

LA EXTRADICIÓN: UNA INSTITUCIÓN *CONSTITUCIONAL*¹

MERCEDES PÉREZ MANZANO
Profesora titular de Derecho Penal,
Universidad Autónoma de Madrid

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 del Tribunal Constitucional español. 3. El modelo *constitucional* de extradición: la relación jurídica extradicional como relación triangular. III. La orden europea de detención y entrega y los derechos fundamentales. IV. La excepción de vulneración de derechos fundamentales frente a la entrega extradicional.

I. Introducción

Las Sentencias del Tribunal Constitucional 141/1998, de 29 de junio, 147/1999, de 4 de agosto y 91/2000, de 30 de marzo, que estimaron las

¹ Este trabajo constituye una revisión, actualización bibliográfica y jurisprudencial y reformulación de las ideas plasmadas en la primera parte del artículo «Ius puniendi, fronteras y derechos fundamentales: un modelo constitucional de extradición», que está publicado en el *Monográfico VI de la Revista Aragonesa de Administración Pública, Ciudadanía e Inmigración*, Zaragoza, 2003.

demandas de amparo frente a resoluciones judiciales de la Audiencia Nacional que habían declarado procedente la extradición a Italia de personas que habían sido condenadas en aquel país en juicios celebrados en rebeldía² levantaron una enorme polvareda jurídica y mediática en su contra. Con independencia de la reflexión jurídica de fondo, estas sentencias despertaron una cierta sorpresa en el mundo jurídico, como si fuera la primera vez que el Tribunal Constitucional hubiera estimado un amparo interpuesto contra resoluciones judiciales dictadas sobre extradición, o como si ya no fuera el tiempo de hacerlo.

En aquellos momentos muchos auguraron, juristas y representantes políticos, que la extradición tenía sus días contados, al menos en el ámbito de la Unión Europea, gestándose acuerdos de cooperación entre España e Italia que están en el origen de la orden europea de detención y entrega, nacida, como es sabido, con la pretensión de sustituir en este espacio jurídico la extradición. Esta previsión se sustentaba en dos ideas: de un lado, en el carácter innecesario de la extradición, y, de otro, en que se habría convertido en una institución obstaculizadora de la eficacia de la justicia penal. Estas páginas pretenden aportar elementos para valorar si aquella sorpresa y previsión de futuro tienen fundamentos sólidos, partiendo de la concepción original de la extradición y su evolución no sólo teórica sino al hilo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

² Se utiliza la expresión en sentido genérico, pues como expone en la STC 91/2000, existen diferencias en los procedimientos penales que sustentaron las demandas de extradición. De otra parte, hasta la STC 91/2000, el Tribunal Constitucional no unificó los criterios sobre el derecho fundamental vulnerado. Fueron muchas las críticas contra la STC 91/2000, cfr. GÓMEZ DE LIAÑO, M., La negativa a extraditar miembros de la mafia: comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de marzo de 2000, en *La Ley-6*, 2000, pp. 1958 y ss.; PULIDO, *El Tribunal Constitucional como Tribunal Penal Internacional. (Nota crítica de la STC 91/2000)*, en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, T. I, 2000, pp. 1760 y ss.; REY MARTÍNEZ, El problema constitucional de la extradición de condenados en contumacia. Comentario de la STC 91/2000 y concordantes, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 5 2000, pp. 289 y ss.; RODRÍGUEZ SOL, La extradición a Italia de personas en rebeldía, analizada en el marco del espacio judicial europeo, en *La Ley-4*, 2001, pp. 1668 y ss.; TORRES MURO, Enseñar al que ya sabe. Las extradiciones ante el Tribunal Constitucional (STC 91/2000), en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, T. II, 2000, pp. 1859 y ss.; AGUILERA MORALES, Improcedencia de la extradición incondicionada para el cumplimiento de sentencias condenatorias por delitos graves dictadas en ausencia y sin posibilidad de un posterior juicio rescisorio, en, *Tribunales de Justicia núm. 1*, 2001, pp. 111 y ss..

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, que es instrumental respecto del ejercicio del *ius puniendi* por los Estados para que las fronteras territoriales no constituyan un obstáculo absoluto a sus pretensiones punitivas³. La idea de soberanía impregnaría toda la institución. En primer término, tendría un claro reflejo 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. De otra parte, la concepción soberanista de la extradición estaría presente en algunos de los principios que rigen la extradición: la 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 de esta concepción clásica de la extradición. La legislación española se enmarca en este modelo básicamente soberanista⁴. 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».

³ Cfr. ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, 2ª ed. 1986, p. 145; JIMÉNEZ DE ASUA, *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; SEBASTIAN 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* (en adelante BFD), UNED, núm. 15 2000, p. 209.

⁴ 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 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 Estados⁵ que no se puede obviar. Componente garantista que permiten conceptualizar a la extradición como una institución *constitucional*. 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 políticos⁶. Éste es el sentido original de los principios de la no extradición de los propios nacionales o por delitos políticos, así como de la prohibición de extraditar a quien tiene reconocido asilo político. De otra parte, otro nutrido grupo de principios de la extradición se explican como límites a la omnipotencia de los monarcas absolutistas, enmarcándose claramente en el mismo contexto evolutivo que todas las instituciones o poderes estatales en el

⁵ 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 S9), 1987, pp. 35 y ss.; PUENTE EGIDO, *Límites jurídico-constitucionales y jurídico-internacionales en la competencia penal internacional del Estado español*, Festschrift 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», pasando 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.

⁶ 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.

Estado de Derecho, cuya máxima esencia reside en el sometimiento del poder 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 Derecho⁷. La extradición evoluciona dejando 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 político-jurídico, admitiéndose desde entonces que tiene una fase reglada y una fase política —gubernativo/judicial⁸—.

Durante el siglo XX desarrolla la extradición su componente jurídica y garantista, impregnando este aspecto 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 Estados⁹. Plasmación de este componente garantista son las prohibiciones de extraditar a una persona si se tienen sospechas de que será juzgado en un tribunal de excepción o 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 requirente 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. Todas estas prohibiciones de extraditar se encuentran incluidas en la Ley de extradición pasiva, junto a las ya mencionadas y relativas a

⁷ 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..

⁸ PUENTE EGIDO, *La extradición, problema complejo de cooperación internacional en materia penal*, pp. 231 y ss.

⁹ Cfr. LÓPEZ ORTEGA, *El futuro de la extradición en Europa*, p. 342.

los delitos políticos, los asilados y los propios justiciables¹⁰. De todas ellas solo está expresamente constitucionalizada la prohibición de extraditar por delitos políticos —art. 13.2 CE—.

3. Este conjunto de principios limitadores de la extradición configuran el estatuto jurídico del reclamado¹¹, por ello, entiendo que la extradición es, en su origen y evolución, una institución *constitucional*, esto es, una institución cuyo cometido principal es la protección de los derechos del reclamado. Además, se trata de una institución que parte de la idea de que los derechos fundamentales son universales, pues no podemos olvidar que el reclamado 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 fundamentales.

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 Soering¹², marcó un hito en esta materia al afirmar que los Estados no quedan relevados de su respon-

¹⁰ Art. 4. Ley de Extradición Pasiva (en adelante LexP). Se contemplan algunas de estas reglas en los arts. 3 y 11 Convenio Europeo de Extradición (en adelante CEEEx) y en el art. 3 del Segundo Protocolo Adicional al CEEEx.

¹¹ La Audiencia Nacional tampoco ha sido ajena a este planteamiento, cfr. el estudio sobre los Autos de la Audiencia Nacional de RUIZ DE LOS PAÑOS, 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.

¹² 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 substanciales 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*

sabilidad 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 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 encajan 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 muerte¹³. 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 doctrina¹⁴. Sin embargo, ello no significa que para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos la responsabi-

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, The European Arrest Warrant and its Human Rights Implications, en *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (en adelante *ZaöRV*) 63, 2003, pp. 116 y ss.

¹³ 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.

¹⁴ 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

lidad de los Estados que acceden 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 destino¹⁵. A partir de esta declaración no existen razones para excluir el resto de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos¹⁶.

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 extradi-

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 Peñafiel Salgado c. España*; 6 de febrero de 2003, caso *Mamatkulov y Abdurasulovic c. Turquía*.

¹⁵ 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.

¹⁶ 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.

ción y en criterio de obligada observancia en la interpretación de la legislación interna e internacional sobre la materia»¹⁷. 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 español¹⁸, 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 procedimiento 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 destino¹⁹. De esta evolución, la

¹⁷ GONZÁLEZ CAMPO, E., La incidencia de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de extradición, p. 65.

¹⁸ Sobre la jurisprudencia constitucional en materia de extradición cfr. CUERDA RIEZU, Extradición, Constitución y doctrina del Tribunal Constitucional, pp. 179 y ss.

¹⁹ 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, 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, 183/2004, de 2 de noviembre. Sobre la pena de cadena perpetua la STC 91/2000, FJ 9. Sobre el alcance de los deberes de tutela en

STC 32/2003, de 13 de febrero es una buena muestra²⁰. 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 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 extradicional 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

el procedimiento extradicional cuando se alega que ha sido sometido a torturas y será sometido a torturas STC 32/2003, de 13 de febrero. Sobre la eventualidad de que sea sometido a un trato degradante o inhumano en el país de destino debido a las condiciones de las prisiones, cfr. la STC 181/2004, de 2 de noviembre. Sobre los deberes de tutela judicial cuando se alega ser un perseguido político y el riesgo para su vida e integridad física, cfr. STC 148/2004, de 13 de septiembre. 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).

²⁰ Cfr. además, dictadas con posterioridad, las SSTC 148/2004, de 13 de septiembre, y 181/2004, de 2 de noviembre.

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 Estados²¹. En el Estado constitucional, la extradición se *constituye* como relación jurídica²², y, además de carácter triangular o tridimensional²³, 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 pasiva tiene dos aspectos diferenciados: la relación entre los Estados y la relación del Estado reclamado con la persona del

²¹ 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 requirente 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 VOGLER, 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*, Madrid, 2002, 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.

²² 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 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».

²³ 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.

extraditabile. 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 extradición²⁴.

El Estado constitucional de Derecho saca a la luz la faceta de relación Estado-individuo que la extradición comporta y la dota de autonomía normativa. 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 individuo²⁵. Si el Estado debe realizar la entrega extradicional, depen-

²⁴ LAGODNY, *Die Rechtsstellung des Auszuliefernden in der Bundesrepublik Deutschland*, pp. 27 y ss., 70 y ss.; EL MISMO, NJW 1988, p. 2147.

²⁵ La extradición es la institución que, probablemente, refleje en mayor medida la evolución contradictoria de la idea de soberanía, que se convierte en absoluta tanto *ad intra* como *ad extra* en las monarquías absolutistas, produciéndose una paulatina limitación *ad intra* como consecuencia del Estado de Derecho (que culmina en el Estado constitucional de Derecho) y, sin embargo, siendo cada más 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. La ley del más débil*, Madrid, 1999, pp. 138 y ss.

de 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 Derecho²⁶, durante la tramitación de la extradición como no pierde la cualidad de sujeto frente a los poderes públicos en ninguna situación en el Estado constitucional²⁷. 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 reclamado²⁸. 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 entrega²⁹. Por ello, los procedimientos de entrega

²⁶ 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 en Derecho Internacional contemporáneo*, Madrid, 1995, pp. 14 y ss; FERRAJOLI, *Derechos y garantías*, p. 145.

²⁷ Salvo en situaciones excepcionales de pérdida de la capacidad jurídica y que sustentan por ejemplo la imposición de tratamientos o medidas de seguridad.

²⁸ Cfr. en la doctrina alemana GRASSHOF/BACKHAUS, *Verfassungsrechtliche Gewährleistungen im Auslieferungsverfahren*, en *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, (en adelante EuGRZ), 1996, p. 449.

²⁹ 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 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 valoren 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

rápida establecidos en el marco Schengen exigen el consentimiento del reclamado³⁰.

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

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 al reclamado específico 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.

³⁰ Cfr. Convenio relativo al procedimiento simplificado de extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea de 10 de marzo de 1995.

de otras cuestiones, del respeto de los derechos fundamentales de la persona reclamada³¹.

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 provisional³². 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 encuentra³³. 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—³⁴. 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 libertad³⁵.

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, come-

³¹ 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, *Cuadernos de Derecho Judicial 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.

³² 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.

³³ Subraya esta característica de la extradición CUERDA RIEZU, Extradición, Constitución y doctrina del Tribunal Constitucional, p. 181.

³⁴ Igualmente el art. 5.1.f. CEDH establece que la extradición puede fundamentar una privación de libertad, pero en 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.

³⁵ 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.

tidas directamente por los órganos del Estado reclamante³⁶: de forma significativa las que 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 fundamentales³⁷. 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 poderes³⁸ 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 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, su revi-

³⁶ Advierte REQUEJO PAGÉS, (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 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.

³⁷ 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.

³⁸ 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.

sión en un proceso con todas las garantías³⁹. 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 reserva de jurisdicción no se sustenta en el control de los aspectos técnico-procesales de la misma⁴⁰, 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 implicados⁴¹.

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 él⁴², 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 acusatoria⁴³, la expulsión cualificada que denominamos extradición requiere el examen autónomo de la específica cuestión extradicional.

De otra parte, tampoco creo razonable 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 control⁴⁴. En cuanto a lo primero, que el compromiso de respeto

³⁹ Por todas STEDH, de 21 de octubre de 1986.

⁴⁰ En este sentido solo DE MIGUEL ZARAGOZA, Algunas consideraciones sobre la extradición, en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1738, 1995, p. 1560. En un sentido parcialmente similar al texto LÓPEZ ORTEGA, La orden de detención europea: legalidad y jurisdiccionalidad de la entrega, en *Jueces para la Democracia*, núm. 45, 2002, p. 29, quien sostiene que la esencia del mismo es asegurar los derechos del reclamado.

⁴¹ 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.

⁴² Cfr. STC 24/2000, de 31 de enero, FJ 4.

⁴³ STC 242/1994, de 20 de julio, FJ 7.

⁴⁴ Cfr. REQUEJO PAGÉS, Estudios en Homenaje al Prof. Rubio, pp. 1644 y ss.

de los derechos humanos no puede entenderse como una presunción abstracta de respeto interno por los Estados-Parte de los derechos fundamentales lo evidencia el elevado número de Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de condena de los distintos Estados⁴⁵. Y, en cuanto a lo segundo, no parece la línea seguida 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 requirente ha respetado el Convenio Europeo de Derechos Humanos⁴⁶. Es decir, impone al Estado requerido el examen del caso con independencia del juicio abstracto que merezca la legislación del Estado requirente. 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 fundamentales⁴⁷.

⁴⁵ 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.

⁴⁶ Cfr. en este sentido VENNEMANN, *ZaöRV* núm. 63, 2003, p. 118.

⁴⁷ Sobre la cuestión en Italia cfr. MOCCIA, Extradición y pena de muerte en la jurisprudencia constitucional italiana, en BACIGALUPO (dir.) *El Derecho penal internacional*, CDJ 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 del Tribunal Federal suizo cfr. SUDRE, *Le renouveau jurisprudentiel de la protection des étrangers par 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 Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Soering sobre la «denegación flagrante de justicia» en el Estado requirente como vulneración del art. 6 del CEDH. En este contexto debe situarse la noticia aparecida en la prensa en los últimos días (El País, jueves 25 de noviembre de 2004), sobre la admisión a trámite de una demanda de amparo por el Tribunal Constitucional alemán frente a una demanda extradicional formulada por España contra un ciudadano de origen sirio que lleva veinte años afincado en Alemania, para ser juzgado en España por su presunta intervención en los atentados de Madrid el 11-M.

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 poderes del Estado debe ser interpretada en el mismo sentido. Si la existencia de mecanismos jurídicos de garantía de los derechos fundamentales frente a vulneraciones concretas de éstos significa desconfiar hacia el poder público, la desconfianza es la esencia del Estado constitucional de Derecho.

El carácter mixto del procedimiento extradicional en España y en la mayoría de los países no empece la conclusión alcanzada, esto es, la necesidad del mantenimiento de un control judicial de la entrega extradicional, 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 extradición⁴⁸ activa 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 contenido⁴⁹, que deben ser tutelados por el Estado reclamado: los reconocidos en la legislación del Estado requerido en toda su extensión⁵⁰, los reconocidos en el Estado de destino o los derechos fundamentales reconocidos por los convenios internacionales y en la dimen-

⁴⁸ Aunque suele afirmarse que el gobierno no hace uso de tal prerrogativa de forma habitual no puede negarse que la utiliza de forma significativa; en el verano de 2003 el gobierno español denegó 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.

⁴⁹ Sobre la cuestión REQUEJO PAGÉS, en Estudios Homenaje al Prof. Rubio, pp. 1638.

⁵⁰ Posición defendida por SCHOMBURG/LAGODNY, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, art. 73, NM 14 y ss.

sión que éstos les confieren⁵¹ o concebidos como estándar mínimo internacional de *ius cogens*⁵².

La esencia de esta última tesis 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 estatal de cumplimiento de los tratados internacionales (*ad extra*) y la obligación de protección de los derechos fundamentales (*ad intra*). 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 cohesionar los dos deberes del Estado⁵³.

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

⁵¹ 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.

⁵² 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 VOGLER, *Auslieferungsrecht und Grundgesetz* 1970, pp. 200 y ss; GRASSHOF/BACKHAUS, *EuGRZ*, 1996, pp. 447 y ss.. En España REQUEJO PAGÉS, en *Estudios en Homenaje al Prof. Rubio* p. 1639 y ss.

⁵³ *Ibidem* nota anterior.

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 extradición⁵⁴. Una cosa es que el Estado pueda dejar de cumplir una obligación internacional sin incurrir en responsabilidad ante la comunidad internacional solo si la obligación misma vulnera el *ius cogens*, pues para fundamentar el incumplimiento no puede oponer su derecho nacional ni siquiera de rango constitucional sino sólo el *ius cogens*, 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 relevancia mucho menor; igualación que no tiene mucho sentido desde la perspectiva constitucional. Así, por ejemplo, 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 humana⁵⁵, 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 extranjeros⁵⁶. 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.

⁵⁴ Cfr. la forma de razonar de HADE, Die Auslieferung — Rechtsinstitut zwischen Völkerrecht und Grundrechten, *Der Staat* 1997, p. 12.

⁵⁵ 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.

⁵⁶ Cfr. SSTC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 8; 32/2003, de 13 de febrero, FJ 2.

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 —pues su estatuto constitucional incluye todos los derechos fundamentales— 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.

El Estado requerido tiene el deber de someter a examen en cada supuesto de extradición si la acción penal ejercida en el Estado requirente 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 Europea⁵⁷.

III. La Orden europea de detención y entrega 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

⁵⁷ VOGEL, ¿Supresión de la extradición?, p. 190; VENNEMANN, *ZaöRV* 63, 2002, pp. 118-121.

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 extradicial 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 en los últimos años⁵⁸, la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 13 de junio de 2002 no se aparta de esta concepción⁵⁹, pues suprime 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

⁵⁸ La citada orden ha sido presentada por éstos como un instrumento de lucha contra la criminalidad organizada y el terrorismo, sin embargo, dicha imagen no se corresponde con la realidad por cuanto los delitos a los que se aplica no son sólo los cometidos en el seno de organizaciones criminales. No debe quedar en el terreno de la anécdota política el hecho de que Italia, el presunto gran valedor junto a España de la citada orden de detención europea y país que criticó especialmente las Sentencias del Tribunal Constitucional español sobre las extradiciones de «mafiosos», no ha firmado la citada Decisión Marco.

⁵⁹ Cfr. LÓPEZ ORTEGA, *El futuro de la extradición en Europa*, pp. 304 y ss.; EL MISMO, *Jueces para la Democracia*, núm. 45, 2002, pp. 28 y ss. quien señala que no se trata de un instrumento radicalmente innovador, aún cuando supone modificaciones relevantes, sobre todo al excluir cualquier competencia de la autoridad gubernativa en la decisión de entrega, respecto del principio de reserva de jurisdicción al excluir las posibilidades de examen de las circunstancias del caso concreto y al excluir la doble incriminación para ciertos delitos; CASTILLEJO MANZANARES, *Instrumentos en la lucha contra la delincuencia. La Orden de Detención Europea y los procedimientos de entrega entre Estados miembros*, Madrid, 2002, p. 89; LA MISMA, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 587, 24 de julio 2003, pp. 1 y ss.; VENNEMANN, *ZaöRV*, 63, 2003, pp. 103 y ss. Sobre el origen y gestación de la «euroorden» cfr. FONSECA, *La orden de detención y entrega europea*, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 14, 2003, pp. 69 y ss.

muchas de las causas de limitación de la extradición tradicionales⁶⁰ 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—. Por ello, aunque ciertamente se pretende la entrega automática sin examen de las circunstancias del caso, ello no debe llevar a entender que no exista posibilidad de denegar la entrega si existe un riesgo de lesión de los derechos del reclamado⁶¹.

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»⁶².

(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 aso-

⁶⁰ 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.

⁶¹ En el mismo sentido LÓPEZ ORTEGA, *Jueces para la Democracia* núm. 45, 2002, p. 29.

⁶² 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. La propuesta de origen sobre la orden de detención europea contenía en el art. 49 una cláusula de salvaguardia que permitía a todo Estado miembro suspender la aplicación temporal de la Decisión-marco en caso de violación grave y persistente de los derechos humanos. Esta cláusula desapareció y en su lugar aparecieron el art. 1.3 y los considerandos 12 y 13.

ciación, 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 miembros 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 de detención y entrega 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 fundamentales⁶³. 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.

⁶³ Cfr. en el mismo sentido VENNEMANN, *ZaöVR* 63, 2003, p. 115. En igual sentido FONSECA, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nú. 14, 2003, pp. 85, 86. Relata este último que la Comisión ha tenido que responder a la pregunta parlamentaria núm. 1310/2002 efectuada el 7 de enero de 2003 sobre la cuestión de la protección de los derechos fundamentales y la orden de detención y entrega, respondiendo el comisario de Justicia e Interior que «en la aplicación de la orden de detención europea, los Estados miembros y los órganos jurisdiccionales nacionales se someten totalmente al cumplimiento de las disposiciones del Convenio europeo de derechos humanos» y que «si hay indicios de que la ejecución de una orden de detención europea corre el riesgo de suponer, para la persona entregada, un serio riesgo de que se le someta a tortura o a tratamientos inhumanos o degradantes, la autoridad judicial de ejecución deberá rechazar la ejecución de 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 entidades 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 social⁶⁴. Sin duda el reto fundamental en este marco es de la internacionalización jurídica efectiva de los derechos humanos⁶⁵, 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 interpretación tradicional soberanista que dificulta dicha internacionalización, y ello, a pesar de que, como he expuesto, se trata de una institución cuyo sentido histórico y evolución la sitúan en el marco de las instituciones constitucionales —de defensa y protección de derechos fundamentales—. 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 la esencia misma de los derechos humanos y su carácter universal.

⁶⁴ Cfr. CAPELLA, *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del estado*, 1997, pp. 238 y ss., 257 y ss., 268 y ss.

⁶⁵ FERRAJOLI, *Derechos y garantías*, pp. 144 y ss., 154-7.

En este marco de la Orden europea de detención y entrega el reto reside en la interpretación del alcance de la remisión del apartado tercero del artículo primero de la Decisión-Marco al artículo seis del Tratado de la Unión Europea —que recoge las disposiciones del Convenio europeo de derechos humanos y las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros—, esto es, para interpretar lo que se ha denominado «bloque de constitucionalidad europeo» y determinar si han de entenderse aplicables, por ejemplo, todas las garantías del proceso justo sobre las que existe una consolidada jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. De momento no hay razones para pensar que no quepa una interpretación amplia de la remisión.

IV. La *excepción de vulneración de derechos fundamentales frente a la entrega extradicional*

De los rasgos de la evolución de la extradición que acabo de resaltar, su esencia proteccionista frente a entregas arbitrarias de un Estado a otro, y del mantenimiento del control judicial en la orden europea de detención y entrega así como de las excepciones a la entrega basadas en el respeto a los derechos fundamentales reconocidos en el art. 6 del Tratado de la Unión europea, deriva un principio que se aproxima a la denominada «excepción cultural», que voy a denominar excepción de vulneración de derechos fundamentales en materia extradicional que entronca con el Estado Constitucional de Derecho.

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 Derecho⁶⁶. 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 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

⁶⁶ Sobre la cuestión cfr. por todos ZAGREBELSKI, *El derecho dúctil*, Madrid, 1992, especialmente, pp. 33 y ss.; FERRAJOLI, *Derechos y garantías*, pp. 20 y ss., y el volumen colectivo *Neoconstitucionalismo(s)*, ed. Carbonel, Madrid, 2003.

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 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 llegan a prever 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 constitucionales⁶⁷.

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 sólo 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 transcendencia 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 rela-

⁶⁷ 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, tiene un procedimiento de reforma más complejo que la legislación ordinaria y en ocasiones substraer 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.

ciones entre Estados. De modo que los derechos humanos se han convertido en otro «principio constitucional del orden internacional contemporáneo»⁶⁸ 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 comunes⁶⁹.

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.

Pues bien, con este modelo encaja sin fisuras la idea de que no se puede proceder a la entrega de la persona cuya extradición se solicita si la entrega se sustenta en una resolución judicial dictada con vulneración de derechos fundamentales o se prevé su vulneración. La vulneración de derechos fundamentales se convierte en una cláusula para excepcionar con carácter general la entrega solicitada, como vía para proteger los derechos fundamentales del reclamado. Este principio, por lo demás, encaja con otro principio clásico: las resoluciones dictadas con vulneración de derechos fundamentales, en juicios ajenos a los principios del proceso justo, carecen de eficacia de cosa juzgada, son nulas de pleno derecho y por tanto no se puede pretender vincular ningún efecto jurídico a las mismas. Esta idea constituye el fundamento jurídico-constitucional de la posibilidad de revisar las resoluciones nacionales ante el Tribunal Penal Internacional, y fue defendida por el Tribunal Constitucional alemán en la BverfGE 12, 62, (66) con la declarada finalidad de evitar la prohibición de incurrir en *bis in idem* y revisar a favor del condenado una Sentencia condenatoria dictada por un tribunal de la entonces República Democrática Alemana.

Aunque pueda parecer, en una primera aproximación, que dicha excepción se puede o debe oponer en pocos casos en el marco del Consejo de Europa o en el de la Unión Europea, dada la existencia de una cierta homogeneidad jurídico-constitucional de los Estados-Parte, sin

⁶⁸ Tomo la expresión de CARRILLO SALCEDO, Soberanía de los Estados y Derechos Humanos, p. 15.

⁶⁹ Por todos GONZÁLEZ CAMPOS/SÁNCHEZ RODRÍGUEZ/SÁEN 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.

embargo, pensar en la futura incorporación de Turquía a la Unión Europea, o en la producida incorporación de Albania al ámbito del Consejo de Europa puede servir para refutar tan optimistas expectativas a corto plazo. Pero, de otra parte, tampoco se debe olvidar que un mundo de crecientes flujos de personas de un Estado a otro, con grandes facilidades de movilidad transfronteriza aumentan las solicitudes de extradición de países cuyas culturas jurídicas son todavía muy distantes a la comprensión de la esencialidad de los derechos fundamentales. ¡Ojalá fuera ya el tiempo en que la excepción de vulneración de derechos fundamentales no fuera necesaria!