determinada interpretación de las normas aplicables al caso, sino únicamente el de recibir una respuesta judicial a sus pretensiones, motivada y fundada en Derecho, S.T.C. 11-11-1996, que cita las



Ss.T.C.9/1981, 33/1988, 133/1989, 18/1990, 52/1992 y 111/1995, y en análogo sentido Ss.T.C. 15-1-1998, 20-9-1993. Igualmente ATC 246/2007 de 22 mayo, que cita las SSTC 106/2005, de 9 de mayo y 196/2005, de 18 de junio, respuesta fundada que ha sido dada por el Juez a quo, tanto en el auto de denegación de las diligencias como en el desestimatorio del recurso de reforma, cuyos argumentos damos por enteramente reproducidos.

**SEGUNDO.-** Por otro lado, procede recordar que es copiosa la doctrina del TS y del TC que declara que el derecho a la prueba no es absoluto, ni incondicionado, ni desapodera a los Jueces de sus facultades para valorar la pertinencia, necesidad y posibilidad de práctica de las pruebas propuestas, procediendo, en consecuencia, a su admisión o rechazo. (SSTS 27 de enero de 2014, 7 marzo 2013 y 21 octubre 2008). De modo que el órgano judicial no tiene que admitir todas las solicitadas por las partes, ni viene obligado a practicar íntegramente las admitidas, dado que, con referencia a las primeras, los medios propuestos han de ser pertinentes, esto es, aptos para dar resultados útiles, oportunos, adecuados y, en cuanto a las segundas, han de ser necesarios, esto es, indispensables, forzosos, cuya práctica resulte obligada para evitar que pueda causarse indefensión (STS 4 de junio de 2014). En esa línea se pronuncian el ATC 228/2008 de 21 julio y la STC 208/2007, de 24 de septiembre, que añaden que corresponde a los órganos judiciales el examen sobre la necesidad y pertinencia de las pruebas solicitadas y que no toda irregularidad u omisión procesal en materia de prueba (referida a su admisión, práctica, valoración, etc.) causa por sí misma indefensión constitucionalmente relevante, pues la garantía constitucional contenida en el art. 24.2 CE únicamente cubre aquellos supuestos en que la prueba es decisiva en términos de defensa, de manera que, de haberse practicado la omitida o si se hubiese practicado correctamente la admitida, la resolución final del proceso hubiera podido ser distinta; por lo que el recurrente ha de



argumentar de modo convincente que la resolución final del proceso podría haberle sido favorable de haberse aceptado y practicado la prueba objeto de la controversia, STS 28 de abril de 2014 y STC 142/2012 de 2 julio, que cita la STC 14/2001, de 28 de febrero . Requisito de indefensión material y necesidad de que la actividad no practicada y solicitada en tiempo y forma sea potencialmente trascendente para la resolución del conflicto que reitera el ATS 13 septiembre de 2012, que cita las SsTS 24 de septiembre de 2004 y 23 de junio de 2003 y las SsTS 12 de mayo de 2015, 19 de junio de 2012. Requisito de indefensión material y necesidad de que la actividad no practicada y solicitada en tiempo y forma sea potencialmente trascendente para la resolución del conflicto que reitera el ATS 13 septiembre de 2012, que cita las SsTS 24 de septiembre de 2004 y 23 de junio de 2003.

En el supuesto que nos ocupa, como razonan tanto el Instructor como el Ministerio Fiscal, no concurren los referidos requisitos de pertinencia e imprescindibilidad, los cuales han de ser examinados a la vista del objeto de las Diligencias y del ámbito de los sujetos contra los que se dirige el procedimiento, que quedó delimitado a "las personas que tuvieran bajo su guardia y custodia a los detenidos, las que autorizaron o practicaron los actos que se describen, miembros todos ellos del Ejército Norteamericano o de la Inteligencia Militar, y todos aquellos que ejecutaron y/o diseñaron un plan sistemático de torturas o malos tratos inhumanos o degradantes en contra de los prisioneros que tenían bajo su custodia y que habían sido capturados en el marco del conflicto armado declarado en Afganistán y a los que se acusaba de terroristas".

Frente a lo invocado por los recurrentes, los funcionarios a los que se trata de imputar, no tuvieron personalmente bajo su guarda y custodia a los detenidos a los



que interrogaron; no autorizaron ni practicaron los actos de tortura que se describen en la querrela; no diseñaron ni ejecutaron un plan sistemático de torturas o malos tratos inhumanos o degradantes en contra de los prisioneros; no tuvieron responsabilidad alguna sobre la custodia de todos los prisioneros que estaban en el Centro de Detención; ni participaron en su captura, detención y traslado hasta dicho Centro.

Tampoco se aporta indicio objetivo alguno de que durante los dos días que estuvieron en la Base Militar de Guantánamo, los agentes de la UCIE cooperaran, apoyaran, ayudaran, auxiliaran o colaboraran en forma alguna con quienes tenían la custodia de estas personas, o con quienes pudieran haber intervenido en la práctica de actos de tortura, en la ejecución de torturas o malos tratos inhumanos, en el diseño de planes sistemáticos con tal finalidad, o en la captura, detención y traslado a dicho Centro.

Tampoco se ofrece dato alguno que ampare la mera presunción efectuada por los impugnantes de que los agentes amparasen de forma alguna la comisión de actos de tortura o malos tratos. Es más, nada corrobora la gratuita afirmación de que los funcionarios españoles tuvieran conocimiento de las concretas circunstancias en que tuvo lugar la detención de los querellantes y su traslado a Guantánamo, ni de los hechos que pudieron tener lugar durante su permanencia en la base naval; conocimiento que no resulta del único hecho objetivo acreditado, a saber, que durante los días 22 y 23 de julio de 2002 aquellos sometieron a los querellantes a un interrogatorio voluntariamente aceptado, sobre cuestiones muy concretas para las que fueron comisionados.

El hecho de que los interrogatorios llevados a cabo por dos agentes policiales españoles fueren declarados nulos por



el TS, que razonó que la declaración "carece de valor probatorio en sí misma" porque "se llevó a cabo fuera del ámbito del proceso penal ya existente y sin que fuera instruido de sus derechos como imputado y estando privado de ser asistido de letrado", no comporta la intervención activa u omisiva de los funcionarios en los delitos de tortura, máxime cuando, como declaró la propia Sentencia, los entonces detenidos se prestaron voluntariamente a contestar a las preguntas de los agentes policiales, conforme declararon no solo los policías sino el propio el interesado al recibirse la declaración indagatoria en el Juzgado Central de Instrucción número 5.

Como se ha apuntado, lo único que consta es que los agentes se desplazaron a Guantánamo a tomar declaraciones puntuales sobre cuestiones muy específicas, en el marco de los mecanismos de cooperación internacional contemplados en los Tratados de Asistencia Penal suscritos con Estados Unidos. Además, interrogaron a los internos en presencia de un agente diplomático español y cuando regresaron a España reportaron inmediatamente sobre el resultado de su misión y prestaron reiteradas y amplias declaraciones judiciales sobre tales hechos; narrando lo acontecido y contestando a todas las preguntas que la fueron formuladas por quienes tomaron parte en tales declaraciones.

De ello se infiere que, no solo no existen indicios de que los funcionarios a los que se solicita imputar intervinieran activamente en las torturas denunciadas, sino que tampoco se aporta dato alguno que permitiera plantear la modalidad de comisión por omisión prevista en el art. 176 del C.P., tipo que exige el conocimiento de de la conducta generadora del deber de actuar, la posibilidad de actuar y la omisión de la conducta debida.



Como señaló el Ministerio Fiscal en sus informes, los agentes, que se limitaron a desplazarse a tomar unas declaraciones que prestaron voluntariamente los detenidos en la Base Militar, no infringieron un presunto deber de vigilancia que compete a los superiores jerárquicos de los causantes de los malos tratos; no ostentaban posición alguna de garantes respecto de los detenidos, que lo fueron por parte de las fuerzas militares norteamericanas; encontrándose recluidos en un recinto bajo la custodia de las mismas fuerzas, sobre las que ninguna facultad de decisión tenían. No se ofrece ningún dato que abone un eventual "consentimiento o aquiescencia" de los funcionarios españoles, los cuales, a mayor abundamiento, carecían de ninguna otra relación orgánica y funcional con los militares que llevaron a cabo las detenciones y que ostentaban la custodia de los detenidos. Por ello carecían de un deber específico de actuar oponiéndose activamente al internamiento de los querellantes; no encontrándose siquiera en condiciones reales de impedirlo o no permitirlo, como apunta el Instructor.

Procede recordar, como señala el auto resolutorio del recurso de reforma, que no existe indicio alguno de la concurrencia de los requisitos exigibles para el perfeccionamiento del delito, a los que se refiere la STS 19/2015, de 22 de enero.

Tampoco se infiere de la mera circunstancia de haber tomado declaraciones puntuales dos días del mes de julio de 2002 a personas detenidas en Guantánamo ni el conocimiento de las actuaciones delictuales que allí se cometían, ni el dolo reforzado exigido por el tipo del art. 408 CP, que requiere que el funcionario conozca la comisión de un hecho delictivo y que, no obstante, y de forma maliciosa, se abstenga de



realizar lo que el Ordenamiento le exige realice, esto es, su persecución.

Nada apunta a que ello pueda predicarse respecto de dos agentes que practicaron las declaraciones avalados por los mecanismos de cooperación internacional contemplados en los Tratados de Asistencia Penal firmados con Estados Unidos y en virtud de la decisión adoptada por su superiores jerárquicos, lo que excluye la conciencia de la ilicitud de la conducta de los custodios de los querellantes en la base de Guantánamo.

Como indica el Instructor, entre las tareas de los agentes no estaba en absoluto inspeccionar, verificar o evaluar las condiciones en que se producía el internamiento de los reclusos en la Basa Militar americana; no consta que directa o indirectamente realizaran estas actividades; que interrogaran a los querellantes sobre estas circunstancias ni que los querellantes les informaran de las condiciones en que se estaba produciendo su internamiento.

Considera igualmente esta Sala que, como indica el auto recurrido, es sumamente relevante que los agentes dieran oportuna cuenta de toda la información obtenida, sometiéndose reiteradamente a "extensas declaraciones judiciales" sobre todo lo que pudieron haber observado durante su estancia en Guantánamo y, lo que es esencial, que ni entonces, ni durante los trece años siguientes, les fuera demandada por autoridad o funcionario alguno, o por los propios querellantes, información adicional sobre lo acontecido en esos dos días, lo que excluye el más leve indicio de que los agentes incurrieran en dejación de funciones patente, manifiesta y total, o que tuvieran la maliciosa intención de torcer el Derecho, omitiendo la obligación de perseguir un delito.



**TERCERO.-** Finalmente, es de recordar que del art. 622 LECR se infiere que, cuando se hayan reunido los elementos suficientes para hacer la calificación de los hechos y poder entrar en el trámite del juicio oral, "sin más dilaciones" se remitirán las actuaciones al Tribunal competente, precepto que, además, apunta a que la valoración acerca de tal extremo compete al Juez de Instrucción; señalando que, si el Juez Instructor considerase terminado el Sumario, lo declarará así; mandando remitir los autos y las piezas de convicción al Tribunal competente para conocer el delito.

En consecuencia, una vez practicadas las diligencias esenciales suficientes a los fines indicados, deberá concluirse la fase instructora, evitando dilaciones indebidas, lo que redundará en beneficio de todas las partes.

Dado el objeto de las presentes actuaciones, no cabe admitir que en el caso examinado las diligencias solicitadas sean necesarias ni imprescindibles para la continuación de la causa, conclusión a la que no obsta que no se haya recibido respuesta a las Comisiones Rogatorias enviadas a EEUU, situación que no basta para citar en calidad de imputados a personas frente a las que no se ofrece indicio alguno de criminalidad, salvo que puedan surgir de esas u otras diligencias nuevos datos, que conforme exige el Derecho Penal, no estén basados en meras conjeturas.

Por todo ello, procede desestimar el recurso de apelación, confirmando íntegramente la resolución recurrida.

**LA SALA ACUERDA:** Desestimar el recurso de apelación interpuesto contra el auto ut supra referenciado y las adhesiones formuladas; confirmando en su totalidad la resolución impugnada, sin imposición de costas por no haberse devengado.



Notifíquese esta resolución a las partes; haciéndoles saber que frente a la misma no cabe recurso alguno y expídase testimonio para su remisión al Juzgado de procedencia.

Así, por este nuestro auto, lo acordamos, mandamos y firmamos

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