

EXTRADICIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES (\*)  
(Comentario al artículo 13.3 de la Constitución)

ANTONIO ROVIRA (\*\*)

---

(\*) Este trabajo es el resumen de la investigación que con el mismo título está en proceso de publicación.

(\*\*) Director del Departamento de Derecho Público y Filosofía Jurídica. Profesor de Derecho Constitucional. Universidad Autónoma de Madrid.

Al abordar el tema, lo primero que me sorprendió fue la escasez de bibliografía específica, de comentarios constitucionales sobre significado, límite y alcance del artículo 13.3 de la Constitución.

Ciertamente, se han publicado una gran cantidad de estudios sobre este procedimiento, pero casi todos desde el ámbito del Derecho penal, incluso procesal o internacional y últimamente y de forma muy elaborada, desde el ámbito de la judicatura, pero casi nada desde el Derecho constitucional, al margen, claro está, del contenido de sus resoluciones.

Es muy probable que esto sea debido a la naturaleza inicial de este procedimiento, claramente político, discrecional, incluso arbitrario, y alejado de los códigos fundamentales y en gran medida del Derecho. La figura jurídica de la extradición ha sido, y en cierta forma sigue siendo, un procedimiento, un instrumento político en manos de los gobiernos, una excepción a la aplicación igualitaria de las normas.

Tanto es así, que son pocas las constituciones que lo recogen y casi todas lo hacen de una forma muy defectuosa, indeterminada, general, sin concederle un peso específico importante, incluso con el único fin de imponer límites que refuercen su carácter político.

Esta impresión, también la produce el Artículo 19 de la Constitución Europea que, sin duda supone un avance respecto a la regulación que hacen de este singular procedimiento algunas constituciones de países miembros, pero continúa adoleciendo de falta de concreción y por otra parte, tampoco

se muy bien, cual va a ser la fuerza vinculante de este precepto respecto a la política de extradición de los Estados miembros.

¿Qué consecuencias puede tener la Constitución europea para el artículo 13.3? o como se ha dicho ¿qué repercusiones tendrá para nuestros derechos este tratado constitucional o segunda constitución?

Pues bien, ante la escasa preocupación teórica que ha *provocado el* tema, resulta casi inevitable la impresión de que no se ha querido abordar hasta el fondo, que se ha preferido dejarlo en una especie de nebulosa, de singularidad, de indeterminación que favorece la falta de control y permite decidir cada caso por motivos exclusivamente coyunturales, de mera conveniencia, sin fundamento, incluso sin justificación, simplemente porque políticamente interesa.

La extradición ha vivido, y en cierta manera sigue viviendo, entre dos fuerzas que a veces actúan en una misma dirección y en otras muchas están violentamente enfrentadas.

Ciertamente, desde finales del siglo pasado, los cambios sociales y las conquistas democráticas, las facilidades para la circulación de las personas y de las cosas, han exigido que la extradición se adecuara a los nuevos tiempos y se convirtiera en una garantía para la tutela de los derechos individuales y sólo desde entonces se observa un cierto interés en regular este instrumento, incluso en utilizarlo para superar el principio de no-intervención y el carácter territorial absoluto del derecho penal y así aumentaron de forma considerable las discusiones, los foros, las reuniones y consecuentemente las normas nacionales e internacionales sobre la materia.

Desde entonces la extradición, en los países desarrollados, va dejando de ser tímidamente una decisión libre, incluso caprichosa de los gobernantes, para convertirse en instrumento de cooperación internacional para la lucha contra la impunidad, incluso en los casos en los que ésta ha sido amparada por el propio Estado.

No obstante, todavía existen posiciones contrarias a la extradición, corrientes doctrinales apoyadas en la idea de la soberanía de los Estados nación, o en puntos de vista de carácter nihilista, aunque cada vez son más anecdóticos porque resulta difícil negar que la extradición es un instrumento necesario, incluso indispensable para resolver los conflictos y lagunas

que se producen como consecuencia de las relaciones entre las sociedades, entre los ordenamientos de Estados que cada vez son menos soberanos.

Se trata de un procedimiento que necesita una regulación sencilla y flexible, no excepcional, que fomente una cierta previsibilidad, que aumente la seguridad jurídica, evitando las decisiones sorprendentes, incluso arbitrarias, y garantice el respeto a los valores, principios y derechos fundamentales y la cooperación internacional.

Pero ante estas nuevas exigencias, las muy buenas monografías sobre la materia de F. Bueno, Blanca Pastor, J.L. Manzanares, o las excelentes páginas dedicadas a la extradición en los tratados de Jiménez de Assúa, Quintano Ripolles, Rodríguez Devesa y, más recientemente, de Muñoz Conde o Manuel Luzón, pueden resultar insuficientes, para explicar o incluso impulsar cambios de todo orden y magnitud que están llevando a la desaparición de algunos de los principios básicos que hasta ahora han definido este singular procedimiento, como la prohibición de extradición de nacionales, o el principio *non bis in idem* o el cambio del alcance y significado de conceptos tan relevantes para la extradición como el de *delito político o de terrorismo* o la nueva dimensión que adquiere la extradición con la denominada justicia universal.

Por ejemplo, todavía no se diferencia claramente la extradición como acto final de la soberanía Estatal de los actos de cooperación entre órganos judiciales, que es en lo que se está transformando la extradición entre los países de la Unión Europea a partir de la aprobación de la *Decisión marco*, procedimiento que internamente sustituye los trámites de la extradición y que tienen, como objetivo último, el de convertir el territorio de la Unión en un espacio común de libertad, seguridad y justicia introducido por el tratado de Ámsterdam de 1997, y que a pesar de los problemas iniciales o incluso incumplimientos por parte de algún Estado miembro, el éxito relativo, en los seis meses que lleva en vigor la euroorden resulta esperanzador, aunque hasta ahora, solo sean 10 los Estados miembros que la han aceptado y desarrollado.

En definitiva, con el doble objetivo de, por un lado, abordar los problemas que plantea la extradición y, por otro, hacerlo desde el Derecho constitucional, di comienzo a la investigación que en estas notas resumo.

Dicho trabajo es sobre todo una aproximación al contenido del artículo 13.3 de la Constitución, proponiendo algunas ideas, incluso precisiones sobre su alcance y significado, fijando su contenido y replanteando sus lími-

tes, actividad si cabe, más necesaria en estos tiempos de vertiginosos cambios en los que casi nada y casi nadie quiere parecer lo que es.

La tarea tiene por tanto una raíz kantiana, en el sentido de que pretende trazar los límites en este caso, de la interpretación constitucional del artículo 13.3. Más en concreto ¿Qué podemos entender constitucionalmente por *extradición*?

Podría pensarse que lo esencial de esta tarea son entonces las premisas y la conclusión, y no es así. En todo cálculo, en toda demostración, en toda interpretación lo importante son las fuentes que usamos, y usar una determinada fuente implica sujetarse a reglas, que es lo esencial en toda interpretación porque nos permite producir y transformar sus signos, sus palabras. Y dichas reglas, al igual que las técnicas, se aprenden.

Ninguna interpretación agota lo interpretado, sólo sirve para brindar materiales con los cuales otro jurista pueda ir fabricando la suya. La verdad en Derecho siempre es oscura, torcida y esto a fin de cuentas es lo que nos salva. Si jurídicamente fuéramos capaces de decir la verdad, solo sería necesario decirla una vez.

Por tanto, esta interpretación del artículo 13.3, como todas, no es más que una aproximación. No pretendo que todos los hechos conocidos, los casos resueltos, las decisiones tomadas, ni siquiera aquellas más relevantes, o la voluntad expresada por el TC, concuerden milimétricamente con las conclusiones de esta investigación, porque ni siquiera aquellos trabajos basados en experimentos y medidas de la más alta precisión lo consiguen.

Si admitimos solamente aquellas teorías que sigan a los hechos, de acuerdo con Hume, nos quedamos sin teorías, sin interpretaciones, porque ninguna es consistente con todos los hechos, tan sólo son «aproximaciones», opciones y en el caso de la extradición más que en ninguno.

Nuestro material normativo, básicamente tratados y leyes, las decisiones de los gobiernos y de los tribunales internos y externos, no dejan de ser un material ambiguo, contaminado por principios que no conocemos, sensaciones, impresiones, sentidos y lenguajes atados a viejos prejuicios, elementos de difícil control, hasta el punto de que una decisión concreta sobre la extradición puede parecer inconsistente con los hechos y sin embargo ser correcta, porque la extradición se presta poco a ser definida, es dúctil, cam-

biente, indeterminada, tiene que adaptarse y complementarse con sistemas y ordenamientos muy diferentes, incluso categóricamente diferentes, tal vez por ello muchos autores prescinden de la definición y se limitan a explicar que la extradición de un delincuente, consiste en un acto por medio del cual un Estado decide auxiliar penalmente a las autoridades del otro entregándole a una determinada persona que ha sido procesada o condenada por el segundo.

Sin duda en el trabajo final y en estas páginas habrá numerosos aspectos que se echen en falta, pero abordar desde toda perspectiva posible un tema que ha sido tan parcialmente tratado hasta ahora, excedería con mucho los límites materiales de tiempo, espacio y capacidad.

Una de las posibilidades barajadas fue prestarle más importancia al futuro de la extradición en Europa, asunto del máximo interés. Pero abordar este tema de manera exhaustiva, requerirá a quien lo emprenda tanto trabajo como el empleado aquí, y consideré, por tanto, que era mejor centrar el esfuerzo en lo que aquí les resumo, antes que estudiar dos temas principales de forma incompleta.

Ciertamente en la Constitución europea, se recoge la extradición en el artículo 19.2, pero de una forma que no añade nada o muy poco, a la regulación constitucional española, y lo mismo pasa con los tratados de extradición firmados por la Unión Europea con otros países, que necesitan ser ratificados por cada Estado miembro y por tanto sometidos al juicio de compatibilidad con el ordenamiento constitucional de cada uno de ellos.

Por otra parte, el artículo 19 es técnicamente muy defectuoso, se señala la protección solo de unos concretos derechos, como el derecho a la vida o a no sufrir penas o tratos inhumanos o degradantes, pero olvida mencionar expresamente que en el procedimiento de extradición el reclamado debe poder oponerse a ésta, si considera que en el Estado requirente se vulneraron o pueden vulnerarse *otros* derechos, como a no ser discriminado, perseguido o castigado por razones relacionadas con sus condiciones personales o sociales, con su ideología u opiniones políticas.

Nada dice expresamente de la tutela judicial efectiva o incluso de la libertad que queda afectada por la sola decisión de concesión de la extradición, toda vez que la declaración de procedencia de la misma tendría efectos sobre el eventual derecho del reclamado a permanecer en nuestro

país y como última consecuencia, sobre el cumplimiento de una pena privativa de libertad y máxime cuando nos encontremos ante una solicitud de extradición para el cumplimiento de una condena, esto es, la denominada extradición ejecutiva o de condenado.

Sería preferible que este precepto 19 no mencionara ningún derecho dejando abierta la puerta, y en cambio incluyera otros requisitos universalmente admitidos y más efectivos como el mínimo penalógico y la doble inculminación.

De lo que no cabe duda, es de que la entrega de las personas detenidas de un Estado miembro a otro Estado miembro, según este artículo y la *Decisión marco*, ya no puede ser calificada como extradición, es algo más y más avanzado, es una regulación común de la extradición frente al exterior entre quienes tienen vocación de actuar unidos en la lucha contra la delincuencia.

Otra posibilidad valorada fue tratar más extensamente la extradición activa en relación con la teoría del derecho a castigar toda infracción grave sin atender al lugar en donde se cometió ni a la nacionalidad del culpable, procedimientos que se denominan de justicia universal, y que están siendo admitidos por el Fiscal General del Estado, pero tratar esto más detenidamente, hubiera tenido como consecuencia también un trabajo en paralelo, que casi nunca conduce a un resultado «*doblemente bueno*».

En todo caso, difícilmente habría sido posible la consecución de esta tarea sin la ayuda de tantos amigos y colegas que resulta difícil citarlos uno por uno, pero sería injusto no destacar por la ayuda y consejo al profesor Pedro Cruz Villalón, a los magistrados de la Audiencia Nacional, a quienes transmito desde estas páginas mi mayor reconocimiento por el trabajo riguroso que realizan resolviendo las solicitudes de extradición y singularmente mi agradecimiento al magistrado Félix Alfonso Guevara Marcos por la información y atención facilitada. A los maestros Raúl Morodo y Carlos de Cabo y a los singulares colegas y amigos que la apoyaron, Francisco Balaguer y Teresa Freixes. Al profesor Antonio Torres del Moral por sus sugerencias y ánimos y a Matilde, David y Antonio por todo. Para todo.

Lo primero que conviene destacar, es que la extradición, es un instrumento característico del Estado moderno, vinculado a esta forma de organización política y que en estos tiempos está adquiriendo mucha actualidad, incluso como instrumento idóneo para desarrollar la necesaria cooperación

internacional en la persecución de la delincuencia y superar el principio de no intervención.

Todos los Estados tienen interés en la defensa y protección de su orden interno, en facilitar la convivencia a aquellos que están en el interior de sus fronteras frente al exterior, incluso asegurándoles una cierta impunidad. Pero por muy autárquico que sea el sistema, su funcionamiento siempre ha provocado conflictos con otros ordenamientos, conflictos que pueden ser resueltos de forma discrecional y arbitraria o mediante la regulación jurídica de procedimientos encaminados a preservar el orden público internacional, respetando los derechos de los implicados y la soberanía de los Estados.

En este sentido, la extradición trastoca en cierto grado la concepción tradicional del Derecho, que es la primera y más clara expresión de la voluntad del Estado que quiere reservarse el derecho a regular y sobre todo a decidir libremente, incluso caprichosamente, la extradición de personas, sin mayores controles y justificaciones.

Pues bien, la decisión extradicional consiste en la ponderación de estos derechos e intereses a veces encontrados, tarea singular que en nuestro caso compete al Gobierno y a la Audiencia Nacional que debe plasmar en su resolución un «juicio de ponderación» de los derechos fundamentales e intereses constitucionales en pugna.

En este sentido, y sin mucho temor a equivocarme, podemos afirmar que la esencia de la figura elegida como materia para la investigación, es decir, aquello que la caracteriza más allá de los cambios que ha experimentado, lo que ha permanecido después de todos ellos, es que consiste en una actuación, administrativa o judicial, mediante la cual se solicita a un Estado que colabore en el ejercicio *del ius puniendi* de otro.

La extradición es entendida, como la acción solidaria de los Estados para el beneficio de la justicia, incluso de la justicia internacional del *ius humanum*, este núcleo mínimo que nos identifica como personas.

La cuestión, es que, en esta relación entre Estados, la lesión del derecho fundamental en que pueda incurrir la actuación del poder público extranjero que solicita la extradición, vicia también de inconstitucionalidad la del ór-



gano judicial o administrativo propio que la facilita, ya que da lugar a que dicha lesión se materialice al cumplimentarla u otorgarle validez.

Este marco expansivo de la extradición, así como el necesario cuidado que incumbe a las autoridades del país requerido por el respeto de los derechos fundamentales del extraditado, ha sido puesto de relieve de una forma clara por el Tribunal Constitucional, manteniendo que en los casos de aplicación de la extradición la posibilidad de lesión de derechos fundamentales resulta evidente.

Hay que tener en cuenta que, una vez verificada la entrega al Estado requirente, las lesiones a los derechos de la persona entregada que puedan producirse, y que previamente se hayan denunciado o se conozcan, van a convertirse, normalmente, en irreparables por los órganos del Estado que la concede, ya que a partir de ese momento, pierde las posibilidades de actuación para conseguir evitar o reparar el daño que se haya producido, se esté produciendo o razonablemente pueda producirse en los derechos del extraditado.

Es decir, la *violación indirecta* de los derechos fundamentales es aquella que resulta facilitada por la actuación u omisión de los órganos extradicionales del Estado requerido, no es cometida directamente por éstos pero sí facilitada, es como un cooperador necesario para que ésta se produzca.

En este sentido, si las autoridades y los órganos judiciales o administrativos del país en el que se encuentra, siendo conocedores de la eventual posibilidad, incluso peligro de vulneración de los derechos fundamentales en el país de destino, no la evitan con los medios de que disponen, serán responsables ya que la vulneración se produce como consecuencia directa de su decisión.

Por tanto, el control de la Audiencia Nacional, y en su caso del Tribunal Constitucional, sobre la conformidad con la Constitución de la actuación de un poder público extranjero, se basa en que la sujeción a esos derechos no desaparece cuando la actuación del juez español o del gobierno, produce efectos *ad extra* y estos efectos tienen un riesgo relevante de conculcar los derechos que constitucionalmente se le imponen.

El problema, y por tanto la discusión, reside en determinar cuál es el contenido de los derechos fundamentales que debe ser preservado por los

poderes públicos en relación con la petición de extradición de una persona. En que casos se puede denegar la extradición por sospecha fundada de lesión o por falta de garantías.

En definitiva, con la constitucionalización de este procedimiento las personas que se encuentren en España y sean objeto de un requerimiento de extradición refuerzan la protección de los derechos que la Constitución les reconoce internacionalmente, y con ello se intenta superar definitivamente su naturaleza inicial como instrumento político en manos de los soberanos, convirtiéndose en un procedimiento de cooperación internacional para la realización de la justicia y la defensa de los derechos.

También el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado, en relación con el Convenio Europeo de Extradición, que el ámbito de la jurisdicción estatal, a los fines de la protección que ese instrumento garantiza, no se circunscribe al territorio nacional, por lo que cabe imputar al Estado una lesión de los derechos fundamentales como consecuencia de los actos realizados por sus autoridades con efectos fuera del territorio estatal.

Pero ¿Cuál es este contenido de los derechos fundamentales que obliga a los Estados en sus relaciones hacia el exterior?. Esta es la pregunta fundamental.

No hay duda de que la persona que es sujeto de la extradición dispone de los derechos humanos que le reconoce el ordenamiento constitucional en el que se encuentra, entre ellos al debido proceso, a la libertad, a la integridad, a la vida, etc. pero también parece razonable mantener que el significado y alcance de estos no puede coincidir con el interno sino que deben hacerse compatibles, cuando ello sea constitucionalmente posible, con un determinado *ius cogens*, es decir con las normas de derecho universalmente aceptadas y que vienen expresadas en las declaraciones internacionales y decisiones de los correspondientes tribunales.

Como defiende el profesor Pedro Cruz en el voto particular a la sentencia del TC 91/2000, en los casos de vulneración indirecta de los derechos fundamentales, es necesario operar con un canon más restrictivo, que podría identificarse como el núcleo irrenunciable del derecho fundamental inherente a la dignidad. Si se conciben de otra forma los contenidos de los derechos fundamentales y sus correspondientes garantías aplicables en los casos de extradición, se corre el riesgo de destruir la operatividad de la misma.

La violación de este contenido internacionalmente mínimo, de este *ius cogens* puede producirse por las actuaciones de las autoridades del Estado requirente en un caso concreto. Hablamos de la posibilidad, incluso, de lesiones provocadas por Estados democráticos con todas las garantías, Estados limpios respetuosos con los derechos de la persona, y esta hipotética violación también puede resultar fundamento suficiente para denegar la extradición solicitada en un caso concreto.

A su vez, como he intentado argumentar en el trabajo, la presunta vulneración puede fundamentarse en la ausencia de las mínimas condiciones generales y garantías del sistema político que reclama, incluso como consecuencia de su propia estructura jurídica y situación política.

Lo realmente singular de este procedimiento, es que la valoración de la *confianza* que ofrece el otro Estado, incluso de las denuncias que formula el extraditable, no puede hacerse *ad intra*, desde el ordenamiento jurídico del Estado requerido, desde nuestro ordenamiento, sino desde este *estatus mínimo* de garantías y derechos, de *confianza* que internacionalmente se exige a un Estado para que pueda facilitarse y accederse a la extradición de una persona por él solicitada.

En definitiva, los órganos judiciales o de gobierno encargados del control de la legalidad del procedimiento de extradición han de regir su actuación por los derechos fundamentales, por los principios y los valores que establece la Constitución, pero atendiendo a este contenido internacional al que nos estamos refiriendo, a este contenido mínimo común, esencial en el sentido de *aquello que permanece en el cambio*, y que constituye el núcleo esencial de lo que podríamos denominar un *Estado limpio*, lo que lo caracteriza como tal y lo diferencia de los otros sistemas políticos, lo que constituye su naturaleza, es decir, su *esencia* en su sentido más ontológico: un mínimo que hace al derecho reconocible, practicable internacionalmente, posible, para que no desaparezca, a este *ius cogens*, como conjunto esencial de derechos necesarios que no pueden ser modificados por el principio dispositivo ni por la voluntad concurrente de las partes y que por tanto obligan a todos, incluidos los tribunales. Y no sólo por imperativo de los artículos 10 y 96 de la Constitución, sino por su propia naturaleza internacional.

Este contenido esencial que vincula la actuación *ad extra* de nuestros tribunales, se reconoce en la propia Constitución cuando proclama que el fundamento «*del orden político y de la paz social*» reside, en «*la dignidad*

*de la persona y en los derechos inviolables que le son inherentes*», expresando una pretensión de legitimidad y al propio tiempo, un criterio de validez que resulta universalmente aplicable, que pertenece a la persona en cuanto tal y no como ciudadano. Ello implica que, en cuanto valor inherente a la persona, la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, constituyendo, en consecuencia, este *mínimum* que configura el *orden público internacional*.

En este sentido, cuando un Estado rechaza la solicitud de extradición formulada por otro, al considerar que no se respetan estos mínimos esenciales para la seguridad internacional y la realización de los derechos, lo hace también en virtud de su responsabilidad internacional, de la cual ningún Estado puede desentenderse. Si se concibe este mínimo de otro modo la extradición corre el riesgo de desaparecer, de resultar impracticable.

Y este cambio de los contenidos puede hacerse, por que la extradición es un procedimiento singular. No es jurisdiccional, en el sentido de que no se enjuicia nada, hasta cierto punto es un procedimiento extraño para el ordenamiento de un Estado, que tiene que complementarse con la valoración del ordenamiento y el comportamiento de otro Estado en relación con el respeto de los derechos humanos.

Cuando la Audiencia Nacional delibera y resuelve las solicitudes de extradición que se le presentan, no realiza un enjuiciamiento de los hechos y las conductas, no juzga. Tan sólo decide si se dan o no las condiciones para proceder a la extradición de una determinada persona o, mejor dicho, si se dan elementos que pongan en peligro los derechos del extraditable.

Por ejemplo, en relación con los derechos consagrados en el artículo 24 de la Constitución, el artículo 13.3 no exige que se aplique mecánicamente su desarrollo, que se coteje la doctrina constitucional sobre derechos fundamentales de un país para valorar actuaciones de otro. El sistema de garantías procesales penales mínimo que debe existir para considerar garantizado el derecho a la tutela judicial, debe concretarse a partir principios generales y de normas de *derecho internacional* y ello debe ser así, además, porque siempre es incorrecto comparar fragmentariamente el sistema procesal de un país sin considerar el proceso en su plenitud y sus concretos medios *correctivos*.

Con la extradición no puede pretenderse imponer a otros Estados o como sugirieron los constituyentes a otras «democracias» o «naciones civi-

lizadas» un modelo jurídico propio, una determinada concepción de lo que es la justicia o el alcance de conceptos como terrorismo, su código penal, su sistema judicial.

En definitiva, la Audiencia Nacional está vinculada a la Constitución y a las normas que desarrollen el precepto que estamos comentando, fundamentalmente convenios y tratados, pero no a las concreciones, a los contenidos y desarrollos de estos derechos que vinculan las aplicaciones y decisiones jurisdiccionales internas.

Por ejemplo, no se puede declarar procedente una solicitud de extradición que comporte la *pena de muerte*, o cuando el reclamado esté sometido a la jurisdicción de un *tribunal de excepción*, ya que en estos casos la Constitución lo prohíbe expresamente (Art. 15 y 117.6) y ello debe ser así aunque el Convenio Europeo de Extradición no contemple de forma expresa estos motivos de exclusión de la obligación de entregar, ya que como es sabido, el texto normativo de la Constitución se impone a todo y a todos.

En estos supuestos, la Audiencia Nacional deberá denegar la extradición por la aplicación directa de la prohibición constitucional y según la doctrina del caso Soering, también por aplicación del artículo 3 de la Convención Europea.

La única posibilidad para acceder a la solicitud es que el Estado requerido ofrezca la garantía de no-ejecución de la pena, con todos los problemas que esto conlleva, o bien el compromiso de devolver al extraditado en el caso de que sea condenado a la pena capital, y para ello tendrá que confiar en la fiabilidad del Estado solicitante, de forma que volvemos a lo mismo, a las garantías que ofrezca el propio sistema, el funcionamiento político del Estado, a su limpieza, a la confianza mutua en su sentido más general.

En relación con ello, puede resultar ilustrativo citar como ejemplo dos notas verbales del gobierno de los EE.UU. contestando a las peticiones de garantías formulada por la Audiencia Nacional en dos supuestos distintos. En la primera de estas notas dice:

*Después de la debida consideración y de acuerdo con los principios de derecho internacional aplicable, el gobierno de los EE UU garantiza al Reino de España que, si fuera condenado por el delito de asesinato del que está acusado en Las Vegas, Nevada, la autoridad ejecutiva de Nevada no*

*solicitará la pena de muerte. Por tanto, según lo previsto en el artículo VII del Tratado de Extradición, los EE UU presentan las garantías de que la pena de muerte no será impuesta, o si fuera impuesta no será ejecutada.*

En cambio, creo que la Audiencia Nacional puede acceder a la extradición de una persona cuando la pena que le corresponde por los hechos de los que es acusado en el país solicitante es, por ejemplo, la *reclusión perpetua*, pena prohibida por nuestro ordenamiento penal pero no directamente en la Constitución. De hecho, así lo está haciendo la Audiencia Nacional, aunque sin reconocerlo abiertamente, encubriendo la decisión mediante una argumentación formal.

Por ejemplo, cuando el país solicitante es EE.UU., la Audiencia Nacional lo justifica formalmente con la solicitud de conmutación de la pena de reclusión permanente o la introducción no prevista en el ordenamiento penitenciario del país de medidas de redención o, lo que es peor, solicitando al poder judicial del lugar que dé garantías de no aplicación de la pena, con anterioridad a la sentencia, sin ningún tratado que lo habilite.

La argumentación de la Audiencia Nacional en estos casos, es muy formal y los servicios exteriores de los EE.UU., en la nota verbal 230 de 9 de mayo de 2003, mediante la que contestan a la petición de garantías formulada por la Audiencia Nacional, señalan lo siguiente:

*«El gobierno de los EE UU objeta la petición de garantías de que Nevada no impondrá una sentencia de por vida. Tal petición no tiene fundamento en el Tratado de Extradición». Y continúa: «Además los EE UU tienen relaciones extradicionales en base a tratados de extradición bilaterales, similares al tratado de extradición entre España y EE UU, con todos los vecinos de España en Europa occidental. En ninguna de estas relaciones se ha pedido a los EE UU que aporte garantías en relación con sentencias indeterminadas, ni lo exige la normativa aplicable, básicamente el Convenio Europeo de Extradición».*

Pues bien, la Audiencia Nacional dicta un auto accediendo a la extradición, y señala para dar salida al asunto que se han dado las garantías solicitadas, al admitir la posibilidad de que la pena impuesta pueda no ser de por vida. Utiliza, en suma, una salida de ingeniería jurídica, para solventar una contradicción con el ordenamiento interno que, con todas las reservas que caben en afirmaciones como estas, pienso que realmente puede no existir.

Sin duda, la pena de *reclusión perpetua* es rechazable y su prohibición una construcción legal avanzada de nuestra doctrina y jurisprudencia que debe defenderse incluso exteriormente, y coincido con Luigi Ferrajoli en considerarla casi como una pena corporal, pero está reconocida en muchos ordenamientos de países democráticos. De hecho, las declaraciones internacionales no la prohíben si se dan determinadas garantías. Además, está prevista y es aplicada por los Tribunales Internacionales creados por las Naciones Unidas, como el propio TPI para la antigua Yugoslavia que aplica la pena de *cadena perpetua* a los responsables de crímenes contra la humanidad, condena que también está prevista en las resoluciones del reciente Tribunal Penal Internacional.

El propio TC se ha manifestado sobre la compatibilidad de este tipo de penas:

*En cuanto al carácter eventualmente perpetuo de la pena de ergastolo, dice, hemos reiterado que la calificación como inhumana o degradante no viene determinada exclusivamente por su duración, pues depende también de la ejecución de la pena y de las modalidades que esta reviste, de forma que por su propia naturaleza la pena no acarree sufrimientos de una especial intensidad (penas inhumanas) o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada la simple imposición de la condena.*

Para el TC, el carácter inhumano de una pena no depende sólo de su duración, sino también de su ejecución, de las modalidades que revista. En fin, que la pena, por su propia naturaleza, no acarree sufrimientos de intensidad extraordinaria (inhumana) ni humille ni envilezca hasta extremos que vayan más allá de lo que suele llevar aparejada la mera imposición de la condena. Tales consideraciones han sido también claramente expresadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Otra posibilidad, es que la prohibición de extradición por reclusión perpetua esté recogido en tratados de extradición o acuerdos bilaterales entre Estados, como el tratado de extradición vigente entre nuestro país y Argentina.

Por tanto y según parece, la prohibición de la *reclusión perpetua* no forma parte de este mínimo exigible *ad extra*, de este *ius cogens* en derechos

humanos y así, con la misma pena, la decisión podrá ser diferente según sea el Estado que la solicita y las condiciones de la persona extraditable. En definitiva, también en estos casos la decisión, dependerá más de otras circunstancias y elementos, como las condiciones sociales y políticas del país solicitante o la forma de cumplimiento, etc.

Mantener otra cosa equivaldría no sólo a denunciar mediante resoluciones judiciales, incluso *del* propio Tribunal Constitucional, que el Estado italiano, EE.UU. o la propia Naciones Unidas imponen penas inhumanas y degradantes prohibidas por el ordenamiento internacional, y además que las recogen en su ordenamiento jurídico y, evidentemente (aunque hay quienes lo piensan e incluso lo manifiestan abiertamente), en el ámbito de la extradición esto no es ni puede ser así.

No es razonable y cuesta comprender que un mismo Estado, incluso perteneciente a la Unión Europea, conceda la extradición de un persona a Guinea, por poner un ejemplo, y no lo haga por falta de las debidas garantías procesales a Italia o a los EE.UU. *que*, como mínimo, deben ser calificados como Estados limpios.

Diferente es la respuesta si la condena impuesta fuera a trabajos forzados, en este caso la pena resulta expresamente incompatible con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 25 de la Constitución y con el Convenio Europeo de Extradición.

Otro buen ejemplo de lo que estamos exponiendo lo constituye la condena *in absentia*, prohibida en nuestro sistema procesal y como en el caso anterior, podemos preguntarnos si los poderes públicos españoles pueden vulnerar *indirectamente* los derechos fundamentales cuando reconocen, homologan o dan validez a resoluciones condenatorias adoptadas por tribunales extranjeros con la ausencia del acusado.

En la célebre, por defectuosa, sentencia 91/2000, el Tribunal Constitucional opinó que sí, que en sus procedimientos penales el Estado italiano no respetaba el derecho a la tutela judicial efectiva porque condenaba en ausencia al acusado. Pero enseguida se vio que la decisión era equivocada, que esta forma mecánica de actuar paralizaría la mayor parte de procedimientos de extradición o haría su resultado imprevisible, impracticable.



La decisión de la extradición que comporte una condena *in absentia* no puede ser la misma en todos los casos. La disminución del derecho de defensa que pudiera comportar un juicio de esta naturaleza, debe probarse en el sistema procesal y judicial que lo aplique, ya que puede haber medidas y posibilidades que modifiquen los efectos que tal juicio *in absentia* provoca en nuestro sistema.

Es posible que, según el sistema estudiado en su conjunto, las circunstancias del enjuiciamiento permitan entender que queda garantizado el derecho de defensa, aunque haya sido juzgado en ausencia y la Sala que juzgue el asunto, tendrá que tener en cuenta si el Estado solicitante es del mismo entorno jurídico-cultural, caracterizado por ostentar un sistema sumamente perfeccionado y respetuoso con las libertades públicas y en mayor medida si es miembro de la Unión y sometido a la jurisprudencia del TEDH.

¿Acaso puede mantenerse sin ningún género de dudas que toda condena *in absentia* lesiona la esencia del derecho a la tutela judicial?. Evidentemente no, ya que en condenas menores y en los juicios de faltas se admite en los procedimientos internos y la Audiencia Nacional afirmó que Italia «*garantizaba un juicio con todas las garantías en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos*» ya que el peligro a una «*flagrante denegación de justicia*», según la expresión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, puede verse compensada con otro sistema de garantías que redunden en producir los mismos efectos o incluso mejores.

Como escribe el profesor Pedro Cruz Villalón en el importante voto particular al que hemos estado haciendo referencia:

*«La sentencia 91/2000 en su Fj 12 intenta construir el contenido absoluto del derecho a la defensa según el artículo 24.2 de la Constitución Española, es decir, a partir de una tradición jurídica propia que es la contraria a la que sustenta la condena en ausencia en el derecho internacional.»*

Definitivamente, la estructura básica del derecho de defensa, y el núcleo esencial de la idea de juicio justo en el ámbito internacional y de forma expresa en la Constitución, no puede prohibir de forma absoluta y en todos los casos y en todos los sistemas jurídicos el juicio *in absentia*.

Pues bien, este contenido absoluto o mínimo de los derechos fundamentales, este *ius cogens* determinado en cada caso, a partir de la constitución por los tratados y convenios formalizados por España, son los contenidos que vinculan la protección *ad extra* de las actuaciones de nuestros poderes.

En parecido sentido se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así, en el caso *Soering* se afirma que la Convención no rige los actos de los Estados ajenos a ella ni consagra un principio general según el cual los Estados firmantes hayan de comprobar que en el país de destino del extraditado se cumplen plenamente todas y cada una de las garantías de la Convención Europea Derechos Humanos.

*Hay que atender al Tratado como garantía colectiva de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales, dice, y tener en cuenta su espíritu general, destinado a salvaguardar y promover los ideales y valores de la sociedad democrática, el patrimonio común de ideales y de tradiciones políticas, de respeto a la libertad y de preeminencia del Derecho al que se refiere el Preámbulo.*

Y esta es la cuestión central a precisar o concretar: unos criterios que permitan establecer en cada caso el núcleo mínimo y constitucional al que nos estamos refiriendo, y que es el que condiciona y debe fundamentar la decisión de extradición.

Otro de los requisitos exigidos por el artículo 13.3 es la necesidad de *reciprocidad*. Esta consiste en un pacto, en un compromiso por el que cada Estado otorga un trato no idéntico, pero sí equiparable al que reciba del otro. Significa que los contenidos que sustentan las solicitudes de extradición, sean tenidos simultáneamente por los dos ordenamientos, de tal manera que cada uno de ellos podría ser indistintamente sujeto y objeto de la acción realizada por el otro.

Tradicionalmente se ha considerado a la reciprocidad como la promesa de comportarse de la misma manera ante un caso análogo proveniente del otro país. En un primer momento la reciprocidad estaba únicamente relacionada con la *idea* de soberanía y con el principio de igualdad en las relaciones entre Estados. Un gobierno acordaba el contenido de un tratado de extradición si el otro se comprometía a lo mismo, aunque el acuerdo fuera injusto, discriminatorio o represivo, como los acuerdos para la extradición de personas acusadas de delitos políticos.

Pero es evidente que este concepto de reciprocidad ya no resulta suficiente, ni acorde con las categorías constitucionales que deben definirlo. Mediante su incorporación a la Constitución adquiere un alcance diferente y se convierte en una auténtica garantía jurídica y política de carácter general, que además debe informar la confección de los tratados y las leyes reguladoras de esta materia, de manera que, en caso de una negación de este requisito por parte de la norma o de incumplimiento por parte del país extranjero, podría surgir una excepción de carácter constitucional al tratado o convenio y a la concreta concesión de la extradición.

La reciprocidad ya no puede implicar una completa identidad u homogeneidad entre procedimientos, sistemas e incluso ordenamientos, una igualdad en todos los contenidos. Por otro lado, tampoco puede concebirse la reciprocidad como un elemento caprichoso, ni como la voluntad de copiar tan sólo lo anecdótico, y menos aún como el compromiso entre dos Estados para hacer de la extradición un medio de colaboración para reprimir la disidencia.

La reciprocidad a la que se refiere el artículo 13.3 tampoco puede concebirse sólo en un sentido particular, referido a las cuestiones que afecten a los procedimientos penales. La reciprocidad constitucional implica también la verificación de las condiciones generales de los Estados, es decir, equiparación y similitud en todo aquello que afecte directamente a la extradición y en mayor medida a la realización de los derechos y garantías más esenciales de los afectados.

En definitiva, este requisito constitucional de la reciprocidad ya no puede ser concebido tan sólo como un elemento político, hay que entenderlo también como garantía jurídica, como un medio que asegure la reciprocidad en cuanto a Derechos, incluso un estatus del sistema, unas condiciones mínimas de seguridad jurídica.

Es decir, la Audiencia Nacional, cuando resuelve una solicitud de extradición, no puede atenerse exclusivamente a la comprobación formal de los hechos denunciados (siempre difícil al producirse en otro Estado) y al contenido del tratado aplicable, sino que necesariamente debe atender también a las condiciones políticas del sistema, a los antecedentes y precedentes, a la información que puedan obtener en relación con la seguridad jurídica, es decir, a la vigencia real y efectiva de los mínimos principios de respeto a los

derechos y a la vigencia de las garantías que integran lo que hemos definido como un Estado limpio, un Estado en el que se pueda confiar jurídicamente.

Además, en un mundo globalizado de una manera tan deficiente, en este *casino global*, la extradición también puede y debe servir para que los Estados denuncien a aquellos otros sistemas que no reúnen las debidas garantías, rechazando o condicionando las solicitudes que éstos formulen. La extradición como instrumento en manos de los Estados desarrollados para denunciar a aquellos sistemas políticos que no ofrecen las más mínimas garantías.

No se trata de exigir al Estado requirente un estatus democrático concreto, sino el mínimo de limpieza, de seguridad jurídica para el respeto de los derechos más esenciales. Un mínimo para poder establecer relaciones de confianza, jurídicas que favorezcan y posibiliten la cooperación en el ámbito penal.

Podría defenderse, que es necesario regular la extradición con los sistemas políticos sin garantías, para facilitar la resolución positiva por parte de estos de las solicitudes formuladas por nuestros Estados.

Pero ello no es así. Si un sistema no ofrece las mínimas garantías jurídicas, de nada sirve formalizar acuerdos jurídicos en base al principio de reciprocidad para facilitar la resolución positiva de las solicitudes. La resolución favorable de la extradición activa, en estos caso y con estos países, tendrá que lograrse mediante otros procedimientos políticos, incluso económicos, que nada tienen que ver con el principio jurídicos de reciprocidad, que así entendida, exige un previo conocimiento entre los Estados, que existan relaciones, negociaciones y conversaciones, puesto que la reciprocidad constitucional es sinónimo de confianza mutua y complemento de la garantía de la reserva legal.

En definitiva, el precepto constitucional que estamos comentando concede al principio de reciprocidad no sólo una función limitadora, sino también garantizadora, de categoría, de criterio sustancial informador de la extradición y de instrumento para facilitar la existencia de la *confianza mutua*.

Además, como requisito y principio constitucional que informa la extradición, la reciprocidad, a pesar de lo que viene regulado en la Ley Orgá-

nica del Poder judicial (Art. 278), deberá ser valorada por el órgano judicial que autoriza la entrega mediante la realización de las mínimas averiguaciones aunque la prueba de cargo en muchos de estos procedimientos será por indicios, es decir, cuando el objeto de la prueba no es el constitutivo del delito, sino otro intermedio que permite llegar a él por inferencia lógica, a través de un proceso mental, razonado y acorde con las reglas del criterio humano.

En todo caso, resulta necesario comprobar si el Estado requirente pertenece a organismos internacionales de garantía, si hay convenios de extradición con los países democráticos y si éstos se han cumplido en ocasiones anteriores y, en definitiva, si es respetuoso con los derechos humanos, de acuerdo con la información que puedan facilitar organismos de Naciones Unidas como ACNUR y el correspondiente Ministerio de Asuntos Exteriores.

Ante este alcance del requisito de la reciprocidad, puede objetarse que el juez debe aplicar la ley y sólo la ley, y no le corresponde realizar valoraciones políticas, pero no lo es menos que el procedimiento de extradición no es un procedimiento jurisdiccional, aunque sí jurídico y que, por lo tanto, en atención a su especialidad, la actuación de los jueces tiene y puede ser más discrecional y el ámbito de apreciación, de concreción de la norma, resulta mucho más amplio e indeterminado.

En nuestro sistema, los jueces realizan una actividad exclusivamente jurídica, están sometidos a la Constitución y, por lo mismo, no pueden ignorar ni disponer la aplicación o no de la ley a la que están sometidos, al texto jurídico de la norma aplicable, ni pueden resolver en contra de la misma.

Ahora bien, la interpretación de lo consignado en el tratado o convenio, ha de hacerse en su sentido actual, es decir, como un conjunto de hechos, valores y normas. Por lo tanto, cuando la Audiencia Nacional resuelve una solicitud de extradición sin aplicar directamente la Constitución, debe interpretar la normativa aplicable atendiendo a sus objetivos y efectos, interpretándolos, eso sí, sobre la base de una teoría jurídica, y no de una filosofía moral, con argumentos y fundamentos jurídicos, con respeto a los derechos, valores y principios constitucionales e internacionales del extraditado, pero cuyo resultado debe ser ponderado respecto a la defensa del principio de seguridad internacional, que también afecta a nuestro Estado y que implica el

respeto a la ejecución de las decisiones jurisdiccionales de carácter penal, respeto que se consigue con la concesión de la extradición. Principio de seguridad que puede llevar a declarar la invalidez de los actos de los poderes públicos que lo desconozcan o ignoren, incluso atendiendo al principio de seguridad del artículo 9.3 de la Constitución.

La seguridad, también ha de entenderse en el ámbito internacional como la máxima certeza sobre el ordenamiento jurídico, sobre el cumplimiento de las normas internacionales. Es decir, como expectativas razonables de cuáles serán las actuaciones de los poderes en la aplicación del Derecho internacional y cuáles previsiblemente pueden ser sus efectos. Seguridad que implica legalidad, certeza, interdicción de la arbitrariedad, de tal suerte que permita prever las consecuencias de los actos.

No obstante y como ha señalado de forma reiterada el Tribunal Constitucional, estas averiguaciones sobre las garantías del sistema no exime al tribunal de valorar las acusaciones que en concreto se alegan por el extraditable.

Por ejemplo, en alguna ocasión Turquía alegó su condición de miembro del Consejo de Europa para que se autorizara la extradición que solicitaba al gobierno español, y la Audiencia Nacional accedió a ella. Pero dicha resolución fue anulada por el Tribunal Constitucional, que argumentó que no se habían tenido en cuenta las concretas denuncias del extraditable sobre violación por parte del gobierno de Turquía de sus derechos más elementales.

En definitiva, ante la duda razonable y sobre la base del correspondiente juicio de proporcionalidad, la Audiencia Nacional debe denegar la extradición. Ahora bien, con la misma seguridad y convencimiento hay que mantener que si no se da esta duda fundada, debe acceder a la misma porque así lo exige el ordenamiento, el imperio de la ley y la defensa de la seguridad internacional y, fundamentalmente, porque de otra forma se corre el riesgo de destruir la operatividad de la extradición por una posición hipergarantista.

En este sentido, los poderes públicos españoles con competencias en la materia se verán en principio compelidos a favorecer la concesión de la extradición (para esto están los convenios) como un procedimiento para colaborar con el orden público internacional, y luchar contra la impunidad y por

la efectividad de los derechos de los terceros afectados, en definitiva por la justicia como uno de los valores superiores que se propugnan internacionalmente.

Ciertamente el artículo 13.3 sólo hace referencia a las condiciones y requisitos para que la extradición pueda ser concedida, en cuanto se afirma que «*la extradición sólo se concederá ...*», pero ello no excluye que la decisión denegatoria de una solicitud de extradición también debe tomarse de acuerdo con la Constitución, con sus valores, principios y garantías.

Cuando se deniega una petición de extradición, también habrá que justificar la decisión como la mejor manera de defender los derechos del extraditabile y razonar que estos, en el caso concreto, son más relevantes que la seguridad internacional y el derecho a la tutela judicial de terceros, que sin duda se verán afectados ya que la denegación impide la ejecución de la resolución judicial del país solicitante y esto es así al margen de que esté prevista la posibilidad de juzgarlo por los mismos hechos en el país que la denegó, ya que, por regla general, el Estado solicitante pierde toda posibilidad de culminar un enjuiciamiento y ejecutar la condena y no podemos olvidar que una de las más importantes garantías para el funcionamiento y desarrollo del Estado de Derecho es el obligado cumplimiento de lo acordado por Jueces y Tribunales en el ejercicio de la actividad jurisdiccional, de tal forma que difícilmente puede hablarse de seguridad y tutela efectiva cuando no se cumplen las sentencias y decisiones judiciales firmes.

Claro está que este derecho a la tutela judicial efectiva, tal y como viene enunciado por la jurisprudencia constitucional, se refiere a las sentencias y resoluciones de los tribunales españoles. Pero por razones de solidaridad, incluso de coherencia, resulta indudable que también este es un principio que debe informar el derecho procesal penal a nivel internacional, para eso se aprueban las leyes y tratados de extradición y por eso la extradición ha dejado de ser una opción libre, discrecional de los gobiernos para convertirse en una medida que pretende proteger el *ius puniendi* estatal y la facultad procesal de activarlo, facultad entendida como un derecho a que se proceda *ius ut procedatur*, posibilitando la ejecución del fallo y la realización de los derechos de los terceros implicados. Una *acción penal* que ha sido conceptualizada, con frecuencia, como un derecho al proceso penal, como un derecho subjetivo constitucional mediante cuyo ejercicio, a través de la puesta en conocimiento al órgano jurisdiccional se solicita la apertura del proceso penal.

En este sentido, y a pesar del encabezamiento «*sólo se concederá ....*», la extradición debe acordarse siempre que no existan obstáculos claros y dudas razonables en relación con el respeto a este mínimo contenido internacional de los derechos humanos, fundamentalmente aquellos más individuales, como la integridad, libertad, vida y tutela efectiva.

Así volvemos al inicio, la extradición pretende compatibilizar la lucha contra la impunidad y el derecho de las víctimas con los derechos de la persona afectada.

Pues bien, este contenido material de las constituciones, de su sistema de valores y de su pretensión de validez, junto con las competencias que todos los textos superiores otorgan a los tribunales, permite comprender el alcance y la importancia actual de la judicatura en el control de la extradición, así como que deba ser ésta directa o subsidiariamente la que controle la aplicación de este procedimiento, que en los Estados de Derecho debe estar sometido a la más rigurosa aplicación del principio de legalidad y con ello de constitucionalidad.

El Juez Ronald David Bartle, en la Sentencia de los juzgados de Bow Street del Reino de España contra Augusto Pinochet de 8 de octubre de 1999, escribió:

*«Considero necesario insistir en que la decisión tomada sobre este caso se basa única y exclusivamente en el Derecho y si mi interpretación del Derecho es errónea, un tribunal superior enmendará mis faltas»*

Pero no siempre se entiende la extradición de este modo.

En nuestro caso y de acuerdo con la Ley de Extradición Pasiva, el procedimiento es mixto. A la Audiencia Nacional es a la que corresponde informar sobre la solicitud de extradición previa instrucción ante el correspondiente Juzgado Central. El Tribunal resolverá declarando procedente o improcedente la solicitud, y contra el auto, sólo cabe recurso de súplica ante el pleno de la Audiencia Nacional.

Dicha resolución sólo vinculará al Gobierno cuando la Audiencia Nacional desestime la solicitud de extradición. Si, por el contrario, la Sala la declara procedente, el Gobierno podrá denegarla, según se dice expresamente en la LEP, *en ejercicio de la soberanía nacional, atendiendo al prin-*



*cipio de reciprocidad o a razones de seguridad, orden público o demás intereses para España.*

Pero la cuestión no es tan sencilla. Lo que la LEP denomina «informe» de la Audiencia Nacional hay que considerarlo como una resolución judicial sobre la solicitud de extradición de carácter vinculante y necesaria que adquiere la fórmula de auto, y que por lo tanto debe estar fundamentada, razonada y justificada en derecho.

Cuando el poder judicial no autoriza la extradición lo hace para proteger los derechos de la persona afectada, al considerar que los riesgos que entraña la concesión son superiores a los derechos de terceros y a la defensa del principio de legalidad y acción penal internacional. Las dudas surgen en el caso de que la autoridad judicial autorice la extradición y el gobierno decida no concederla a partir de criterios tan indeterminados como la «razón de Estado».

Como se ha dicho, lo normal debe ser la autorización de la extradición, más aún entre Estados culturalmente semejantes, entre Estados limpios, mientras que lo excepcional, la denegación, deberá estar justificada, incluso en el caso de que sea adoptada por el gobierno que deberá razonar y explicar por qué deniega una extradición declarada como posible por la AN, tendrá que justificar que lo hace en defensa de un derecho más alto, o en aplicación de un principio, como puede ser la reciprocidad, pero no le sirve, no resulta suficiente apelar simplemente a la soberanía del Estado, como sugiere la LEP, cuando un juez puede objetarle con argumentos jurídicos que no ha respetado los valores y principios constitucionales que deben fundamentar la interpretación y aplicación del correspondiente tratado, de tal forma que si no hay objeciones ni peligros de lesión de derechos, si existe tratado, acuerdo y se respeta el principio de reciprocidad por parte del otro, hay una cierta obligación de conceder la extradición por el gobierno.

La decisión no puede ser libre cuando se afecta con ella a derechos incluso fundamentales de terceros, y no sólo terceros extranjeros residentes en otro país, sino incluso nacionales que pueden ser víctimas o partes implicadas en los procesos que dan lugar a la petición de extradición.

Tampoco puede admitirse sin discusión la actual normativa que no admite recurso a la decisión del gobierno. A pesar de la posición que frente a ello, mantiene el Tribunal Supremo, no podemos olvidar que los derechos

públicos subjetivos se garantizan como un derecho a la legalidad, es decir, como un derecho a oponernos, a no obedecer, a recurrir cualquier actuación que no venga impuesta por disposición expresa de la ley.

En ocasiones se intenta reducir este ámbito de control a los elementos reglados del propio acto, sin admitir que la finalidad de las potestades es también un elemento reglado de las mismas. La administración no puede en nombre de sus facultades discrecionales violar los principios y valores constitucionales que deben ser fiscalizables por los Tribunales a través de la técnica de la desviación de poder.

¿Qué quiere decir que tales materias son actos de Gobierno o políticos? ¿Quiere decir que la administración, en cuanto se trate de cuestiones sobre la extradición, puede obrar sin límite legal alguno? Se comprende que no hay ningún principio jurídico que pueda justificar una afirmación como esta, baste recordar la vinculación superior de todos los poderes del Estado con los derechos fundamentales. Si no hay recurso, los derechos resultan in-tutelables quedando como único medio de defensa activa frente a la administración la jurisdicción penal y ello no puede ser así.

Otra cuestión a comentar, es que el artículo 13.3 sólo recoge la regulación de la extradición pasiva (*«la extradición sólo se concederá ...»*). Pero en cierto sentido, la extradición activa y pasiva son caras de la misma moneda, el mismo procedimiento visto desde la perspectiva del Estado que reclama al extraditable o desde la del Estado que ha de decidir si dicha acción se llevará a término. Por esto la extradición activa, aunque no de forma explícita, también está regulada en la Constitución, y si no se ha hecho de una forma más clara, posiblemente sea porque resulte menos necesaria, si pensamos en los efectos que produce una solicitud de esta naturaleza.

Hay que tener en cuenta, que con la extradición activa el Estado español se limita a solicitar que se le entregue una persona procesada o condenada que reside o se encuentra en otro país y en si misma, esta petición no puede afectar a los derechos del extraditable, en todo caso le afectaría, como es lógico, el posterior procesamiento y condena del Estado solicitante, o las decisiones que tomen las autoridades del Estado requerido, y en ese momento le serán de aplicación las garantías ordinarias del sistema para cada una de las decisiones que se tomen.

La mera solicitud de extradición difícilmente puede ser limitativa de derechos. Lo que no quiere decir que la extradición activa no tenga su espacio propio de discusión, en mayor medida en relación con la justicia universal y como instrumento necesario contra los más execrables crímenes.

Otra de las más claras exigencias del artículo 13.3 es la reserva de ley: «*La extradición sólo se concederá en cumplimiento de un tratado o de una ley ...*». Se trata de una reserva para la concesión y lógicamente no puede serlo para la denegación que es la consecuencia de la primera, de modo que la Constitución no prohíbe expresamente, por ejemplo, que la costumbre relacionada con el principio de reciprocidad pueda servir de fundamento a las decisiones gubernamentales que deniegue una extradición, aunque estas fuentes vienen subordinadas a lo que los tratados y las leyes digan.

El instrumento jurídico fundamental de carácter general, como ya hemos comentado, es el Convenio Europeo de Extradición, perteneciente al sistema de fuentes del Consejo de Europa. Constituye la norma básica en materia de extradición, que para los países de la Unión Europea se complementa con la Constitución y la Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002 que sustituye en parte al Convenio de Extradición de la Unión Europea y las demás normas que regulan internamente la extradición al menos entre aquellos Estados que las hayan desarrollado internamente.

También el artículo 13.3 de la Constitución establece que «*No se concederá la extradición por delitos políticos...*». Las dificultades a este respecto comienzan cuando se tiene que concretar el contenido de tales delitos, ya que no hay nada más dúctil que lo político hasta el punto que resulta difícil incluso imposible definirla, y más aún si tenemos en cuenta que la propia extradición se ideó para extraditar a personas reclamadas precisamente por delitos políticos, y en no pocas ocasiones por hechos que ni siquiera pueden calificarse bajo ningún criterio como *delitos*, por simples conductas políticas, incluso actuaciones que disgustaban a los gobernantes. Recordemos como ejemplo el caso del presidente de la Generalitat Lluís Companys.

En la actualidad sucede exactamente al contrario, ya que los delitos políticos son la única prescripción extradicional de carácter sustantivo que se recoge en la Constitución. La cuestión a debate es concretar qué delitos deben ser considerados como políticos. Y ante tanta dificultad se ha intentado

concretar el ámbito material del delito político por exclusión: es político todo delito que no es común, aunque se alegue un móvil político.

La Audiencia Nacional considera como delitos políticos la rebelión, la asociación subversiva, atentar contra los poderes del Estado, la conspiración política y delitos contra el régimen político, la tenencia de armas y explosivos, las detenciones ilegales y el robo perpetrado con finalidad política.

Pero a pesar de los intentos llevados a cabo, la normativa aplicable no puede eliminar las dificultades. Son muchas las variables que intervienen en la configuración de la naturaleza de los delitos, y no todas son concretas en un precepto. Siempre habrá un alto grado de indeterminación en lo que se considere como *político*, que varía según el lugar y se modifica a través del tiempo.

¿Puede establecerse un sentido y alcance del término *político* a partir de la Constitución? Seguramente haga referencia a aquella clase de conductas que son lícitas en nuestros sistemas democráticos pero están prohibidas en los que no lo son. En este sentido, el límite de los delitos políticos es un límite hacia el exterior, hacia los países que no reúnen las mínimas garantías de respeto a los derechos. De este modo se viene a garantizar que el Estado español en ningún caso podrá conceder la extradición cuando los delitos en los que se fundamente tengan este carácter político, es decir, sean producto del ejercicio de los derechos políticos, de los derechos fundamentales.

Ahora bien, si entendemos los delitos políticos de esta forma, resulta innecesario aplicarles un límite específico, porque los supuestos amparados ya lo están por el requisito de la doble incriminación.

También es preferible la opción del Convenio Europeo de Extradición, que no realiza ninguna mención expresa de estos delitos, favoreciendo la entrega si cumplen con los requisitos de doble incriminación y mínimo penológico. Aunque también es posible, que el requisito de la doble incriminación, por si solo, no sea suficiente para prevenir estas conductas esencialmente antidemocráticas y puede resultar conveniente aplicarle también, un límite de naturaleza política, que tendría que estar más vinculado a la situación social y política del país solicitante, a la confianza jurídica, a la transparencia, a su limpieza.

Ahora bien, si resulta difícil perfilar un concepto aceptable internacionalmente de delito político, no lo es menos definir jurídicamente qué son *actos de terrorismo*, que es el límite del límite. Resulta evidente que los actos de terrorismo no pueden considerarse como delitos políticos: son delitos comunes que se califican como *terrorismo* debido a los efectos que provocan o pretenden provocar, fundamentalmente, el terror.

De nuevo vemos como la cuestión debiera estar más vinculada, al principio de confianza en el sistema penal del Estado requirente, a su valoración como un Estado limpio. De esta forma se evitarían decisiones sorprendentes de denegación de solicitudes por delitos terroristas, de Estados como México o Bélgica y que llevó a España a iniciar el procedimiento de suspensión de ciertas normas del acuerdo de Schengen y recientemente a que el CGPJ, enviara un escrito de protesta a las autoridades de aquel país, denunciando la aplicación automática, mecánica de su legislación penal y procesal.

Por el contrario, el Consejo de Estado francés, recientemente a concedió a España la extradición de una persona por pertenencia a grupos terroristas y hace unos meses, un juez mexicano dictaminó que procedía la extradición a España de un argentino, acusado de genocidio y torturas por la Audiencia Nacional, lo que demuestra un cambio en la valoración de los motivos de entrega.

Por último, considero que es necesario comentar un requisito tradicional de la extradición, el más común pero que, de manera muy acertada, no ha sido incluido en el artículo 13.3. Me refiero al requisito de la *nacionalidad* como límite para poder acordar la extradición, requisito que es la expresión más clara de la extradición como figura ligada a la soberanía del Estado e instrumento de su política exterior.

La formulación más contundente de este requisito la encontramos nuevamente en la exposición de motivos de la más que deficiente Ley de Extradición Pasiva, cuando dice que dicha prohibición se sustenta en la propia *soberanía Estatal*.

También el requisito de la nacionalidad se utiliza frecuentemente, como instrumento para dificultar las solicitudes de extradición activa. En nuestro país, erróneamente y hasta hace muy poco, la fiscalía consideró que el artículo 826.3 de la LECr, prohibía la solicitud de extradición de extranjeros acusados de crímenes contra la humanidad, olvidándose o escondien-

do el marcado carácter personal del artículo 23 de la LOPJ que de una forma expresa, clara, y contundente autoriza la solicitud de extradición de extranjeros por delitos cometidos en el extranjero *susceptibles de tipificarse como, a) Genocidio. b) Terrorismo. c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves. d) Falsificación de moneda extranjera. e) Los relativos a la prostitución. f) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes. g) Y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España.* Son los llamados delitos contra el denominado Derecho de Gentes (*Delicta iuris gentium*).

En relación con la extradición pasiva, un ejemplo significativo de la verdadera finalidad de tal requisito lo encontramos en Colombia, donde a instancias del quizá más importante narcotraficante se aprobó una normativa por el gobierno que prohibía la extradición de los nacionales, impidiendo de este modo que se autorizara su entrega a los EE.UU. Más difícil resulta explicar la regulación constitucional de este límite en la Constitución alemana.

En nuestro caso, esta descontextualizada prohibición, cuya finalidad es la de amparar la impunidad de las personas y de los Estados, no se ha incluido en la Constitución, ni puede deducirse de su redactado, ni puede aplicarse a través de la LEP. La entrega de un nacional únicamente puede tener relevancia constitucional por aplicación del principio constitucional de la reciprocidad y por su inclusión como límite en el correspondiente tratado.

En primer lugar, no podemos olvidar que el artículo 13.3 de la Constitución española, al no incluir expresamente la prohibición de extraditar a los nacionales, tal y como se sugirió por parte de diversas enmiendas en el proceso de elaboración, se aparta conscientemente de lo que era y es una tradición no sólo legislativa, sino también de constituciones como la alemana, italiana, portuguesa, etc.

Por añadidura, la negativa a la extradición de un nacional no solamente fomenta la impunidad de los acusados por delitos contra la humanidad, sino que puede tener relevancia constitucional cuando con ella salgan perjudicados los derechos de las otras partes implicadas en el procedimiento, que incluso pueden ser titulares también de la nacionalidad española. La declaración de improcedencia de la solicitud de extradición, tendría efectos en el derecho a la legalidad penal y efectividad de las resoluciones judicia-

les, principios y garantías que no dejan de tener una cierta fuerza de obligar en el ámbito internacional.

Con muy buen criterio, en nuestro caso, la propia Audiencia Nacional considera que la aplicación del artículo 3 de la LEP es supletoria a los tratados y, en general, al Convenio Europeo de Extradición, que no guarda silencio sobre la cuestión, sino que simplemente prevé la facultad de denegarla.

De un modo aún más elocuente si cabe, se expresa la Constitución Europea, que en su artículo 19.2, situado en la Parte II, dice:

*Nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes.*

En este contexto, la cuestión analizada, es decir, la conformidad a la Constitución de la extradición de nacionales desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva, no podría ser resuelta siempre en idéntico sentido, pues dependerá, al menos, de la existencia o no de Tratado, y de las previsiones que éste establezca al respecto y, sobre todo, de las circunstancias que rodeen al caso, siendo la nacionalidad del extraditabile una de aquellas a las que habrá que prestar singular atención.

En definitiva, podríamos concluir estas notas, diciendo que la extradición está adquiriendo una importancia que antes no tenía. Es un procedimiento imprescindible en estos momentos de globalización, incluso para la defensa y homogenización de un contenido mínimo de derechos y garantías, al establecer elementos objetivos para definir el estatus internacional necesario para fundamentar el principio de *confianza mutua* en las relaciones entre los sistemas, para calificarlos como Estados limpios.

No obstante, su configuración jurídica estatal e internacional adolece de una gran indeterminación y confusión. Ante esto, el trabajo que he resumido en estas páginas pretende contribuir, siquiera minimamente, a establecer los parámetros a partir de los cuáles puede desarrollarse una teoría de la extradición válida internacionalmente y efectiva para la defensa de los derechos fundamentales y la cooperación internacional en la lucha contra la impunidad.

Posiblemente, la novedad del trabajo es que constituye una de las primeras aproximaciones al estudio de la extradición desde el Derecho constitucional y sus resultados creo que demuestran sobradamente la necesidad y el acierto de escogerlo como tema de investigación. Sólo me cabe esperar que su contenido anime la realización de otros muchos y que aquellos que lo hagan disfruten tanto en la tarea, como el que con esto termina.