



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

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

ROLLO DE SALA: APELACION CONTRA AUTOS 66/2010
PROCEDIMIENTO DE ORIGEN: DILIGENCIAS PREVIAS PROC. ABREVIADO 150/2009
ÓRGANO DE ORIGEN: JUZGADO CENTRAL INSTRUCCION nº 5

**DILIGENCIA DE CONSTANCIA
SECRETARIO JUDICIAL DON GUILLERMO FERNÁNDEZ REGUERA**

En Madrid, a dieciséis de Mayo de dos mil once.

La extiendo para hacer constar que, en el día de la fecha se ha recibido en esta Sección testimonio del auto y voto particular de fecha 6 de Abril de 2011, dictado por el Pleno de la Sala de lo Penal.

Se procede a su unión al rollo de sala, notificación a las partes y remisión de testimonio al Juzgado. Doy fe.

AUDIENCIA NACIONAL

SALA DE LO PENAL

PLENO

Diligencias previas número 150/09 del

Juzgado Central de Instrucción número 5.

• Rollo de apelación de la Sección Segunda núm. 66/2010.

AUTO

Ilmo. Sr. Presidente :

Don Javier Gómez Bermúdez.

Ilmos. Sres. Magistrados :

Don F. Alfonso Guevara Marcos.

Don Fernando García Nicolás.

Doña Ángela Murillo Bordillo.

Don Guillermo Ruiz Polanco.

Don Ángel Hurtado Adrián.

Doña Teresa Palacios Criado.

Doña Manuela Fernández Prado.

Doña Paloma González Pastor.

Doña Ángeles Barreiro Avellaneda.

Don Javier Martínez Lázaro.

Don Julio de Diego López.

Don Juan Francisco Martel Rivero.

Don Ramón Sáez Valcárcel.

Doña Clara Bayarri García.

Don Enrique López López

En Madrid a 6 de abril de 2011.

ANTECEDENTES

1. Por el Ministerio Fiscal se interpuso recurso de apelación contra el auto de 29 de octubre de 2009 que admitía a trámite la querrela interpuesta por Lahcen Ikassrien en las diligencias previas del Juzgado Central número 5 reseñadas en el encabezamiento.

2. Dicho recurso correspondió a la Sección Segunda de esta Sala que, en resolución de 7 de junio de 2010, acordó remitirlo a la presidencia de la Sala por si consideraba necesario su avocación a pleno conforme a lo dispuesto en el artículo 197 de la LOPJ.

3. Por acuerdo del presidente de la Sala de 12 de enero de 2011 se llamó a formar sala para la resolución del recurso a la totalidad de los magistrados de ésta, designándose ponente al lltmo. Sr. Gómez Bermúdez y señalándose para el comienzo de las deliberaciones el día 27 de enero de 2011.

4. El día 24 de enero de 2011 se constató que por error se había omitido en el turno de ponencia al lltmo. Sr. García Nicolás, dictándose nuevo acuerdo en el que le nombraba ponente y se suspendía la deliberación señalada hasta que se instruyera del recurso.

5. El 1 de febrero se solicitó del juzgado instructor la remisión de testimonio de un escrito del Ministerio Fiscal presentado con posterioridad a la

remisión del testimonio inicial y recibido, por acuerdo de 16 de febrero, se señaló para deliberación los días 24 y 25 de febrero de 2011.

6. El día señalado, constituido el pleno con los magistrados reseñados en el encabezamiento de esta resolución, la tesis del ponente no obtuvo el respaldo de la mayoría, anunciando éste voto particular por lo que se designó nuevo ponente de la resolución mayoritaria al lltmo. Sr. Gómez Bermúdez.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Delimitación del objeto del recurso.

El Ministerio Fiscal interpone recurso contra el auto de 29 de octubre de 2009 dictado en las diligencias previas reseñadas en el encabezamiento.

Dicho auto admite a trámite *“la querella formulada, como perjudicado, interpuesta por Lahcen Ikassrien por torturas contra los autores materiales y cualesquiera otros que resulten responsables de los hechos”* (literal de la parte dispositiva del auto recurrido).

Además, la resolución recurrida *“desestima”* la querella formulada contra las personas que se identifican en ella *“al no concretarse los hechos imputados”* y ordena reiterar las comisiones rogatorias cursadas en junio y octubre de 2009 al Reino Unido y a los Estados Unidos de Norteamérica (sic).

Los hechos se produjeron, según la querella, en la base militar que los Estados Unidos de América tiene en Guantánamo (Cuba).

El recurso, presentado el 13 de noviembre de 2009, contiene tres motivos:

- a) Incongruencia entre la partes dispositiva del auto recurrido y lo expuesto en sus razonamientos primero y segundo respecto de la necesidad de estar a la respuesta de los Estados Unidos de América sobre la existencia o no de procedimientos abiertos sobre la cuestión debatida ante la jurisdicción del lugar de comisión de los hechos.
- b) Incongruencia omisiva por no haber resuelto la resolución que se recurre sobre todos los extremos planteados por el Ministerio Fiscal en su escrito de 6 de octubre de 2009.
- c) Falta de jurisdicción al no concurrir los requisitos exigidos por el apartado segundo del artículo 23.4 LOPJ, en la redacción dada por la L.O. 1/2009 de 3 de noviembre.

Estos son los términos y límites del debate, el objeto del recurso, únicas cuestiones a las que ha de dar respuesta la sala.

2. Motivos primero y segundo del recurso.

El auto impugnado, de fecha 29 de octubre de 2009, no puede entenderse sin el de 27 de abril de 2009 por el que se incoan las diligencias previas 150/2009 *“por presuntos delitos de los artículos 608, 609 y 611, en relación con los artículos 607 bis y 173 del Código Penal”* por hechos en los que aparece como sujeto pasivo, entre otros, Lahcen Ikassrien.

Este primer auto de incoación de diligencias previas no fue recurrido por el Ministerio Fiscal que, sin embargo, en escrito fechado el 6 de octubre de 2009 al evacuar el traslado conferido por el juzgado sobre la admisión a trámite de la querrela interpuesta por Lahcen Ikassrien, perjudicado por los hechos investigados, se opuso a su admisión y a la personación como acusación particular de éste.

De lo anterior se colige que la admisión a trámite de la querrela interpuesta por Lahcen Ikassrien no supone la apertura de un procedimiento nuevo sino, simplemente, otorgar la condición de parte a quien ya aparecía como perjudicado en las diligencias previas por los mismos hechos relatados en la querrela, con independencia de la calificación jurídica que interinamente pueda dárseles a estos.

Precisamente porque ya había un procedimiento abierto con anterioridad no existe incongruencia entre los razonamientos del auto recurrido y su parte dispositiva, pues la admisión de la querrela no altera ni afecta la hipotética concurrencia de jurisdicciones, máxime cuando en la parte dispositiva de la resolución impugnada se *“reiteran”* las comisiones rogatorias al Reino Unido y a los Estados Unidos de América que tienen por objeto comprobar si existe o no un procedimiento abierto sobre los mismos hechos en una jurisdicción preferente de modo que, recibida dicha información, el juez a quo, con libérrimo criterio, deberá sobreseer provisionalmente la causa o afirmar la jurisdicción española.

En cualquier caso, no puede exigirse al presunto perjudicado o víctima – como pide el Ministerio Fiscal en su escrito de 6 de octubre de 2009- que acredite que en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se ha iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva de tales hechos punibles.

Esta es una obligación no contenida en la ley, desproporcionada y de difícil o imposible realización, por lo que deberá ser el órgano judicial español, de oficio, el que deberá constatar la inactividad de la jurisdicción del Estado en cuyo lugar se cometieron presuntamente los hechos –o de cualquier otro- y de la Comunidad Internacional, en la línea de lo acordado en el pleno no jurisdiccional de esta Sala de 3 de noviembre de 2005.

Por último, en relación a estos dos primeros motivos de recurso, la existencia o no de procedimientos sobre la misma cuestión en otros juzgados centrales de instrucción excede del ámbito propio de un recurso de apelación contra la admisión a trámite de la querrela, debiendo resolverse mediante la aplicación de las normas de reparto y, en caso de duda o discrepancia, por acuerdo del juez decano (artículo 167.2 LOPJ y concordantes del Reglamento 1/2000, de 26 de julio, de los órganos de Gobierno de los Tribunales).

3. Vínculo de conexión relevante con España.

El tercer y último motivo de recurso se basa en la no concurrencia de los requisitos exigidos en el penúltimo párrafo del artículo 23.4 LOPJ en la redacción dada por la L.O. 1/2009 de 3 de noviembre.

Dicho párrafo dice así:

“Sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España, para que puedan conocer los Tribunales españoles de los anteriores delitos deberá quedar acreditado que sus presuntos responsables se encuentran en España o que existen víctimas de nacionalidad española, o constatarse algún vínculo de conexión relevante con España y, en todo caso, que en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se ha iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles.”

Resuelta ya la cuestión sobre el inciso final de dicho precepto -referido a la existencia de procedimiento en otro país competente o en un Tribunal Internacional-, al ser la víctima de nacionalidad marroquí y no estar acreditado que los presuntos responsables se encuentran en España, la jurisdicción sólo puede atribuirse si se constata la existencia de algún vínculo de conexión relevante con España.

Qué sea un “*vínculo de conexión relevante*” es una cuestión de hecho que habrá de resolverse caso por caso atendido que el legislador, con la nueva redacción del artículo 23.4 LOPJ dada por la L.O. 1/2009 de 3 de noviembre, quiso limitar la llamada jurisdicción universal.

En el caso que nos ocupa está acreditado que el querellante, Lahcen Ikassrien, fue objeto de una petición de extradición del Juzgado Central de Instrucción número 5, dentro del sumario 25/03, por delito de terrorismo.

Esta petición fue cursada por el Ministerio de Asuntos Exteriores español a los Estados Unidos –Nota verbal número 45 de la Embajada de España ante los Estados Unidos, de 14 de junio de 2004-.

Sin embargo, Lahcen Ikassrien fue entregado por los Estados Unidos de América a España de modo directo, al margen del procedimiento de extradición, el 18 de julio de 2005 para que fuera investigado, acusado y juzgado, como así ocurrió, dictándose sentencia absolutoria por la Sección Cuarta de esta Sala de lo Penal el día 10 de octubre de 2006 (Rollo 42/03 de la Sec. 4ª, sumario 25/03 JCI 5), sentencia que es firme –nota confidencial número 246 unida a los folios 160 y sigs. del sumario 25/03 y testimonio de la sentencia unido a autos-.

Por lo tanto, España se atribuyó jurisdicción para juzgarle por delito de integración en organización terrorista articulándose la acusación sobre la base de que se fue de España a Afganistán, vía Estambul, en noviembre del año 2000 donde, tras el bombardeo de un pueblo situado al Sur del país, fue capturado por el ejército de los Estados Unidos en noviembre de 2001, permaneciendo preso en Kandahar hasta que el 6 de febrero de 2002, fecha en que fue trasladado a la

prisión sita en la base militar de Guantánamo, según se recoge en el hecho probado de la sentencia citada.

Hasta entonces, Ikassrien, natural de Alhucemas (Marruecos), parte del antiguo protectorado español en el Norte de África, había residido en España durante más de 10 años –vino en 1988 ó 1989-, teniendo el NIE X-01347570, como consta en todas sus declaraciones testimoniadas en el rollo de apelación.

Estos hechos son suficientes para afirmar que existe un vínculo de conexión relevante con España, pues, resumiendo, nació en lo que fue el Marruecos español –el peñón de Alhucemas aún sigue siendo territorio español-, residió en España legalmente durante más de 10 años inmediatamente anteriores a su detención en Afganistán, fue reclamado por nuestro país para enjuiciarlo por integración en organización terrorista tras ser entregado por Estados Unidos con renuncia a su propia jurisdicción, juzgado y absuelto, de modo que sostener ahora la indiferencia de tales circunstancias a efectos del estimar si existe vinculación con España en los términos exigidos por el artículo 23.4 LOPJ vaciaría de contenido éste.

Por último, no debe olvidarse que, además, en las diligencias previas 150/09 donde Ikassrien presenta querrela existe también una víctima española, Hamed Abderrahman Ahmed, que por sí sola colmaría la exigencia de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sin perjuicio de la concurrencia de jurisdicciones y/o el principio de subsidiariedad.

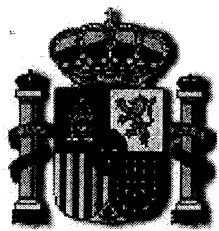
En virtud de todo lo cual, ACORDAMOS

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el auto de 29 de octubre de 2009 dictado por el Juzgado Central de Instrucción número cinco en las diligencias previas 150/09.

Notifíquese este auto a las partes con expresión de que contra esta resolución no cabe recurso alguno.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Magistrados expresados al comienzo.

VOTO PARTICULAR



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

Que formulan los Ilmos. Sres. Magistrados **D. Fernando García Nicolás, D^a. Ángela Murillo Bordallo, D. Guillermo Ruiz Polanco, D. Ángel Hurtado Adrián, D^a. María de los Ángeles Barreiro Avellaneda, D. Julio de Diego López y D. Enrique López López**, en relación con el Auto que desestima el recurso de apelación formulado por el MF contra el Auto de 29.10.2009, dictado por el J.C.I. nº 5, en las Diligencias Previas 150/09.

PRIMERO.- La primera discrepancia que tienen que manifestar los magistrados que suscriben el presente voto particular, es por razones procesales, pero que consideramos que pueden tener repercusión en derecho a la tutela judicial efectiva del que gozan todas las partes en cualquier procedimiento, porque la decisión que ahora se adopta, que es sobre la base de una norma que no existía cuando fue dictada la resolución recurrida, se va a tomar en una segunda instancia, sin que haya habido una primera instancia para el debate, teniendo en cuenta los mismos términos que ahora se van a utilizar para resolver, y vulnerando con ello, por lo tanto, el principio de la doble instancia, pues se ha convertido esta segunda instancia en una primera, sin que contra la resolución que aquí se dicte quepa recurso, a menos que se sigan criterios tan

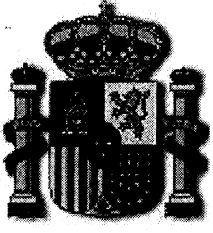


ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

amplios como los que se pueden ver en el reciente auto del T.S. de fecha 28 de febrero de 2010, dictado en el recurso 20780/2010 (seguidor de la línea marcada en la S.T.S 327/2003, de 25 de febrero), y entender que cabe recurso de casación contra la resolución con la que se discrepa, pero que, aunque así fuera, en todo caso, se habría sustraído una instancia a quien se mostrase discrepante.

Dicho lo anterior, sabemos quienes discrepamos de la mayoría, que *“la jurisdicción criminal es siempre improrrogable”*, porque así lo establece el art. 8 L.E.Crim. y lo repite el art. 9. 6 L.O.P.J., que, además, añade que *“los órganos judiciales apreciarán de oficio la falta de jurisdicción y resolverán con audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal”*; lo que sucede es que la decisión que permite esta disposición legal no debiera ser adoptada sin respetar un determinado régimen y tratamiento procesal, que consideramos que no se respeta, si se toma con motivo de un recurso, por mucho que se insista en que puede ser apreciada de oficio en cualquier momento, al ser cuestión de orden público.

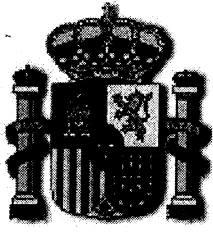
En el caso que nos ocupa, esta Sala de lo Penal, a la que viene deferido el conocimiento del recurso por razones de competencia funcional, va a tomar una decisión que afecta a una cuestión de competencia



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

objetiva, cuando es el órgano cuya competencia se cuestione por esta razón el primero que tendría que pronunciarse al respecto o, así entendemos que debiera ser, a tenor de la cita que extraemos de la S.T.C. 86/2002, de 22 de abril de 2002, que dice que *“en supuestos planteados en términos parecidos a los del presente recurso de amparo ha declarado este Tribunal que la decisión sobre la propia competencia corresponde a los Jueces y Tribunales ante los que se ejercita la acción, cuestión situada, en principio, en el ámbito de la legalidad ordinaria y que la declaración de la propia incompetencia realizada por un órgano judicial, que le impide entrar al análisis del fondo de las pretensiones planteadas, no lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva, salvo cuando esa omisión de un juicio sobre el fondo del asunto no responda a la falta de un presupuesto procesal necesario o la apreciación del órgano judicial resulte arbitraria, irrazonable o patentemente errónea (STC 177/2001, de 17 de septiembre)”*.

La competencia funcional es una competencia de carácter subordinado a otra que le precede, sea la objetiva, sea la territorial, de manera que debiera ser el órgano judicial cuya primigenia competencia se discute el que debiera pronunciarse el primero sobre este particular, tal como entendemos que resulta del tenor del propio art. 9. 6 L.O.P.J., cuando establece que *“los*

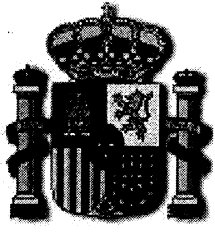


ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

órganos judiciales apreciarán de oficio la falta de jurisdicción...”

Es cierto que el objeto del recurso son las pretensiones impugnatorias de las partes, pero, en la medida que éstas han de articularse sobre los presupuestos fácticos y jurídicos que tengan a su alcance cuando las ejercitan, si después se aplican o se tienen en cuenta otros a la hora de resolver, de los que no ha tenido oportunidad de disponer la parte, se la estará generando indefensión. Así lo decimos, porque, teniendo en cuenta que el nuestro es un sistema de doble instancia limitada, ésta se ha de circunscribir a una simple revisión de lo decidido por el juez cuya resolución se revisa, lo que implica determinar si esa resolución recurrida es acertada, o no, en función de esos presupuestos y material fáctico y jurídico existentes cuando se tomó la decisión cuestionada, porque es la manera de que los dos órganos judiciales, el “*a quo*” y el “*ad quem*”, se encuentren en la misma situación. Operar de otra manera supone salirse de los términos del debate y dictar un resolución sin haber oído a las partes sobre aspectos que son fundamentales para el signo que la misma adopte.

En el caso que nos ocupa, consideramos que es eso lo que ha ocurrido, porque, versando la resolución recurrida sobre jurisdicción universal, fue dictada con



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

anterioridad a la reforma que experimenta el art. 23 L.O.P.J por L.O. 1/2009, de 3 de noviembre (B.O.E. de 4 de noviembre), que ha supuesto un cambio fundamental a la hora de atender a los criterios para fijar la competencia de los Tribunales españoles en la materia, siendo ello hasta tal punto así, que si al criterio del juez “a quo” para fijar su competencia, en lo que al conocimiento de los presumibles hechos delictivos afectantes a Lahcen Ikassrien, vigente dicho artículo antes de la reforma, se le podía encontrar cobertura, la cuestión no es tan clara después, como lo evidencia el hecho cierto de que a la resolución con la que se discrepa, sobre dieciséis magistrados que la firman, nada menos que siete discrepan de ella, mediante el presente voto particular, por razones de fondo, ya que consideran que no existe vínculo que permita conocer de esos hechos presumiblemente delictivos cometidos en la persona del referido Lahcen Ikassrien.

SEGUNDO.- Entrando en el fondo, el presente caso debe ser resuelto teniendo en cuenta la actual legislación existente en nuestro País respecto al denominado Principio de Persecución Universal de los delitos, y en concreto tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se

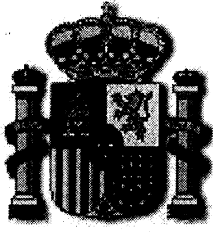


ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Tal reforma tuvo como origen **una Resolución aprobada por el Congreso de los Diputados** en la que insta al Gobierno a Promover con urgencia la reforma del artículo 23 de la LOPJ, a fin de limitar y clarificar el alcance del principio de jurisdicción universal penal, de acuerdo con el principio de subsidiariedad y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo; es decir, deberá quedar acreditado que sus presuntos responsables se encuentran en España o que existan víctimas de nacionalidad española y, en todo caso, que en el país del lugar donde se cometieron los hechos delictivos, o en el seno de un Tribunal internacional, no se ha iniciado causa penal que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles. La referida resolución también establecía que el proceso penal iniciado ante la jurisdicción española se sobreseerá provisionalmente cuando quede constancia del comienzo de otro proceso sobre los hechos denunciados en el país o por el Tribunal a los que se refiere el párrafo anterior.

Tal resolución pasó literalmente a la exposición de motivos de la ley reformadora con el siguiente tenor: *“En cumplimiento del mandato emanado del Congreso de los*



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

Diputados, mediante resolución aprobada el día 19 de mayo de 2009 con motivo del Debate del estado de la Nación, se realiza un cambio en el tratamiento de lo que ha venido en llamarse la «jurisdicción universal», a través de la modificación del artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial para, de un lado, incorporar tipos de delitos que no estaban incluidos y cuya persecución viene amparada en los convenios y costumbre del Derecho Internacional, como son los de lesa humanidad y crímenes de guerra. De otro lado, la reforma permite adaptar y clarificar el precepto de acuerdo con el principio de subsidiariedad y la doctrina emanada del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo.».

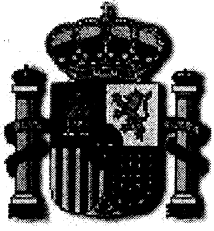
El texto legal (art. 23.4 LOPJ) ha quedado definido con la siguiente literalidad: *“Sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España, para que puedan conocer los Tribunales españoles de los anteriores delitos deberá quedar acreditado que sus presuntos responsables se encuentran en España o que existen víctimas de nacionalidad española, o constatarse algún vínculo de conexión relevante con España y, en todo caso, que en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se ha iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles. El proceso penal iniciado ante la jurisdicción española se sobreseerá*



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

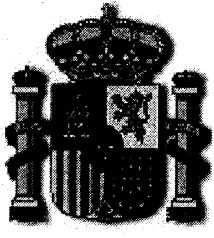
provisionalmente cuando quede constancia del comienzo de otro proceso sobre los hechos denunciados en el país o por el Tribunal a los que se refiere el párrafo anterior.”

De todos estos antecedentes se desprende con claridad cuál fue la intención del legislador, la auténtica, en la reforma legal habida, de tal modo que para la interpretación de la norma la primera regla será la interpretación auténtica. Y así vemos que la intención del Congreso de los Diputados era instar a promover una reforma legal **que limite y clarifique el alcance del principio de jurisdicción universal penal, de acuerdo con el principio de subsidiariedad y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo;** esto es, está clara la intención del legislador de limitar la aplicación del principio de persecución universal y ésta intención, al margen de la opinión personal que cada uno pueda tener, debe ser tenida en cuenta como criterio de interpretación. Esta intención se tradujo en la exposición de motivos de la ley reformadora de la LOPJ con la intención de adaptar y clarificar el precepto de acuerdo con el principio de subsidiariedad y la doctrina emanada del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Para ello pues se debe tener en cuenta tal doctrina la doctrina sentada por estos altos Tribunales, valiendo por todas la conocida Tribunal Constitucional, Sala Segunda, Sentencia 237/2005 de 26 Sep. 2005, la cual estima el recurso interpuesto contra la sentencia



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

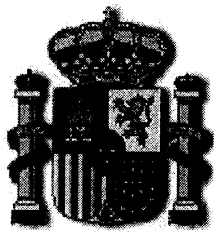
del TS, Sala Segunda, de lo Penal, de 25 Feb. 2003. En la referida sentencia se decía que la norma antes de su reforma otorgaba, en principio, un alcance muy amplio al principio de justicia universal, puesto que la única limitación expresa que introduce respecto de ella es la de la cosa juzgada; esto es, que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero. En otras palabras, desde una interpretación apegada al sentido literal del precepto, así como también desde la voluntad legislatoris, es obligado concluir que la LOPJ instaaura un principio de jurisdicción universal absoluto, es decir, sin sometimiento a criterios restrictivos de corrección o procedibilidad, y sin ordenación jerárquica alguna con respecto al resto de las reglas de atribución competencial, puesto que, a diferencia del resto de criterios, el de justicia universal se configura a partir de la particular naturaleza de los delitos objeto de persecución. Además la referida resolución ya adelantaba que, desde el plano de su formulación teórica, el principio de subsidiariedad no habría de entenderse como una regla opuesta o divergente con la que introduce el llamado principio de concurrencia, y ello porque, ante la concurrencia de jurisdicciones, y en aras de evitar una eventual duplicidad de procesos y la vulneración de la interdicción del principio ne bis in idem, resulta imprescindible la introducción de alguna regla de prioridad. Siendo compromiso común (al menos en el plano de los principios) de todos los Estados



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

la **persecución** de tan atroces crímenes por afectar a la Comunidad Internacional, una elemental razonabilidad procesal y político-criminal ha de otorgar prioridad a la jurisdicción del Estado donde el delito fue cometido. El Tribunal Supremo, henchido de sentido común pero sin el soporte legal oportuno, pretendió limitar el alcance del principio de persecución universal a la presencia de víctimas nacionales o a la existencia de un interés nacional, criterios que entendió el Tribunal Constitucional como limitadores del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción, puesto que exige que la conexión con intereses nacionales deba apreciarse en relación directa con el delito que se toma como base para afirmar la atribución de jurisdicción, excluyendo expresamente la posibilidad de interpretaciones más laxas (y, con ello, más acordes con el principio pro actione) de dicho criterio, como la de vincular la conexión con intereses nacionales con otros delitos conectados con aquél, o bien, más genéricamente, con el contexto que rodea los mismos. Pero resulta obvio que tal razonamiento del TC se basó en la ausencia de previsión legal, en la cual nos encontramos en estos momentos. De todos los criterios posibles de limitación nuestro legislador eligió los siguientes:

- que sus presuntos responsables se encuentran en España



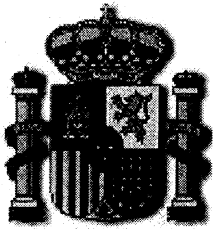
ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

- que existen víctimas de nacionalidad española
- constatarse algún vínculo de conexión relevante con España

Además reforzó el principio de subsidiariedad con la expresión “que en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se ha iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles”.

TERCERO: FALTA DE JURISDICCIÓN POR NO CONSTATARSE LA EXISTENCIA DE ALGÚN VÍNCULO DE CONEXIÓN RELEVANTE CON ESPAÑA (penúltimo párrafo del art. 23.4 LOPJ en la redacción dada por la L.O. 1/2009, de 3 de Noviembre, que se recoge literalmente en el Fundamento de Derecho nº 3 del Auto de 30 de marzo de 2011, con el que respetuosamente se discrepa.

Cierto que qué sea un “vínculo de conexión relevante” es una cuestión de hecho que habrá de resolverse caso por caso atendido que el legislador, con la nueva redacción del art. 23.4 LOPJ dada por la L.O. 1/2009 de 3 de noviembre, quiso limitar la llamada jurisdicción universal.



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

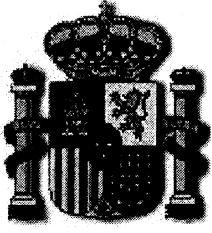
Cierto que al ser la víctima de nacionalidad marroquí y no estar acreditado que los presuntos responsables se encuentran en España, la jurisdicción sólo puede atribuirse si se constata la existencia de algún “vínculo conexión relevante con España” y que el contenido de este vínculo de conexión es una cuestión de hecho que habrá de resolverse caso por caso.

La mayoría se basa para establecer dicho vínculo en varios factores. Sin embargo se discrepa en que esos factores conformen la exigencia legal conforme exponemos a continuación:

1º) Que Ikassrien es natural de Alhucemas, parte del antiguo protectorado español de Marruecos, es incontestable.

Pero muy lejana la época colonial, Marruecos es un Estado soberano, habiéndose diluído cualquier vínculo con la antigua metrópoli que no sea el de la simple vecindad geográfica y las normales relaciones diplomáticas.

2º) Que IKASSRIEN había residido legalmente en España durante más de diez años – vino en 1988 o 1989 – teniendo el NIE X-01347570, no es exacto porque en declaración judicial indagatoria prestada por él el 18.07.05 en el Sumario 25/03 del J.C.I. nº 5, dice que



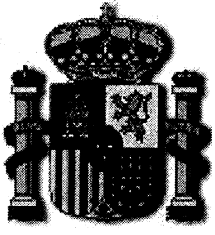
ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

llevaba viviendo en España trece años con papeles, pero estuvo en prisión tres años y medio por tráfico de Hachís y por esto le quitaron los papeles. Luego los solicitó y no se los dieron. Y que nunca tuvo problemas con la Policía en Marruecos por terrorismo (f.143). A primeros del mes de noviembre del año 2000 se marchó de España (f.22, tomo 1º), no regresando hasta el 18.07.05 en que fue entregado por los EE.UU.

Según la querrela presentada en su nombre el 24.9.2009 por el Procurador Sr. Morales (folio 920 y ss. T. 2º bis), cursó solicitud de asilo, y ésta le fue denegada notificándosele la denegación el 29.09.09 (f. 1313 y 1316).

En los documentos adjuntos a la querrela, consta informe de la Unidad Central de Información Exterior según el que tuvo residencia legal en España y se dedicaba al menudeo de drogas y a la venta de tarjetas telefónicas (f.1268).

En la Querrela pidió la condición de testigo protegido y al serle denegado el asilo reiteró la petición (f.1313), lo que denegó el Juzgado por otro auto de la misma fecha que el recurrido de 29.10.09, pero garantizando su permanencia en España como víctima-testigo (f. 1327).

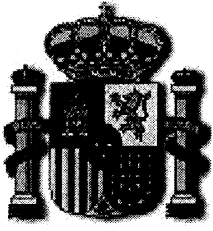


ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

En consecuencia, de todos estos datos de hecho se concluye que el querellante ISSKARIEN carece del arraigo necesario en España para constituir un factor, que junto con el anteriormente analizado, pueda fundamentar ese vínculo de conexión relevante que exige el art. 23.4 segundo LOPJ.

3º) Que LAHCEN ISSIKARIEN fue reclamado por nuestro país para enjuiciarlo por integración en organización terrorista en el Sumario nº 25/03 del J.C.I. nº 5, en el que fue objeto de petición de extradición, cursada por el Ministerio de Asuntos Exteriores español a los EE.UU. por Nota Verbal número 45 de la Embajada de España ante los EE.UU. de 14.06.2004, siendo entregado por los Estados Unidos de América a España de modo directo, al margen del procedimiento de Extradición, el 18.07-05 para que fuera juzgado, como así ocurrió, dictándose sentencia absolutoria por la Sección 4ª de esta Sala de lo Penal el día 10.10.2006 (Rollo 42/03 de la Sección 4ª, dimanante del Sumario 25/03 del J.C.I. nº 5), obrante a los folios 22 y ss. del Tomo 1º, sentencia que es firme, pero esta situación no tiene suficiente virtualidad, ni por sí ni con los anteriores factores analizados, para constituir un vínculo de conexión relevante con España.

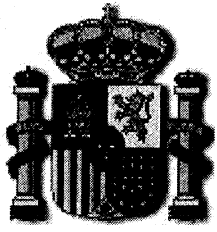
Y ello porque la acusación de que resultó absuelto en nuestro país no se articuló por hechos realizados en



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

el extranjero atribuyéndose España jurisdicción universal, sino sobre la base de su presunta captación e integración en España en organización terrorista (captación, integración y financiación por el responsable de la red de Al Qaeda en España Imad Edwin Barakal Yorkas, alias Abu Dahdah, quién fue condenado por la comisión de un delito de pertenencia a banda armada por sentencia de la Sección 3ª de esta Sala de lo Penal recaída el 26.09.05, confirmada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 31.05.06) con lo que se actuó en base al principio ordinario de territorialidad, no pudiendo sustentarse una conexión entre la causa en que fue juzgado y absuelto en España y la presente causa por torturas en la base militar estadounidense de Guantánamo (Cuba), que determine a modo de un débito de España para extender su jurisdicción a un supuesto al que no alcanza conforme a la repetida reforma del apartado segundo del art. 23.4 LOPJ, en la redacción dada por la L.O. 1/2009 de 3 de noviembre, y que sería contrario al mandato de los arts. 8 LECrim., y 9 L.O.P.J., que determinan que la Jurisdicción Criminal es siempre improrrogable.

4º) Que además en las presentes diligencias previas 150/09 donde IKASSRIEN presenta querrela existe también una víctima española, Hamed Abderrahman Ahmed, que por sí sola colmaría la exigencia de la LOPJ,



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

sin perjuicio de la concurrencia de jurisdicción y/o el principio de subsidiariedad.

Sin embargo, por una parte esta interpretación conduciría al absurdo de extender la Jurisdicción Española para todas las personas que han estado o están internadas en la Base Militar de Guantánamo, y por otra, la reforma legal es concluyente pues en el estado actual de la causa no es dable seguir el procedimiento sino por los delitos cometidos contra víctimas españolas, pero no por los cometidos contra víctimas extranjeras salvo que se constate algún vínculo relevante de conexión con España, que no concurre en el ámbito de este recurso, según se delimita en el Fundamento de Derecho 1 del Auto del Pleno.

Por todo ello, consideramos que se debería haber estimado el recurso de súplica del Ministerio Fiscal contra el Auto de 29.10.2009, dictado por el Juez Instructor en las Diligencias Previas 150/09 del J.C.I. nº 5.

En Madrid a seis de abril de dos mil once.

Así lo firman los Magistrados que formulan este Voto particular.

DILIGENCIA.- En Madrid, a trece de mayo de dos mil once. La extiendo yo, Secretaria, para hacer constar que recibido en esta Sala en el día de la fecha el voto particular formulado por los Ilmos. Srs. Magistrados D. Fernando García Nicolás, Dña. Angela Murillo Bordallo, D. Guillermo Ruiz Polanco, D. Angel Hurtado Adrián, Dña. Angeles Barreiro Avellaneda, D. Julio de Diego López y D. Enrique López López, en relación con el auto del Pleno de fecha 6 de abril de 2011, se procede a deducir testimonio de dicha resolución y del voto y remitir a la Sección Segunda para su unión al rollo de sala 66/2010 y notificación a las partes; doy fe.