

**IUS PUNIENDI,
FRONTERAS Y DERECHOS FUNDAMENTALES:
UN MODELO CONSTITUCIONAL DE EXTRADICIÓN**

MERCEDES PÉREZ MANZANO

SUMARIO: — I. INTRODUCCIÓN. — II. DEL MODELO SOBERANISTA AL MODELO CONSTITUCIONAL DE EXTRADICIÓN: 1. El modelo clásico de extradición: ¿cooperación entre Estados soberanos? 2. La protección de los derechos del reclamado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en el Tribunal Constitucional español. 3. El modelo constitucional de extradición: la relación jurídica extraditacional como relación triangular. — III. LA PROHIBICIÓN DE EXTRADITAR NACIONALES: 1. Los argumentos contra la extradición de nacionales: A) El deber de protección de los nacionales. B) El riesgo de parcialidad y discriminación de los Estados al juzgar a ciudadanos extranjeros; limitaciones fácticas del derecho de defensa. C) Juez natural y extradición del nacional. D) Extradición, ejecución de la pena y fines de la pena privativa de libertad. E) El derecho a entrar y salir el territorio del Estado. F) Síntesis. 2. La evolución legal del principio. 3. La extradición de nacionales: posibilidades y límites en el modelo constitucional de extradición. — IV. EPILOGO: EL FUTURO DE LA EXTRADICIÓN Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

I. INTRODUCCIÓN

1. La introducción de Constituciones rígidas en los ordenamientos jurídicos de muchos países, entre los que se encuentra España, a partir de la II Guerra Mundial ha producido un profundo cambio en la forma de entender el Derecho y el Estado que suele representarse en el paso del Estado de Derecho al Estado constitucional de Derecho (1). Si la característica fundamental del Estado de Derecho reside en el sometimiento de todo poder público a reglas jurídicas, con un claro predominio del poder legislativo —representante de la soberanía popular—, y, por tanto del principio democrático, sobre los poderes ejecutivo y judicial, el Estado constitucional de Derecho se

(1) Sobre la cuestión cfr. por todos ZAGREBELSKI, *El derecho dúctil*, Madrid, 1992, especialmente, pp. 33 y ss.; FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, 1999, pp. 20 y ss., y el volumen colectivo *Neoconstitucionalismo(s)*, ed. Carbonell, Madrid, 2003.

distingue por poner en la cúspide del sistema jurídico Constituciones que no solo ordenan o estructuran el poder o poderes del Estado, sino que incluyen una selección de valores o principios fundamentales que imperan sobre todos los poderes del propio Estado, específicamente también sobre el poder legislativo. En el Estado constitucional de Derecho la validez de la ley no solo deriva de que en su elaboración se haya respetado el procedimiento previsto en la Constitución, sino que depende también de que su contenido no sea incompatible con los principios plasmados en la Constitución, específicamente que no sea incompatible con los derechos fundamentales. Se trata de constituciones rígidas en cuanto establecen mecanismos reforzados para su reforma más complejos que los previstos para la ley, que en algunos casos prevén un núcleo irreductible de derechos o principios fundamentales cuya reforma está prohibida por la propia Constitución. La última característica del Estado constitucional de Derecho reside en que la garantía y defensa de la Constitución queda, en última instancia, en manos de órganos jurisdiccionales específicos, los Tribunales constitucionales (2).

2. En este modelo jurídico-constitucional los derechos fundamentales se constituyen en criterios para la ponderación de la legitimidad de la acción del Estado y de cada uno de sus poderes. Pero los derechos fundamentales no solo pueden hacerse valer frente a los poderes del Estado ante sus Tribunales constitucionales, sino también, ante organismos internacionales creados al efecto, pues, de forma paralela a la evolución del Derecho interno de los Estados se ha producido un fenómeno similar en el ámbito internacional a través de la aparición de los convenios internacionales sobre derechos humanos.

El reconocimiento internacional de los derechos humanos en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, o en nuestro ámbito regional, el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, no sólo es de gran trans-

(2) GUASTINI, «La constitucionalización del ordenamiento: el caso italiano», en Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid 2003, pp. 49 y ss., resume las condiciones de constitucionalización de un ordenamiento en las siguientes: 1. La existencia de una Constitución rígida, que incorpora derechos fundamentales, no puede ser derogada por la legislación ordinaria y en ocasiones substrahe del procedimiento de reforma más complejo que la legislación ordinaria y en ocasiones substrahe del procedimiento de revisión constitucional un núcleo de principios inmutables; 2. La garantía jurisdiccional de la Constitución, que implica el control constitucional de las leyes; 3. La fuerza vinculante de la Constitución, que supone que todo precepto constitucional contiene normas jurídicas vinculantes; 4. La sobreinterpretación de la Constitución, esto es, que se la interpreta de forma extensiva y deduciendo de ella principios implícitos; 5. La aplicación directa de las normas constitucionales, en cuanto que no sólo se aplican para regular las relaciones entre el Estado y los particulares, sino también entre particulares, para regular relaciones sociales; 6. La interpretación conforme a la Constitución de las leyes.

cendencia al proclamar su carácter universal, sino al establecer organismos de control y garantía que permiten que los ciudadanos recaben su tutela ante ellos frente a sus Estados nacionales y al convertirlos también en criterios para la ponderación de la legitimidad de las relaciones entre Estados. De modo que los derechos humanos se han convertido en otro «principio constitucional del orden internacional contemporáneo» (3) que matiza la validez del principio clásico de la soberanía estatal y que ha redimensionado el Derecho Internacional Público, pues la comunidad internacional, cuyas relaciones regula, ya no se concibe solo como una comunidad de Estados soberanos sino como una comunidad de individuos con intereses fundamentales comunes (4).

En el plano jurídico, y antes de que nos viéramos inmersos en el proceso de mundialización o globalización económica e informática, las fronteras estatales comenzaron a flexibilizarse a través del reconocimiento internacional de derechos fundamentales a los individuos con pretensiones de validez universal y de garantía internacional frente a los Estados nacionales.

3. A nadie se le oculta que el panorama aquí expuesto es más idílico que real, pues los derechos humanos no imperan ante las fronteras estatales, sino que, más bien al contrario, las fronteras soberanas se convierten en obstáculos a la plenitud de los derechos fundamentales. Expresado de otro modo, la soberanía estatal se convierte en elemento para determinar el ámbito y contenido de los derechos fundamentales.

Las Constituciones estatales, cuyas bondades acabamos de alabar, por sí mismas o mediante la interpretación efectuada por los Tribunales Constitucionales, sólo garantizan la plenitud de los derechos fundamentales respecto de un círculo determinado de individuos, sus nacionales, de modo que la igualdad en derechos no se predica del universo de personas que entran en relación con el Estado o con uno de los poderes públicos que lo integran.

Partiendo del art. 13.1 CE, que establece que los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el Título I en los términos que establezcan los tratados y la ley, el Tribunal Constitucional español ha diferenciado tres clases de derechos fundamentales (5), de los que los extran-

(3) Tomo la expresión de CARRILLO SALCEDO, «Soberanía de los Estados y Derechos Humanos» en *Derecho Internacional contemporáneo*, Madrid, 1995, p. 15.

(4) Por todos GONZÁLEZ CAMPOS/SÁNCHEZ RODRÍGUEZ/SAEN DE SANTAMARÍA, *Curso de Derecho Internacional Público*, Madrid, 2002, pp. 72 y ss.; CARRILLO SALCEDO, «Soberanía de los Estados y Derechos Humanos», pp. 14 y ss. Sobre ello también FERRAJOLI, *Derechos y garantías*, 2001, pp. 144 y ss. admitiendo los déficits de tutela jurídica.

(5) Sobre la cuestión, por todos CRUZ VILLALÓN, «Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros, las personas jurídicas», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1992, pp. 63 y ss. 71.

jeros solo gozan en igualdad de condiciones a los españoles de aquellos que pertenecen a la persona en cuanto tal y que resultan imprescindibles para la garantía de la dignidad humana. La STC 95/2000, de 10 de abril (FJ 3) recuerda que «los extranjeros gozan en nuestro país, en condiciones plenamente equiparables a los españoles, de aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y que resultan imprescindibles para la garantía de la dignidad humana (art. 10.1 C.E.); por contra, no es posible el acceso a otro tipo de derechos (como los reconocidos en el art. 23 C.E., según dispone el art. 13.2 y con la salvedad que contiene) y, finalmente, existe un tercer grupo integrado por aquellos derechos de los que podrán ser titulares en la medida y condiciones que se establezcan en los Tratados y Leyes, siendo admisible en tal caso que se fijen diferencias respecto a los nacionales» (6). La nacionalidad se convierte así en criterio de diferenciación del estatus jurídico-constitucional de los individuos, tanto de forma extensiva como intensiva, al servir para delimitar el grupo de derechos del que puede ser titular el no nacional —los inherentes a su cualidad de persona, los reconocidos por tratado o ley— y el alcance de las facultades o posición jurídica que éstos comportan —en el caso de los reconocidos por tratado o ley, «en los términos de su reconocimiento en ellos» (7)—.

4. La proyección de este planteamiento al ámbito de los derechos fundamentales del individuo frente al ejercicio del *ius puniendi* no parece plantear excesivos problemas (8) en la medida en que de forma tácita o expresa se entiende que el conjunto de garantías penales constituyen derechos de la persona y, por tanto, se reconoce que tanto nacionales como extranjeros son titulares de estos derechos. El Tribunal Constitucional, en lo que se refiere a este conjunto de garantías individuales frente al ejercicio del *ius puniendi* (9), ha reconocido que son derechos inherentes a la persona e imprescindibles para la garantía de la dignidad humana, la interdicción de penas inhu-

(6) Antes SSTC 107/1984, de 23 de noviembre, FJ 3; 99/1985, de 30 de septiembre, FJ 2; 130/1995, de 11 de septiembre, FJ 2.

(7) STC 169/2001, de 16 de julio, FJ 4 a), en relación con el derecho a la libertad de entrar y salir del territorio; en sentido similar STC 94/1993, de 22 de marzo, FJ 3.

(8) Partir de este planteamiento no implica aceptar que sea el óptimo, pues no cabe duda que la desigualdad en derechos, derivada de la nacionalidad, no es legítima, sino más bien contradictoria con la idea de universalidad. Como advierte FERRAJOLI, *Derechos y garantías*, p. 155, «Tomar en serio aquellos valores, los derechos humanos proclamados en las cartas constitucionales, significa, por consiguiente, tener el valor de desvincularlos de la ciudadanía, es decir, del último privilegio de *status* que subsiste en el derecho moderno.»

(9) Además del reconocimiento general efectuado sobre los derechos a la vida y a la integridad física, intimidad y libertad ideológica —arts. 15, 16 y 18, CE— (107/1984, de 23 de noviembre, FJ 3), del derecho de reunión —art. 21 CE—, (STC 115/1987, de 7 de julio, FJ 2) y del derecho de asociación —art. 22— (STC 115/1987, de 7 de julio, FJ 3).

manas o degradantes (art. 15 CE) (10) y de la tortura (art. 15 CE) (11), la libertad personal (art. 17 CE) (12), la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) (13), el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) (14), el derecho a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE) (15); y en un plano distinto, ha reconocido la validez de la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad en relación con la denegación de permisos de salida a los internos extranjeros de los Centros Penitenciarios (art. 14 CE) (16).

La impresión que se extrae de esta configuración de las garantías penales, procesales y materiales, como derechos de la persona y, por tanto, como fundamentadoras de un igual estatus constitucional de nacionales y extranjeros ante el ejercicio del *ius puniendi* no es absolutamente correcta, pues pasa por alto que existen dos instituciones que afectan de forma diferenciada a nacionales y extranjeros: la expulsión de extranjeros en el marco del proceso penal o como sustitutivo de una pena o de una medida de seguridad y la extradición. Se trata de dos instituciones que tienen en común afectar al derecho a entrar y salir libremente del territorio español que el art. 19 CE atribuye expresamente sólo a los españoles, pero que, como es sabido, constituye también un derecho del que son también titulares los extranjeros que lo tengan reconocido por tratado o ley y en los términos de dicho reconocimiento en ellos (17).

De ambas instituciones me voy a referir a la segunda, pues la extradición ha sido escasamente tratada desde la óptica de la legitimidad constitucional de un trato diferenciado para españoles y extranjeros; trato diferenciado en materia extradicional que ha sido un principio tradicional en la Europa continental y que se mantiene en el ordenamiento jurídico español, dado que la Ley de extradición pasiva establece en su art. 3.1 que «no se concederá la extradición de españoles». A primera vista puede parecer que la cuestión no merece mayor reflexión: si la extradición afecta sólo al derecho a entrar y salir libremente del territorio nacional, es obvio que éste es un

(10) STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 9.

(11) STC 32/2003, de 13 de febrero, FJ 7.

(12) SSTC 115/1987, de 7 de julio, FJ 1; 174/1999, de 27 de septiembre de 1999, FJ 5; 147/2000, de 29 de mayo, FJ 3; 179/2000, de 26 de junio, FJ 2; 169/2001, de 16 de julio, FJ 4; 53/2002, de 27 de febrero, FJ 4 b); ATC 55/1996, de 6 de marzo, FJ 3.

(13) STC 99/1985, de 30 de septiembre, FJ 2; 115/1987, de 7 de julio, FJ 4; 163/2002, de 16 de septiembre, FFJJ 3 y 4.

(14) SSTC 115/1987, de 7 de julio, FJ 1; 91/2000, de 30 de marzo, FJ 8.

(15) STC 116/1993, de 29 de marzo, FJ 3.

(16) STC 137/2000, de 29 de mayo, FJ 1.

(17) STC 94/1993, de 22 de febrero, FFJJ 2 y 3; 116/1993, de 29 de marzo, FJ 2; 242/1994, de 20 de julio, FJ 4; 86/1996, de 21 de mayo, FJ 2; 24/2000, de 31 de enero, FJ 4.

derecho fundamental en el que la diferencia de trato por razón de nacionalidad es constitucionalmente posible (18). Esta primera posibilidad es fácilmente refutable, pues el Tribunal Constitucional —luego veremos con qué alcance—, ha declarado que la extradición afecta o puede afectar a otros derechos fundamentales (19). Ahora bien, aunque la extradición afecte específicamente a las garantías constitucionales penales —procesales y materiales—, o en función de la naturaleza y gravedad de la pena, al derecho a la vida e integridad física, o a la prohibición de tratos inhumanos o degradantes, como todos estos derechos se conciben como derechos de la persona, no cabría la diferencia de trato entre nacionales y extranjeros. Desde esta segunda perspectiva estaríamos ante un falso problema.

Sin embargo, esta primera aproximación a la cuestión resulta superficial pues oculta la existencia de interpretaciones restrictivas de los derechos de los extranjeros en este ámbito. Así, si se parte de que el procedimiento de extradición está regido por el principio de soberanía de los Estados —en cuyo caso carece de límites constitucionales a la entrega de los extranjeros—, o se afirma bien que los extranjeros no pueden alegar en el procedimiento de extradición determinados derechos fundamentales o que el recurso de amparo en estos casos de extradiciones de extranjeros debe revisarse sólo bajo el canon del derecho a la tutela judicial efectiva o no revisarse y derivarse a los órganos internacionales de protección de los derechos humanos habilitados por los convenios internacionales firmados por los Estados. La pretendida evolución de la extradición en el ámbito europeo hacia su desaparición, que se vería confirmada con la Decisión Marco de 13 de junio de 2002 sobre la orden europea de detención y entrega tiene este telón de fondo y, en definitiva, el del retroceso en materia de derechos de los extranjeros que algunas ONGs han denunciado también en relación con dicha orden europea de detención y entrega (20). De modo que analizar el tema propuesto desde esta perspectiva es una forma de sacar a la luz diferencias de trato aparentemente inexistentes. Para

(18) La STC 94/1993, de 22 de marzo, FJ 3, declaró: «la libertad de circulación a través de las fronteras del Estado, y el concomitante derecho a residir dentro de ellas, no son derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana (art. 10.1 C.E., y STC 107/1984, fundamento jurídico 3.), ni por consiguiente pertenecen a todas las personas en cuanto tales al margen de su condición de ciudadano. De acuerdo con la doctrina sentada por la citada Sentencia, es pues lícito que las leyes y los tratados modulen el ejercicio de esos derechos en función de la nacionalidad de las personas, introduciendo tratamientos desiguales entre españoles y extranjeros en lo que atañe a entrar y salir de España, y a residir en ella».

(19) Por todas SSTC 141/1998, de 29 de junio; 91/2000, de 30 de marzo; 32/2003, de 13 de febrero.

(20) VENNEMANN, «The European Arrest Warrant and its Human Rights Implications», en *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (en adelante *ZaöRV*) 63, 2003, p. 104.

ello resulta necesario con carácter previo revisar la concepción de la extradición desde sus propios fundamentos históricos y en el Estado constitucional de Derecho.

II. DEL MODELO SOBERANISTA AL MODELO CONSTITUCIONAL DE EXTRADICIÓN

1. El modelo clásico de extradición: ¿cooperación entre Estados soberanos?

1. La doctrina suele afirmar que la extradición, en su concepción clásica, es un instrumento de cooperación judicial internacional, o de asistencia judicial entre Estados soberanos para que éstos puedan ejercer el *ius puniendi* y para que las fronteras territoriales no constituyan un obstáculo absoluto a sus pretensiones punitivas (21). La idea de soberanía impregnaría toda la institución, teniendo un reflejo claro en la naturaleza de la fuente específica que la regula, los Tratados, y en el principio de reciprocidad, cuyo fundamento es el acuerdo interestatal y el reconocimiento de un igual estatus internacional de los Estados. El principio de no extradición de los nacionales, la reducción del control judicial a ciertos aspectos de la misma y sobre todo que la decisión última denegatoria, tanto en el caso de la extradición pasiva como la activa, esté en manos del gobierno constituyen manifestaciones claras de esta concepción clásica de la extradición en un modelo básicamente soberanista, en el que se enmarcaría la legislación española (22). Especialmente elocuente es en este sentido el art. 6 de la Ley de extradición pasiva española, que establece que «la resolución del Tribunal declarando procedente la extradición no será vinculante para el Gobierno, que podrá denegarla en el ejercicio de la soberanía nacional, atendiendo al principio de reciprocidad o a razones de seguridad, orden público o demás intereses esenciales para España. / Contra lo acordado por el Gobierno no cabrá recurso alguno».

(21) Cfr. ANTON ONECA, *Derecho penal*, 2ª ed. 1986, p. 145.; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, t. II, p. 884; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal, Parte General*, pp. 167 y ss.; CEREZO, *Curso de Derecho penal español, Parte General, I, Introducción*, 5ª ed., Madrid, 2001, p. 219 y ss.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal, Parte General*, p. 160; SEBASTIÁN MONTESINOS, *La extradición pasiva*, 1997, pp. 23, 24; PUENTE EGIDO, «La extradición, problema complejo de cooperación internacional en materia penal», *Boletín de la Facultad de Derecho*, UNED, núm. 15 2000, p. 209.

(22) El preámbulo de la Ley de extradición pasiva señala que la extradición es concebida en la ley «como acto de soberanía en relación con otros Estados en función del Poder Ejecutivo, hacia el imperio de la Constitución y de la Ley, sin perjuicio de su aspecto técnico penal y procesal que han de resolver los Tribunales en cada caso con la intervención del Ministerio Fiscal».

2. Sin perjuicio de que no puede negarse que la regulación de la extradición en España y en los países de nuestro entorno jurídico-cultural tiene un fuerte componente de relación bilateral entre Estados soberanos, sin embargo, acentuar este rasgo de la extradición al punto de convertirlo en elemento configurador de la misma evidencia, a mi modo de ver, un claro sesgo en el análisis de la institución, pues oculta otras características de la extradición que tienen y han tenido el mismo o superior peso específico como elementos definidores de la institución.

La extradición, tal como se configura desde mediados del siglo XVIII y especialmente en los siglos XIX y XX, tiene un componente garantista de los derechos del reclamado y de limitación de la voluntad soberana de los Estados (23) que no se puede obviar. De un lado, muchos de los principios que hoy conocemos como límites a la extradición, tienen su origen en la reacción frente a la práctica generalizada de los monarcas absolutistas de desterrar a sus oponentes políticos (24). Este es el sentido de los principios de la no extradición de los propios nacionales o por delitos políticos, así como la prohibición de extraditar a quien tiene reconocido asilo político. De otro, algún otro principio se explica como límite a la omnipotencia de los monarcas absolutistas, enmarcándose claramente en la evolución de todas las instituciones estatales en el Estado de Derecho, esto es, el sometimiento a reglas jurídicas y la proscripción de la arbitrariedad; así, el principio de legalidad de la extradición, cuyo sentido es el sometimiento de esta concreta acción del poder ejecutivo al Derecho, y el propio control jurisdiccional de la extradición, cuyo significado político-constitucional, más allá de la revisión de aspectos técnico-procesales, reside en el control de la Administración por la Jurisdicción como uno más de los principios inherentes al Estado de Derecho (25). La extradición deja de ser un mero acto de gobierno, o un acto de política exterior, incontrolable al regirse por el principio de oportunidad, para convertirse en un acto de carácter mixto —gubernativo/judicial (26)—.

(23) Cfr. en este sentido LAGODNY, *Die Rechtsstellung des Auszuliefernden in der Bundesrepublik Deutschland, (Beiträge und Materialien aus dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Band 59)*, 1987, pp. 35 y ss.; PUENTE EGIDO, *Límites jurídico-constitucionales y jurídico-internacionales en la competencia penal internacional del Estado español*, Fest für Mosler, 1983, pp. 696 y ss.; El MISMO, *La extradición, problema complejo de cooperación internacional en materia penal*, pp. 205 y ss.; GONZÁLEZ CAMPO, E., «La incidencia de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de extradición», en *Revista del Ministerio Fiscal*, núm. 7, 2000, p. 62, afirma que a partir del siglo XVIII, con la implantación de los Estados liberales en Europa, se produce una «lógica inversión de los valores asociados con las medidas de cooperación entre Estados en la lucha contra la criminalidad», produciéndose el paso de la idea la cooperación entre Estados como «acto de soberanía libre e incondicionado al acto sujeto a Derecho»; CUERDA RIEZU, «Extradición, Constitución y doctrina del Tribunal Constitucional», en *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, Vol. III, 2002, pp. 179 y ss., 187; LÓPEZ ORTEGA, «El futuro de la extradición en Europa (una reflexión desde los principios del Derecho europeo de extradición)», en Cezón, *Derecho extradicional*, 2003, pp. 341; VOGEL, «¿Supresión de la extradición? Observaciones críticas en relación con la reforma de la legislación en materia de extradición en la Unión Europea», en BACIGALUPO (dir), *El Derecho penal Internacional*, CDJ 2001, p. 191.

(24) Cfr. PUENTE EGIDO, *Límites jurídico-constitucionales y jurídico-internacionales en la competencia penal internacional del Estado español*, pp. 693 y ss., 699; GONZÁLEZ CAMPO, E., «La incidencia de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de extradición», pp. 62, 63.

diccional de la extradición, cuyo significado político-constitucional, más allá de la revisión de aspectos técnico-procesales, reside en el control de la Administración por la Jurisdicción como uno más de los principios inherentes al Estado de Derecho (25). La extradición deja de ser un mero acto de gobierno, o un acto de política exterior, incontrolable al regirse por el principio de oportunidad, para convertirse en un acto de carácter mixto —gubernativo/judicial (26)—.

Durante el siglo XX la extradición evoluciona en un sentido garantista, que impregna la legislación española y el Convenio Europeo de Extradición de 1957. La universalización de los derechos humanos a través del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Convenio Europeo de Derechos Humanos tienen una influencia decisiva en la legislación extradicional y en los Tratados posteriores a la Segunda Guerra Mundial al convertirse los derechos humanos en normas imperativas de Derecho Internacional, que, por tanto, limitan la colaboración internacional de los Estados (27). Plasmación de este garantismo son las prohibiciones de extraditar a una persona si se tienen sospechas de que será juzgado en un tribunal de excepción, por delitos cometidos mediante los medios de comunicación en ejercicio de su libertad de prensa, si la legislación del Estado de destino prevé la pena de muerte para el delito objeto de enjuiciamiento y no diere garantías de que la conmutará, si el Estado requiriente no garantiza que no atentará contra la integridad corporal del reclamado ni lo someterá a tratos inhumanos o degradantes, y en caso de que el reclamado haya sido juzgado en rebeldía, si el Estado reclamante no diere garantías de que el reclamado será sometido a nuevo juicio en el que deberá estar presente y debidamente defendido (28). Prohibiciones de extraditar incluidas en la Ley de extradición pasiva, junto a las relativas a los delitos políticos, los asilados y los propios justiciables, de las cuales solo está expresamente constitucionalizada la prohibición de extraditar por delitos políticos —art. 13.2 CE—.

(25) Y ello con independencia de que históricamente en España el antecedente del control jurisdiccional de la extradición se encuentra en los dictámenes del Consejo de Estado, que constituyeron la primera vía de control jurídico del acto. Sobre ello PUENTE EGIDO, «Límites jurídico-constitucionales y jurídico-internacionales en la competencia penal internacional del Estado español», pp. 701 y ss.

(26) PUENTE EGIDO, «La extradición, problema complejo de cooperación internacional en materia penal», pp. 231 y ss.

(27) Cfr. LÓPEZ ORTEGA, «El futuro de la extradición en Europa», p. 342.

(28) Art. 4. Ley de extradición pasiva (en adelante LexP). Se contemplan algunas de estas reglas en los arts. 3, 11 Convenio Europeo de Extradición (en adelante CEEEx) y art. 3 del Segundo Protocolo Adicional al CEEEx.

3. Este conjunto de principios limitadores de la extradición configuran el estatuto jurídico del reclamado (29), quien, no podemos olvidar, ha sido y será en la mayoría de las ocasiones un extranjero; la existencia de este amplio estatuto garantista del reclamado en materia de extradición y el dato de que se aplique básicamente a extranjeros, conduce sin duda a entender que la extradición no es una institución ajena a la idea de protección estatal de los derechos del extranjero.

2. La protección de los derechos del reclamado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional español

1. En la configuración de este modelo garantista de extradición ha tenido un papel relevante la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 7 de julio de 1989, caso Soering (30), marcó un hito en esta materia al afirmar que los Estados no quedan relevados de su responsabilidad por todas o parte de las consecuencias previsibles que una extradición entraña fuera de su jurisdicción (pár. 86); es decir, que son responsables de las vulneraciones de derechos fundamentales producidas directamente en el Estado de destino. Dicha responsabilidad fue declarada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a pesar de reconocer que el ámbito de aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos se halla territorialmente limitado, que el compromiso de los Estados signatarios del mismo se limita a reconocer a las personas sometidas a su jurisdicción los derechos y libertades que proclama y que no puede entenderse que el Convenio Europeo de Derechos

(29) La Audiencia Nacional tampoco ha sido ajena a este planteamiento, cfr. el estudio sobre los Autos de la Audiencia Nacional de RUIZ DE LOS PASOS, «Extradición Pasiva y derechos humanos», *Poder Judicial* núm. 38, 1995, pp. 175 y ss. Sin perjuicio de que el aumento significativo de los recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional frente a decisiones judiciales en materia de extradición evidencia un cambio de rumbo de la Audiencia Nacional en el último quinquenio, sobre ello CUERDA RIEZU, «Extradición, Constitución y doctrina del Tribunal Constitucional», p. 181.

(30) De los muchos comentarios a la misma cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, «El principio de proporcionalidad de la extradición. Derecho a no ser extraditado, pena de muerte como pena o trato inhumano o degradante, control de la proporcionalidad de las decisiones gubernamentales sobre extradición y otras cuestiones sustanciales en la Sentencia SOERING, de 7 de julio de 1989, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *PJ* núm. 15, 1989, pp. 35 y ss. Crítico con la sentencia VOGLER, T., «Auslieferung bei drohender Todesstrafe und Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK). Der Fall Soering vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR)», en *Gedächtnisschrift für Karlheinz Meyer*, Berlin, 1990, pp. 484 y ss. Sobre la doctrina del TEDH en esta materia con carácter general, GONZÁLEZ CAMPO, E., «La incidencia de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de extradición», pp. 61 y ss.; VENNEMANN, *ZaöRV* 63, 2003, pp. 116 y ss.

Humanos consagre un principio general según el cual cada Estado firmante, pese a sus obligaciones en materia de extradición, no puede entregar a una persona sin convencerse de que las condiciones en el país de destino encaban plenamente con todas y cada una de las garantías del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Esta doctrina se inicia con un caso especialmente relevante porque el derecho fundamental en última instancia protegido era el derecho a la vida, dado que el país de destino tenía prevista la pena de muerte en su legislación penal para el delito cuyo enjuiciamiento sustentaba la demanda de extradición, si bien la fundamentación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se efectúa en torno al carácter inhumano de la pena de muerte (31). Es en este ámbito de las alegaciones de vulneración de la prohibición de torturas y penas inhumanas y degradantes en el que se ha consolidado dicha doctrina (32). Sin embargo, ello no significa que para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos la responsabilidad de los Estados que acce-

(31) El grueso de la argumentación se refiere al carácter inhumano de la pena de muerte, siendo declarada la vulneración del art. 3 del CEDH que establece que «nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes», y no la del art. 2 CEDH que protege el derecho a la vida y que excepciona del mismo la ejecución de una condena a pena capital. La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Soering reconoce la evolución de los Estados europeos contrarios a la pena de muerte.

(32) Como recoge la STC 32/2003, de 13 de febrero, FJ 3: «el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el marco del artículo 3 del Convenio europeo de derechos humanos (que prohíbe el sometimiento a tortura o penas o tratos inhumanos y degradantes), ha exigido al Estado que va a obligar a salir a una persona de su territorio que realice un examen riguroso y serio de las quejas de aquél al respecto (Sentencia de 11 de julio de 2000, caso *Jabari contra Turquía*, §§ 39 y 40) y que garantice a la persona la disponibilidad de un remedio para hacer cumplir sustancialmente tales derechos reconocidos en el Convenio (Sentencia de 11 de julio de 2000, caso *G.H.H. y otros contra Turquía*, § 36), refiriéndose incluso a que el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha de emplear un criterio riguroso en el examen de la existencia de un riesgo real de malos tratos a la persona, pudiendo reclamar de oficio el material o los elementos que considere precisos a tal fin (Sentencia de 15 de noviembre de 1996, caso *Chahal contra el Reino Unido*, §§ 96 y 97), así como a que el control de la existencia de un riesgo de malos tratos ha de hacerse no sólo sobre la base de las circunstancias que el Estado en cuestión conocía sino también de aquellas que debió conocer cuando adoptó su decisión (Sentencia de 20 de marzo de 1991, caso *Cruz Varas y otros contra Suecia*, § 76). Por otra parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha recordado (Sentencia de 28 de marzo de 2000, caso *Mahmut Kaya contra Turquía*, §§ 85 y 115) que todo Estado debe tomar las medidas adecuadas para salvaguardar las vidas de aquéllos bajo su jurisdicción, así como para que no sean sometidos a torturas ni a tratos inhumanos o degradantes, debiendo adoptar medidas razonables para evitar el riesgo de maltrato que conocieran o debieran conocer, surgiendo la correspondiente obligación positiva del Estado (§ 86) de la circunstancia de que las autoridades sabían o debían saber de la existencia de un riesgo real e inmediato para la vida del individuo (doctrina que, desde luego, debe resultar de aplicación cuando el riesgo provenga de otro Estado)». Además de las citadas por esta Sentencia cfr. SSTEDH 6 de marzo de 2001, caso *Hilal c. Reino Unido*, en relación con la expulsión; 16 de abril de 2002, caso *José Alejandro Peñañel Salgado c. España*; 6 de febrero de 2003, caso *Mamatkulov y Abdurasulovic c. Turquía*.

den a la extradición se limite en relación con las eventuales vulneraciones en el país de destino del derecho a la vida o a no padecer torturas o penas inhumanas o degradantes. La propia Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Soering (pár. 113), declaró que «tal y como consagra el artículo [6.1 CEDH], el derecho a un juicio justo ocupa un lugar preeminente en una sociedad democrática. El Tribunal no excluye que una decisión de extradición pueda excepcionalmente plantear un problema en el terreno de dicho texto en el caso en el que el fugitivo hubiera sufrido o corriera el riesgo de sufrir una denegación de justicia flagrante...». Por consiguiente, los Estados requeridos también tienen responsabilidad por las vulneraciones de las garantías anudadas al derecho al proceso justo que puedan ocasionarse directamente contra el reclamado en el Estado de destino (33). A partir de esta declaración no existen razones para excluir el resto de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (34).

De esta doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos deriva que para él la extradición no es tan sólo una cuestión de reconocimiento recíproco de actuaciones judiciales entre Estados, ni tampoco una mera cuestión de ejercicio de la soberanía nacional, sino que los derechos humanos se erigen en «presupuesto de validez de la extradición y en criterio de obligada observancia en la interpretación de la legislación interna e internacional sobre la materia» (35). De otra parte, se infiere de la misma que la condición de nacional o extranjero del reclamado no modifica el alcance del control de las vulneraciones de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos en los procedimientos de extradición. Dicha comprensión se sustenta en la literalidad del art. 1 del CEDH que establece que las partes contratantes «reconocen a *toda persona dependiente de su jurisdicción* los derechos y libertades definidos en el título I del presente Convenio».

2. Por su parte el Tribunal Constitucional español (36), desde su inicial Sentencia 11/1983, ha reconocido que los órganos judiciales españoles pueden vulnerar los derechos fundamentales del reclamado si no los tutelan, de forma que ha convertido en inevitable que en la fase judicial del procedi-

(33) Esta idea se repite hasta la jurisprudencia actual del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cfr. Sentencia de 6 de febrero 2003, caso Mamatkulov y Abdurasulovic c. Turquía, pár. 85.

(34) Sobre la extensión de la doctrina del caso Soering al examen del resto de los derechos reconocidos en el CEDH en materia de extradición, VENNEMANN, *ZaöRV* 63, 2003, p. 117.

(35) GONZÁLEZ CAMPO, E., «La incidencia de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de extradición», p. 65.

(36) Sobre la jurisprudencia constitucional en materia de extradición cfr. CUEVA RIEZU, *Extradición, Constitución y doctrina del Tribunal Constitucional*, pp. 179 y ss.

miento extradicional se examine si las resoluciones judiciales en base a las cuales se solicita la extradición se dictaron con vulneración de los derechos constitucionales del reclamado y si es previsible que tras la entrega al país de destino puedan vulnerarse los derechos fundamentales del extraditado. En este contexto son especialmente relevantes las Sentencias del Tribunal Constitucional sobre las extradiciones para ejecutar sentencias penales dictadas en juicios en rebeldía, los pronunciamientos sobre las condiciones de constitucionalidad de la pena de cadena perpetua, o cuando se alega por el reclamado que ha sido o será sometido a torturas en el país de destino (37). De esta evolución, la STC 32/2003, de 13 de febrero es el último exponente. En su fundamento jurídico segundo declara:

«el procedimiento de extradición, tal y como se halla diseñado por la normativa de aplicación, que en el caso que nos ocupa va a venir esencialmente constituida por el Convenio europeo de extradición, de 13 de diciembre de 1957, y por la Ley de extradición pasiva (en adelante, LEP), exige una cuidadosa labor de verificación por el órgano judicial en relación con las circunstancias alegadas por el reclamado, con el fin de evitar que, en caso de accederse a la extradición, se pudiera convertir en autor de una lesión contra los derechos del extraditado, bien porque hubiera contribuido a que la lesión de un derecho ya acaecida en el extranjero no fuera restablecida, o a que no se impidiera que de la misma se derivaran consecuencias perjudiciales para el reclamado, bien porque, existiendo un temor racional y fundado de que tales lesiones se produzcan en el futuro, éstas resulten favorecidas por la actuación de los órganos judiciales españoles al no haberlas evitado con los medios de

(37) La STC 11/1983, de 21 de febrero, FJ 1 señaló que el hecho de que el instituto de la extradición estuviera ubicado en el art. 13.3 CE no significa que «absolutamente todas las cuestiones que puedan suscitarse con motivo de expedientes o procesos de extradición deban quedar marginadas de la posibilidad del recurso de amparo constitucional». De forma expresa la STC 13/1994, de 17 de enero, FJ 4 sostuvo que al país requerido le incumbe el deber de «velar por el respeto de los derechos fundamentales del extraditado», de modo que si éstos son conscientes de la eventual vulneración de los derechos del reclamado en el país de destino y no la evitan con los medios de que disponen, a dichos órganos judiciales españoles sería imputable la eventual vulneración de los derechos fundamentales del extraditado. Con este telón de fondo se dictaron las SSTC 141/1998, de 29 de junio, 147/1999, de 4 de agosto, 87/2000, de 27 de marzo, siendo la STC 91/2000, de 30 de marzo, la que efectúa una teorización general sobre la vulneración indirecta de los derechos fundamentales del reclamado que se produce cuando los órganos judiciales españoles encargados de la extradición no tutelan al reclamado frente al país reclamante, bien cuando ya ha vulnerado sus derechos fundamentales o existen sospechas fundadas de que los vulnerará. Sobre las extradiciones para cumplimiento de penas dictadas en rebeldía cfr. además de la STC 147/1999 y la 91/2000, las SSTC 134/2000, de 16 de mayo, 162/2000, de 12 de junio, 163/2000, de 12 de junio. Sobre la pena de cadena perpetua la STC 91/2000, FJ 9. Sobre el alcance de los deberes de tutela en el procedimiento extradicional cuando se alega que ha sido sometido a torturas y será sometido a torturas STC 32/2003, de 13 de febrero. No puede negarse, sin embargo, que en otras resoluciones el Tribunal Constitucional ha operado con un criterio más restrictivo, afirmando que la extradición es un procedimiento de auxilio judicial (STC 102/1997, de 20 de mayo, FJ 6).

que, mientras el reclamado se encuentra sometido a su jurisdicción, disponen, de modo que la actuación del Juez español produzca un riesgo relevante de vulneración de los derechos del reclamado».

3. El modelo constitucional de extradición: la relación jurídica extraditacional como relación triangular

1. En el Estado constitucional de Derecho ningún poder del Estado es ajeno a los derechos fundamentales, que, de conformidad con el art. 53.1 CE, vinculan a todos los poderes públicos; de modo que los derechos fundamentales tienen además del carácter de derechos subjetivos de defensa de los ciudadanos frente al Estado —y al margen de las garantías institucionales— una dimensión objetiva, esto es, en palabras de la STC 53/1985 (FJ 4), «son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política; son, en fin, como dice el art. 10 de la Constitución, el 'fundamento del orden jurídico y de la paz social'». En el Estado constitucional de Derecho la persona es sujeto en Derecho, y sujeto de derechos.

En este contexto jurídico-constitucional la extradición no puede concebirse como una cuestión de/entre Estados soberanos, ni como una institución política de relación entre dos sujetos —los Estados—, que se reconocen a sí mismos y de forma sinalagmática un igual estatus soberano en el que el reclamado no es más que el *objeto* de una acción de gobierno, o el objeto de un contrato o transacción entre Estados (38). En el Estado constitucional la extradición se *constituye* como relación jurídica (39), y, además de carácter

(38) Tradicionalmente se afirma que la naturaleza jurídica de la extradición es la de un contrato de Derecho internacional en base al cual el Estado requerido al entregar al delincuente o sospechoso cede su derechos soberanos sobre él y el Estado requeriente adquiere el derecho de juzgarle o de ejecutar la pena. No se trata de contratos generales plasmados en los tratados internacionales, sino de que cada acto de entrega individual de una persona reclamada constituye un contrato individual entre Estados. Representante destacado de esta doctrina es VOGEL, T. *Auslieferungsrecht und Grundgesetz*, Berlin, 1970, pp. 26 y ss., 33 y ss., 43 y ss.; EL MISMO, en *Gedächtnisschrift für Karlheinz Meyer*, Berlin, 1990, pp. 479 y ss. En España, CEREZO, *Curso de Derecho penal*, I, p. 219. Parte también de esta concepción REQUEJO PAGÉS, «Extradición pasiva y concurrencia de ordenamientos: problemas de articulación y parámetros de enjuiciamiento. El alcance de la jurisdicción constitucional», en *Estudios en homenaje al Prof. Rubio Llorente*, pp. 1632, 1637. Sobre la concepción clásica de la extradición como «obligación pactada entre dos soberanías independientes», cfr. PUENTE EGIDO, en *BFD*, UNED, núm. 15, 2000, p. 207.

(39) Cfr. en sentido similar CUERDA RIEZU, «Extradición, Constitución y doctrina del Tribunal Constitucional», p. 187, «el auxilio judicial internacional debe desarrollarse a través de vías jurídicas, a través de las normas y lógicamente esas normas... deben estar supeditadas a las exigencias de los derechos fundamentales previstos en la Constitución... La evolución histórica

triangular o tridimensional (40), ya que frente a los dos sujetos a los que tradicionalmente se les reconoce subjetividad o estatus —los Estados soberanos— está la persona del reclamado.

La extradición tiene dos aspectos diferenciados: la relación entre los Estados y la relación del Estado reclamado con la persona del extraditable. De un lado, como pone de relieve la doctrina clásica, en la extradición un Estado se relaciona *ad extra* con otro Estado; se trata de una relación de un Estado con otro que se rige por reglas del Derecho Internacional Público, de modo que las condiciones bajo las cuales un Estado está obligado a entregar a una persona a otro Estado derivan de las reglas que regulan las relaciones entre Estados, el Derecho Internacional Público que remite, de un lado, a la existencia de Tratado y de otro a las normas de orden público internacional.

Pero, de otra parte, la extradición constituye también un acto del Estado reclamado *ad intra*, un acto sobre un determinado individuo que se encuentra bajo su jurisdicción —sujeto o sometido a su poder público— y que tiene efectos restrictivos en sus derechos fundamentales: el acto de detención y entrega que implica la expulsión del extraditado del territorio del Estado reclamado y la sujeción a la jurisdicción del Estado reclamante. La extradición es desde la perspectiva fáctica una expulsión cualificada, porque no se reduce a poner al individuo más allá de las fronteras sino a ponerlo a disposición de un Estado que le reclama para someterlo a juicio penal o para que cumpla una pena ya impuesta. Desde la perspectiva jurídica, como expulsión cualificada es una medida especialmente restrictiva no sólo de la libertad de entrada y salida del Estado, sino de los derechos del reclamado. La legitimidad y validez jurídica de este acto deriva de su adecuación a las normas constitucionales internas y a la normativa interna en materia de extradición pasiva. Es este segundo aspecto el que ha sido tradicionalmente minimizado en el análisis jurídico de la extradición (41).

El Estado constitucional de Derecho saca a la luz la faceta de relación Estado-individuo que la extradición comporta y la dota de autonomía nor-

del Derecho es la evolución de un poder —el que ahora nos ocupa consiste en la colaboración por parte de un Estado en el ejercicio del *ius puniendi* por parte de otro Estado extranjero— que se somete a controles y garantías».

(40) Cfr. LAGODNY, *Die Rechtsstellung des Auszuliefernden in der Bundesrepublik Deutschland*, pp. 4, 11 y ss.; EL MISMO, «Grundrechte als Auslieferungs-Gegenrechte», *Neue Juristische Wochenschrift* (en adelante *NJW*), 1988, pp. 2146 y ss.; SCHOMBURG/LAGODNY, *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, 3ª ed. 1998, pp. 18 y ss.; WEIGEND, «Grundsätze und Probleme des Deutschen Auslieferungsrechtes», *Juristische Schulung* (en adelante *JuS*) núm. 40, 2000, p. 110 y ss.; VOGEL, «¿Supresión de la extradición?», p. 188; VENNEMANN, *ZaöRV* 63, 2003, p. 111.

(41) LAGODNY, *Die Rechtsstellung des Auszuliefernden in der Bundesrepublik Deutschland*, pp. 27 y ss., 70 y ss.; EL MISMO, *NJW* 1988, p. 2147.

mativa. Ello tiene como consecuencia en el plano teórico, evidenciar el defecto metodológico en el que se incurre al inferir directamente de la existencia de una obligación estatal —*ad extra*— de extraditar, la autorización —*ad intra*— de entregar a un determinado individuo (42). Si el Estado debe realizar la entrega, depende ciertamente de que haya asumido una obligación internacional, pues en ese sentido es soberano: nada le obliga a priori a entregar a otro Estado a un individuo; pero dicha obligación externa no es criterio de legitimación interna. El Estado sólo está autorizado a efectuar la entrega, como siempre en el Estado constitucional de Derecho, con sometimiento a la Constitución y a la ley, por tanto, si la entrega no vulnera los derechos fundamentales del reclamado.

El reclamado no pierde su estatus constitucional de persona, de sujeto en Derecho (43), durante la tramitación de la extradición como no pierde la cualidad de sujeto frente a los poderes públicos en ninguna situación en el Estado constitucional, salvo por pérdida de la capacidad de obrar. De dicha condición de sujeto en Derecho deriva que el reclamado tiene derecho a oponerse a la extradición y a que un órgano ajeno a las pretensiones enfrentadas —imparcial— escuche sus razones y resuelva ponderando los fundamentos de la solicitud de extradición y las razones que fundamentan la oposición a la misma del reclamado (44). A la extradición, como expulsión cualificada que es, le resultan de aplicación al menos las garantías constitucionales aplicables a ésta. Por tanto, es imprescindible la audiencia del reclamado sobre la entrega (45).

(42) La extradición es la institución que, probablemente, refleje en mayor medida la evolución contradictoria de la idea de soberanía, que fue absoluta tanto *ad intra* como *ad extra* en las monarquías absolutistas, produciéndose una paulatina limitación *ad intra* de la misma como consecuencia del Estado de Derecho (que culmina en el Estado constitucional de Derecho) y, sin embargo, sigue siendo ilimitada *ad extra* (en las relaciones entre Estados). Sobre la evolución contradictoria y el comienzo de la limitación de la soberanía estatal *ad extra* a partir de la Carta de ONU de 1945 y la Declaración Universal de Derechos del Hombre de 1948, cfr. FERRAJOLI, *Derechos y garantías*, pp. 138 y ss.

(43) Sobre el acceso y alcance de la condición de sujeto de la persona en Derecho Internacional Público, cfr. CARRILLO SALCEDO, «Soberanía de los Estados y Derechos Humanos», pp. 14 y ss; FERRAJOLI, *Derechos y garantías*, p. 145.

(44) Cfr. en la doctrina alemana GRASSHOF/BACKHAUS, «Verfassungsrechtliche Gewährleistungen im Auslieferungsverfahren», en *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, (en adelante *EuGRZ*), 1996, p. 449.

(45) En este contexto, no pueden obviarse las importantes declaraciones efectuadas por el Tribunal Constitucional en su STC 242/1994, de 20 de julio. El Tribunal Constitucional declaró que del derecho a la libertad de entrar y salir del territorio de los extranjeros legalmente residentes en España (art. 19 CE) interpretado de conformidad con el art. 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, deriva que resulta necesario habilitar un específico trámite de audiencia al extranjero que se pretende expulsar con la específica finalidad de que pueda oponerse a la expulsión y defender las razones que avalan su posición contraria a la

En este modelo triangular de extradición, los derechos fundamentales del reclamado constituyen criterio para ponderar la legitimidad y validez de esta forma de relación Estado-individuo. La declaración de procedencia de la extradición depende en cada caso concreto, además de otras

misma y que el órgano judicial tiene obligación de ponderar. En particular, sostuvo el Tribunal Constitucional (FFJJ 6 y 7): «precisamente porque la medida de que se trata afecta a la efectividad de un derecho constitucionalmente tutelado ... no puede abandonarse su aplicación a una decisión discrecional de los órganos jurisdiccionales. Es preciso, además de comprobar el cumplimiento de los presupuestos que autorizan su aplicación —la condena en Sentencia firme por delito castigado con pena igual o inferior a la de prisión menor— que los órganos judiciales valoran las circunstancias del caso, y la incidencia de valores o bienes con relevancia constitucional (como el arraigo del extranjero en España, o la unificación familiar, art. 39.1 C.E.), que deban ser necesariamente tenidos en cuenta para una correcta adecuación entre el derecho del extranjero a residir en nuestro país conforme a la Ley, y el interés del Estado en aplicar la medida de expulsión. Para lograr esta adecuada ponderación, y la salvaguardia de valores relevantes que puedan estar en juego, la audiencia del extranjero potencialmente sometido a la medida de expulsión resulta fundamental, y en estos términos ha de entenderse recogida en el art. 21.2 de la L.O. 7/1985, pues sólo con ella es posible exponer, discutir y analizar el conjunto de circunstancias en que la expulsión ha de producirse. Por esa razón se hace preciso que la audiencia tenga lugar en términos que, de forma clara e inequívoca, permitan a este requisito alcanzar la finalidad descrita. Y por esa razón, en este supuesto no cabe argumentar sólo sobre la base, más flexible, del art. 24 C.E. (valorando si el afectado tuvo o no una ocasión de defenderse al respecto). Es preciso comprobar si, además de ello, se le ofreció una oportunidad adecuada de exponer sus razones en favor o en contra de la expulsión, lo que otorga al derecho de audiencia una extensión material que sobrepasa el marco del art. 24 C.E. para introducirse en el ámbito de salvaguardia de la efectividad de otro derecho, constitucionalmente relevante, del ciudadano extranjero (el del art. 19 C.E., en conexión con el art. 13 P.I.D.C.P.). / 7. ... Tanto en la instancia como en apelación el órgano judicial consideró que la exigencia de audiencia se habría cumplido porque, finalizado el trámite de conclusiones definitivas, el actor fue preguntado acerca de si tenía algo que añadir (art. 739 L.E.Crim.). Sin embargo, esta postura supone desconocer la función que cumple esta pregunta, como derecho "a la última palabra", y la audiencia específica que prevé el art. 21.2 L.O. 7/1985. La audiencia prevista en el art. 789 L.E.Crim. se circunscribe a posibilitar el ejercicio de la autodefensa frente al hecho punible imputado, mientras que la audiencia a la que se refiere el art. 21.2 L.O. 7/1985, claramente en un momento posterior, pretende formular alegaciones sobre la posibilidad de sustituir el cumplimiento de la pena privativa de libertad prevista por la expulsión del territorio nacional, a efectos de que el órgano judicial pueda efectuar la ponderación de valores en juego que es también presupuesto mismo de la legitimidad de la expulsión desde la perspectiva de los preceptos constitucionales, internacionales y de mera legalidad antes citados. *Unas garantías que, como puede deducirse de todo lo dicho hasta ahora, sólo se entenderían cubiertas en el marco de una consulta específica sobre las medidas de expulsión, y de las razones que el afectado pueda oponer a su puesta en práctica...*». La cursiva es propia. Aplicado dicho razonamiento al ámbito extradicional, la consecuencia, en mi opinión, es que resulta necesario dar un trámite de audiencia específico al reclamado para que pueda oponerse a la extradición y dicho trámite no puede considerarse suplido con el proceso judicial penal del Estado requirente, pues objeto de dicho procedimiento no es el acto de salida del país en el que se encontraba. Si dicho trámite de audiencia resulta imprescindible cuando se trata de aplicar la medida de expulsión del extranjero como sustitutiva de una pena impuesta en un proceso penal en España, no se advierte a simple vista qué razón puede fundamentar la inexistencia de dicho trámite en los casos en que la salida del territorio nacional se sustenta en una petición de extradición para ser enjuiciado o para cumplir una condena ya impuesta.

cuestiones, del respeto de los derechos fundamentales de la persona reclamada (46).

En este marco no se puede olvidar que la extradición misma comporta una restricción del derecho a la libertad personal del reclamado: de un lado, la solicitud de extradición fundamenta la adopción de una medida restrictiva de libertad, la detención, que se convierte en prisión provisional en espera de la resolución de la solicitud de extradición y en pocas ocasiones en libertad provisional (47). La entrega del reclamado tiene como presupuesto jurídico el estar bajo la jurisdicción del Estado reclamado, pero tiene como presupuesto fáctico normalmente su detención en el país bajo cuya jurisdicción se encuentra (48). Y si bien dicha detención puede ser adoptada por la autoridad gubernativa con una duración máxima de setenta y dos horas, al cumplirse dicho plazo resulta constitucionalmente indispensable que el reclamado pase a disposición judicial y sea el órgano judicial el que adopte la decisión de prisión provisional —art. 17.2 CE— (49). Pero, de otra parte, la extradición, en caso de accederse a ella, tendrá efectos en el derecho a permanecer en el país y puede tener como consecuencia el cumplimiento de una pena privativa de libertad (50).

Finalmente, como acabamos de recordar, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional español, el Estado requerido es responsable por las vulneraciones de derechos fundamentales, pasadas o futuras, cometidas directamente por los órganos del Estado reclamante (51): de forma significativa las que

(46) En España resaltan la importancia de la componente garantista de la extradición y la necesidad de minimizar la componente soberanista, PUENTE EGIDO, «Límites jurídico-constitucionales y jurídico-internacionales en la competencia penal internacional del Estado español», p. 696; GARCÍA PÉREZ, «Las fuentes de la extradición y los derechos fundamentales», en *Cuestiones prácticas de Derecho Internacional Público y cooperación jurídica internacional*, CDJ XI, 1994, pp. 332 y ss.; CUERDA RIEZU, «Extradición, Constitución y doctrina del Tribunal Constitucional», pp. 181 y ss.; GONZÁLEZ CAMPO, E., «La incidencia de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de extradición», pp. 61 y ss.

(47) En caso de oposición a la extradición, se dictará auto de prisión provisional, pero incluso si no se opone a la misma estará en libertad provisional, bajo condiciones de sujeción, por lo que también su libertad estará restringida, cfr. STC 169/2001, de 16 de julio, FJ 4.

(48) Subraya esta característica de la extradición CUERDA RIEZU, «Extradición, Constitución y doctrina del Tribunal Constitucional», p. 181.

(49) Igualmente el art. 5.1.f. CEDH establece que la extradición puede fundamentar una privación de libertad, pero el 5.4 CEDH determina la obligación de que la detención sea revisada por un órgano judicial. Por todas STEDH de 21 de octubre de 1986, caso Sánchez Reisse. Conforme a esta doctrina la revisión de la legalidad de la privación de libertad debe realizarse en un proceso sustanciado con todas las garantías.

(50) Cfr. por todas, SSTC 115/1987, de 7 de julio, FJ 1; 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3; 87/2000, de 27 de marzo, FJ 5; 32/2003, de 13 de febrero, FJ 2.

(51) Advierte REQUEJO PAGÉS, en *Estudios en Homenaje al prof. Rubio*, p. 1638, con razón, siguiendo la jurisprudencia constitucional, que ni el dato de que la lesión sea futura e incierta ni

afectan al proceso debido, las garantías penales y en función de la pena la prohibición de la tortura y de penas o tratos inhumanos o degradantes. Esta atribución de responsabilidad al Estado requerido en la vulneración de derechos fundamentales directamente ocasionados por un tercero no es ajena a la teoría de los derechos fundamentales, pues éstos no sólo contienen prohibiciones de vulneración directa y activa de los poderes del Estado, sino que de ellos derivan también deberes de conjurar los peligros creados por terceros que amenazan la posición jurídica protegida por los derechos fundamentales (52). Son deberes de garante, en el sentido dogmático-penal del término, en virtud de los cuales el Estado que, pudiendo hacerlo, no impide el resultado lesivo que previsiblemente otro producirá, responde de dicho resultado lesivo. En el caso de la extradición el deber de garante surge del hecho de que el individuo se encuentra bajo la jurisdicción del Estado reclamado y sujeto a sus poderes (53) y se intensifica en la medida en que la extradición implica la colaboración de forma activa en el resultado al poner al sujeto a disposición del Estado que lo reclama. Esta fundamentación vale tanto para todos los casos de extradición para el enjuiciamiento como para los casos de extradición para el cumplimiento de una pena que por su naturaleza o por su forma de ejecución vulnera la prohibición de penas o tratos inhumanos o degradantes. En los casos en que se alega una vulneración ya producida en el enjuiciamiento, como la relativa a haber sido juzgado en rebeldía, se trata de no colaborar al agotamiento de los efectos de la vulneración del derecho.

2. La existencia de un control judicial de la extradición se sustenta precisamente en dicha salvaguarda de los derechos fundamentales del reclamado, pues en nuestro sistema constitucional corresponde en primera instancia a los órganos judiciales la tutela de los derechos fundamentales (arts. 53.2 y 117.4 CE). En esta línea se ha de señalar también que la legitimidad de la privación de la libertad personal requiere siempre, de conformidad con el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la jurisprudencia del TEDH, su revisión en un proceso con todas las garantías (54). Y es desde este prisma desde el que debe enfocarse y resolverse, de forma positiva, la cuestión relativa a si existe o no una reserva de jurisdicción en materia de extradición. La

el hecho de que sea imputable inmediatamente al Estado de destino son obstáculos para entender que el Estado requerido vulnera también los derechos del extraditado si la vulneración llega a producirse una vez en el país de destino.

(52) Sobre la cuestión en la teoría de los derechos fundamentales ISENSEE, en ISENSEE/KIRCHHOF, *Handbuch für Staatsrecht*, Bd V, 2000, parágrafo 111, NM 125 y ss.

(53) En relación con los deberes positivos y el derecho a la vida cfr. SSTC 53/1985, de 11 de abril, FJ 4; 120/1990, de 27 de junio, FJ 7.

(54) Por todas STEDH, de 21 de octubre de 1986.

reserva de jurisdicción no se sustenta en el control de los aspectos técnico-procesales de la misma (55), sino en el control de la constitucionalidad de la entrega, esto es, en la necesaria ponderación de las eventuales vulneraciones de los derechos fundamentales del reclamado que en el caso concreto resulten implicados (56).

Sostener que, a efectos de protección de los derechos del reclamado, es suficiente el procedimiento judicial penal en el Estado de destino —el ya realizado o el que tendrá lugar tras la entrega— implica desconocer la autonomía del acto de detención y entrega y la necesidad de un examen previo por los órganos judiciales del Estado requerido. Se trata de un acto de un poder público español respecto de una persona sujeta a él (57), una expulsión temporal cualificada por la finalidad de enjuiciamiento o cumplimiento de una pena en otro Estado. Si la expulsión de un extranjero en un procedimiento penal requiere un trámite de audiencia específica a los efectos de ponderar el acto de expulsión en sí mismo con independencia de la ponderación que se realiza en el proceso penal cuyo objeto es una pretensión acusatoria (58), la expulsión cualificada que denominamos extradición requiere el examen autónomo de la específica cuestión extradicional.

De otra parte, tampoco creemos posible la supresión del control jurisdiccional de la extradición en el ámbito de los países firmantes del Convenio Europeo de Derechos Humanos con base en el compromiso común de los Estados-Parte de respeto de los derechos humanos y en tanto que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ejerce en última instancia dicho control (59). En cuanto a lo primero, que el compromiso de respeto de los derechos humanos no puede entenderse como una presunción abstracta de respeto interno de los Estados-Parte lo evidencia el elevado número de Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de condena de los distintos Estados (60). Y, en cuanto a lo segundo, no parece la línea seguida

(55) En este sentido solo DE MIGUEL ZARAGOZA, «Algunas consideraciones sobre la extradición», en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1738, 1995, p. 1.560.

(56) Cfr. en este sentido GONZÁLEZ MONTES, «La cooperación judicial internacional en el ámbito penal», *Revista de Derecho Procesal*, 1996, núm. 1, pp. 31 y ss., p. 78; CUERDA RIEZU, «Extradición, Constitución y doctrina del Tribunal Constitucional», p. 197; SCHOMBURG/LAGODNY, «Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, Introducción», pp. 27 y ss., NM 130 y ss., 139 y ss.; VOGEL, «¿Supresión de la extradición?», pp. 196 y ss.

(57) Cfr. STC 24/2000, de 31 de enero, FJ 4.

(58) STC 242/1994, de 20 de julio, FJ 7.

(59) Cfr. REQUEJO PAGES, *Estudios en Homenaje al Prof. Rubio*, pp. 1644 y ss.

(60) Por no decir que la presunción abstracta podría predicarse igualmente de los Estados con Constituciones materiales lo que debería hacer innecesario el recurso de amparo como procedimiento de revisión de concretas vulneraciones de derechos fundamentales por los poderes públicos.

por el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pues el Tribunal Europeo en las sentencias que ha dictado sobre las extradiciones a partir del caso Soering no ha analizado directamente si se puede afirmar que el sistema jurídico del Estado reclamante de la extradición respeta de forma genérica los derechos humanos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos por ser parte del mismo, sino que exige del Estado extraditor que examine si en el caso concreto el Estado requeriente ha respetado el Convenio Europeo de Derechos Humanos (61). Es decir, impone al Estado requerido el examen del caso con independencia del juicio abstracto que merezca la legislación del Estado requeriente. Por lo demás, esta es la línea seguida por los Estados miembros que, a raíz de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Soering, han intensificado la revisión judicial de las extradiciones desde la óptica de la eventual vulneración de los derechos fundamentales (62).

Cuando se afirma que el mantenimiento de un modelo de control rígido extradicional en el marco de los países firmantes del Convenio de Roma, o al menos en el ámbito de la Unión Europea, constituye plasmación de una ilegítima desconfianza entre los Estados que hunde sus raíces en una arcaica concepción soberanista del poder, se olvida que la misma *desconfianza* hacia el poder público opera en el ámbito interno de los Estados constitucionales, pues la existencia de Tribunales Constitucionales como garantes de la Constitución y específicamente de los derechos fundamentales de los ciudadanos frente a vulneraciones individuales por parte de alguno de los tres poderes tradicionales debe ser interpretada en el mismo sentido. Si la existencia de mecanismos jurídicos de garantía de los derechos fundamentales frente a vulneraciones concretas significa desconfiar hacia el poder público, la desconfianza es la esencia del Estado constitucional de Derecho.

(61) Cfr. en este sentido VENNEMANN, *ZaöRV* núm. 63, 2003, p. 118.

(62) Sobre la cuestión en Italia cfr. MOCCIA, «Extradición y pena de muerte en la jurisprudencia constitucional italiana», en BACIGALUPO (dir.) *El Derecho penal internacional*, CDFI 2001, pp. 153 y ss.; sobre la situación en Alemania VOGEL, «¿Supresión de la extradición?», pp. 173 y ss. Téngase en cuenta que el Tribunal Constitucional alemán fundamentó desde sus primeras resoluciones el no reconocimiento de validez entre Estados de la prohibición de doble sanción en que no podía dotarse de efecto de cosa juzgada a resoluciones dictadas por órganos judiciales de Estados que no respetaban los derechos fundamentales, de modo que ello implicaba la posibilidad de revisar la condena penal a favor del reo en un juicio con todas las garantías (BverfGE 12, 62 y ss., 66). Pero ello significa también la aplicación de una cláusula de excepción al reconocimiento de efectos jurídicos a decisiones judiciales esencialmente contrarias a los derechos humanos. Sobre las decisiones del Consejo de Estado francés y el Tribunal Federal suizo cfr. SUDRE, «Le renouveau jurisprudentiel de la protection des étrangers pour l'article 3 de la Convention européenne des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales», 1999, pp. 61 y ss., 65, cit. por VENNEMANN, *ZaöRV* 63, 2003, nota 66 p. 118. Cfr. Sentencia de 27 de junio de 2002 de la *British High Court* sobre extradición a Francia de un nacional argelino aplicando la doctrina del TEDH en el caso Soering sobre la «denegación flagrante de justicia» en el Estado requerente como vulneración del art. 6 del CEDH.

El carácter mixto del procedimiento extradicional en España y en la mayoría de los países no empece la conclusión extraída, esto es, la necesidad del mantenimiento de un control judicial de la extradición, porque la libertad de apreciación de la fase gubernativa ha quedado notablemente reducida, dado que el gobierno no tiene facultad para acceder a una extradición contraria a la ley o la Constitución que ha sido declarada improcedente por los órganos judiciales, como no podría ser de otro modo en el Estado constitucional de Derecho, sino que el juicio político de oportunidad se reduce a no tramitar una solicitud de extradición activa (63) o a denegar una extradición pasiva.

3. Ahora bien, sentada la necesidad del control jurisdiccional de la extradición en el Estado requerido con el fin de examinar la eventual vulneración de *todos* los derechos fundamentales implicados en el caso concreto, habrá que precisar cuál es el estatuto jurídico-constitucional de la persona reclamada, es decir, cuáles son los derechos fundamentales, y su contenido (64), que deben ser tutelados por el Estado reclamado: los reconocidos en la legislación del Estado requerido en toda su extensión (65), los reconocidos en el Estado de destino o los derechos fundamentales reconocidos por los convenios internacionales y en la dimensión que éstos les confieren (66) o concebidos como estándar mínimo internacional de *ius cogens* (67).

(63) Aunque suele afirmarse que el gobierno ha hecho uso de tal prerrogativa de forma habitual no puede negarse que la utiliza de forma significativa; recientemente ha denegado la solicitud de extradición efectuada por un Juzgado de Instrucción de la Audiencia Nacional para extraditar a algunos militares argentinos en relación con los crímenes contra la humanidad cometidos durante la dictadura argentina.

(64) Sobre la cuestión REQUEJO PAGÉS, en *Estudios Homenaje al Prof. Rubio*, pp. 1638.

(65) Posición defendida por SCHOMBURG/LAGODNY, «Internationale Rechtshilfe in Strafsachen», art. 73, NM 14 y ss.

(66) Esta es la tesis que subyace a la STC 147/1999 que analizó el caso con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la misma cuestión planteada ante idéntico Estado. Es cierto que la fundamentación de esta sentencia utiliza una vía indirecta al afirmar la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por falta de fundamentación en Derecho, entendiendo que el desconocimiento de la esencia del proceso justo y del derecho de defensa que se produce en estos casos conforme a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no permite sostener que hay una mínima exteriorización de razones jurídicas de la decisión. Cfr. el comentario a esta Sentencia de BELLIDO, «La condena en rebeldía en el proceso penal de extradición pasiva. A propósito de la STC (Sala 2ª) 147/1999, de 4 de agosto», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 57 1999, pp. 285 y ss. Defiende también que el contenido de los derechos ha de ser el asignado en los convenios internacionales a través de la interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, GONZÁLEZ CAMPO, E., «La incidencia de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de extradición», pp. 74 y ss.; VOGEL, «¿Supresión de la extradición?», p. 190.

(67) Tesis del Tribunal Constitucional alemán, por ejemplo, BVerfGE 59, 280 (283); 63, 332 (337); 75, 1 (16). Cfr. en el mismo sentido un sector de la doctrina alemana VÖGLER, *Auslieferungsrecht und Grundgesetz* 1970, pp. 200 y ss.; GRASSHOFF/BACKHAUS, *EuGRZ*, 1996, pp. 447 y ss.. En España REQUEJO PAGÉS, en *Estudios en Homenaje al Prof. Rubio* p. 1639 y ss.

La esencia de esta última tesis, que goza de amplia aceptación, es intentar conjugar la protección de los derechos fundamentales inherentes a la dignidad humana con las obligaciones internacionales de extraditar contraídas mediante los tratados, de modo que se pone en igualdad de plano la obligación de cumplimiento de los tratados internacionales y la obligación de protección de los derechos fundamentales. Si el Estado solo queda liberado de su obligación internacional cuando ésta infringe las reglas de orden público internacional (el *ius cogens*), son estas reglas las que permiten cohonestar los dos deberes del Estado (68). A mi modo de ver, esta tesis no puede ser asumida por dos razones: situar en pie de igualdad el deber de protección de los derechos fundamentales y el deber de cumplir las obligaciones internacionales contraídas olvida que las obligaciones internacionales se contraen en uso de una soberanía que en el Estado constitucional de Derecho se encuentra limitada por la propia Constitución, y olvida también que el Estado no tiene ningún deber previo de firmar tratados internacionales; si la esencia del Estado Constitucional de Derecho es el sometimiento de todos los poderes del Estado a la Constitución material, si en el Estado Constitucional de Derecho también el poder legislativo se encuentra limitado por el respeto a los derechos fundamentales, no resulta coherente sostener que existe un ámbito en el que el poder ejecutivo no se encuentra limitado por la Constitución sino sólo por las reglas de *ius cogens*.

De nuevo aquí se trata del mismo defecto metodológico al que nos hemos referido en relación con las concepciones clásicas sobre la extradición (69). Una cosa es que el Estado pueda dejar de cumplir una obligación internacional, sin incurrir en responsabilidad ante la comunidad internacional si la obligación misma vulnera el *ius cogens*, pues para fundamentar el incumplimiento no puede oponer su derecho nacional, y otra muy distinta es que el Estado pueda contraer obligaciones internacionales contrarias a su propia Constitución y que éstas tengan validez *ad intra*. La necesidad de autorización previa para firmar un tratado que afecte los derechos fundamentales — art. 94.1.d) CE — y la necesidad de reforma constitucional previa a la firma de un tratado que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución — art. 95.1 CE — así lo avalan.

De otra parte se ha de tener en cuenta que en el principio del estándar mínimo internacional de *ius cogens* se minimizan los derechos fundamentales y se maximalizan reglas de Derecho Internacional que carecen de relevancia desde la perspectiva de los derechos fundamentales o con una rele-

(68) *Ibidem* nota anterior.

(69) Cfr. la forma de razonar de HADE, *Die Auslieferung — Rechtsinstitut zwischen Völkerrecht und Grundrechten*, DER Staat 1997, p. 12.

vancia mucho menor. Así, se pone en el mismo plano la prohibición de la tortura y de los tratos o penas inhumanas y degradantes y el principio de especialidad de la extradición.

El Tribunal Constitucional español se ha decantado por una concepción doblemente limitada al sostener, de un lado, que tienen una proyección universal aquellos derechos que pertenecen a la persona —es decir, como sujeto en derecho, como miembro libre y responsable de una comunidad jurídica y no mero objeto del ejercicio de los poderes públicos— en cuanto tal y, por tanto, inherentes o imprescindibles para la garantía de la dignidad humana (70), y, de otro, que sólo el contenido o núcleo absoluto de estos derechos fundamentales constituyen criterio de ponderación de los actos de los poderes públicos de los Estados extranjeros (71). Además, para la determinación de ese núcleo o contenido absoluto utiliza como parámetro los convenios internacionales de derechos humanos y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

La cuestión, sin embargo, no debe entenderse definitivamente cerrada, pues ha de tenerse en cuenta que el Tribunal Constitucional analizaba en ese caso la extradición de un individuo nacional de otro Estado, de modo que cuando el reclamado tiene condición de nacional español no parece que pueda operar la primera restricción y habrá que analizar en qué medida puede operar la segunda, que teóricamente debería tener cierta virtualidad en cuanto también ante la extradición de un nacional se trata de ponderar los actos de un poder público de un Estado extranjero.

4. En suma, la extradición tiene como presupuestos tanto la necesidad de cooperación entre los Estados y sus órganos judiciales para conseguir una mayor eficacia en la persecución y castigo de los delitos como la existencia de una política criminal compartida en sus fundamentos básicos por los Estados; pero necesidad y comunidad política en lo criminal sólo posibilitan la entrega del reclamado a otro Estado, pero no constituyen criterios para su legitimación. Argumentos presentes en el análisis tradicional de la extradición como la desconfianza hacia otros Estados o el deber de protección de sus súbditos por el Estado, más allá del significado político que han tenido históricamente, que probablemente mantienen, deben ser reformulados desde la perspectiva del Estado constitucional de Derecho, pues el Estado tiene como deber fundamental velar y tutelar los derechos fundamentales de la comunidad que le sirve de base.

(70) SSTC 107/1984, de 23 de noviembre, FJ 2; 99/1985, de 30 de septiembre, FJ 2; 242/1994, de 20 de julio, FJ 4; 91/2000, de 30 de marzo, FJ 8.

(71) Cfr. SSTC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 8; 32/2003, de 13 de febrero, FJ 2.

El Estado requerido tiene el deber de someter a examen en cada supuesto de extradición si la acción penal ejercida en el Estado requeriente se adecua a los derechos fundamentales de la persona reclamada, de modo que el denominado «principio de asimilación» en materia extradicional debería configurarse como «asimilación con arreglo a los derechos fundamentales y los derechos humanos» y constituirse como fundamento de los planes de reforma de dicha institución en la Unión Europea (72).

III. LA PROHIBICIÓN DE EXTRADITAR NACIONALES

La no extradición de los nacionales constituye un principio clásico de la extradición entre los países de la Europa continental, estando constitucionalizado en alguno de ellos —así en Alemania en el art. 16.2 de la Ley Fundamental de Bonn (73)—, mientras que EE.UU. y Gran Bretaña han abanderado históricamente la preferencia del principio de territorialidad como criterio de competencia jurisdiccional penal, vinculándolo al principio del juez natural, y por ello niegan fundamento a la prohibición de extraditar nacionales (74).

En España el art. 3 de la Ley de extradición pasiva impide taxativamente la extradición de nacionales, si bien los tratados bilaterales o multilaterales no siempre establecen su prohibición sino que facultan su denegación; por ejemplo, el art. 6 del Convenio Europeo de Extradición de 1957 (75). Se trata, por consiguiente, de una prohibición de carácter legal que puede tener dimensión constitucional, como veremos a continuación, aunque en un sentido mucho más limitado al que la doctrina suele asignarle. Para la comprensión del significado de esta cláusula se ha de partir del propio art. 3.1 LExP que establece: «no se concederá la extradición de españoles, ni de los extranjeros por delitos de que corresponda conocer a los Tribunales españoles, según el Ordenamiento nacional. La cualidad de nacional será apreciada por el Tribunal competente para conocer de la extradición en el momento de la decisión sobre la misma, con arreglo a los preceptos correspondientes del Ordenamiento jurídico español, y siempre que no fuera adquirida con el fraudulento propósito de hacer imposible la extradición».

(72) VOGEL, «¿Supresión de la extradición?», p. 190; VENNEMANN, *ZaöRV* 63, 2002, pp. 118-121.

(73) Luego veremos con qué matices, pues dicho precepto constitucional ha sido sometido a reforma para adaptarlo a los Convenios de Extradición de la Unión Europea que prohíben denegar la extradición de los nacionales.

(74) Sobre el panorama general histórico y actual BEDI, *The problem of nationality in extradition proceedings*, pp. 4 y ss.

(75) Cfr. PASTOR BORGOSÓN, «Comentarios a la Ley 4/1985, de 21 de marzo, de extradición pasiva», en COBO/BAJO, *Comentarios a la Legislación Penal VIII, Vol. 1. El extranjero y la legislación penal española*, 1988, pp. 73 y ss.

La lectura global de este precepto evidencia que la prohibición de extraditar nacionales no es más que un subtipo de la prohibición general de no extraditar los propios justiciables (76), de modo que es un principio que pone en conexión la extradición con las reglas de competencia jurisdiccional penal. Desde esta perspectiva, la prohibición de extraditar los propios nacionales comparte fundamento legal con la prohibición de extraditar extranjeros por delitos de los que sea competente España. La Ley de extradición pasiva no pretende fundamentar un estatuto jurídico diferenciado entre reclamados nacionales y extranjeros, sino que establece una diferenciación entre reclamaciones de extradición por delitos para cuya persecución y enjuiciamiento España carece de competencia y delitos para los que tiene competencia —por razón de nacionalidad (art. 3.1 primer inciso), por razón de territorialidad, justicia universal o de protección de intereses (art. 3.1 segundo inciso)—. Si se afirma que en el ámbito de validez de la Ley de extradición pasiva la entrega de los españoles constituye una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión en cuanto resolución «irrazonable y no fundada» (77) habría que atribuir a los órganos judiciales idéntica tacha de interpretación no razonable si declaran procedente la extradición de extranjeros desatendiendo la prohibición, igualmente terminante, de extraditar los propios justiciables, que lo sean en aplicación de otras reglas de competencia (art. 3.1 segundo inciso LExp. en relación con el art. 23 LOPJ).

Con este telón de fondo han de analizarse las objeciones tradicionales a la extradición de nacionales.

1. Los argumentos contra la extradición de nacionales

La doctrina (78) suele fundar la prohibición de extraditar los propios nacionales en razones de distinta naturaleza y calado. Así, se invoca el deber

(76) ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, 2ª ed. 1986, p. 146, enuncia el principio de forma genérica como no entrega de sus justiciables, por razón de haber delinuido en el territorio, por razón de nacionalidad. Si bien reconoce la existencia de un fundamento propio a la prohibición de extraditar nacionales, en sentido similar PASTOR BORGONÓN, *Comentarios a la Legislación Penal VIII, Vol. 1*, p. 68. Sobre este principio general de la extradición cfr. PUENTE EGIDO, en *BPD*, UNED núm. 15, 2000 p. 211.

(77) REQUEJO PAGÉS, en *Estudios Homenaje al Prof. Rubio*, p. 1634, nota 9.

(78) Cfr. la exposición del debate en España por todos, JIMÉNEZ DE ASUA, *Tratado de Derecho Penal*, t. II, pp. 959 y ss.; ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, p. 147; PASTOR BORGONÓN, *Comentarios a la Legislación Penal VIII, Vol. 1*, pp. 68 y ss.; ARROYO MONTERO, «Problemas en torno a la extradición pasiva de los españoles», en *Anuario de Derecho Internacional Privado* (en adelante *ADIP*), núm. 0, 2000, pp. 435 y ss. Aunque todos estos autores dan cuenta de los argumentos en contra de la extradición de los nacionales, sólo Cerezo se muestra contrario a la misma. Sobre los fundamentos de la prohibición constitucional en Alemania citados más en el aspecto soberanista que en el de la protección del nacional, cfr. RANDELZHOFFER, en

del Estado de proteger a sus ciudadanos, el riesgo de parcialidad de la justicia extranjera, las dificultades de defensa ante los tribunales extranjeros, el derecho del nacional a ser juzgado por sus jueces naturales y el derecho del Estado a juzgar a los nacionales, el derecho a residir en el territorio de su patria, las mayores posibilidades de reinserción social en su propio Estado y la ofensa a la dignidad del Estado o el agravio para la soberanía nacional que implicaría la entrega del propio súbdito. Con independencia del último de los argumentos, cuyo carácter netamente político-soberanista le sitúa en un contexto histórico diferente, el resto de los argumentos serán examinados desde la perspectiva constitucional.

A) El deber de protección de los nacionales

Se afirma que, en su origen, la prohibición de extraditar nacionales tiene un claro componente liberal protector del individuo como reacción frente a la práctica de los monarcas absolutistas de entregar a sus súbditos, aunque existen precedentes más antiguos (79). En la formulación de Tittmann: «cada ciudad tiene deberes para con sus miembros, y les debe protección y defensa. El ciudadano se somete a las leyes y al Juez que debe aplicarlas, y, por otro lado, la ciudad le promete defenderle y hacerle juzgar por sus propios Magistrados. Desde luego, el Estado debe velar para que los derechos y prerrogativas de los ciudadanos sean respetados, y no puede privarles ni de estos derechos ni de estos privilegios» (80). El razonamiento tiene un marcado carácter contractualista (81), vinculado con la idea de soberanía popular y el Estado de Derecho, que lo hacen inobjetable: el Estado tiene deber de proteger su territorio y la comunidad que le sirve de base como sinalagma de la cesión de soberanía y libertad individual y con los límites inherentes al sentido de la propia cesión; por ello, la protección estatal, más allá de la protección física de los individuos, supone juzgar al pueblo con base en las leyes que el mismo ha creado y por los jueces del propio Estado que están sometidos al imperio de dicha ley. El deber de protección

MAUNZ/DÜRIG, *Grundgesetz Kommentar art. 16 II, párr. 1*, pp. 57 y ss.; *BverfGE* 10, 136 y ss., 139; BAIER, «Die Auslieferung von Bürgern der Europäischen Union an Staaten innerhalb und außerhalb der EU», *GA* 2001, pp. 434 y ss.; BEDI, «The Problem of Nationality in Extradition Proceedings», en GILL/HEERE (ed.) *Reflections on Principles and Practice of International Law*, The Hague, Martinus Nijhoff, 2000, pp. 3 y ss.

(79) Cfr. JIMÉNEZ DE ASUA, *Tratado de Derecho Penal*, t. II, p. 959 y ss.; PUENTE EGIDO, «Límites constitucionales y jurídico internacionales en la competencia penal internacional del Estado español», pp. 703 y ss.; BEDI, *The problem of nationality in extradition proceedings*, pp. 3 y ss.

(80) *Strafrechtspflege*, pp. 21 y ss., cit. por JIMÉNEZ DE ASUA, *Tratado de Derecho Penal*, t. II, p. 960. Cfr. además BEDI, *The problem of nationality in extradition proceedings*, p. 5.

(81) Cfr. una fundamentación más moderna BAIER, *GA* 2001, p. 439 y ss.

de los ciudadanos es en la teoría constitucionalista moderna un deber de garante que se plasma en las Constituciones como vinculación de todos los poderes públicos a los derechos fundamentales —art. 53.1 CE—.

Ahora bien, la cuestión es si el deber de protección puede instrumentarse de otra forma o sólo mediante la prohibición de entrega de los nacionales. Si el deber de protección del Estado de sus propios nacionales se concibe como el deber de proteger sus derechos fundamentales, el discurso puede y debe transitar por caminos diferentes a los de la estricta prohibición de extraditar nacionales. De un lado, el Estado no siempre protege a sus nacionales, ni siquiera el sometimiento del Estado a la ley, esencia del Estado de Derecho, garantiza una actuación no arbitraria de los poderes del Estado. El respeto de los derechos humanos no es inherente al concepto de Estado, sino sólo a un determinado modelo de Estado que denominamos Estado constitucional de Derecho. Por consiguiente, la no entrega de los nacionales puede constituir una forma de desprotección del nacional reclamado si en el Estado de origen no se respetan sus derechos fundamentales. De otra parte, la no extradición de los nacionales puede significar la desprotección de otros nacionales del mismo Estado o de otro —las víctimas del delito— si paralelamente no se somete a juicio a los nacionales reclamados.

Finalmente, ¿no puede el procedimiento de extradición mismo constituirse en instrumento de protección suficiente de los propios nacionales? Planteado de otro modo, los países anglosajones que no aplican este principio ¿se desentienden de la protección de sus nacionales? Ciertamente no, la cuestión es que han encontrado un mecanismo de protección de los derechos fundamentales del reclamado —de nacional o extranjero eso sí— que les resulta satisfactorio. Como es sabido, el sistema anglosajón de extradición permite un control estricto del principio de doble incriminación y de la base fáctica de la solicitud de extradición, de modo que el primer requisito para declarar procedente una extradición es la existencia de indicios racionales de criminalidad. El examen de la concurrencia de este requisito permite analizar la constitucionalidad de las pruebas que sustentan los indicios —con reglas de exclusión muy amplias basadas en la cláusula del proceso justo— y la solidez de los indicios como base de un juicio de culpabilidad y ello lo consideran suficiente protección de los derechos del reclamado (82).

Si la extradición, como he expuesto, tiene como específico cometido la protección de los derechos del reclamado, ninguna desatención del deber de

(82) Cfr. PASTOR BORGONÓN, *Comentarios a la Legislación Penal VIII*, vol. 1, p. 72; PUENTE ECIDO, en *BFD*, UNED, núm. 15, 2000, p. 216.; ARROYO MONTERO, *ADIP* núm. 0, 2000, pp. 442 y ss.

protección del Estado respecto de sus propios nacionales puede argumentarse si en el caso concreto el procedimiento de extradición cumple correctamente su función. Esta idea se encuentra presente en la STC 87/2000, de 27 de marzo, (FJ 5) que, si bien declaró que la extradición en el caso concreto no vulneraba los derechos fundamentales alegados, sin embargo, no sólo no cerró el tema con carácter general (83) sino que estableció un doble canon de enjuiciamiento dependiendo de si la extradición del nacional está cubierta o no por un tratado que faculte a denegar la entrega. Incluso aunque exista un tratado que faculte la entrega, la adecuación a la Constitución de la entrega del nacional depende de la protección de sus derechos fundamentales. En particular, para el ámbito de aplicación del Convenio Europeo de Extradición de 1957 —Consejo de Europa— el Tribunal Constitucional afirmó que «no se puede olvidar que la extradición de nacionales en el ámbito de los países firmantes del Convenio de Roma, ... no puede suscitar sospechas genéricas de infracción de los deberes estatales de garantía y protección de los derechos constitucionales de sus ciudadanos, dado que se trata de países que han adquirido un compromiso específico de respeto de los derechos humanos y que se han sometido voluntariamente a la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, garante en última instancia de los derechos fundamentales de todos con independencia de las diferentes culturas jurídicas de los países firmantes de dicho Convenio». De esta declaración se infiere, de un lado, que puede considerarse cumplido el deber de protección de los nacionales si se extradita a un nacional a un Estado firmante del Convenio de Roma, frente a alegaciones de vulneración de derechos fundamentales que no sean más que «sospechas genéricas», pues habría que considerarlas en sí mismas infundadas partiendo del compromiso de protección de los derechos fundamentales y de la sumisión al Tribunal Europeo de Derechos Humanos de los países firmantes. Pero, de otro, también se infiere de ella que frente a alegaciones concretas, en el sentido de fundadas en el caso concreto, de vulneración de derechos fundamentales, no basta con esta garantía, de modo que en ese caso el deber de protección de sus nacionales del Estado español no queda cumplido si accede a la extradición, sino que la declaración de procedencia de la extradición de un español requiere analizar y descartar la vulneración de sus derechos fundamentales. Además, ello es inherente al propio método de análisis del Tribunal Constitucional español, ya que en la STC 87/2000 no finalizó el examen del recurso de amparo con dicha declaración genérica, sino que procedió al análisis de las concretas alegaciones de vulneraciones de derechos fundamentales.

(83) Cfr. también en este sentido CUERDA RIEZU, «Extradición, Constitución y doctrina del Tribunal Constitucional», pp. 189, 191.

B) El riesgo de parcialidad y discriminación de los Estados al juzgar a ciudadanos extranjeros; limitaciones fácticas del derecho de defensa

El argumento expuesto en términos políticos es el siguiente: «el sentimiento nacionalista crea a veces prejuicios considerables contra los reos extranjeros y no debe la propia patria donde se refugiaron abandonarlos para que sean juzgados en un ambiente parcial y desfavorable» (84). Sin perjuicio de la «presión ambiental» que puede envolver y enturbiar el enjuiciamiento penal de extranjeros en algunos países, el riesgo de parcialidad en el proceso penal queda reducido mediante la aplicación de las garantías penales, de carácter procesal y material (85). Dicha aplicación general deriva de la proclamación de su validez universal y de su reconocimiento en los Convenios Internacionales de protección de derechos humanos sin distinciones derivadas de sexo, raza u origen nacional.

(84) ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, p. 147. Sostiene este autor que si bien es posible reconocer un ambiente doctrinal favorable a la entrega de los nacionales, «mientras sean realidad las divergencias entre las legislaciones, los mutuos recelos entre gran número de países y la estela de rencores levantada por las guerras, no es probable que la entrega de los nacionales haga progresos».

(85) En la STC 88/2003, de 19 de mayo, FJ 7, se plantea el Tribunal Constitucional en qué medida opera la prohibición de discriminación —por razón de afiliación o actividad sindical— en el procedimiento penal, que en sus principios generales es de aplicación en este ámbito. En ella se parte «de que la imposición de sanciones penales ... está sometida a un específico régimen de garantías constitucionales en defensa de los derechos del acusado, aunque no sólo, cuya estricta observancia parece alejar cualquier sospecha de discriminación por razón de afiliación o actividad sindical o cualquier otra razón. / ... Este haz de garantías —entre las que pueden citarse como especialmente significativas la separación entre instrucción, acusación y enjuiciamiento, la imparcialidad judicial, y la vigencia de la presunción de inocencia; esto es, que sea la acusación quien aporte las pruebas de cargo, que éstas hayan sido obtenidas con todas las garantías y que la condena se sustente en pruebas a través de las cuales sea posible considerar acreditado, de forma no irrazonable conforme a las reglas de la lógica y la experiencia, el hecho punible en todos sus elementos y la intervención del acusado en los mismos—, así como el derecho a no ser sancionado si no es en virtud de hechos que constituyan infracción penal en el momento de su comisión (art. 25.1 CE), configuran un marco normativo-constitucional que limita la legitimidad de la actuación estatal en materia punitiva de forma que a su respecto resulte inherente el de otros derechos fundamentales de carácter sustantivo. / En efecto, si la condena penal es conforme con la Constitución porque se ha enervado la presunción de inocencia en la forma constitucionalmente exigida, esto es, porque la condena penal se sustenta en pruebas suficientes sobre los elementos de la infracción penal y sobre la intervención de los acusados en ellos, difícilmente podrá afirmarse que no se han colmado las exigencias derivadas del derecho a no padecer discriminación por razón de actividad o afiliación sindical». Sin embargo, se matiza lo expuesto en el sentido de que estas garantías pueden fundamentar la sanción penal, pero quizás sea necesario además fundamentar la no selección del sancionado por motivos discriminatorios. Se afirma en particular, «La cuestión entonces se centraría en ponderar si la realización de la conducta no lícita constituye razón objetiva no tanto para la sanción, como para la selección de los sancionados». Y aunque finalmente se concluye que no existió discriminación, su alegación conduce «a exigir de los órganos judiciales su específica ponderación para despojar totalmente cualquier sospecha de actuación discriminatoria en el ejercicio del ius puniendi».

El mismo argumento puede aducirse respecto de las limitaciones fácticas del derecho de defensa en un país extranjero, pues dichas limitaciones quedan reducidas en la medida en que se reconozca el derecho a un abogado de oficio y a un intérprete para los extranjeros, derechos reconocidos por el Convenio Europeo de Derechos Humanos —arts. 6.3.a) y c)— en la interpretación efectuada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (86).

Todo ello, unido al examen individualizado en cada caso en el procedimiento de extradición del estatus constitucional que tendrá el nacional como extranjero en el Estado de destino reduce a límites tolerables los riesgos de parcialidad de las jurisdicciones extranjeras.

C) Juez natural y extradición del nacional

En cuanto a la vinculación de la prohibición de extraditar nacionales con el derecho al juez natural, se ha de señalar, de un lado, que el derecho a ser juzgado por sus jueces naturales no tiene un contenido unívoco, si bien tradicionalmente se vincula con criterios territoriales de atribución de competencia y no con criterios de atribución personal (87); si juez natural es el

(86) Cfr. entre muchas, STEDH de 17 de diciembre de 2002, pár. 90 y ss.; de 13 de febrero de 2003, caso *Bertuzzi c. Francia* y 14 de enero de 2003, caso *Lagerblom c. Suecia*.

(87) En el ámbito del Derecho anglosajón se citan como precedentes del derecho al juez natural, en primer término, el art. 18 de la Carta Magna de 1215 que señalaba que los procesos se celebrarían «en el condado donde hubieran ocurrido los hechos» y el art. 50 de la Carta concedida por Juan Sin Tierra que preveía la garantía de un juicio justo «por sus pares». En segundo lugar, se menciona la Constitución de EE.UU. de 1787 cuyo art. 3º, sec. 2º, pfo. 3º disponía que los juicios criminales se celebrarían ante el jurado y se verificarán en el Estado donde se hubiere cometido el delito. También se cita la 6ª Enmienda que establece que el acusado tiene derecho a un juicio por jurado imparcial del Estado y distrito en que se hubiere cometido el delito. Y, finalmente, la Declaración de Derechos de Virginia de 1776 que declara el carácter natural o sagrado de la competencia del jurado de «doce hombres de vecindad». En el Derecho continental se exponen como precedentes el Decreto de Organización Judicial francés de agosto de 1790 que en su art. 17 recogía la imposibilidad de privar a los justiciables de sus jueces naturales y, ya, con posterioridad, la Constitución francesa de 1791 que en su art. 4 del capítulo V (Del poder judicial) establecía «Los ciudadanos no pueden ser sustraídos de los jueces que la ley les asigna, por ninguna comisión, ni por otras atribuciones o avocaciones que aquéllas que están determinadas por las leyes». Finalmente, el art. 17 de la Carta Constitucional francesa de 6 de abril de 1814 en cuyo inciso segundo se afirma que «nadie puede ser sustraído de sus jueces naturales». Estos antecedentes son exponentes de las distintas concepciones sobre el derecho al juez natural, pues en algunos preceptos se vincula con criterios de competencia territorial —el lugar de comisión del delito— y en otros con criterios de carácter personal, sobre todo en lo que al derecho a ser juzgado por un tribunal por jurado se refiere —ser juzgado «entre pares», ser juzgado por «doce hombres de vecindad». La doctrina procesalista española suele entender que el juez natural es el que resulta más idóneo para el enjuiciamiento del delito y éste se determina en atención al lugar de comisión del delito, dada la proximidad e inmediatez respecto del delito, ser el lugar donde se encuentran las pruebas... (por todos DÍEZ PICAZO, I., «El derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley», *Revista Española de Derecho Constitucional* n.º 31 1991, pp. 85 y ss.). Cuando en la doctrina se ha intentado argumentar que la Constitución protege el derecho al juez natural se ha vin-

juez del lugar de comisión del delito, ello es independiente de la nacionalidad del delincuente y, por tanto, no puede sostenerse que exista una vinculación entre un pretendido «derecho a ser juzgado por los órganos judiciales del Estado nacional» y el derecho al juez natural; de otra parte, desde sus primeras resoluciones el Tribunal Constitucional español ha declarado que la Constitución española reconoce el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, sin prejuzgar los criterios de asignación de competencia jurisdiccional; de modo que no existiría un derecho constitucional al juez natural. El derecho al juez predeterminado por la ley tendría como contenido esencial la predeterminación normativa del órgano competente, el rango legal de la norma que determina la competencia, y la prohibición de tribunales *ad casum*, o de criterios individuales de determinación de la competencia. Así, desde su Sentencia 47/1983, de 31 de mayo (FJ 2) el Tribunal Constitucional ha declarado:

«el derecho constitucional al juez ordinario predeterminado por la Ley, consagrado en dicho artículo, exige, en primer término, que el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica, que ésta le haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarle de órgano especial o excepcional. / Pero exige también que la composición del órgano judicial venga determinada por Ley y que en cada caso concreto se siga el procedimiento legalmente establecido para la designación de los miembros que han de constituir el órgano correspondiente. De esta forma se trata de garantizar la independencia e imparcialidad que el derecho en cuestión comporta —y que se recoge expresamente en el art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el art. 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales—, garantía que quedaría burlada si bastase con mantener el órgano y pudiera alterarse arbitrariamente sus componentes, que son quienes, en definitiva, van a ejercitar sus facultades intelectuales y volitivas en las decisiones que hayan de adoptarse» (88).

De modo que, de acuerdo con ello y en este ámbito de la extradición y la competencia jurisdiccional, el único principio limitador de la extradición de raíz netamente constitucional reside no en la prohibición de extraditar nacionales sino en la prohibición de extraditar a personas que serán juzga-

culado con el juez territorialmente competente, cfr. el magistrado GIMENO SENDRA en el voto particular emitido a la STC 56/1990, y MONTERO AROCA, en *Derecho Jurisdiccional*, t. I, Parte General, 7ª ed., Valencia 1997, p. 97. En relación con la extradición en sentido similar, PASTOR BORGONÓN, *Comentarios a la Legislación Penal*, VIII, vol. I, p. 69.

(88) Cfr. SSTC 199/1987, FJ 6; el ATC 324/1993, que declaró que el art. 24.2 «no garantiza el derecho a un hipotético Juez natural o 'Juez del lugar' como ocurre en otros ordenamientos, sino al 'Juez ordinario predeterminado por la Ley'; la STC 56/1990, FJ 36.

das en tribunales de excepción, recogido en el art. 4.3 de la Ley de extradición pasiva y que vincula tanto a la extradición de nacionales como de extranjeros.

En consonancia con ello, el Tribunal Constitucional declaró que la extradición de un español a Italia no vulneraba el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley en la STC 87/2000, de 27 de marzo (89). Sostuvo el Tribunal Constitucional que, aun partiendo de que «la sustracción a la jurisdicción de un Estado del enjuiciamiento de un delito para el que es competente puede constituir en el caso concreto una vía de elusión de la prohibición de Jueces *ad hoc* y de las garantías de independencia, imparcialidad, inamovilidad y sometimiento al imperio de la ley de los Jueces, que constituyen el fundamento del derecho» al juez predeterminado por la ley (FJ 4), sin embargo, dicha vulneración no se había producido en el caso concreto, pues «la posibilidad de enjuiciamiento por los órganos judiciales italianos y la concesión de la extradición se funda en criterios objetivos —la jurisdicción universal en materia de tráfico de drogas y específicamente de Italia para el conocimiento del delito de pertenencia a banda internacional dedicada al tráfico de estupefacientes—, aplicables con carácter general para casos iguales, determinados en la ley».

En suma, no existiría un derecho fundamental a ser juzgado por los tribunales españoles, como manifestación del derecho al juez natural o del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, sin perjuicio de que en casos puntuales la extradición de un nacional pueda vulnerar este derecho, como también podría vulnerar este derecho la extradición de un no nacional.

D) Extradición, ejecución de la pena y fines de la pena privativa de libertad

Un argumento que surge en la doctrina penalista más modernamente es el relativo a que si el fin de la pena privativa de libertad —o de las medidas de seguridad— es la reeducación y reinserción social del condenado, la extradición del nacional impide alcanzar este objetivo debido al desarraigo que produce. Aunque el argumento no puede aceptarse con carácter absoluto, pues en ocasiones que el delincuente permanezca en su ambiente social tiene efectos más perjudiciales que positivos en las posibilidades de su reinserción, es cierto que puede aceptarse en la generalidad de los casos. Por ello, como vamos a ver, se mantiene como condición de la entrega de nacionales en la

(89) Con posterioridad el Tribunal Constitucional ha declarado la no vulneración de los derechos fundamentales alegados también respecto de la extradición de nacionales en las SSTC 102/2000, de 10 de abril, FFJJ 4 y 5.

Unión Europea. En el caso español, debe considerarse como expresión del mandato comprendido en el art. 25.2 CE de orientar las penas y las medidas de seguridad privativas de libertad hacia la reeducación y reinserción social.

Ahora bien, el argumento debe manejarse con prudencia y entenderse en sus justos términos: si la posibilidad de éxito de la reinserción social del condenado es mayor en el lugar en el que se encuentra arraigado, lo cierto es que si bien en la mayoría de las ocasiones dicho arraigo se tiene en el país nacional, sin embargo, la globalización y los movimientos migratorios evidencian que el arraigo no es una cuestión de vínculo personal con el Estado, sino de residencia, trabajo y conexiones personales y familiares. Desde esta perspectiva, así como a partir de la específica prohibición de discriminación de los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, el argumento ha perdido peso y se matiza en la legislación actual al dar audiencia al interesado sobre la cuestión (90).

E) El derecho a entrar y salir del territorio del Estado

Resta solo por considerar el último de los argumentos que sustentan la no entrega de los nacionales, esto es, la restricción del derecho a residir en el territorio del Estado nacional que la extradición del nacional comporta, es decir, el derecho a entrar y salir libremente de España (art. 19 CE) (91). La primera reflexión que ha de realizarse es que este derecho no lo ostentan sólo los españoles, sino también los extranjeros que lo tengan reconocido en virtud de Tratado o ley como el Tribunal Constitucional declaró en su STC 94/1993, de 22 de marzo (FFJJ 2 y 3) (92). Como es sabido, en el marco de la Unión Europea es uno de los derechos que tienen los nacionales de todos los Estados de la Unión, de modo que el argumento pierde peso, pues en todo caso el principio debería concebirse, al menos, como la no extradición de los residentes legales (93).

(90) Cfr. epígrafe III.2.

(91) Sobre esta cuestión cfr. LÓPEZ ORTEGA, *El futuro de la extradición en Europa*, pp. 322 y ss.

(92) En el mismo sentido SSTC 116/1993, de 29 de marzo, FJ 2; 242/1994, de 20 de julio, FJ 4; 86/1996, de 21 de mayo, FJ 2; 24/2000, de 31 de enero, FJ 4.

(93) Enunciado así el principio, plantea problemas de impunidad por cuanto el Estado podría negar la extradición sin tener paralelamente competencia para el enjuiciamiento en la medida en que el reclamado no haya delinquido en el Estado requerido ni el delito sea de aquellos a los que se aplica el principio de justicia universal o de protección de intereses. Se ha sostenido que en la medida en que el derecho reconocido en el art. 19 constituye un derecho de configuración legal, al igual que el art. 23 constitucionaliza la interpretación de la legalidad electoral, «el art. 19 haría lo propio con la legalidad que define los términos en los que un español puede entrar y salir, y, por tanto estar, en España», de modo que al formar parte de dicha legalidad la Ley de extradición pasiva, la prohibición de extraditar nacionales formaría parte del derecho de los españoles a estar en

El hecho de que el derecho afectado no sea de titularidad exclusiva de los españoles no significa que la extradición no afecte este derecho. Ahora bien, la cuestión es si dicha afección del derecho puede considerarse legítima en algún caso. Como el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado, los derechos fundamentales no son absolutos siendo posible su restricción si ésta prevista en la ley y si es proporcionada (94). Específicamente, en relación con la limitación del derecho a la libertad de circulación y residencia del art. 19 CE, el Tribunal Constitucional ha declarado expresamente la necesidad de una ley específica que la prevea en la STC 94/1993, de 22 de marzo, FJ 4. Ello implica que la ley puede prever la extradición también de nacionales sin que ello vulnere la Constitución siempre que se ajuste al principio de proporcionalidad, y, de igual forma el Gobierno puede firmar Tratados comprometiéndose a la extradición de los nacionales sin que sean impugnables por su inconstitucionalidad, si la previsión se adecua al principio de proporcionalidad. La posibilidad de extraditar nacionales no sería desproporcionada si atiende a un fin constitucionalmente legítimo, si la entrega es una medida necesaria y adecuada para alcanzarlo y si en el caso concreto reporta más beneficios que perjuicios (95).

Fin constitucionalmente legítimo es el enjuiciamiento penal en un país que reclama la competencia (96). La persecución de los delitos y su enjuiciamiento se considera finalidad incluida entre los fines que, de conformidad con el Convenio Europeo de Derechos Humanos, pueden legitimar la injerencia en los derechos a la intimidad —art. 8—, la libertad de conciencia y religión —art. 9—, la libertad de expresión —art. 10— o la libertad de reu-

España (REQUEJO PAGÉS, en *Estudios en Homenaje al Prof. Rubio*, p. 1634 nota 9, aunque reconoce que el argumento es forzado). No comparto la argumentación porque implicaría que todas las prohibiciones o límites a la extradición se habrían constitucionalizado por esta vía. Si los titulares del derecho son también los residentes legales y respecto de los delitos cometidos por ellos existe también la prohibición de extraditar —art. 3.1 inciso segundo LExP— habría que concluir igualmente que la prohibición de extraditar residentes legales cuando se solicita la extradición por delitos para los que España es competente, se habría constitucionalizado también.

(94) Sobre las exigencias de ley y proporcionalidad, por todas, SSTC 128/1995, de 26 de julio, FFJJ 3 y 4; 49/1999, de 5 de abril, FFJJ 4 y 7; 169/2001, 16 de julio, FFJJ 6 y 9.

(95) En los términos de la STC 207/1996, 16 de febrero, FJ 4), criterios del juicio de proporcionalidad son «idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Esto es, que mediante la medida adoptada sea posible alcanzar el objetivo pretendido —idoneidad—; que no exista una medida menos gravosa o lesiva para la consecución del objeto propuesto —necesidad—; y que el sacrificio del derecho reporte más beneficios en el interés general que desventajas o perjuicios en otros bienes o derechos atendidos la gravedad de la injerencia y las circunstancias personales de quien la sufre —proporcionalidad estricta—».

(96) Cfr. UHLÉ, «Auslieferung und Grundgesetz», *Neue Juristische Wochenschrift* (en adelante *NJW*), 2001, p. 1892.

nión y asociación —art. 11—. En todos ellos aparece la cláusula general de que las injerencias de la autoridad pública deben constituir medidas necesarias «en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás» (97). Este es también el punto de partida del Tribunal Constitucional español (98).

La entrega del nacional es una medida necesaria para alcanzarlo dado que la mayoría de las legislaciones prohíben los juicios en rebeldía por delitos graves; sin embargo, siendo también competente el Estado nacional para el enjuiciamiento del nacional su entrega a otro Estado podría considerarse prescindible. La entrega del nacional sería una medida imprescindible y adecuada para alcanzar el fin sólo si el Estado reclamante puede acreditar una competencia preferente por razones, por ejemplo, de territorialidad, pues ello implica la mayor eficacia del enjuiciamiento en atención a la accesibilidad del Tribunal a las pruebas. Expresado *a contrario*, el enjuiciamiento del hecho en el Estado nacional del acusado puede tener nulas posibilidades de éxito, por lo que la negativa a la entrega puede convertirse en patente de impunidad (99).

Por último, la entrega para el enjuiciamiento produce más beneficios en el interés general que perjuicios en quien la sufre, siempre que la ejecución de la pena se realice en el país en el que el extraditado tiene arraigo, pues las posibilidades de reinserción social dependen de dicho arraigo (100). Entregar al nacional o residente legal arraigados en un Estado a otro Estado para que cumpla una pena privativa de libertad o para el enjuiciamiento del hecho sin condicionar la entrega al retorno al país que efectúa la entrega para la ejecución de la pena sería desproporcionado, pues las razones de eficacia de la justicia y de evitar la impunidad ya no pueden ser alegadas, lo que produce un desequilibrio en la ponderación en perjuicio del condenado, esto es, la merma en sus posibilidades de reeducación y reinserción social.

F) Síntesis

La conclusión que se alcanza es que las objeciones a la constitucionalidad de la extradición de los nacionales no son absolutas, sino que su limita-

(97) Cfr. por ejemplo las Sentencias del TEDH en materia de intervenciones telefónicas, condenatorias de España, por todas, STEDH de 30 de julio de 1998, caso Valenzuela Contreras c. España, núm. 46 y ss.

(98) Por todas SSTC 128/1995, de 26 de julio, FJ 4; 49/1999, de 5 de abril, FJ 7.

(99) Cfr. las objeciones al enjuiciamiento siempre en el Estado de residencia en BAIER, *GA* 2001, p. 249 y ss.

(100) Por todos PASTOR BORGONÓN, *Comentarios a la Legislación Penal*, VIII, Vol. I, p. 70.

da validez queda condicionada al respeto de sus derechos fundamentales en el caso concreto, de modo que el Estado no habría hecho dejación del deber de protección de sus nacionales si vela porque el trato jurídico que recibirá el nacional será similar al que tendría en su país nacional, si se le garantizan los derechos a la asistencia jurídica gratuita y a intérprete y si condiciona la entrega a que la ejecución de la pena tendrá lugar en el Estado en que tiene arraigo. En suma, el problema de la extradición de los nacionales no reside en quién juzga al nacional, sino qué Derecho se le aplica, es decir, si el ejercicio del *ius puniendi* en el caso concreto se fundamentará y limitará en los valores fundamentales del Estado constitucional de Derecho.

2. La evolución legal del principio

La clásica solidez del principio de no extradición de los nacionales ha comenzado a erosionarse no sólo por las críticas de la doctrina penalista, sino al hilo de la ruptura del monopolio estatal en el ejercicio del *ius puniendi* y por la influencia del proceso de integración en la Unión Europea.

1. La aprobación del Estatuto de la Corte Penal Internacional el 17 de julio de 1998, firmado y ratificado por un numeroso grupo de Estados, entre ellos España (101), representa un hito especialmente significativo de la ruptura de la relación Estado-soberanía-*ius puniendi* (102). Como es sabido, la

(101) Si bien es de todos conocida la ausencia relevante de ratificación de ciertos Estados (así EE.UU.), el 31 de diciembre de 2000 —fecha tope para hacerlo— habían firmado el Estatuto de la Corte Penal Internacional ciento treinta y nueve Estados. España lo ratificó el 24 de octubre de 2000.

(102) Como antecedentes en esta evolución hacia la universalización de la justicia penal se citan el art. 227 del Tratado de Versalles, de 28 de junio de 1919, que preveía el enjuiciamiento del Kaiser Guillermo II, por «supreme offence against international morality and sanctity of treaties» en un tribunal formado por cinco jueces nombrados por EE.UU., Gran Bretaña, Francia, Italia y Japón; sin embargo, el proceso no tuvo lugar, porque Holanda negó la extradición del kaiser al calificar los crímenes de «atentado político»; el art. 14 del Pacto de la Sociedad de Naciones pretendió la creación de un Tribunal permanente de Justicia Internacional con poco éxito, pues, a pesar de redactarse un proyecto, nunca llegó a aprobarse. Fueron los Tribunales de Núremberg y Tokio, tras la II Guerra Mundial, los primeros Tribunales Penales Internacionales que tuvieron vigencia real. Como es sabido, las potencias ganadoras —EE.UU., Francia, Reino Unido y la URSS— firmaron el Acuerdo de Londres, de 8 de agosto de 1945, por el que se comprometieron a juzgar los crímenes de guerra cometidos por las potencias del Eje y firmaron el Estatuto del Tribunal Militar Internacional. El 19 de enero de 1946, el General Macarthur, comandante supremo de las potencias aliadas, redactó y publicó la Proclama Especial de creación del Tribunal Militar Internacional para el lejano oriente, con su correspondiente Estatuto. La ONU confirmó dichos Tribunales, sus Estatutos y sus Sentencias en la Resolución 95 (I) de su Asamblea General. Por Resolución 827 (1993), de 25 de mayo, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas acordó el establecimiento de un tribunal internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de las violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la Ex Yugoslavia desde 1991 y su Estatuto; por Resolución 955 (1994), de 8 de noviembre, el mismo organismo acordó la creación del Tribunal Penal Internacional para el enjuiciamiento de los crímenes contra la huma-

Corte Penal Internacional ha nacido con la finalidad de enjuiciar los delitos contra la humanidad, el genocidio, los crímenes de guerra y de agresión enumerados en los arts. 5, 6, 7 y 8 de su Estatuto (103). Su objetivo fundamental no es sólo la creación de una jurisdicción penal universal para el enjuiciamiento de estos delitos en la medida en que constituye un interés común de los Estados civilizados su persecución, sino acabar con la impunidad de la comisión de estos delitos por los poderes estatales contra sus propios nacionales. Las leyes de impunidad argentina son un ejemplo de la necesidad de la jurisdicción penal universal. En este contexto, no puede extrañar la previsión del art. 89 del Estatuto de la Corte Penal Internacional que establece el compromiso de los Estados de detener y entregar a cualquier persona que se encuentre en su territorio cuando la Corte haya cursado una solicitud al efecto, sin efectuar distinción alguna por razón de nacionalidad. La eventual previsión de la facultad de denegar la entrega de los nacionales hubiera constituido simplemente una burla a la propia esencia de la jurisdicción universal.

2. De otra parte, el proceso de integración de la Unión Europea y la validez de la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad ha tenido como consecuencia que en el ámbito extradicional se haya pasado de la cláusula facultativa de entrega de los nacionales del art. 6 del Convenio Europeo de 1957 —firmado en el seno del Consejo de Europa— que fue sometida a reserva por un nutrido grupo de Estados entre los que no se encontraba España (104), al art. 7.1 del Convenio de Extradición de la Unión Europea de 27 de septiembre de 1996 (105), que establece que «no se podrá denegar la extradición por el motivo de que la persona objeto de la

nidad cometidos en Ruanda. Sobre el origen y evolución de los crímenes contra la humanidad y la jurisdicción penal internacional cfr. GIL GIL, *Derecho Penal Internacional*, Madrid, 1999, pp. 106 y ss.; LA MISMA, «Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el Estatuto de la Corte Penal Internacional a la luz de 'Los elementos de los Crímenes'», en AMBOS (coord.), *La nueva justicia penal supranacional, desarrollos post-Roma*, Valencia, 2002, pp. 68 y ss.

(103) El Estatuto de la Corte Penal Internacional contempla una enumeración relativamente formal y abstracta de los delitos comprendidos en cuatro grandes bloques, genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y crimen de agresión. Con posterioridad se ha aprobado por la Comisión Preparatoria un Proyecto de texto de «Elementos de los Crímenes» al amparo de lo dispuesto en el art. 9 del Estatuto de la Corte Penal Internacional. De la ingente bibliografía sobre la cuestión cfr. GIL GIL, *Derecho penal internacional*, Madrid, 1999; GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Una propuesta de justicia penal internacional*, 2002; AMBOS (coord.), *La nueva justicia penal supranacional. Desarrollos post-Roma*, Valencia 2002; GÓMEZ BENÍTEZ, «Elementos comunes de los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y necesaria tipificación de estos crímenes en el Derecho penal español», en BACIGALUPO (dir.), *El derecho penal internacional*, CDJ 2001, pp. 9 y ss.

(104) Cfr. CEZÓN, *Derecho extradicional*, Madrid, 2003, pp. 178 y ss.

(105) El Convenio de Extradición de la Unión Europea de 27 de septiembre de 1996 es complementario del Convenio Europeo de Extradición de 1957, regulando tan sólo los aspectos en los que se separa de aquél (art. 1).

solicitud de extradición sea nacional del Estado miembro requerido en la acepción del art. 6 del Convenio Europeo de Extradición». Un dato evidenciador de la evolución que se está produciendo en Europa respecto de esta cuestión es que muchos de los Estados que efectuaron reservas al Convenio Europeo de Extradición de 1957 no las han hecho en este caso.

Al amparo de la posibilidad prevista en el art. 7.2 de dicho Convenio de 1996, España ha efectuado, esta vez sí, una reserva en el sentido de que concederá la extradición de sus nacionales «siempre que el hecho fuese también constitutivo de delito en España y que el Estado requeriente dé garantías de que en caso de resultar condenado será transferido sin dilación a España para el cumplimiento de la pena». Aunque en atención al contenido de esta reserva son dos las garantías mínimas que a España le parecen irrenunciables (la doble incriminación y la ejecución en España de la pena), ello no quiere decir que el resto de los principios y limitaciones que con carácter general rigen la extradición no sean aplicables a la extradición de nacionales en el ámbito de la Unión Europea, pues, dado el carácter complementario que tiene este Convenio respecto del Convenio Europeo de Extradición de 1957 y dado su limitado contenido, el resto de las disposiciones del Convenio de 1957 son aplicables. El Convenio de la Unión Europea de 1996 excluye para ciertos casos algunas de las reglas limitadoras de la extradición contenidas en el Convenio de 1957 —relativas a doble incriminación, mínimo punitivo, delitos fiscales...— para el ámbito de la Unión Europea, de modo que la reserva española «excluye» ciertas «exclusiones», es decir, tiene el sentido de declarar aplicable la regla prevista en el Convenio de 1957, esto es, siguen en vigor las prohibiciones contenidas en dicho Convenio de 1957.

Las dos garantías cuya aplicación se considera indispensable tienen un claro fundamento constitucional. La relativa a la ejecución de la pena se conecta con el mandato constitucional de orientación de la ejecución de la pena privativa de libertad a la reeducación y reinserción social del sometido a ella (art. 25.2 CE) y constituye criterio de ponderación de la proporcionalidad de la restricción del derecho del nacional a entrar y salir libremente del territorio nacional como acabo de exponer. La garantía de doble incriminación, parece reflejar, a primera vista, la preocupación por una política criminal común como presupuesto de la posibilidad misma de extradición, sin embargo, tiene también un sentido constitucional claro, puesto que si los hechos no son constitutivos de delito en España falta la ley que es condición imprescindible del ejercicio del *ius puniendi* en España; de modo que, expresado en terminología clásica, España no puede ceder el ejercicio de un *ius puniendi* que en el caso concreto no detenta (106).

(106) La reserva hay que ponerla en conexión con el art. 3 del Convenio de Extradición de la Unión Europea de 1996 que establece excepciones a la cláusula de doble incriminación en

3. Especialmente significativa de la evolución que está teniendo lugar en este ámbito en Europa es la posición de Alemania, país que, a pesar de volver a presentar una reserva en el momento de la firma del Convenio de 1996, ha procedido a reformar con posterioridad a dicha firma el art. 16.2 de su Constitución para constitucionalizar la posibilidad de extraditar sus nacionales a otro Estado de la Unión Europea —o a un tribunal internacional—, aunque como vamos a ver con limitaciones. Alemania ha procedido a la modificación del art. 16.2 de su Constitución por ley de 29 de noviembre de 2000 (107) introduciendo junto a su párrafo primero —«ningún alemán podrá ser extraditado a otro país»— un segundo párrafo que establece: «mediante ley podrá establecerse una regla diferente para extradiciones a un Estado miembro de la Unión Europea o a un Tribunal internacional, siempre que se garanticen los principios del Estado de Derecho». Se trata de una cláusula prudente en la medida en que ha encomendado al legislador la autorización expresa de la extradición de los nacionales imponiéndole un límite que, por obvio, no deja de ser significativo en este caso: la ley ha de garantizar el respeto de los principios del Estado de Derecho.

La interpretación de esta cláusula no ha suscitado problemas, pues existe unanimidad en que principios del Estado de Derecho —«*rechtsstaatliche Grundsätze*»—, en este ámbito sólo puede interpretarse como garantías constitucionales penales (108): además de los derechos a la vida, a la integridad

relación con la conspiración y asociación con propósito delictivo respecto de ciertos delitos graves o tráfico de drogas.

(107) *Bundesgesetzblatt* 2000 I, 1633. El origen del precepto se encuentra en los compromisos asumidos por Alemania de entrega de los nacionales ante los Tribunales Internacionales creados para juzgar los crímenes de guerra en la antigua Yugoslavia y Ruanda que se saldaron con dos leyes internas de autorización. La necesidad de la reforma constitucional comenzó a debatirse entonces. Sobre la cuestión UHLE, *N/W* 2001, pp. 1889 y ss. El texto en alemán del art. 16.2 es «Kein Deutscher darf an das Ausland ausgeliefert werden», es decir, «ningún alemán puede ser extraditado al extranjero». Se discutió, entre otras cuestiones, si la prohibición alcanzaba sólo la puesta a disposición del nacional alemán a la jurisdicción de otro Estado y no a una jurisdicción internacional. El Tribunal Constitucional alemán —entre otras, *BverfGE* 4, 299 y ss.; 10, 136 (139)— estableció que la prohibición impedía la entrega de un alemán a una jurisdicción «no alemana», lo que suponía la prohibición de extradición ante tribunales internacionales y sin embargo, permitía la extradición a la antigua DDR, al reconocer su jurisdicción como «alemana». Cfr. RANDELZHOFFER, en MAUNZ/DÜRIG, *Grundgesetz, Kommentar*, art. 16 II, p. 58. Lo cierto es que como la literalidad del precepto admite una interpretación amplia y otra restringida las leyes de aceptación de la extradición ante los tribunales internacionales podían no considerarse inconstitucionales a pesar de la interpretación del Tribunal Constitucional alemán.

(108) Cfr. en este sentido ZIMMERMANN, «Die Auslieferung Deutscher an Staaten der Europäischen Union und internationale Strafgerichtshöfe», *Juristen Zeitung* (en adelante *JZ*), 2001, pp. 237 y ss.; UHLE, *N/W*, 2001, p. 1893 recuerda. En el proyecto gubernamental no constaba la cláusula y fue introducida a raíz de una enmienda presentada por la CDU/CSU, cuyo texto era más amplio que el definitivo, pero cuyo sentido era asegurar la protección de un similar estatus en derechos fundamentales de los alemanes. El texto preveía que la ley podía autorizar la

física y a la dignidad humana, se consideran comprendidos el derecho a la tutela judicial efectiva, la prohibición de retroactividad de la ley penal y de doble sanción, el derecho al proceso con todas las garantías, al juez ordinario predeterminado por la ley, a la presunción de inocencia y el principio de culpabilidad. La cláusula, sin embargo, ha suscitado reparos en cuanto podría reflejar la antigua desconfianza hacia otros Estados en el enjuiciamiento de los nacionales, y dicha desconfianza puede parecer ilegítima en la medida en que todos los países de la Unión Europea tienen un compromiso de respeto de los derechos fundamentales (109). Remitir al legislador la regulación de las condiciones de autorización de la extradición de los nacionales con dicho límite expreso significará que finalmente Alemania se reserve la facultad de denegar la extradición de sus nacionales si, analizado el caso, llega a la conclusión de que no se han respetado los derechos fundamentales o no se respetarán. Ello significa que la entrega de los nacionales no puede ser automática sino que requerirá su examen caso por caso y que no es posible hasta tanto no se autorice por la ley (110). Que la extradición en el caso concreto vulnere los derechos fundamentales del reclamado podrá ser alegado en la fase judicial del procedimiento de extradición, en el recurso previsto en dicha fase y en todo caso ante el Tribunal Constitucional en un recurso de amparo (111).

4. La Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 13 de junio de 2002 sobre la orden europea de detención y entrega parte de la imposibilidad de negar la ejecución de la orden de detención y entrega del nacional, si bien prevé dos limitaciones; de un lado, en el art. 4.6 se establece como motivo facultativo de denegación de la entrega «cuando la orden de detención europea se haya dictado a efectos de ejecución de una pena o de una medida de seguridad privativas de libertad contra una persona buscada que sea nacional o residente del Estado miembro de ejecución o habite en él y éste se comprometa a ejecutar él mismo dicha pena o medida de seguridad de conformidad con su Derecho interno»; y, de otro, el art. 5.3 prevé que «cuando la persona que fuere objeto de la orden de detención europea a

extradición siempre que se garantice «*eines diesem Grundgesetz im Wesentlichen vergleichbaren Grundrechtsschutzes*», es decir, una protección de derechos fundamentales equiparable en lo esencial a la Constitución alemana. SPD, BDS y Los verdes no consideraban necesaria la cláusula al entender que la Constitución alemana impedía por sí misma la firma de un Tratado para extraditar nacionales si existían dudas sobre el estándar de protección de los derechos fundamentales. Cfr. UHLE, *N/W*, 2001, p. 1891. El texto definitivo fue la fórmula de compromiso.

(109) Cfr. en este sentido ZIMMERMANN, *JZ* 2001, p. 237. En contra del argumento las razones ya expuestas supra.

(110) Ha de entenderse que hay ley respecto de la extradición a la Corte Penal Internacional que Alemania ha firmado y ratificado, pero no a la Unión Europea hasta que no levante la reserva al Convenio de 1996.

(111) Cfr. UHLE, *N/W* 2001, pp. 1893, 1894. En sentido similar BAJER, *GA* 2001, pp. 436-437.

efectos de entablar una acción penal fuere nacional del Estado miembro de ejecución o residiera en él, la entrega podrá supeditarse a la condición de que la persona, tras ser oída, sea devuelta al Estado miembro de ejecución para cumplir en éste la pena o la medida de seguridad privativas de libertad que pudiere pronunciarse en su contra en el Estado miembro emisor».

Por consiguiente, se mantiene como principio general limitador de la entrega que la ejecución de la pena se efectúe en el lugar donde el reclamado tenga arraigo, produciéndose en este ámbito la modificación lógica que ya he señalado, en el sentido de que el arraigo depende de la residencia y que la nacionalidad no es elemento legítimo de diferenciación en el ámbito de la Unión Europea; de modo que el derecho a que la pena se ejecute en el lugar en el que el condenado tiene arraigo es un derecho de cualquier nacional de cualquiera de los Estados de la Unión Europea vinculado con su libertad de circular y residir en cualquiera de ellos. No lo ha entendido así España que al incorporar la Decisión Marco a la legislación interna mediante la Ley 3/2003, de 14 de marzo ha restringido el círculo de los titulares de este derecho a los nacionales al prever en el art. 12.2.f) que el órgano judicial puede denegar la ejecución de la orden europea cuando ésta «se haya dictado a efectos de ejecución de una pena o medida de seguridad privativas de libertad, siendo la persona reclamada de *nacionalidad* española, salvo que consienta en cumplir la misma en el Estado de emisión. En otro caso, deberá cumplir la pena en España». Con esta previsión se excluye a los residentes, quienes, por consiguiente, resultan claramente discriminados por razón de nacionalidad.

3. La extradición de nacionales: posibilidades y límites en el modelo constitucional de extradición

El hecho de que no existan razones específicas para afirmar con carácter general la inconstitucionalidad de la extradición de los españoles, ni la existencia de un derecho fundamental de los nacionales a no ser extraditado a otro país que pueda deducirse de los Convenios Internacionales de Derechos Humanos (112), no significa que, al igual que la extradición de extranjeros, al ser un acto que afecta a los derechos fundamentales del reclamado, no deba someterse a examen de forma individual cada acto de extradición de un nacional. Aunque desde la perspectiva constitucional el canon de enjuiciamiento sea siempre el mismo, la existencia o no de Tratado que faculte la entrega es una condición indispensable (113) pero no es con-

(112) En este sentido BEDI, *The Problem of Nationality in Extradition Proceedings*, p. 3.

(113) Cfr. REQUEJO PAGÉS, en *Estudios en Homenaje a Rubio Llorente* p. 1634.

dición suficiente. En tanto que constituye una medida de limitación de la libertad de entrar y salir libremente en el territorio del Estado tiene que estar prevista en la ley y adecuarse al principio de proporcionalidad. A estos efectos, el Tratado, una vez que forma parte de la legislación interna, puede ser la habilitación legal constitucionalmente necesaria, o dicha cobertura legal puede encontrarse en una futura ley de extradición pasiva. De momento, la Ley 3/2003 sobre la orden europea de detención y entrega constituye cobertura legal suficiente de la entrega de nacionales en el ámbito de la Unión Europea, como también lo era desde 1996 el Convenio de extradición de la Unión Europea. Y sus previsiones se adecuan al principio de proporcionalidad, tal como se ha expuesto.

IV. EPÍLOGO: EL FUTURO DE LA EXTRADICIÓN Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1. Las declaraciones políticas de los últimos años han transmitido la impresión de que la extradición es una institución que tiene sus días contados, al menos en el ámbito de la Unión Europea. Sin embargo, de la conclusión alcanzada sobre la función de la extradición en el Estado constitucional de Derecho deriva difícilmente esta conclusión. La denominación de la institución carece de relevancia, lo importante es la existencia de un control judicial autónomo de la entrega en el Estado reclamado. Y es que el respeto de los derechos fundamentales no es un principio que rige sólo la extradición sino un principio estructural y constitutivo del Estado constitucional de Derecho: el Estado ha de velar por los derechos fundamentales de las personas que componen su comunidad. Y dicho deber deriva directamente de la Constitución sin necesidad de que exista una cláusula expresa referida a los actos de entrega extradicional de los nacionales o extranjeros, pues los derechos fundamentales vinculan a todos los poderes públicos en sus relaciones con los individuos y la extradición es sobre todo un acto de expulsión de una persona que está en el territorio y bajo la jurisdicción de un Estado y además un acto de puesta a disposición del reclamado a otra jurisdicción. Si en el acto de expulsión el Estado tiene responsabilidad por la propia expulsión, en la extradición responde también de la entrega a un determinado Estado.

2. A pesar de las declaraciones de los representantes políticos españoles en los últimos años, la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 13 de junio de 2002 no se aparta de esta concepción (114), pues suprime

(114) Cfr. LÓPEZ ORTEGA, *El futuro de la extradición en Europa*, pp. 304 y ss.; CASTILLEJO MANZANARES, «Actualidad Jurídica Aranzadi», núm. 587, 24 de julio 2003, pp. 1 y ss.; VENNEMANN, *ZaöRV*, 63, 2003, pp. 103 y ss.

la fase gubernamental, pero mantiene la revisión judicial, que en el caso español seguirá efectuando la Audiencia Nacional —art. 2 de la Ley 3/2003, de 14 de marzo, que transpone la citada Decisión Marco en el ordenamiento interno—. Además, en la Decisión Marco subsisten muchas de las causas de limitación de la extradición tradicionales (115) bien como motivos para la no ejecución de la orden de detención europea de carácter obligatorios —art. 3—, o facultativos —art. 4—, o bien como garantías que deberá prestar el Estado emisor de la orden para que el ejecutor proceda a la detención y entrega —art. 5—.

Pero de mayor relevancia que el mantenimiento de estas excepciones es el contenido del art. 1.3 de la Decisión Marco y la declaración efectuada en los puntos 12 y 13 de su Preámbulo:

Art. 1.3: «La presente Decisión marco no podrá tener por efecto el de modificar la obligación de respetar los derechos fundamentales y los principios jurídicos fundamentales consagrados en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea» (116).

(12) «La presente Decisión marco respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea y reflejados en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, en particular en su capítulo VI. Nada de lo dispuesto en la presente Decisión marco podrá interpretarse en el sentido de facilitar la entrega de una persona contra la que se ha dictado una orden de detención europea cuando existan razones objetivas para suponer que dicha orden de detención europea ha sido dictada con fines de persecución o sanción a una persona por razón de sexo, raza, religión, origen étnico, nacionalidad, lengua, opiniones políticas u orientación sexual, o que la situación de dicha persona pueda quedar perjudicada por cualquiera de estas razones. La presente Decisión marco no impedirá a ningún Estado miembro aplicar sus normas constitucionales relativas al respeto del derecho a un proceso equitativo, la libertad de asociación, libertad de prensa y libertad de expresión en los demás medios de comunicación».

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

El párrafo tercero del artículo primero de la Decisión Marco puede parecer superfluo porque ciertamente la obligación de los Estados miem-

(115) Haber sido amnistiado, haber sido juzgado por los mismos hechos y haber cumplido la condena, ser menor de edad, doble incriminación con límites, prescripción del delito o de la pena, competencia penal preferente, condena en rebeldía, condena a cadena perpetua.

(116) Como es sabido el art. 6.2 del Tratado de la Unión Europea obliga a los Estados a respetar los derechos fundamentales en tanto garantizados por el Convenio Europeo de Derechos Humanos y como principios generales del Derecho Comunitario.

bros de la Unión Europea de respetar los derechos humanos deriva directamente del art. 6.2 del Tratado de la Unión. Sin embargo, puede tener el sentido de posibilitar que un Estado miembro deniegue la ejecución de la orden europea de detención y entrega si la entrega es incompatible con los derechos fundamentales contenidos en el art. 6.2 del Tratado de la Unión, y ello aunque no tengan un reflejo directo en las causas de denegación expresamente reguladas en los artículos tres y siguientes de la Decisión Marco. Es decir, se configuraría como una cláusula de excepción general a la entrega: no procede en ningún caso ejecutar la orden si se vulneran los derechos fundamentales reconocidos en el art. 6.2 del Tratado de la Unión Europea. Desde esta perspectiva, los Estados miembros de la Unión Europea estarían facultados por la propia Decisión Marco para incluir en su legislación interna de implementación de la misma la no ejecución de la orden si vulnera los derechos fundamentales (117). Esta interpretación estaría avalada por las declaraciones de los puntos doce y trece del preámbulo, que vienen a establecer un estándar mínimo de orden público internacional en materia de derechos fundamentales en el ámbito de la Unión Europea. Así lo ha entendido el Reino Unido que en la sección 21 del Proyecto de Ley relativo a la citada orden europea ha incluido la excepción general de vulneración de los derechos humanos, lo que implica el deber del juez de examinar la eventual vulneración de los mismos en el caso concreto antes de proceder a dar ejecución a la orden.

Quien no lo ha entendido así ha sido el gobierno español que no sólo no ha incluido la excepción general de vulneración de los derechos fundamentales utilizando la posibilidad mencionada, sino que ha decidido reducir el estándar mínimo de orden público intercomunitario en uno de los pocos casos en los que el Tribunal Constitucional español se había pronunciado declarando que la extradición vulneraba el derecho al proceso con todas las garantías. En efecto, al convertir en ley interna la Decisión Marco —Ley 3/2003, de 14 de marzo—, se ha suprimido la garantía de nuevo juicio prevista en el art. 5.1 de la Decisión Marco para la ejecución de las ordenes de detención y entrega sustentadas en condenas dictadas en rebeldía. Con ello se aparta decididamente de la doctrina del Tribunal Constitucional en la STC 91/2000 y las dictadas en aplicación del mismo criterio, y, en definitiva de la Constitución española.

3. La flexibilización de las fronteras estatales, del concepto mismo de soberanía nacional y, en definitiva, del Estado como centro de decisión política, derivada de los procesos de globalización de la economía y de las redes de comunicación, así como de integración política de los Estados en entida-

(117) Cfr. en el mismo sentido VENNEMANN, *ZaöVR* 63, 2003, p. 115.

des supranacionales, se ha convertido sin duda en un tema recurrente a la hora de dar cuenta de los rasgos característicos de la transformación del Estado moderno y de los retos a los que se enfrenta el Derecho como mecanismo de regulación social (118). Sin duda el reto fundamental en este marco es de la internacionalización jurídica efectiva de los derechos humanos (119), y ello no puede entenderse sólo como protección internacional de los derechos humanos, sino también y en primera instancia como reformulación en clave de derechos fundamentales de aquellas instituciones jurídicas que, como la extradición, arrastran una tradición soberanista que dificulta dicha internacionalización. Negar la extradición de los nacionales por razones de soberanía, y, paralelamente, restringir los controles jurídico-constitucionales internos de la extradición de los extranjeros, para no interferir en soberanías ajenas, contribuye al mantenimiento de diferencias jurídicas en un ámbito en el que *prima facie* se acepta universalmente que no deberían existir, el proceso penal, y responde a un planteamiento de enfrentamiento entre soberanía y derechos fundamentales que difícilmente encaja con el carácter universal de los derechos humanos.

(118) Cf. CAPELLA, *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y del Estado*, 1997, pp. 238 y ss., 257 y ss., 268 y ss.

(119) FERRAJOLI, *Derechos y garantías*, pp. 144 y ss., 154-7.