

La Orden europea de detención y el principio constitucional de reciprocidad*

Tomás de la Quadra-Salcedo Janini

Prof. Dr. de Derecho Constitucional, Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN DE 18 DE JULIO DE 2005–1. *Los motivos de denegación de una entrega contenidos en la Decisión Marco*–2. *Algunas consecuencias generadas por la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán. La Decisión del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de septiembre de 2005*
- III. LA CONDICIÓN CONSTITUCIONAL DE RECIPROCIDAD Y SUS EFECTOS SOBRE EL SISTEMA DE ORDEN DE DETENCIÓN EUROPEO–1. *¿Es el nuevo sistema de entrega un sistema de extradición en el que rija la condición de reciprocidad?*–2. *Cuatro supuestos en los que la condición de observancia de la reciprocidad podría no cumplirse*
- IV. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL DE 30 DE ENERO DE 2006–1. *El incumplimiento de la condición constitucional de reciprocidad*–2. *La vulneración del principio de legalidad extradicional como posible vulneración de derechos fundamentales*

* Este estudio se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación del Ministerio de Educación «Los límites de los derechos fundamentales», dirigido por el Prof. Dr. Juan José Solozábal Echavarría, con ref. SEJ2004-07767.

I. INTRODUCCIÓN

La puesta en marcha en el marco del tercer pilar de la Unión Europea de la denominada «orden europea de detención», nuevo sistema de entrega directa entre las autoridades judiciales de los Estados miembros de aquellas personas acusadas o condenadas por un delito, ha comenzado a suscitar en los últimos meses un cierto interés en la doctrina constitucionalista como consecuencia de una serie de pronunciamientos de los tribunales constitucionales nacionales que han tenido precisamente como objeto, siquiera de manera tangencial, este nuevo sistema de entrega.

Nuevo sistema de entrega que se caracteriza esencialmente por dos rasgos: por la supresión de la comprobación del principio de la doble incriminación para la entrega de personas acusadas o condenadas por una amplia serie de delitos y por la supresión de la intervención de las autoridades gubernativas en el procedimiento de entrega estableciéndose así una cooperación directa entre las autoridades judiciales¹.

Entre los pronunciamientos de los tribunales constitucionales nacionales podemos destacar dos. El primero sería el realizado por el Tribunal Constitucional Federal alemán el pasado 18 de julio de 2005 declarando la inconstitucionalidad de la Ley alemana de 21 de julio de 2004 que transponía en Alemania la Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002 relativa a la orden europea de detención. El segundo es el realizado por el Tribunal Constitucional español el pasado 30 de enero de 2006 desestimando un recurso de amparo planteado por vulneración del principio de legalidad extradicional contra una decisión de la Audiencia Nacional concediendo una entrega².

Ambas sentencias han puesto sobre la mesa algunos de los muchos problemas que afectan al nuevo sistema de entrega extradicional adoptado en el

¹ Además de estos dos rasgos fundamentales es posible enumerar otros como son: la creación de un documento único, sencillo y breve, denominado orden europea, que conlleva una reducción de los trámites y de la documentación a remitir (formulario de siete páginas, único para todas las autoridades judiciales de la Unión Europea); el establecimiento de plazos muy breves de tramitación y de decisión sobre la entrega del reclamado; o la inclusión de mecanismos que, como la entrega temporal, permiten agilizar la cooperación judicial y la acción de la justicia.

² STC 30/2006, de 30 de enero. Igualmente se han suscitado recientemente cuestiones relacionadas con la euroorden en las SSTC 292/2005, de 10 de noviembre, 328/2005, de 12 de diciembre, 81/2006, de 13 de marzo, 83/2006, de 13 de marzo y 99/2006, de 27 de marzo.

marco del tercer pilar³, y entre los cuales seleccionaremos para su análisis únicamente uno de ellos: el relativo al efecto que produce sobre el régimen jurídico al que se deben someter las entregas a realizar por nuestro país el principio constitucional de reciprocidad.

El análisis desvelará que corresponde a las autoridades judiciales españolas, a la hora de determinar el régimen al que deben someter la entrega de una persona concreta a otro Estado miembro, comprobar cómo ha transpuesto el Estado miembro solicitante de la entrega la Decisión Marco, con objeto de verificar si se cumple la condición que establece nuestra Constitución para cualquier extradición: la existencia de reciprocidad. Precisamente el hecho de que la Decisión Marco haya otorgado a los Estados miembros un cierto margen de discrecionalidad, al haber establecido motivos facultativos de denegación de las entregas que aquéllos pueden convertir, al adoptar la norma nacional de transposición, en motivos obligatorios de denegación, abre la posibilidad de que se dé en nuestro país una pluralidad de regímenes de entrega en función de la manera en que cada uno de los demás Estados miembros haya transpuesto la Decisión Marco.

Analizaremos, en primer lugar, la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 18 de julio de 2005 que declara la nulidad de la Ley alemana de transposición de la Decisión Marco y algunos de sus efectos concretos, para en un momento posterior analizar los efectos que tiene la condición de reciprocidad establecida por la Constitución Española sobre el nuevo sistema de euroorden, realizaremos a continuación el análisis de la Sentencia del Tribunal Constitucional español de 30 de enero de 2006 que desestima un recurso de amparo planteado contra una autorización de entrega de la Audiencia Nacional sin que se cumpla la condición de reciprocidad.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN DE 18 DE JULIO DE 2005

La Ley alemana de 21 de julio de 2004 –que transpone en Alemania la Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002 relativa a la orden europea de detención y los procedimientos de entregas entre Estados miem-

³ La expresión que utilizamos en el texto para referirnos al sistema de entrega establecido en la Decisión Marco («nuevo sistema de entrega extradicional») no es evidentemente neutral. Ciertamente, y tal y como desarrollamos *infra*, se plantea la cuestión jurídica fundamental de si el nuevo sistema europeo de entrega recogido en la Decisión Marco supone una superación del tradicional sistema de extradición. De ser así al nuevo sistema de entrega creado en el marco del tercer pilar no estaría sometido a las condiciones que nuestra Constitución establece para las extradiciones. De tratarse, por el contrario, de una mera sustitución de un procedimiento extradicional por otro, sí que estaría sometida a tales condiciones, entre las cuales se encuentra, por ejemplo, el principio de reciprocidad. Tal y como argumentaremos *infra* el nuevo sistema de entrega consideramos que no supone, en realidad, una superación de la extradición sino una importante readaptación de la misma.

bros de la Unión Europea– fue declarada inconstitucional y nula por la Sentencia de la Sala segunda del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 18 de julio de 2005 al considerar que violaba los derechos fundamentales contenidos en el artículo 16 párrafo 2 y en el artículo 19 párrafo 4 de la Constitución alemana.

Lo primero que es necesario resaltar en relación con la citada Sentencia es que el pronunciamiento anulatorio del Tribunal Constitucional alemán afecta única y exclusivamente a la Ley alemana que transpone la Decisión Marco europea y no afecta, en modo alguno, a la constitucionalidad de la norma europea misma, como se encarga de aclarar la Sentencia del Alto tribunal.

Tal aclaración supone evitar el enfrentamiento directo entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal de Justicia que resultaría de la realización de un control de la validez de una norma de la Unión, la Decisión marco, por el tribunal nacional, el Tribunal Constitucional, tomando como parámetro para realizar tal control la norma constitucional nacional.

No obstante, el voto particular del juez Gerhardt señala que el «enfrentamiento» entre ambos Tribunales no habría sido eludido totalmente al poderse considerar que el Tribunal Constitucional alemán ha ignorado la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia, apenas un mes antes, en la Sentencia *Pupino* que impone a los órganos jurisdiccionales nacionales la obligación de interpretar el Derecho nacional de conformidad con la finalidad de las Decisiones Marco adoptadas en el ámbito del tercer pilar⁴. La Sentencia *Pupino* ha supuesto la afirmación por el Tribunal de Justicia de que el principio de cooperación leal, que se traduce en la obligación de interpretación del Derecho nacional de conformidad con el Derecho europeo, es también aplicable en el ámbito del tercer pilar.

Sin embargo, en el caso concreto que se dilucidaba ante el Tribunal Constitucional alemán, únicamente se le podría reprochar a este Tribunal no haber realizado una interpretación del Derecho nacional conforme con el Derecho europeo, tal como le exige la doctrina *Pupino*, si efectivamente cupiese realizar una interpretación de la Ley alemana de 21 de julio de 2004

⁴ Para el Tribunal de Justicia «al aplicar el Derecho nacional, el órgano jurisdiccional remitente que debe interpretarlo está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Decisión Marco, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la Decisión Marco y de esta forma atenderse al artículo 34, apartado 2 letra b) del TUE» STJCE de 16 de junio de 2005, *María Pupino*, C-105/2003, Rec. 2005, en considerando 43. Para el Juez Gerhardt la declaración de nulidad de la Ley alemana no es compatible con el mandamiento del Derecho constitucional y comunitario de evitar dentro de lo posible la vulneración del Tratado de la Unión Europea. Sobre la sentencia *María Pupino* véase SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D., «Un paso más en la constitucionalización del tercer pilar de la Unión Europea: la sentencia *María Pupino* y el efecto directo de las decisiones marco», *REEL*, núm. 10, 2005, y SANTOS VARA, J., «La aplicación de la doctrina de la interpretación conforme a las Decisiones Marco. El acercamiento de la cooperación policial y judicial en materia penal al primer pilar. Comentario a la Sentencia del TJCE de 16 de junio de 2005, asunto *Pupino*», *RGDE*, núm. 8, 2005.

que, adecuándose a la finalidad de la Decisión Marco que transpone, al tiempo no vulnerase la propia Constitución alemana. Es necesario señalar, por tanto, que, pese a lo que parece desprenderse del voto particular del juez Gerhardt, la obligación de interpretación conforme del Derecho nacional establecida en la Sentencia *Pupino* difícilmente podrá llegar al punto de significar una exigencia a los Estados miembros de que interpreten sus Constituciones nacionales de acuerdo con el Derecho europeo si ello conlleva una disminución del nivel de protección de los derechos constitucionales. Disminución del nivel de protección que supondría que la interpretación conforme con el derecho europeo sería directamente contraria a la Constitución nacional.

El procedimiento que desembocó en la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 18 de julio tiene su origen en una petición de extradición por parte de España a Alemania de un ciudadano de nacionalidad alemana, Mamoun Darkazanli, presuntamente vinculado con la red terrorista Al-Queda. La decisión de concesión de la entrega a España del ciudadano alemán adoptada por el Tribunal Regional Superior Hanseático de Hamburgo desembocó en un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional federal alemán contra aquella decisión. Recurso de amparo que fue estimado por el Tribunal Constitucional germano declarando la nulidad de la decisión judicial de concesión de la entrega y de la Ley alemana en la que se fundamenta tal decisión.

Para el Tribunal Constitucional alemán la Ley alemana que transpone la Decisión Marco relativa a la orden de detención europea contraviene el artículo 16, párrafo 2, núm. 1 de la Constitución germana que garantiza a los nacionales alemanes el derecho fundamental a no ser extraditados. Asimismo el Tribunal Constitucional alemán considera que la imposibilidad de impugnar la decisión judicial de concesión de la entrega contraviene el artículo 19.4 de la Constitución alemana que garantiza el derecho fundamental a una protección legal eficaz frente a los actos de los poderes públicos.

Centraremos nuestro análisis en el primer vicio señalado, la vulneración del artículo 16 de la Constitución alemana.

El artículo 16, párrafo 2, núm. 1 de la Constitución alemana protege a los nacionales alemanes frente a la extradición a otro país realizada por los propios poderes públicos alemanes al establecer que «ningún alemán podrá ser extraditado a un país extranjero».

Ciertamente, la Constitución alemana fue reformada en el año 2000 con la finalidad de permitir que la histórica protección absoluta de los nacionales alemanes frente a la extradición pudiera, sin embargo, verse limitada por la Ley en dos supuestos concretos: cuando se trate de la extradición de un ciudadano alemán a un Estado miembro de la Unión y cuando se trate de la extradición de un ciudadano alemán a un tribunal internacional.

La posibilidad de que Alemania pueda extraditar a sus nacionales en los dos supuestos antedichos, está, sin embargo, condicionada a una serie de

exigencias constitucionales. En primer lugar, la limitación del derecho de los nacionales alemanes a no ser extraditados debe ser establecida por el legislador alemán. En segundo lugar, las limitaciones legales que se establezcan al derecho fundamental de los alemanes a no ser extraditados en los dos supuestos explícitamente previstos en la Constitución deberán tener en cuenta el principio de proporcionalidad.

Antes de analizar con cierto detenimiento las condiciones a las que se somete por la propia Constitución alemana la posibilidad de limitar el derecho de los nacionales a no ser extraditados, es necesario referirse a la justificación de la existencia misma de tal derecho en la Constitución germana; derecho que, por cierto, no encontramos explícitamente enunciado en nuestra Constitución de 1978 que habría sometido la extradición de nacionales españoles a los mismos requisitos que al resto de extradiciones: la necesidad de previsión legal o convencional y el necesario cumplimiento del principio de reciprocidad⁵.

Hasta la modificación constitucional llevada a cabo en noviembre de 2000, la Ley fundamental alemana garantizaba de manera absoluta que los ciudadanos alemanes no pudiesen ser extraditados a un país extranjero. La justificación de la prohibición de extradición de nacionales se fundamentaría por el Tribunal Constitucional germano en una serie de razones.

En primer lugar, la citada prohibición de extradición de nacionales se justificaría en la necesidad de garantizar que los ciudadanos alemanes no sean alejados en contra de su voluntad de un ordenamiento jurídico con el que están familiarizados. Así, la prohibición de extradición supondría una garantía frente a la inseguridad derivada de la posibilidad de poder ser sometido a enjuiciamiento en un sistema legal extraño. Bajo esta concepción, la entrega de un nacional para que sea juzgado por otro ordenamiento jurídico puede suponer un empeoramiento de sus posibilidades de defensa como consecuencia de los obstáculos lingüísticos, las diferencias culturales u otros elementos derivados del Derecho procesal del ordenamiento extranjero.

⁵ Algún autor ha afirmado, sin embargo, que la previsión del artículo 13.3 de nuestra Constitución únicamente se estaría refiriendo a la extradición de extranjeros. LÓPEZ ORTEGA, J. J., «El futuro de la extradición en Europa» en Apéndice a la obra de CEZÓN GONZÁLEZ, C., *Derecho Extradicional*. Dykinson 2003. pg. 324. Afirmación que no podemos compartir pues tal limitación en ningún momento se explicita en el precepto constitucional y no se alcanza a entender la razón para entenderla implícita. Para el propio LÓPEZ ORTEGA del artículo 19 de la Constitución Española sería posible deducir el derecho de los nacionales españoles a no ser extraditados incondicionalmente por las autoridades españolas. En efecto, en tal precepto se garantiza a los españoles el derecho a entrar y salir libremente de España en los términos que la Ley establezca y, si bien, el precepto habilita al legislador para limitar tal derecho de libre circulación, no lo hace de manera incondicionada. Para LÓPEZ ORTEGA, una limitación incondicionada, supondría afectar a su contenido esencial. LÓPEZ ORTEGA, J. J., «El futuro...» op. cit. pg. 324. La jurisprudencia constitucional ha sostenido que «la prohibición de entrega de nacionales carece en nuestra legislación, a diferencia de otros países de nuestro entorno, de rango constitucional», en STC 30/2006, de 30 de enero, F. 7.

En segundo lugar, la prohibición de extradición de nacionales se justificaría en la necesidad de garantizar que los ciudadanos alemanes sean juzgados por un sistema legal aceptado por ellos mismos. Aceptado por ellos mismos en la medida en que han contribuido a construirlo a través de los instrumentos de participación política previstos en el propio ordenamiento alemán. Para el Tribunal Constitucional la relación del ciudadano con una colectividad liberal y democrática sería el fundamento tanto de la prohibición de pérdida de la nacionalidad (también garantizada por el artículo 16 de la Constitución) como de la prohibición de extradición. Prohibiciones particularmente relevantes en el caso alemán, recuerda el Tribunal, pues pretenden proteger una institución como es la nacionalidad que quedó desvalorizada en el período nacionalsocialista con la persecución de nacionales alemanes de confesión u origen judío.

Como es lógico, para que la prohibición de extradición de nacionales no se convierta en una autorización a los nacionales alemanes para delinquir en el extranjero, la capacidad punitiva del Estado alemán se ha extendido a aquellos delitos cometidos por nacionales alemanes en el extranjero. Así, la prohibición absoluta de extradición se vería compensada por el reconocimiento de la capacidad del poder público alemán para perseguir los delitos cometidos por sus propios nacionales fuera del territorio nacional.

La modificación constitucional adoptada en noviembre de 2000 mantiene la prohibición de extradición de nacionales si bien introduce dos excepciones a esta prohibición general. En efecto, desde el año 2000, la Constitución alemana permite, bajo determinadas condiciones, la extradición de los ciudadanos alemanes a un Estado miembro de la Unión Europea o a un tribunal internacional.

Para el Tribunal Constitucional tal modificación de la Constitución no ha supuesto una reforma inconstitucional de la propia norma fundamental por no poderse considerar que la modificación vulnera los límites materiales a la reforma constitucional establecidos en el artículo 79.3 de la propia Constitución. Este precepto constitucional establece la imposibilidad de que una reforma constitucional contravenga los principios recogidos en los artículos 1 y 20 de la norma fundamental. Para el Tribunal Constitucional la previsión de que un nacional alemán pueda ser extraditado no lesiona ni la dignidad humana ni los principios de la estructura del Estado que son los límites que la Constitución alemana impone a su propia reforma.

Los dos supuestos en los que se permitiría por la propia Constitución la quiebra del derecho incondicional de los nacionales a no ser extraditados se justificarían en el imparable desarrollo de los mecanismos de cooperación supranacional e internacional contra el que la Constitución ha decidido no erigir ningún obstáculo absoluto.

Así, la necesidad de que la comunidad internacional persiga determinados delitos a través de la creación de Cortes Penales Internacionales –como las creadas para perseguir los crímenes cometidos en la Antigua Yugoslavia o

en Ruanda— justificaría la posibilidad de extraditar alemanes a las mismas. Máxime si se tiene en cuenta la responsabilidad histórica de Alemania como recuerda la propia Sentencia, responsabilidad histórica que en cierta manera le obliga a una colaboración activa en la persecución, por ejemplo, del genocidio.

Igualmente Alemania, como miembro de la Unión Europea, se ha comprometido a la creación de un «espacio de libertad y seguridad», espacio que se crea mediante la apertura de las fronteras a la libre circulación de personas, bienes, servicios y capitales y que exige una mejor cooperación de las autoridades encargadas de la persecución de los delitos.

Si bien la Constitución ha establecido explícitamente los dos supuestos en los que cabe excepcionar por Ley la prohibición de extradición, la norma fundamental ha condicionado el establecimiento de excepciones en tales supuestos al cumplimiento de una serie de requisitos.

Requisitos que, recordemos, se concretan esencialmente en, por un lado, la necesidad de que la excepción a la prohibición de extradición esté establecida en una Ley del Parlamento y en, por otro, la necesidad de que la Ley que limite el derecho fundamental a no ser extraditado respete el mandato de proporcionalidad.

Si bien el primer requisito, el de que la excepción a la prohibición de extradición de nacionales esté prevista en la ley, se cumple perfectamente en el caso planteado ante el Tribunal Constitucional al haberse dictado la Ley de 21 de julio de 2004, que lleva a cabo la transposición en Alemania de la Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002; sin embargo, el segundo requisito, el mandato de proporcionalidad, no se cumpliría pues la Ley alemana de 21 de julio de 2004 no lo respetaría y por ello es por lo que, a la postre, es declarada inconstitucional y nula.

Ello, sin embargo, no afecta a la constitucionalidad de la Decisión Marco europea, pues el problema residiría en que aquélla, la norma nacional, no ha apurado el margen de maniobra que deja ésta, la norma europea, para poder cumplir con el requisito constitucional de que la excepción a la prohibición de extradición de un nacional sea proporcionada.

En efecto, la norma europea que el legislador alemán está obligado a respetar y transponer permite realizar una transposición plenamente conforme con la Constitución alemana y respetuosa con el objetivo de la propia norma europea en cuanto faculta a los Estados miembros para que denieguen la ejecución de una orden de detención europea invocando diversos motivos explicitados en la Decisión Marco. La no inclusión en la Ley alemana de transposición de algunos de estos motivos, cuya incorporación a dicha Ley autorizaba expresamente la Decisión Marco, habría permitido considerar incumplido el requisito de proporcionalidad exigido por la Constitución alemana para limitar lícitamente el derecho fundamental de los nacionales alemanes a no ser extraditados.

1. Los motivos de denegación de una entrega contenidos en la Decisión Marco

De acuerdo con el artículo 1 de la Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002, la orden de detención europea es una resolución judicial dictada por un Estado miembro con vistas a la detención y la entrega por otro Estado miembro de una persona buscada para el ejercicio de acciones penales o para la ejecución de una pena o una medida de seguridad privativas de libertad⁶.

El artículo 2.2 de la Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002 establece que darán lugar a la entrega, en virtud de una orden de detención europea y sin control de la doble tipificación de los hechos, una serie de delitos detallados en el propio precepto, siempre que estén castigados en el Estado miembro emisor con una pena o una medida de seguridad privativas de libertad de un máximo de al menos tres años. Ello supone, en principio y a salvo de lo que se establece en los artículos 3 y 4 de la Decisión Marco, la obligación de entrega, por el Estado miembro de ejecución al Estado miembro emisor de la orden, de la persona buscada sin comprobar previamente la doble tipificación⁷.

El artículo 3 de la Decisión Marco del Consejo establece, sin embargo, una serie de motivos que necesariamente *deben* producir la denegación de la ejecución de la orden de detención europea por la autoridad judicial del Estado miembro de ejecución. Entre estos motivos de no ejecución obligatorios destaca, por ejemplo, aquel que exige denegar la ejecución cuando de la información de que disponga la autoridad judicial de ejecución se desprenda que la persona buscada ha sido juzgada definitivamente por los mismos hechos por un Estado miembro siempre que, en caso de condena, la sanción haya sido ejecutada o esté en esos momentos en curso de ejecución, o ya no pueda ejecutarse en virtud del Derecho del Estado miembro de condena⁸. No se trata sino de excluir, en este caso, la posibilidad de doble sometimiento a responsabilidad por unos mismos hechos.

⁶ Recordemos que en el caso que justificó el pronunciamiento del Tribunal Constitucional alemán se trataba de una petición judicial española a Alemania con vistas a la detención y entrega de una persona buscada de nacionalidad alemana para el ejercicio de acciones penales en España.

⁷ Para los demás delitos no enumerados en el precepto citado, la Decisión Marco prevé que la entrega pueda supeditarse al requisito de que los hechos que justifiquen la emisión de la orden de detención europea sean constitutivos de delito en el Derecho del Estado miembro de ejecución.

⁸ Los otros tres motivos por los que el Estado miembro de ejecución de la orden europea de detención debe negar la entrega son: cuando el delito en que se base la orden de detención europea esté cubierto por la amnistía en el Estado miembro de ejecución si éste tuviere competencia para perseguir dicho delito según su propio Derecho penal; cuando la persona que sea objeto de la orden de detención europea aún no pueda ser, por razón de su edad, considerada responsable penalmente de los hechos en que se base dicha orden, con arreglo al Derecho del Estado miembro de ejecución, y cuando la orden de detención europea contemple infracciones que se hayan cometido fuera del territorio del Estado miembro emisor y el Derecho del Estado miembro de

El artículo 4 de la Decisión Marco del Consejo establece, a su vez, una serie de motivos que *pueden* producir la denegación de la ejecución de la orden de detención europea por la autoridad judicial del Estado miembro de ejecución. Entre estos motivos de denegación facultativos destacaría, a efectos de lo que nos interesa para la resolución del caso planteado ante el Tribunal Constitucional alemán, aquel que establece como posible motivo de denegación de la ejecución de la orden de detención europea cuando la orden de detención europea contemple infracciones que el Derecho del Estado miembro de ejecución considere cometidas en su totalidad o en parte en el territorio de dicho Estado miembro o en un lugar asimilado al mismo⁹.

Por tanto, se trata de un motivo de denegación directamente vinculado con el principio de prevalencia de la propia jurisdicción, que supone la exclusión de la entrega en los supuestos en los que el Estado requerido tiene competencia para enjuiciar los hechos en los que se fundamenta la petición de entrega.

La Sentencia del Tribunal Constitucional alemán se refiere específicamente a este motivo, contemplado en la norma europea como motivo facultativo de denegación de la entrega, al analizar las consecuencias que tendría precisamente su falta de reconocimiento en la norma nacional alemana de transposición como motivo de denegación de una entrega. Para ello el Alto Tribunal alemán examina las consecuencias de la aplicación de tal motivo de denegación sobre tres supuestos posibles.

El primer supuesto sería aquel en el que un nacional alemán comete un delito con un componente decisivo interno, componente decisivo interno que se daría cuando: una parte importante de la actuación y del lugar en que se lleva a cabo tiene lugar en territorio alemán y su efecto repercute, además, en dicho territorio.

El segundo supuesto sería aquel en el que un nacional alemán comete un delito sin tal componente decisivo interno como consecuencia de que la actuación se lleva a cabo en todo o en parte en el territorio de otro Estado miembro de la Unión Europea y su efecto repercute en el extranjero.

El tercer supuesto sería aquel en el que un nacional alemán comete un delito en todo o en parte en territorio alemán pero el efecto repercute esencialmente en el extranjero.

ejecución no permita la persecución por las mismas infracciones cuando se hayan cometido fuera de su territorio.

⁹ Otros motivos de denegación facultativa de la ejecución de la orden de detención europea serían, por ejemplo, cuando la persona que fuere objeto de la orden de detención europea está siendo sometida a un procedimiento penal en el Estado miembro de ejecución por el mismo hecho que el que motive la orden de detención europea; o cuando las autoridades judiciales del Estado miembro de ejecución hubieren decidido, o bien no incoar acción penal por la infracción que sea objeto de la orden de detención europea, o bien concluir, o cuando sobre la persona buscada pese en un Estado miembro otra resolución definitiva por los mismos hechos que obstaculice el posterior ejercicio de diligencias penales.

En el caso del primer supuesto, el Tribunal Constitucional sostendrá que la confianza del perseguido en el propio ordenamiento jurídico del que es nacional se debe proteger de manera especial cuando las actuaciones que motivan la extradición fueron llevadas a cabo en todo o en parte en territorio nacional alemán. Característica esta que se ve implícitamente acompañada de una segunda característica: que los efectos de tales actuaciones también repercutan esencialmente en el territorio nacional pues ello es lo que diferenciaría este primer supuesto del tercero. Para el Tribunal Constitucional las acusaciones penales con un componente decisivo interno contra un nacional alemán deben ser investigadas por las autoridades alemanas. Así, cuando un alemán perpetra un delito en territorio alemán no tiene, en principio, que contar con ser extraditado a otro Estado pues ello podría suponer vulnerar el contenido esencial del derecho constitucional a no ser extraditado.

Ello significa que, si bien tal motivo se contempla en la Decisión Marco como motivo facultativo de denegación de la entrega de una persona buscada, tal motivo facultativo –el hecho de que la infracción haya sido cometida en su totalidad o en parte en el territorio del Estado miembro– se debería convertir en Alemania necesariamente en un motivo imperativo de denegación de la entrega de nacionales alemanes como consecuencia de poderse considerar que el artículo 16 de la Constitución protege a los nacionales alemanes frente a la extradición por infracciones penales con un componente decisivo interno.

Afirma el Tribunal Constitucional que en el caso de aquellos delitos con un componente principal relacionado con el interior del país, el legislador alemán tendría que haber creado la posibilidad tipificada y la obligatoriedad jurídica para negar la extradición de un nacional. La Ley alemana de transposición de la Decisión Marco impondría una restricción desproporcionada sobre el derecho fundamental de los nacionales alemanes a no ser extraditados recogido en el artículo 16 de la Constitución al no establecer como motivo obligatorio de denegación de la entrega el hecho de que la infracción cometida por un alemán tenga un componente decisivo interno, motivo de denegación de la entrega que quedaría contenido en aquel motivo previsto en la Decisión Marco de que la infracción haya sido cometida en su totalidad o en parte en el territorio del Estado miembro. Motivo que si bien en la Decisión Marco viene enunciado como motivo facultativo, en virtud de la Constitución alemana debería ser necesariamente asumido como motivo imperativo de denegación de la entrega por la Ley alemana que transpone la norma europea, al menos cuando el hecho de que se haya cometido la infracción en todo o en parte en el territorio nacional vaya acompañado del hecho de que los efectos de la infracción también repercutan en Alemania.

En el segundo supuesto referido, aquel en el que la infracción penal haya sido cometida esencialmente en el extranjero y repercuta en el extranjero, el Tribunal Constitucional sostendrá que quien delinque en un territorio

con un ordenamiento propio debe contar con la posibilidad de que allí le puedan también exigir responsabilidad. La dimensión externa del delito se dará también cuando el delito tenga una típica dimensión transfronteriza como es el caso del terrorismo internacional o el tráfico organizado de drogas o de personas, pues para el Tribunal Constitucional quien se involucra en estructuras criminales de este tipo no debe poder apelar a la garantía contra la extradición que se deriva de la nacionalidad. En estos casos, no sería contrario al derecho fundamental contemplado en el artículo 16 de la Constitución la previsión de la entrega de un nacional alemán a un Estado extranjero por los delitos cometidos en el extranjero.

En este punto se produce la discrepancia de uno de los votos particulares con la decisión de la Sala. En efecto, el juez Bross, en su voto particular, se muestra crítico con la decisión de la Sala del Tribunal Constitucional que permitiría autorizar sin ningún tipo de limitación material la entrega de un nacional alemán a un Estado miembro de la Unión en el supuesto de aquellos delitos con una conexión decisiva con el extranjero. Para Bross la extradición de ciudadanos alemanes a Estados miembros de la Unión Europea sólo debería permitirse si no es posible que se produzca una persecución penal eficaz por la justicia alemana de aquellos delitos. Por ello considera el voto particular que la denegación de la extradición no debe producirse únicamente en el supuesto de delitos cometidos por nacionales alemanes con un componente decisivo interno, como se deriva de la decisión de la Sala, sino también en los supuestos de delitos cometidos por nacionales alemanes esencialmente en el extranjero y con repercusiones allí, siempre que sea posible que tales delitos sean efectivamente perseguidos por la justicia alemana.

Para el Juez Bross únicamente cabría la extradición de nacionales cuando no fuese posible, por razones de hecho, la persecución penal en Alemania de aquellos delitos con un componente decisivo externo. El Juez Bross fundamenta su argumentación en el principio de subsidiariedad, que supondría que, en principio, corresponde a las autoridades alemanas la persecución de cualquier delito cometido por sus nacionales. Únicamente cuando tal persecución no pueda ser eficaz cabrá la entrega de un nacional a otro Estado miembro. Sólo en estos casos, la capacidad de persecución penal de la justicia alemana resulta agotada y se abre la posibilidad para que la jurisdicción de otro Estado (lo que el Juez Bross denomina impropia mente el siguiente nivel) asuma la tarea de persecución.

Dejando aparte la polémica suscitada dentro de la Sala por el segundo supuesto, se produce un problema específico y distinto a los dos anteriores en el caso del tercer supuesto al que nos referíamos: aquel supuesto en el que la actuación delictiva de un nacional alemán sea llevada a cabo esencialmente en territorio alemán pero, sin embargo, sus efectos repercutan esencialmente en territorio extranjero. En este caso el Tribunal Constitucional considera que para determinar si Alemania puede negar la entrega de un nacional a otro Estado miembro debe comprobarse caso por caso la posibili-

dad de que se pueda llevar a cabo una persecución penal efectiva en Alemania. Persecución penal que podría estar condenada a fracasar por razones materiales como pueden ser la imposibilidad de localizar testigos o registrar pruebas y que por tanto podría justificar una extradición del nacional alemán a otro Estado miembro. Extradición que se justificaría en exigencias prácticas y en la necesidad de garantizar los objetivos relacionados con la creación de un «espacio de libertad y seguridad» sometido al imperio de la ley.

Analizados los tres supuestos prácticos, para el Tribunal Constitucional alemán la Ley alemana que transpone la Decisión Marco ha afectado desproporcionadamente al derecho de los nacionales alemanes a no ser extraditados establecido en el artículo 16.2 de la Constitución al no haber utilizado el legislador el margen de maniobra que le abría el artículo 4 de la Decisión Marco que recoge los posibles motivos de denegación de la entrega.

Ciertamente el legislador alemán ha prohibido la extradición en aquellos supuestos en los que, por ejemplo, se podría producir una dualidad punitiva como consecuencia de la existencia de una resolución judicial, condenatoria o no, por los mismos hechos que originan la petición de entrega, motivo que se establece como de obligada denegación de la entrega por el artículo 3 de la Decisión Marco. Sin embargo, para el Tribunal Constitucional, el problema de la Ley alemana residiría en que –si la petición de entrega llega antes de la conclusión de un proceso o antes de que se abra tal proceso en Alemania– la legislación alemana no ha establecido obstáculo alguno para la entrega de un nacional que ha cometido un delito con un componente decisivo interno. Para el Tribunal Constitucional las acusaciones penales con un componente decisivo interno relativas a delitos perpetrados por presuntos delincuentes de nacionalidad alemana tienen que ser investigadas y sancionadas por las autoridades penales alemanas. Para los delitos con un componente decisivo interno el legislador alemán tendría que haber establecido como obligación jurídica la negación de la entrega de sus nacionales.

Ello lleva al Tribunal Constitucional alemán a afirmar que el legislador alemán podría haber elegido una transposición de la Decisión Marco más respetuosa con los derechos fundamentales de la Constitución alemana sin entrar en conflicto con los objetivos vinculantes de la Decisión Marco, porque la propia Decisión Marco contiene posibilidades de establecer excepciones a la entrega¹⁰.

El hecho de que la Ley alemana únicamente haya recogido algunos de los motivos de denegación de la ejecución de una orden europea de detención

¹⁰ Las deficiencias presentes en la regulación alemana no se ven compensadas, evidentemente, por el hecho de que se haya previsto por la Ley alemana que solamente cabe la entrega de un ciudadano alemán si se asegura que el Estado emisor de la orden de detención entregará a Alemania al imputado una vez juzgado, si así lo desea éste, para que cumpla su pena en territorio alemán. Garantía que se refiere al cumplimiento de la pena pero no a la persecución legal misma.

previstos en el artículo 4 de la Decisión Marco europea, desemboca en que sea aquélla, la norma nacional, la que restrinja desproporcionadamente el derecho constitucional a no ser extraditado. Si bien es cierto que la Ley alemana de transposición contiene cinco grupos de hechos diferentes que pueden justificar la denegación de una petición de entrega, sin embargo entre los mismos no se incluye el de que la actuación delictiva tenga un decisivo componente interno.

2. Algunas consecuencias generadas por la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán. La Decisión del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de septiembre de 2005

La declaración de nulidad de la Ley alemana de 21 de julio de 2004 realizada por el Tribunal Constitucional Federal tiene consecuencias sobre los procedimientos de extradición que se trámiten en Alemania desde tal declaración, pues la Sentencia de 18 de julio supone que mientras el legislador alemán no promulgue una nueva Ley de transposición de la Decisión Marco no es posible que un ciudadano alemán sea extraditado a otro Estado miembro de la Unión. Para el resto de extradiciones, es decir, para aquellas extradiciones de ciudadanos no alemanes desde Alemania a otros Estados miembros de la Unión, las autoridades alemanas deberán acudir, hasta que se dicte una nueva Ley de transposición, a la Ley alemana sobre asistencia judicial internacional en causas penales en su versión anterior a la Ley declarada inconstitucional por la Sentencia de 18 de julio¹¹.

La declaración de nulidad de la Ley alemana puede tener, asimismo, importantes consecuencias sobre los procedimientos de extradición pasiva que se tramitan en el resto de Estados miembros en relación con Alemania.

Precisamente, en España el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional se reunió el 20 de septiembre de 2005 para unificar criterios en materia de orden europea de detención y entrega en relación con la República Federal de Alemania tras la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 18 de julio de 2005. El Pleno de la Audiencia Nacional decidió la inaplicabilidad del procedimiento establecido en nuestra Ley 3/2003, de 14 de marzo, que transpone en nuestro país la Decisión Marco relativa a la orden europea de detención, a los procedimientos de orden europea de detención cuando el Estado emisor de la orden sea Alemania. El Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional fundamentó tal decisión en la Disposición Transitoria segunda, punto 3, de la Ley 3/2003, y en el principio de reciprocidad contenido en el art. 13.3 de la Constitución.

La inaplicabilidad del procedimiento establecido en la Ley 3/2003 a las peticiones alemanas de entrega supone dos cosas: la primera que Alemania

¹¹ Ello es consecuencia de que anulada la Ley alemana, se produce la aplicación a las peticiones de entrega planteadas por los demás Estados miembros del Convenio Europeo de Extradición de 1957 al que Alemania ha realizado una reserva para evitar la extradición de sus nacionales.

deberá reconducir sus peticiones de entrega de ciudadanos no españoles a los procedimientos ordinarios de extradición, la segunda que España no atenderá en ningún caso las peticiones de entrega de españoles realizadas por Alemania por no cumplirse en estos supuestos el principio de reciprocidad.

La decisión del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional se fundamenta, en primer lugar, en la Disposición Transitoria segunda de la Ley 3/2003 y, en segundo lugar, en el principio de reciprocidad establecido por la Constitución en su artículo 13.3.

La Disposición Transitoria segunda de la Ley 3/2003 establece que «sus disposiciones sólo serán aplicables respecto de los Estados miembros que hayan notificado a la Secretaría General del Consejo y a la Comisión de la Unión Europea el texto y la entrada en vigor de las disposiciones de adaptación de sus legislaciones nacionales, en virtud de las obligaciones derivadas de la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea 2002/584/JAI, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros». La propia Disposición Transitoria establece que entretanto, y respecto de los demás Estados miembros, los que no hayan adaptado sus legislaciones nacionales a la Decisión Marco, «se continuarán aplicando las disposiciones vigentes en materia de extradición hasta la fecha en que en dichos Estados miembros se apliquen aquellas disposiciones».

La Disposición Transitoria segunda de la Ley 3/2003 se fundamentaría en el artículo 34 de la Decisión Marco que permite que cada Estado miembro, al notificar a la Secretaría General del Consejo la adaptación de su legislación nacional, indique que aplicará inmediatamente la Decisión Marco en sus relaciones con aquellos Estados miembros que hayan efectuado a su vez la notificación de la adaptación de su legislación¹².

Ciertamente, tanto el artículo 34 de la Decisión Marco como la Disposición Transitoria segunda de la Ley española de transposición de la Decisión Marco, en la que se basa la Audiencia Nacional para negar la aplicación del nuevo procedimiento de entrega a las peticiones realizadas por Alemania, no son preceptos, en principio, pensados para el supuesto producido por la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán, pues no se puede considerar que Alemania no adaptase su legislación nacional a la Decisión Marco cuando adoptó la Ley ahora anulada. No obstante la Audiencia Nacional interpreta que de la Disposición Transitoria segunda, e indirectamente del

¹² De acuerdo con el artículo 34 de la Decisión Marco: «1. Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la presente Decisión Marco antes del 31 de diciembre de 2003. 2. Los Estados miembros transmitirán a la Secretaría General del Consejo y a la Comisión el texto de las disposiciones de adaptación de sus legislaciones nacionales en virtud de las obligaciones derivadas de la presente Decisión Marco. Al hacer esta transmisión, cada Estado miembro podrá indicar que aplicará inmediatamente la presente Decisión Marco en sus relaciones con aquellos Estados miembros que hayan efectuado la misma notificación».

artículo 34 de la Decisión Marco, es posible derivar la voluntad legislativa europea de no aplicar el nuevo sistema de entrega a aquellos Estados que no tengan adaptadas sus legislaciones a la Decisión Marco. Tal inadaptación habría ocurrido en el caso analizado de manera sobrevenida, puesto que la declaración de nulidad de la Ley alemana por el Tribunal Constitucional coloca *de facto* a Alemania en una situación de inadaptación de su legislación nacional a la Decisión Marco. Inadaptación que, por cierto, coloca a Alemania en una situación de incumplimiento del Derecho europeo.

En efecto, en un contexto de ejecución de una norma europea en términos discrecionales como es el analizado, una declaración de inconstitucionalidad material por un Tribunal Constitucional nacional de una norma interna de transposición que haya respetado el margen de apreciación permitido por la norma europea por no respetar la norma fundamental nacional, supondrá el incumplimiento del Estado miembro del Derecho europeo mientras no se proceda a dictar otra norma respetuosa al tiempo con los parámetros comunitarios y nacionales¹³.

Para evitar que un Estado miembro se coloque en una situación de incumplimiento del Derecho europeo, plantea acertadamente ALONSO GARCÍA «la necesidad de recurrir a fórmulas que permitan salvaguardar simultáneamente las exigencias constitucionales y la responsabilidad derivada de un leal comportamiento hacia la Unión Europea», entre las que destaca la posibilidad de que, en este caso, se hubiese dictado por el Tribunal Constitucional alemán una sentencia de inconstitucionalidad prospectiva difiriendo en el tiempo los efectos de una declaración de inconstitucionalidad de la Ley nacional con la finalidad de dar tiempo al legislador a adaptar su legislación a la Constitución sin incumplir Derecho europeo¹⁴.

Sea como fuere, lo cierto es que la decisión de la Audiencia Nacional de inaplicar a Alemania el nuevo régimen de entrega se puede respaldar en la Disposición Transitoria segunda de la Ley española 3/2003, que viene a recoger lo establecido en el artículo 34 de la Decisión Marco, interpretada de manera flexible.

Interpretación flexible de la Disposición Transitoria de la Ley a la que obliga, además, el principio de reciprocidad establecido en el artículo 13.3 de la Constitución. Principio de reciprocidad que no se respeta tras la Sentencia de 18 de julio como consecuencia de que tras la anulación de la Ley alemana por el Tribunal Constitucional alemán, el régimen aplicable por Alemania a las extradiciones pasivas tramitadas por sus autoridades es que el que regía con anterioridad a la transposición de la Decisión Marco, régi-

¹³ Recuerda ALONSO GARCÍA que «tratándose de una actividad interna de ejecución del Derecho Comunitario en términos reglados, un pronunciamiento de inconstitucionalidad material de la norma interna lo sería indirectamente también de la comunitaria de la que trae causa». ALONSO GARCÍA, R., «Jurisdicción Constitucional Nacional y Derecho de la Unión Europea». *IV jornadas italo-españolas de Justicia Constitucional*. 2005. pg. 11.

¹⁴ ALONSO GARCÍA, R., «Jurisdicción Constitución...», op. cit. pgs. 11 y ss.

men que, por ejemplo, implica la imposibilidad de extradición de nacionales alemanes a España. Lo cual debería suponer a su vez, en virtud del principio constitucional español de reciprocidad, la imposibilidad de extradición de españoles a Alemania.

España, por tanto, no podrá decretar la extradición de un español a Alemania en otros términos que no sean los establecidos en el ordenamiento alemán para la extradición de alemanes a nuestro país. Nuestra Constitución impone a las autoridades españolas, incluidas las judiciales, que den a las demandas de extradición formuladas, en este caso, por Alemania a España un trato equivalente al que recibiría una demanda de extradición formulada por España a Alemania.

III. LA CONDICIÓN CONSTITUCIONAL DE RECIPROCIDAD Y SUS EFECTOS SOBRE EL SISTEMA DE ORDEN DE DETENCIÓN EUROPEO

De acuerdo con el artículo 13.3 de la Constitución «la extradición sólo se concederá en cumplimiento de un tratado o de la ley, atendiendo al principio de reciprocidad»¹⁵.

Este precepto constitucional establece que la extradición sólo podrá concederse cuando, además de resultar procedente con arreglo a las normas convencionales y/o legales, el Estado requirente atienda en la práctica las solicitudes de extradición activa realizadas por las autoridades españolas¹⁶, lo que supone que el principio de reciprocidad se constituye en una suerte de condición de aplicación de las dos fuentes de la extradición pasiva, el tratado y la ley¹⁷.

La Constitución condiciona la concesión de una extradición por los poderes públicos españoles al cumplimiento de los requisitos que se puedan establecer en leyes y tratados, pero, además, condiciona tal concesión a que se garantice por el Estado que solicita la extradición la observancia del principio de reciprocidad. Ambas condiciones dan lugar al sometimiento de las extradiciones a lo que se ha denominado por la jurisprudencia constitucional la garantía o el principio de legalidad extradicional¹⁸.

Ciertamente, es posible considerar que la condición de reciprocidad conte-

¹⁵ Principio que, como no podía ser de otra manera, se ha recogido como condición de la extradición en el artículo 1 de la Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva cuando, tras afirmar que «las condiciones, los procedimientos y los efectos de la extradición pasiva se regirán por la presente Ley, excepto en lo expresamente previsto en los Tratados en los que España sea parte», establece que «en todo caso, la extradición sólo se concederá atendiendo al principio de reciprocidad».

¹⁶ BELLIDO PENADÉS, R., *La extradición en el derecho español*. Madrid. Civitas. 2001. pg. 42.

¹⁷ DE MIGUEL ZARAGOZA, J., «Algunas consideraciones sobre la extradición» en BIMJ, núm. 1738, de 25 de marzo de 1995, pg. 1562.

¹⁸ STC 292/2005 de 10 de noviembre. F. 2.

nida en la Constitución no está establecida en garantía del extraditable, sino en garantía de la soberanía del Estado: un Estado que se precie no puede entregar personas si el Estado requirente no hace lo mismo. Ese, la soberanía, puede ser el bien protegido por la condición de reciprocidad y no la garantía del extraditable. Lo que ocurre es que la previsión constitucional puede erigirse en un derecho reflejo; es decir, no otorgado en atención a él, pero del que el extraditable se beneficia.

Sea como fuere, antes de analizar con cierto detenimiento cómo el juego de los motivos facultativos de denegación de una entrega previstos en la propia Decisión Marco puede generar una pluralidad de regímenes de entrega aplicables en nuestro país dependiendo del Estado miembro que curse la solicitud de entrega, es necesario considerar una cuestión previa: la de si el nuevo sistema de entrega creado por la normativa europea es una verdadera extradición a la que se pueda exigir, por tanto, el requisito constitucional del cumplimiento del principio de reciprocidad por parte del Estado solicitante de la misma.

1. ¿Es el nuevo sistema de entrega un sistema de extradición en el que rijan la condición de reciprocidad?

La cuestión se podría suscitar como consecuencia de que el Preámbulo de la Decisión Marco relativa a la orden europea de detención afirma suprimir la extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea y sustituirla por un sistema de entrega entre autoridades judiciales.

Si ello fuese realmente así, el nuevo sistema europeo de entrega, superador de la tradicional extradición, podría no verse sujeto al principio constitucional de legalidad extradicional, que incluye el respeto al principio de reciprocidad. Se trataría por tanto de dilucidar qué concepto de extradición tenía el constituyente español cuando sometió aquella institución a la condición de la reciprocidad.

Si consideramos que el constituyente quiso referirse en el artículo 13.3 CE a una extradición conformada por unos rasgos específicos y concretos entre los que estaría, por ejemplo, la necesaria intervención de las autoridades gubernativas o el control de la doble incriminación, entonces el nuevo sistema europeo no es una extradición pues suprime muchos de los rasgos tradicionales del procedimiento de extradición.

Si, por el contrario, consideramos que el constituyente contempló un concepto mucho más abierto de extradición, entonces el nuevo sistema europeo sí es una extradición y por tanto debe someterse al principio de legalidad extradicional establecido en el artículo 13.3 de la Constitución.

Más lógica parece esta segunda opción si atendemos a las diversas definiciones doctrinales que se han dado de la extradición.

Así, tal y como señala LÓPEZ ORTEGA, pese a la retórica del Preámbulo de la Decisión Marco, ésta lo que habría establecido es una nueva forma de en-

entrega extradicional directa entre autoridades judiciales suprimiendo la intervención de las autoridades administrativas (y el control de la doble incriminación para determinados delitos) sin que ello haya supuesto la supresión de la institución de la extradición¹⁹.

De acuerdo con la definición clásica de Quintano Ripollés la extradición consiste en «la entrega que un Estado hace a otro de un individuo acusado o condenado por un delito común, que se encuentra en su territorio para que en ese otro país se le enjuicie penalmente o se ejecute la pena»²⁰.

El Diccionario de la RAE define la extradición como el «procedimiento por el que las autoridades de un Estado hacen entrega de una persona a las de otro que la reclama para que pueda ser enjuiciada penalmente en este segundo o cumpla en él una pena ya impuesta».

El propio Tribunal Constitucional ha definido la extradición como aquel acto de auxilio judicial internacional de carácter instructorio, que tiene sólo por misión la comprobación de las condiciones específicas recogidas en las leyes y Convenios que la regulan²¹.

Definiciones todas ellas perfectamente aplicables a las entregas derivadas de una orden europea de detención, lo que debe llevar a considerar que la intención del constituyente de 1978 no fue referirse en el artículo 13.3 de la norma fundamental a un tipo de extradición caracterizado por unos rasgos procedimentales muy concretos y definidos, sino más bien a una extradición caracterizada por un solo rasgo esencial: la entrega entre Estados soberanos de una persona con la finalidad de posibilitar una persecución penal. Esta nota de soberanía estatal persiste como elemento del nuevo sistema de entrega por mucho espacio europeo de libertad, seguridad y justicia que se quiera promover. La permanencia de la característica esencial de la institución de la extradición en el nuevo procedimiento de entrega –la entrega de una persona entre Estados soberanos– excluye que se haya producido realmente la superación del sistema extradicional. Máxime además si se

¹⁹ LÓPEZ ORTEGA, J. J., «El futuro...», op. cit., pg. 304.

²⁰ QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Tratado de Derecho penal internacional e internacional penal*, II. Madrid. 1957. Igualmente para CEZÓN GONZÁLEZ se conoce por extradición el instituto de cooperación judicial internacional en virtud del cual un Estado (requerido), a petición de otro (requerente), pone físicamente a disposición del último a una persona que se encuentra en el territorio del primero a fin de ser sometido a juicio por un delito cuya persecución compete al Estado requerente o a fin de cumplir una pena impuesta por los tribunales de este mismo Estado. CEZÓN GONZÁLEZ, C., *Derecho Extradicional...*, op. cit., pg. 23. Para BELLIDO PENADÉS la extradición tiene por objeto la entrega de una persona que se encuentra en el territorio de un Estado a las autoridades de otro Estado con el fin de enjuiciarla en un proceso penal o de ejecutar la sentencia en él dictada. BELLIDO PENADÉS, R., *La Extradición...*, op. cit. pg. 26. MORENO CATENA define la extradición como el acto por el que las autoridades de un Estado hacen entrega a las de otro de una persona imputada o condenada por la comisión de infracciones delictivas que se encuentra en el territorio del primero, para que el Estado requerente la juzgue o haga cumplir la condena impuesta. MORENO CATENA, V. *Derecho Procesal Penal*. Madrid 1997.

²¹ Por ejemplo en el ATC 363/85, de 29 de mayo.

tiene en cuenta que el nuevo sistema de euroorden al establecer determinados motivos de denegación de las entregas no ha supuesto el establecimiento de un procedimiento automático de entrega entre autoridades judiciales sino que sigue siendo necesaria la comprobación por las autoridades judiciales del Estado requerido de la inexistencia de uno de tales motivos de denegación.

Una vez confirmado que el principio constitucional de reciprocidad también es plenamente aplicable al nuevo sistema de entrega europeo, es necesario plantearse cuál es el órgano que en nuestro país tiene atribuida la competencia para apreciar el cumplimiento del principio de reciprocidad por el Estado solicitante de la entrega.

Señala BELLIDO PENADÉS que un importante sector doctrinal viene considerando que en nuestro ordenamiento la decisión sobre la denegación de una extradición con fundamento en el incumplimiento por el Estado solicitante del principio de reciprocidad corresponde exclusivamente al Gobierno²².

Esta posición doctrinal se habría visto reflejada en la Ley Orgánica del Poder Judicial que en su artículo 278 ha establecido que la determinación de la existencia de reciprocidad con el Estado requirente corresponderá al Gobierno, a través del Ministerio de Justicia, e igualmente en la Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva que en su artículo 6 ha atribuido al Gobierno la facultad de denegar la extradición atendiendo al principio de reciprocidad²³. Motivo de denegación, la ausencia de reciprocidad, que, sin embargo, no se encontraría enumerado en la Ley de Extradición Pasiva entre los motivos que pueden justificar una denegación judicial de la extradición. Desde la posición doctrinal que comentamos, la exclusión de las autoridades judiciales de la apreciación de la existencia de reciprocidad se explicaría por el hecho de que la utilización del principio de reciprocidad como causa de denegación de una extradición obedecería a razones políticas vinculadas con la competencia gubernamental de dirección de la política exterior y no a razones jurídicas.

Tal posición parece haber encontrado algún respaldo en la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional que, tras haber afirmado que la determinación del contenido y alcance del principio de reciprocidad constituye una cuestión susceptible de diversas interpretaciones, en particular en lo atinente al grado de similitud, o incluso identidad, de los supuestos de hecho que constituyen el presupuesto para exigir al Estado requirente garantía de reciprocidad, consideró que, tal y como establecen los arts. 1.2 LEP y el art. 278.2 LOPJ, «la determinación de la existencia de reciprocidad con el

²² BELLIDO PENADÉS, R., *La extradición...*, op. cit. pg. 39.

²³ De acuerdo con el artículo 6 de la Ley de Extradición Pasiva «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».

Estado requirente corresponderá al Gobierno», una vez concluida la fase judicial del procedimiento de extradición²⁴.

No obstante lo anterior, parece más correcto interpretar, tal y como ha sostenido otro sector doctrinal, que del artículo 13.3 de la Constitución se deriva el deber de todos los poderes públicos españoles que participan en el procedimiento extradicional, incluido por tanto el poder judicial, de denegar la extradición en ausencia de reciprocidad, máxime, además, cuando en el nuevo sistema de entrega establecido por la orden de detención europea ha desaparecido toda participación de las autoridades gubernativas en el procedimiento extradicional lo que supondría, de considerarse que únicamente le corresponde apreciar la reciprocidad a las autoridades gubernativas, la imposibilidad de apreciarla por no participar éstas en el procedimiento de entrega. Habría que concluir, entonces, que también los órganos jurisdiccionales deben declarar la improcedencia de una extradición cuando falte tal reciprocidad. Así lo señala CEZÓN GONZÁLEZ, que recuerda, además, que la apreciación de la reciprocidad, en lo que denomina la esfera netamente jurídica, por los tribunales de extradición, ha sido un criterio sostenido por el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional²⁵.

Ciertamente, existe una razón poderosa para que el artículo 278 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 6 de la Ley de Extradición Pasiva atribuyan al Gobierno la apreciación de la existencia de reciprocidad: en ocasiones tal apreciación difícilmente podrá ser realizada por un órgano jurisdiccional cuando la misma dependa de un análisis de la actuación concreta de los tribunales de justicia del Estado requirente que aplican la normativa de extradición²⁶.

²⁴ STC 102/2000 de 10 de abril. Ciertamente la Constitución establece que se concederá la extradición «atendiendo» al principio de reciprocidad y no con estricta sujeción al mismo, lo que podría ser interpretado como que deja un margen de apreciación. Así, por ejemplo, en defecto de Tratado el país que entrega por primera vez a un sujeto a otro país, puede valorar que, aunque hasta ese momento no haya habido reciprocidad le puede interesar apostar por que la haya.

²⁵ CEZÓN GONZÁLEZ, C., *Derecho Extradicional...*, op. cit., pgs. 65 y ss. Señala CEZÓN que los tribunales pueden apreciar la existencia de reciprocidad cuando ésta pueda constatare mediante análisis y argumentación estrictamente jurídicos. Lo cual ocurre cuando el tribunal puede llevar a cabo una evaluación fundada de la bilateralidad. En este punto es necesario señalar que algunos autores consideran que precisamente la apreciación de la falta de bilateralidad sólo la puede hacer el Gobierno que es quien tiene la información global sobre la conducta del Estado requirente frente a las solicitudes españolas de extradición. PASTOR BORGOÑÓN «Comentarios a la Ley 4/1985, de 21 de marzo, de extradición pasiva», en *Comentarios a la Legislación Penal* (Dir. COBO DEL ROSAL), T. VIII, V. 1^º, Madrid, 1988. Sin embargo, tal falta de bilateralidad también podría ser fácilmente apreciable por los tribunales cuando se pueda deducir de la existencia, por ejemplo, de una norma constitucional del Estado requirente o de una reserva realizada por tal Estado.

²⁶ Señala ROVIRA que el Gobierno dispone de instrumentos, fundamentalmente sus servicios exteriores, para verificar el requisito de la reciprocidad, requisito que tiene una importante dimensión política o valorativa ROVIRA VIÑAS, A., *Extradición y Derechos Fundamentales*. Aranzadi. Madrid, pg. 195.

Sin embargo, la apreciación de la existencia de reciprocidad, nada menos que una condición constitucional de la extradición, no debería quedar en manos exclusivas del Gobierno cuando tal apreciación sí sea posible realizarla a través de la simple comparación por el órgano judicial de ejecución de las normas aplicables a la extradición en los dos ordenamientos jurídicos concernidos²⁷. En efecto, la apreciación de la inexistencia de reciprocidad sí podrá realizarla un órgano jurisdiccional cuando la misma se desprenda de la simple comparación de las normas sobre extradición que reglamentan las relaciones entre ambos países o de la comprobación de la existencia de una reserva realizada por el Estado solicitante en el caso de un Convenio. En estos supuestos no se trata de comprobar si en la práctica concreta se cumple o no la reciprocidad por las autoridades judiciales o gubernativas de otro Estado, sino de comprobar si las previsiones legales de los Estados concernidos permiten que se pueda dar tal reciprocidad.

Es por lo tanto necesario diferenciar entre, por un lado, la apreciación que podemos denominar *política* de la reciprocidad, por requerir una evaluación de las actuaciones judiciales o gubernativas del país requirente y que, en el tradicional sistema de extradición, debe quedar en manos de las autoridades gubernativas españolas como consecuencia de la dificultad de que sea apreciada por un órgano jurisdiccional; de, por otro lado, aquella apreciación *jurídica* de la reciprocidad que puede ser realizada por las autoridades judiciales por requerir una interpretación de normas jurídicas.

2. Cuatro supuestos en los que la condición de observancia de la reciprocidad podría no cumplirse

Una vez determinado que la condición constitucional de reciprocidad es plenamente aplicable por las autoridades judiciales españolas al nuevo sistema de entrega es necesario analizar una serie de supuestos en los que aparentemente no se cumpliría tal condición de reciprocidad lo que generaría la obligación de las autoridades judiciales españolas de denegar aquellas entregas que le fuesen solicitadas.

El primer supuesto en el que la condición constitucional de reciprocidad podría no cumplirse –y que en cierta manera ya hemos analizado al referirnos a la decisión de la Audiencia Nacional de septiembre de 2005– sería aquel producido, en relación con las entregas de nacionales, tras la anulación por el Tribunal Constitucional alemán de la Ley nacional alemana de transposición de la Decisión Marco relativa a la orden europea de detención.

Alemania, tras la Sentencia de 18 de julio que anula la Ley alemana de 21 de julio de 2004, aplica a las extradiciones solicitadas por España el Convenio Europeo de Extradición de 1957. Convenio al que Alemania ha formulado

²⁷ Para ROVIRA el Gobierno no puede tener el monopolio de la valoración de un requisito y garantía constitucional, como es el principio de reciprocidad. ROVIRA VIÑAS, A., *Extradición...*, op. cit., pg. 196.

una reserva, en relación con el artículo 6, que imposibilita la extradición de sus nacionales y que consecuentemente impide, a su vez, que España extradite a los nacionales españoles a Alemania por no cumplirse la condición de reciprocidad. En este caso la aplicación del principio de reciprocidad se encuentra, además, facilitada por la Ley 3/2003 que habría establecido, como hemos visto ya, en la Disposición Transitoria segunda la posibilidad de denegar la aplicación de la euroorden a aquellos Estados que no hayan adaptado su ordenamiento a la Decisión Marco. Posibilidad de denegación que, interpretada de manera extensiva, podría cubrir el supuesto que se ha producido como consecuencia de la anulación de la Ley alemana de transposición de la Decisión Marco, una inadaptación sobrevenida.

El segundo supuesto en el que la condición de observancia de la reciprocidad podría no cumplirse es aquel que se produciría sí, por ejemplo, Alemania establece, en su futura Ley de transposición de la Decisión Marco, como causa obligatoria de denegación de la entrega de un nacional alemán, el que las actuaciones que motivan la extradición tengan un componente decisivo interno –como consecuencia de que las mismas hayan sido llevadas a cabo en todo o en parte en su territorio nacional y sus efectos repercuten esencialmente allí– tal y como exigiría la Constitución alemana de acuerdo con la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 18 de julio de 2005.

En este supuesto, sin embargo, no se produce realmente una inobservancia de la condición de reciprocidad, pues precisamente España, ha introducido en la Ley 3/2003 como motivo facultativo de denegación aquel motivo de denegación que el Tribunal Constitucional alemán exige que sea introducido como motivo obligatorio de denegación en la futura Ley alemana de transposición²⁸. Así, las autoridades judiciales españolas podrán negar la entrega de nacionales españoles a Alemania por ese mismo motivo –que las actuaciones que motivan la extradición tengan un componente decisivo in-

²⁸ En efecto, la Ley 3/2003 establece como motivo de denegación facultativo cuando la orden de detención europea contemple infracciones que el Derecho español considere cometidas en su totalidad o en parte en el territorio español. Motivo que subsume el motivo alemán de que las actuaciones que motivan la extradición tengan un componente decisivo interno. En este punto es interesante resaltar que mientras nuestra Ley 4/1985 de Extradición Pasiva ha establecido como motivo *obligatorio* de denegación de una extradición el que se trate de delitos de que corresponda conocer a los Tribunales Españoles –entre los que estarían los cometidos en parte o en la totalidad en territorio español–; la Ley 3/2003 de transposición de la euroorden ha establecido como motivo *facultativo* de denegación de una entrega el que la infracción haya sido cometida en parte o en la totalidad del territorio español. Así, el artículo 3.1 de la Ley 4/1985, de 21 de marzo de Extradición Pasiva establece que «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». El artículo 12.2.g de la Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega, establece que «La autoridad judicial de ejecución española *podrá* denegar la ejecución de la orden europea... cuando la orden contemple delitos que el ordenamiento jurídico español considere cometidos en su totalidad o en parte en el territorio español».

terno— aunque no esté explícitamente previsto en la Ley española de transposición de la Decisión Marco como causa obligatoria de denegación de la entrega y únicamente lo esté como causa facultativa de denegación.

Ello supone que aquellos motivos que en la Ley 3/2003 se establecen como facultativos deberán aplicarse por el juez español encargado de autorizar la entrega tomando como canon de interpretación de los mismos el principio de reciprocidad. El hecho de que el legislador español haya mantenido los motivos facultativos contenidos en la Decisión Marco como facultativos en la Ley nacional de transposición no quiere decir que el juez español tenga libertad a la hora de aplicarlos como motivos de denegación de una entrega, sino que precisamente deberá considerar para aplicarlos el cumplimiento o incumplimiento de la condición de reciprocidad por el Estado solicitante.

Compartimos plenamente las consideraciones que realiza LÓPEZ ORTEGA²⁹, que nos llevan a sostener que, como consecuencia de la constitucionalización del principio de reciprocidad, las autoridades judiciales españolas, al decidir sobre la pertinencia de una entrega solicitada conforme al nuevo sistema de entrega, no podrán limitarse a aplicar discrecionalmente la propia legislación española que transpone la Decisión Marco sino que deberán tener en cuenta, también, las leyes nacionales de transposición de la Decisión Marco de los demás Estados de la Unión Europea.

Lo que significará que los motivos de denegación de las entregas que se establezcan en otros ordenamientos como obligatorios deberán ser acogidos por los jueces españoles, en relación con las extradiciones con esos países, también como obligatorios, independientemente de si la Ley española que transpone la Decisión Marco los ha definido como motivos de denegación facultativos. Precisamente la Ley española al mantener como facultativos tales motivos «implanta» con naturalidad en la Ley 3/2003 la aplicación del principio de reciprocidad.

Ciertamente, un órgano jurisdiccional español difícilmente podrá apreciar la existencia o inexistencia de reciprocidad, si ello le exige un análisis de la aplicación concreta que hacen los órganos jurisdiccionales del país requirente de aquellos motivos de denegación mantenidos también como facultativos en la Ley interna de transposición de aquel país, y que corresponde aplicar a sus autoridades judiciales. Sin embargo, cuando estos motivos facultativos son convertidos por la Ley interna de transposición en motivos obligatorios de denegación como consecuencia, por ejemplo, de una obligación constitucional, un órgano jurisdiccional español sí que podrá apreciar la existencia de reciprocidad simplemente comparando las leyes de transposición de ambos países.

El margen de apreciación que la Decisión Marco otorga a los Estados miembros a la hora de transponerla dificulta que se alcance una legislación uniforme en materia de extradición en todo el espacio de libertad, seguridad

²⁹ LÓPEZ ORTEGA, J. J., «El futuro de...», op. cit., pg. 310.

y justicia europeo, pues los motivos de denegación de una entrega dependen en el caso de España del cumplimiento por el Estado solicitante del principio de reciprocidad.

Precisamente, el informe de la Comisión Europea de 1 de marzo de 2005 en el que se evalúa la aplicación de la Decisión Marco relativa a la orden de detención europea, ya señalaba que las opciones de transposición de la Decisión Marco por lo que se refiere a los siete motivos facultativos que ésta contempla conducen a situaciones muy variadas de un Estado miembro a otro, al haber recogido algunos Estados sólo una parte de ellos o haber dejado a sus autoridades judiciales un margen de discrecionalidad más amplio (éste sería el caso de España) mientras que otros, por el contrario, han convertido todos los motivos en obligatorios (este sería el caso de la futura norma alemana que siga las directrices de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de julio). Ello da lugar a una variedad de regímenes nacionales. Pero además ello puede dar lugar, cosa que no señala la Comisión en su Informe de marzo, a una variedad de regímenes dentro de cada régimen nacional como consecuencia de la exigencia constitucional de reciprocidad.

La aplicación del principio de reciprocidad por las autoridades judiciales españolas en el supuesto analizado no es, en sí misma, contraria al Derecho europeo pues aunque es cierto que puede dar lugar a una pluralidad de regímenes jurídicos aplicables en España a las entregas en función del país solicitante de las mismas, todos ellos son regímenes plenamente conformes con la Decisión Marco.

El tercer supuesto en el que la condición de observancia de la reciprocidad podría no cumplirse es aquel en el que un Estado miembro introduzca en su Ley interna de transposición determinados motivos de denegación de las entregas que no se encuentren explicitados en el articulado de la propia Decisión marco³⁰.

³⁰ El supuesto planteado no es en absoluto un supuesto excepcional pues ya algunos Estados miembros, en sus medidas de transposición de la Decisión Marco, vienen añadiendo nuevos motivos adicionales de denegación que no se encuentran en los siete motivos recogidos en el artículo 4 de la Decisión Marco. Tales motivos adicionales los fundamentan estos Estados, por ejemplo, en el considerando 12 de la Decisión Marco cuando establece que «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». Igualmente algunos Estados miembros han fundamentado nuevos motivos de denegación de la entrega recogidos en sus normas internas de transposición en el mismo considerando 12 de la Decisión Marco, cuando establece que «nada de lo dispuesto en la presente decisión podrá interpretarse en el sentido de que impide la entrega de una persona contra la que se ha dictada (sic) 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». Precisamente el Consejo en su reunión de junio de 2005 ya señaló los problemas a los que podía dar lugar la inclusión en las normas nacionales de transposición de estos nuevos motivos de denegación de la entrega no previstos en el articulado de la Decisión

En estos supuestos, la obligación constitucional que se impone a las autoridades judiciales españolas de negar una entrega cuando el Estado miembro requirente no cumpla con el principio de reciprocidad podría suponer un incumplimiento del Derecho europeo por parte de España³¹.

El principio constitucional de reciprocidad obliga a las autoridades judiciales españolas a no realizar la entrega, pero, a la vez, el Derecho europeo les obliga a realizarla pues la denegación no se podría justificar ni en la existencia de uno de los motivos de denegación explícitamente recogidos en la Decisión Marco, ni, en principio, en la falta de adaptación del ordenamiento del Estado solicitante a la Decisión Marco³².

Este supuesto viene necesariamente provocado como consecuencia de que el Estado solicitante de la entrega debe haber previsto en su ordenamiento (por ejemplo en su norma interna de transposición de la Decisión Marco) un motivo de denegación de las entregas que no está previsto en la propia Decisión Marco con lo que se coloca, a su vez, en una situación de incumplimiento del Derecho europeo. Situación de incumplimiento del Estado solicitante de la entrega que provoca a su vez un potencial incumplimiento del Estado ejecutor (España) de la misma como consecuencia de la obligación constitucional de denegar las extradiciones que no cumplan con la reciprocidad.

Las autoridades españolas se encontrarían sometidas a una incompatible doble obligación: por un lado están sometidas a la obligación de no realizar entregas a países que no cumplan con el principio de reciprocidad y por otro están sometidas a la obligación de ejecutar el Derecho europeo que ha previsto unas causas tasadas de denegación de la entrega y sólo éstas. El hecho de que un Estado miembro establezca en su ordenamiento motivos de denegación no previstos en el Derecho europeo, incumpliendo así éste, provoca que las autoridades judiciales españolas tengan que negar las entregas a ese Estado miembro por esos mismos motivos –incumpliendo aparen-

Marco, como consecuencia de la posibilidad de que se produzca una discriminación para los detenidos sometidos a una orden europea de detención en función de si la autoridad judicial del Estado miembro de ejecución tiene que estudiar o no la conformidad de la orden europea con los derechos fundamentales, lo que podría menoscabar el principio de reconocimiento mutuo. Comunicado de Prensa. Sesión núm. 2664 del Consejo. Justicia y Asuntos de Interior. Luxemburgo, 2 y 3 de junio de 2005.

³¹ No siempre que las autoridades españolas denieguen una entrega en cumplimiento de la condición constitucional de reciprocidad estarán vulnerando el Derecho europeo. En efecto, la utilización de tal principio por las autoridades judiciales españolas no supone el incumplimiento del Derecho europeo en el caso en que tal principio se utilice dentro del margen de discrecionalidad que deja la propia Decisión Marco como hemos visto en el supuesto analizado en segundo lugar.

³² Precisamente una posible solución al conflicto planteado sería considerar que la inclusión de nuevos motivos no contenidos en el articulado de la Decisión Marco en las leyes nacionales de transposición supone una inadaptación del ordenamiento del Estado solicitante a la Decisión Marco que posibilita la inaplicación por el Estado ejecutor del nuevo sistema. Ver infra.

temente el propio Derecho europeo–, pues de no hacerlo lo que incumplirían sería el Derecho constitucional nacional que exige la reciprocidad.

Cabría argumentar que, como ya es doctrina firme y reiterada, frente a una situación de incumplimiento del Derecho europeo de un Estado miembro, no es posible promover un aparente incumplimiento por nuestro país del Derecho europeo en represalia por el incumplimiento de aquél³³. A España siempre le cabría acusar a ese Estado miembro ante el Tribunal de Justicia de incumplir sus obligaciones como consecuencia de vulnerar el artículo 34 de la propia Decisión Marco que establece que los Estados miembros tomarán medidas para dar cumplimiento a la Decisión Marco antes del 31 de diciembre de 2003³⁴. Acusación que se tramitaría conforme a lo establecido en el artículo 35.7 del TUE que establece la competencia del Tribunal de Justicia para pronunciarse sobre cualquier litigio entre Estados miembros relativo a la interpretación o aplicación de Decisiones Marco siempre que dicho litigio no pueda ser resuelto por el Consejo en el plazo de seis meses a partir de su remisión al Consejo por uno de sus miembros³⁵.

Ahora bien, la insatisfacción de esta solución proviene de que la sentencia del Tribunal de Justicia afirmando el incumplimiento de un Estado miembro tiene efectos meramente declarativos y no supondría, por sí misma, el cumplimiento del principio de reciprocidad. Igualmente insatisfactorio es que la posible negativa de las autoridades gubernativas españolas –que son a la postre las que deciden interponer un recurso por incumplimiento– a acusar a un determinado país de incumplir el Derecho europeo se traduciría en la imposibilidad de declarar tal incumplimiento por el Tribunal de Justicia. La vía señalada para exigir a los demás Estados miembros el cumplimiento de sus obligaciones europeas no soluciona el problema pues, en último término, si las autoridades judiciales españolas conceden la entrega en cumplimiento de su obligación derivada del Derecho europeo, pueden vulnerar la exigencia constitucional del cumplimiento de la reciprocidad.

Si bien es cierto que, en general, no cabe justificar el incumplimiento de una obligación en el incumplimiento de otro Estado miembro, en este caso el principio constitucional de reciprocidad obligaría a incumplir el derecho europeo.

La ausencia de una previsión en la Decisión Marco, y, evidentemente, en la

³³ En efecto, el Tribunal de Justicia en una reiterada jurisprudencia ha sostenido que el cumplimiento de las obligaciones que el Tratado o el Derecho derivado imponen a los Estados miembros no puede someterse a una condición de reciprocidad (por ejemplo, v. STJCE de 30 de junio de 2005, *Tod's*, C-28/04, apartado 34).

³⁴ De acuerdo con el artículo 34.b) las decisiones marco obligarán a los Estados miembros en cuanto al resultado que deba conseguirse.

³⁵ Es ineludible señalar que si bien en el ámbito del pilar comunitario un incumplimiento como el derivado de la Sentencia alemana podría dar lugar a una declaración de incumplimiento instada también por la Comisión, sin embargo, en el ámbito del tercer pilar existen unas mayores restricciones en relación a la legitimación para denunciar un incumplimiento estatal.

Ley 3/2003 que transpone la Decisión Marco, que permita denegar las entregas a aquellos Estados miembros que introduzcan motivos de denegación no contemplados en la norma europea, podría suponer la inconstitucionalidad de ambas normas, la europea y la española, por no permitir denegar las entregas más que en los supuestos explícitamente previstos en el articulado de la Decisión Marco.

Quizás para justificar que la denegación de una entrega por las autoridades judiciales españolas por un motivo no contemplado explícitamente en la Decisión Marco no suponga, a su vez, un incumplimiento del Derecho europeo por parte de España se podría realizar una interpretación «generosa» del artículo 34 de la Decisión Marco y de la Disposición Transitoria segunda de la Ley española de transposición, y entender que las autoridades españolas están, en realidad, denegando la entrega como consecuencia de que el Estado solicitante no ha adaptado su legislación a la Decisión Marco³⁶. Así, cuando la Disposición Transitoria segunda establece que respecto de los Estados miembros que no hayan adaptado sus legislaciones nacionales a la Decisión Marco, España continuará aplicando las disposiciones vigentes con anterioridad en materia de extradición, hay que entender incluidos aquellos supuestos en los que los Estados miembros hayan adaptado *erróneamente* sus legislaciones nacionales a la Decisión Marco. Esta interpretación, cuando menos algo forzada, del artículo 34 de la Decisión Marco, supondría admitir una excepción, establecida por el propio Derecho europeo, al principio reiterado por la jurisprudencia comunitaria de que las obligaciones que el Tratado o el Derecho derivado imponen a los Estados miembros no puede someterse a una condición de reciprocidad. Interpretación forzada pero que a la postre, sería la única que permitiría justificar que para cumplir con la Constitución nacional no se tenga que incumplir el Derecho europeo.

El cuarto supuesto en el que la condición de observancia de la reciprocidad podría no cumplirse es aquel en el que un Estado miembro establezca condiciones temporales para la aplicación del nuevo sistema de entrega distintas a las condiciones temporales establecidas por la norma española de transposición de la Decisión Marco.

El artículo 32 de la Decisión Marco permite que los Estados miembros realicen, al transponer, una declaración en la que indiquen que como Estado miembro de ejecución seguirá tramitando las solicitudes relativas a los actos cometidos antes de una fecha que especificarán, con arreglo al sistema de

³⁶ Recordemos que el artículo 34 de la Decisión Marco permite que cada Estado miembro, al notificar a la Secretaría General del Consejo la adaptación de su legislación nacional, indique que aplicará inmediatamente la Decisión Marco en sus relaciones con aquellos Estados miembros que hayan efectuado a su vez la notificación de la adaptación de su legislación. El problema surge cuando la adaptación de un Estado es errónea porque por ejemplo ha previsto motivos de denegación de las entregas no previstos en el articulado de la Decisión Marco. Se podría considerar que en estos casos el Estado miembro que ha adaptado correctamente su legislación únicamente consiente en aplicar la Decisión Marco en sus relaciones con los demás en aquellos extremos en que la adaptación de los demás se adecue a la Decisión Marco.

extradición aplicable antes del 1 de enero de 2004. Tal previsión abre la posibilidad de una pluralidad de transposiciones que deriven en la ausencia de cumplimiento de la condición constitucional de reciprocidad.

Así, mientras España en la Ley 3/2003 ha establecido ser «aplicable a las órdenes europeas de detención y entrega que se emitan con posterioridad a su entrada en vigor, aun cuando se refieren a hechos anteriores a la misma», otros Estados miembros han establecido en sus leyes de transposición limitaciones temporales a la aplicación del nuevo sistema.

El artículo 32 de la decisión Marco permite, así, que los Estados miembros que hayan establecido limitaciones temporales a la aplicación del nuevo sistema de entregas denieguen una entrega por un motivo adicional a los previstos en los artículos 3 y 4 de la Decisión Marco, motivo adicional que, en principio, no ha sido previsto por España ya que no ha establecido en la Ley 3/2003 limitación temporal alguna a las entregas que tenga que ejecutar.

Este cuarto supuesto lo analizaremos con detenimiento en el próximo epígrafe pues es, precisamente, el que se ha suscitado en enero de 2006 ante el Tribunal Constitucional español.

Del análisis realizado, y sin perjuicio de lo que luego se dirá del cuarto supuesto, se desprende que se está todavía muy lejos de conseguir un «sistema de libre circulación de decisiones judiciales en materia penal, tanto previas a la sentencia como definitivas, en el espacio de libertad, seguridad y justicia»³⁷.

IV. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL DE 30 DE ENERO DE 2006

La Sentencia del Tribunal Constitucional 30/2006 de 30 de enero, resuelve un recurso de amparo planteado por un ciudadano español que arguye que la Audiencia Nacional ha vulnerado su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) como consecuencia de haber concedido su entrega a Francia sin que se cumpla con la condición de reciprocidad, infringiéndose, así, el principio constitucional de legalidad extradicional.

Los hechos eran los siguientes: por el Tribunal de Gran Instancia de Pau (República Francesa) se dictó, con fecha 1 julio de 2004, una orden europea de detención y entrega sobre un ciudadano español, para el cumplimiento de la Sentencia 40/1993, de 12 de enero de 1993, dictada por el Tribunal francés. Dicha Sentencia declaró al ciudadano español culpable de un delito de tráfico de drogas cometido entre febrero de 1991 y enero de 1992 y le condenó a cinco años de prisión. La Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en respuesta a la orden europea de detención de

³⁷ Considerando 5 de la Decisión Marco de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros.

1 de julio de 2004 acordó, en diciembre de 2004, la entrega a Francia de la persona requerida.

El ciudadano español, ahora demandante en amparo, alega que las autoridades judiciales españolas no deberían haber aceptado su entrega a Francia puesto que la solicitud francesa no cumple la exigencia de la observancia del principio de reciprocidad establecida en el artículo 13.3 de la Constitución.

1. El incumplimiento de la condición constitucional de reciprocidad

El incumplimiento del principio de reciprocidad proviene de que en virtud de la declaración realizada por la República de Francia al artículo 32 de la Decisión Marco sobre la orden europea de detención y entrega, Francia, como Estado de ejecución de solicitudes de entrega provenientes de otros Estados miembros, seguirá tramitando con arreglo al sistema de extradición aplicable antes del 1 de enero de 2004 (el sistema del Convenio Europeo de Extradición) todas aquellas solicitudes relativas a actos cometidos antes de 1 de noviembre de 1993³⁸.

Ello significa que Francia tramitará aquellas peticiones de entrega que se le planteen por otros Estados miembros relativas a actos cometidos después del 1 de noviembre de 1993 mediante el nuevo sistema de entrega establecida por la Decisión Marco mientras que tramitará aquellas peticiones de entrega relativas a actos cometidos antes del 1 de noviembre de 1993 conforme al sistema de extradición establecido por el Convenio Europeo de Extradición.

La aplicación por Francia del sistema de extradición establecido por el Convenio Europeo de Extradición a aquellas peticiones de entrega relativas a actos cometidos antes de noviembre de 1993, supone que Francia, de acuerdo con la reserva realizada al artículo 6 del Convenio Europeo de Extradición³⁹, no extraditará a sus nacionales por actos cometidos antes de noviembre de 1993.

La exclusión por Francia de toda entrega de sus nacionales cuando se trate de hechos cometidos antes de noviembre de 1993 supondría que, en virtud

³⁸ Recordemos que el artículo 32 de la Decisión Marco es una Disposición transitoria en la que se establece que «seguirán aplicándose a las solicitudes de extradición que se reciban antes del 1 de enero de 2004, los instrumentos vigentes en materia de extradición. A las solicitudes recibidas después del 1 de enero de 2004 (caso de la solicitud francesa en el asunto analizado) se aplicará la normativa adoptada por los Estados miembros en virtud de la presente Decisión Marco. No obstante, los Estados miembros podrán hacer, en el momento de la adopción de la presente Decisión Marco, una declaración en la que se indique que como Estado miembro de ejecución seguirá tramitando las solicitudes relativas a los actos cometidos antes de una fecha que especificarán, con arreglo al sistema de extradición aplicable antes del 1 de enero de 2004. La fecha de que se trate no podrá ser posterior al 7 de agosto de 2002. Dicha declaración será publicada en el Diario Oficial. Podrá ser retirada en cualquier momento».

³⁹ Reserva por la que Francia declara que no entregará a quienes fueran nacionales franceses en el momento de comisión de los hechos.

del principio de reciprocidad, España no debería entregar a sus nacionales cuando se dé la misma circunstancia, el que los hechos cometidos por un nacional español sean anteriores a noviembre de 1993. Este es precisamente el supuesto planteado ante el Tribunal Constitucional pues se trataba de una petición de entrega realizada por Francia a España por unos hechos cometidos por un nacional español entre 1991 y 1992.

Sin embargo, la Sala de lo Penal de Audiencia Nacional accedió a la entrega del ciudadano español en aplicación de la Ley 3/2003 que transpone en España la Decisión Marco y que en su Disposición transitoria segunda establece ser «aplicable a las órdenes europeas de detención y entrega que se emitan con posterioridad a su entrada en vigor, aun cuando se refieren a hechos anteriores a la misma».

Así, mientras que Francia, al transponer la Decisión Marco, ha establecido una limitación a la aplicación del nuevo sistema de entrega en relación con cuando han sido cometidos los hechos que dan lugar a la solicitud de entrega⁴⁰, España no ha establecido, en su Ley de transposición de la Decisión Marco, limitación temporal alguna. La decisión de la Audiencia Nacional, que, ciertamente, parece conforme con la Ley 3/2003, no tiene, sin embargo, en cuenta la condición constitucional del cumplimiento de la reciprocidad.

La Audiencia Nacional aplica mecánicamente la Ley 3/2003, sin plantearse en ningún momento la posible inconstitucionalidad de la misma. Inconstitucionalidad derivada de la ausencia de previsión, en la propia norma de transposición, del principio de reciprocidad en relación con su aplicación temporal, y que, seguramente, debería haber llevado a la Audiencia Nacional a plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

Al contrario de lo que ocurría con aquellos motivos de denegación de las entregas previstos en el artículo 4 de la Decisión Marco que, al ser acogidos en la Ley española como motivos facultativos de denegación, permitían a nuestras autoridades judiciales aplicar la condición de reciprocidad, en el supuesto del motivo de denegación previsto en el artículo 32, la aplicación de tal condición de reciprocidad no es posible sin violentar el propio texto de la Ley 3/2003 que no ha previsto que las autoridades judiciales españolas puedan denegar una entrega por haberse establecido como motivo de denegación por los demás Estados miembros el que los hechos se hayan cometido con anterioridad a una determinada fecha.

La ausencia de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad por la Audiencia Nacional no obsta el planteamiento por el particular un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, que tendrá que analizar si la decisión de la Audiencia Nacional que concede la entrega a Francia de un ciudadano español supone una vulneración del derecho fundamental

⁴⁰ Lo cual supone el establecimiento de limitaciones a la entrega de sus nacionales.

consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución, el derecho a la tutela judicial efectiva.

La comprobación del cumplimiento del principio de reciprocidad por las autoridades judiciales españolas encargadas de dar el consentimiento a una entrega solicitada por un Estado miembro de la Unión no es una exigencia menor pues está establecida en nuestra propia norma fundamental y supondría que siempre que se accediese por las autoridades judiciales españolas a una entrega sin que se respetase por el legislador del Estado solicitante el principio de reciprocidad, se estaría vulnerando el artículo 13.3 de nuestra Constitución. Sin embargo, el artículo 13.3 no es un precepto que reconozca por sí mismo un derecho fundamental. Es por ello por lo que necesariamente debe vincularse la vulneración del 13.3 con la de un derecho fundamental para permitir que el Tribunal Constitucional pueda proteger a los particulares frente a eventuales infracciones del principio de reciprocidad. La jurisprudencia constitucional ha afirmado que la vulneración del principio de legalidad extradicional, podría conllevar simultáneamente, si se cumplen determinadas condiciones, la vulneración, esencialmente, del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución. Derecho susceptible de ser protegido mediante el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

2. La vulneración del principio de legalidad extradicional como posible vulneración de derechos fundamentales

La infracción del principio de legalidad extradicional (art. 13.3 CE) que se produciría de concederse una extradición por los poderes públicos españoles sin cumplir con los requisitos del principio de legalidad propiamente dicho (lex certa, lex previa...) o sin atender al principio de reciprocidad, se puede vincular, si se cumplen determinadas condiciones, con la infracción de una serie de derechos fundamentales protegidos a través del mecanismo extraordinario de protección que supone el recurso de amparo. Más concretamente la jurisprudencia constitucional ha vinculado la vulneración del principio de legalidad extradicional con la posible vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 24.1, 24.2, 25 y 17.

Si bien la doctrina ha señalado que el artículo 13.3 CE cuando establece el principio de reciprocidad como condición de la extradición no está reconociendo un derecho, sino que se limita a consagrar un principio⁴¹, sin embargo, de una lectura conjunta de los artículos anteriormente enumerados y del artículo 13.3 puede plantearse la posibilidad de una vulneración de los derechos fundamentales allí recogidos en el supuesto que el requisito de la reciprocidad no se dé.

En lo que se refiere a los derechos de los artículos 24 y 25 CE, el Tribunal Constitucional ya en su Sentencia 11/1983, de 21 de febrero (F. 1), declaró que de la situación en el texto constitucional del precepto que se refiere a

⁴¹ LÓPEZ ORTEGA, J. J., «El futuro de...», op. cit., pgs. 307-308.

la extradición (art. 13.3 CE) «no se infiere 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, ya que cabe el planteamiento de pretendidos quebrantos de derechos y libertades constitucionalmente protegidos merced al repetido recurso (de amparo); en concreto los que afectan a la tutela efectiva de Jueces y Tribunales, indefensión de las personas, presunción de inocencia y principio de legalidad, consagrados en los arts. 24 y 25 de la Constitución».

Más concretamente la Sentencia 141/1998, de 29 de junio, situó el canon de enjuiciamiento del reproche relativo a la infracción del principio de legalidad extradicional en el derecho a un proceso con todas las garantías consagrado en el art. 24.2 CE, considerando en su fundamento jurídico 4 que la primera y más fundamental garantía del proceso extraditorio es que la entrega venga autorizada por alguna de las disposiciones que menciona el art. 13.3 CE: tratado o ley, y además atendiendo al principio de reciprocidad.

Igualmente, en relación con el apartado 1 del artículo 24 CE, el Tribunal Constitucional ha afirmado que la decisión judicial de extradición sin soporte legal constituye un vacío de tutela en cuanto decisión no fundada en Derecho. El derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 CE vendría a configurar el primer filtro de revisión constitucional del respeto al principio de legalidad extradicional, en la medida en que si tal principio exige que la extradición sea acordada con arreglo a tratado o ley, y de acuerdo, añadimos, con el principio de reciprocidad, su incumplimiento –esto es, acceder a la entrega sin la cobertura legal habilitante o incluso sin atender al principio de reciprocidad– podría derivar *eo ipso* en un reproche de arbitrariedad por no estar fundada en Derecho.

En relación con el principio de legalidad penal consagrado en el artículo 25.1 de la Constitución, si bien pareció considerarse por el Tribunal Constitucional la posibilidad de sostener que una extradición sin cumplir el principio de legalidad extradicional pudiera estar vulnerando el principio de legalidad penal garantizado en el artículo 25 CE⁴², sin embargo, la jurisprudencia más reciente parece haber desechado tal posibilidad, pues el principio de reciprocidad en el ámbito de la extradición no define conductas delictivas ni establece penas, sólo condiciona si un individuo puede ser perseguido en el territorio de un Estado por la acción de otro. Así en su reciente Sentencia 292/2005, de 10 de noviembre, el Tribunal Constitucional ha recordado que en el proceso de extradición no se decide acerca de la hipotética culpabilidad o inocencia del sujeto reclamado ni se realiza un pronunciamiento condenatorio, sino simplemente se verifica el cumplimiento de los requisitos y garantías previstos en las normas para acordar la entrega del sujeto afectado. Lo cual supone la imposibilidad de que se vulnere propiamente el principio de legalidad penal establecido en el artículo 25 de la Constitución.

⁴² STC 11/1983, de 21 de febrero.

Así ha sido reiterado por el Tribunal Constitucional en su reciente Sentencia 30/2006 donde ha confirmado que la pretendida infracción del principio de legalidad extradicional consagrado en el art. 13.3 CE no halla acomodo en el artículo 25.1 CE, puesto que este principio se refiere a las normas penales o sancionadoras administrativas sustantivas, no a las procesales. Doctrina que según la Sentencia implica la necesaria reconducción del reproche relativo a la infracción del principio de legalidad extradicional a los parámetros establecidos en el art. 24 CE⁴³.

Finalmente, se plantea la cuestión de si cabe vincular una vulneración del principio de legalidad extradicional con la vulneración de los derechos a la libertad y seguridad consagrados en el artículo 17 de la Constitución. Toda extradición implica indudablemente una restricción del derecho a la libertad constitucionalmente garantizado, como consecuencia de la privación de libertad que conlleva la entrega forzosa de una persona a las autoridades de otro Estado. De acuerdo con el artículo 17 CE «nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley». Ley que debe evidentemente observar lo establecido en el propio artículo 17, pero, además, debe observar lo establecido en el resto de la Constitución. Ello podría suponer que si la Constitución en su artículo 13.3 ha establecido la reciprocidad como condición para que pueda darse una extradición, no cabría ocasionar la privación de libertad que supone la extradición en aquellos supuestos en los que tal condición de la reciprocidad no concurra.

No obstante lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha preferido, por lo general, reconducir las infracciones del principio de legalidad extradicional a la vulneración de los derechos del artículo 24 CE en lugar de considerar que dan lugar a una vulneración del 17 CE. La determinación de cuál sea el derecho vulnerado por el Poder Judicial como consecuencia de una infracción del principio de legalidad extradicional no es del todo indiferente y puede tener significativas consecuencias en relación con la «profundidad» del control de las decisiones judiciales a realizar por el Tribunal Constitucional.

La vinculación de las infracciones del principio de legalidad extradicional con la infracción de los derechos del artículo 24 CE como consecuencia de considerar que una decisión judicial de extradición sin soporte legal –lo que incluiría a aquellas decisiones de extradición que no cumplen con el requisito constitucional de reciprocidad– constituye un vacío de tutela en cuanto decisión no fundada en Derecho, plantea un importante dilema en relación con lo que se puede considerar que es la profundidad del control que debe efectuar el Tribunal Constitucional cuando fiscaliza los actos de los jueces y tribunales ordinarios. Dilema derivado del hecho de que si bien por un lado encontramos en la norma fundamental la necesidad de proteger el derecho a la tutela judicial sin indefensión del artículo 24.1 CE, por

⁴³ STC 30/2006, de 30 de enero, F. 4.

otro lado, y junto a ello, encontramos la necesidad de respetar la reserva de jurisdicción a favor de los jueces ordinarios que establece el artículo 117.3 CE. Éste es el mismo dilema que surge, por ejemplo, a la hora de controlar por el Tribunal Constitucional aquellas vulneraciones del principio de legalidad penal cometidas por los jueces ordinarios y que ha sido analizado por FERRERES y MIERES⁴⁴.

El artículo 24.1 CE establece «el derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión», lo que podría suponer que toda extradición autorizada sin respetar, por ejemplo, el principio de reciprocidad es una extradición arbitraria por no estar fundada en Derecho y por tanto es vulneradora del derecho fundamental a la tutela judicial sin indefensión.

El artículo 117.3 CE establece que «el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan». La revisión por el Tribunal Constitucional de la apreciación realizada por los jueces ordinarios en torno a la existencia o inexistencia de reciprocidad podría suponer la invasión por aquél de la potestad de «juzgar y hacer ejecutar lo juzgado» que nuestra Constitución reserva a los jueces ordinarios.

Ante el dilema que se le plantea al juez constitucional a la hora de controlar los actos de los jueces ordinarios susceptibles de vulnerar el principio de legalidad extradicional se pueden distinguir tres tesis⁴⁵.

Una primera tesis consideraría que no le corresponde al Tribunal Constitucional entrar a determinar si el juez ordinario ha apreciado correcta o incorrectamente la existencia de reciprocidad, pues tal cuestión es una cuestión de mera legalidad ordinaria.

Una segunda tesis consideraría que el Tribunal Constitucional debe examinar la corrección de la apreciación de la existencia de reciprocidad realizada por el juez ordinario para evitar la vulneración del principio de legalidad extradicional. Principio cuya incorrecta apreciación se podría considerar que vulnera el derecho a una tutela judicial sin indefensión consagrado en el artículo 24 de la Constitución y, por tanto, garantizado mediante el amparo.

Una tercera tesis, de alcance intermedio, consideraría que el Tribunal Constitucional debe proteger al extraditado frente a las violaciones más claras

⁴⁴ FERRERES COMELLA, V. y MIERES MIERES, L. J., «Algunas consideraciones acerca del principio de legalidad penal», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 55, 1993.

⁴⁵ Sobre las tres tesis a la hora de interpretar el principio de legalidad penal consagrado en el artículo 25, FERRERES COMELLA, V. y MIERES MIERES, L. J., «Algunas consideraciones...», op. cit.

del principio de legalidad extradicional, lo que se traduce en la capacidad del Tribunal Constitucional de controlar que la decisión del juez ordinario sea razonable, lo que no supone reconocer que necesariamente tenga que ser la correcta. Ello supone que el Tribunal Constitucional controlará que la apreciación del juez ordinario no sea «manifiestamente irrazonable» o constituya un «error patente».

Esta tercera es la tesis que parece haber acogido la jurisprudencia constitucional cuando ha afirmado que el Tribunal Constitucional «no es el Juez de la extradición, sino el órgano de control del Juez de la extradición en materia de garantías constitucionales; es decir, al ejercer la función de salvaguarda de los derechos fundamentales de los ciudadanos, no le corresponde al Tribunal Constitucional decidir si una extradición es o no procedente en un caso concreto, sino únicamente si en la decisión judicial que la autoriza, se ha lesionado o no algún derecho fundamental de los constitucionalmente protegidos»⁴⁶. Lo que se concreta en que «sin perjuicio de que la selección e interpretación de las normas aplicables corresponde, en principio, a los Jueces y Tribunales ordinarios en el ejercicio de la función jurisdiccional que, con carácter exclusivo, les atribuye el art. 117.3 de la Constitución (...) no puede desconocerse que la cuestión puede tener relevancia constitucional en el marco del derecho a la tutela judicial efectiva en la medida en que la selección judicial o la interpretación de la norma aplicable incurra en arbitrariedad, irrazonabilidad manifiesta o sea fruto de un error patente»⁴⁷.

Así, el Tribunal Constitucional ha afirmado, por ejemplo, que la apreciación de la doble incriminación, que es uno de los requisitos establecidos en la Ley de Extradición Pasiva para poder autorizar una extradición, pertenece a la aplicación de la Ley ordinaria que corresponde en exclusiva a jueces y tribunales y no puede ser enjuiciada por el Tribunal Constitucional. Lo que significa que una extradición autorizada mediante una apreciación judicial incorrecta de la doble incriminación podría considerarse una infracción del principio de legalidad extradicional que, sin embargo, no supone una infracción de un derecho fundamental a la tutela judicial sin indefensión salvo que la motivación sea manifiestamente irrazonable, arbitraria o fruto de un error patente.

Reducir la función del Tribunal Constitucional en el control del principio constitucional de legalidad extradicional a la comprobación de la fundamentación de la resolución que concede la extradición implica, según la jurisprudencia en primer lugar, que la resolución ha de estar motivada, es decir, debe contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión; y, en segundo lugar, que la motivación debe contener una fundamentación en Derecho. El Tribunal Constitucional ha afirmado que este último aspecto «no incluye un pretendido derecho al acierto judicial en la selección, inter-

⁴⁶ STC 156/2002, de 23 de julio, F. 3.

⁴⁷ STC 87/2000, de 27 de marzo, F. 6. Doctrina posteriormente reiterada.

pretación y aplicación de las disposiciones legales» si bien ha añadido como modulación de lo anterior que el derecho fundamental a la tutela judicial si podría verse vulnerado si con una incorrecta selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales «se afecta al contenido de otros derechos fundamentales distintos al de tutela judicial efectiva».

Para el Tribunal Constitucional el control de la motivación en estos supuestos de afección de otros derechos fundamentales se habría de llevar a cabo de manera más intensa como consecuencia de que el derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra conectado con otro derecho fundamental.

Tal sería precisamente el supuesto de las extradiciones, pues se encuentran conectadas con el derecho fundamental a la libertad que puede verse afectado por la decisión judicial que declare procedente la extradición.

En este sentido, la Sentencia 147/1999, de 4 de agosto, recordó que «si el derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra conectado con otro derecho fundamental el canon de las exigencias derivadas del deber de motivación es más riguroso».

En el caso de la extradición tal conexión se produce con el derecho a la libertad (art. 17 CE), el derecho a la libertad de residencia y el derecho de entrada y salida del territorio del Estado (art. 19 CE).

Así, toda extradición supone indudablemente una restricción del derecho a la libertad constitucionalmente garantizado, como consecuencia de la privación de libertad que supone la entrega forzosa de una persona a las autoridades de otro Estado, restricción que sólo estaría permitida si la misma estuviese amparada en una Ley y además se cumpliera la condición que la propia Constitución establece en el artículo 13.3 para que se pueda producir tal restricción de la libertad, el cumplimiento del principio de reciprocidad por el Estado solicitante. La inevitable afección que produce la extradición sobre el derecho a la libertad ha sido admitida por el Tribunal Constitucional que ha considerado que «la declaración de procedencia de la extradición tendría efectos en el derecho del extranjero a permanecer en nuestro país»⁴⁸, derecho comprendido en el derecho a la libertad consagrado en el artículo 17 de la Constitución.

La afección que una autorización de extradición produce sobre el derecho fundamental de libertad tiene como consecuencia que el test a aplicar por el Tribunal Constitucional deba ser en estos casos más intenso que el test que se aplicaría por el Tribunal cuando aprecia, en general, si una resolución judicial ha vulnerado el derecho a obtener una resolución judicial fundada en Derecho (art. 24 CE).

Si bien el control a realizar por el Tribunal Constitucional –para comprobar si una infracción del principio de legalidad extradicional supone una vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva– ha de ser más

⁴⁸ STC de 4 de agosto de 1999, 147/1999, F. 3.

riguroso como consecuencia de la conexión que se produce con otros derechos, esencialmente con el derecho a la libertad del artículo 17, sin embargo, la jurisprudencia constitucional no parece admitir que toda vulneración por el juez ordinario del principio de legalidad extradicional sea susceptible de dar lugar a una estimación de un recurso de amparo por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Tampoco en estos supuestos el error (no patente) en la selección, interpretación e interpretación de la norma supone una automática vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

Recapitulando, la jurisprudencia constitucional se concreta, por tanto, en que, si bien cuando lo que se debate es en general la selección, interpretación y aplicación de un precepto legal por los jueces y tribunales ordinarios, tan sólo podrá considerarse que la resolución judicial impugnada vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva si el razonamiento que la funda incurre en tal grado de arbitrariedad, irrazonabilidad o error que, por su evidencia y contenido, sean tan manifiestos y graves que para cualquier observador resulte patente que la resolución, de hecho, carece de toda motivación⁴⁹, sin embargo, cuando se debate la selección, interpretación y aplicación de un precepto legal por los jueces y tribunales ordinarios estando afectado, por ejemplo, el derecho a la libertad personal en el proceso extradicional, sería aplicable, de acuerdo con la jurisprudencia, un canon de motivación reforzado. Canon de motivación reforzado que, en todo caso, no permite extender, la competencia del Tribunal Constitucional a comprobar el grado de acierto de las resoluciones judiciales o indicar la interpretación que deba darse a la legalidad ordinaria.

Es precisamente esta jurisprudencia la que lleva al Tribunal Constitucional a la desestimación mediante su sentencia de 30 de enero de 2006 del amparo planteado por considerarse que el Auto de 30 de diciembre de 2004 de la Audiencia Nacional ha fundamentado suficientemente su decisión.

Para el Tribunal Constitucional la decisión de la Audiencia Nacional de conceder la entrega a Francia de un nacional español que cometió unos hechos con anterioridad a noviembre de 1993, se habría basado en la disposición transitoria segunda de la Ley 3/2003, según la cual la citada Ley «será aplicable a las órdenes europeas de detención y entrega que se emitan con posterioridad a su entrada en vigor, aun cuando se refieren a hechos anteriores a la misma». Para el Tribunal tal decisión no se puede considerar que vulnere el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva pues la fundamentación no es arbitraria, ni fruto del mero voluntarismo del órgano judicial, por haber actuado al margen de todo fundamento jurídico. Para el Tribunal Constitucional tampoco cabe entender que la decisión esté fundada en error patente, puesto que la controversia se suscita respecto de una cuestión jurídica —la selección de la normativa aplicable—, siendo así que, con arreglo a la consolidada doctrina del Tribunal —recordada entre otras

⁴⁹ STC 195/2004, de 15 de noviembre, F. 2.

en la STC 26/2003, de 10 de febrero, F. 2—, para que se aprecie vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva como consecuencia de haber incurrido la resolución impugnada en error patente es preciso que «se trate de un yerro, de carácter fáctico, que sea patente, esto es, inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las propias actuaciones judiciales»⁵⁰.

Para el Tribunal Constitucional no es, por lo tanto, relevante la corrección o incorrección de la decisión si la resolución impugnada contiene las razones de juicio que permiten conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión. En el caso concreto al venir la decisión expresamente apoyada en la citada Disposición Transitoria de la Ley 3/2003, que permite la aplicación del procedimiento de euroorden a hechos anteriores a la entrada en vigor de la Ley, no se produciría una vulneración del artículo 24.1 CE.

Es evidente que la decisión de la Audiencia Nacional contenía las razones que fundamentan su decisión de entrega: la Disposición Transitoria de la Ley 3/2003 permite la entrega de un nacional español a Francia por hechos cometidos con anterioridad a la entrada en vigor de la propia Ley. Lo que ocurre es que estas razones no tienen en cuenta que por encima de la Ley se encuentra la Constitución que establece como condición para realizar una extradición o una entrega la existencia de reciprocidad.

La cierta indeterminación jurisprudencial en torno al concreto significado de lo que es una selección o interpretación de las normas arbitrarias, irrazonable o fruto del error patente permite al Tribunal Constitucional eludir la cuestión principal, la inexistencia de reciprocidad. En la Sentencia 30/2006, el Tribunal Constitucional somete a la autorización de entrega realizada por la Audiencia Nacional a un mero control formal de su razonabilidad y no a un control estricto de razonabilidad que incluya el control de su corrección cuando ello era jurídicamente posible hacerlo y no implicaba una apreciación de hechos sino de derecho.

Precisamente, en el caso concreto que se dilucidaba, se podía considerar que la fundamentación de la decisión en la Ley 3/2003 era arbitraria e irrazonable debido a la existencia de una condición constitucional, la reciprocidad, que no se ha incluido en la Ley 3/2003, y que debería haber llevado a la Audiencia Nacional a integrarla en la aplicación de la Ley o incluso a hacerle plantearse la constitucionalidad de la Ley misma mediante la interposición de una cuestión de inconstitucionalidad. En ausencia de planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad por el juez ordinario se le podía haber suscitado a la Sala del Tribunal Constitucional que resolvió el amparo la necesidad de plantear una autocuestión del artículo 55.2 de la LOTC al Pleno para dilucidar la constitucionalidad de la Ley 3/2003. Sin embargo, la desestimación del recurso ciega esta posibilidad.

⁵⁰ STC 30/2006, de 30 de enero.

Sea como fuere, incluso si aceptamos que no toda apreciación incorrecta de la reciprocidad supone una vulneración de un derecho fundamental, se hace necesario esclarecer entonces qué supuestos de infracción del principio de legalidad extradicional como consecuencia de una apreciación incorrecta de la existencia de reciprocidad pueden dar lugar a considerar que se está vulnerando el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Como hemos podido comprobar la jurisprudencia ha sostenido que vulneran el derecho fundamental del artículo 24 CE aquellos supuestos en los que la interpretación judicial incurra en «arbitrariedad, irrazonabilidad manifiesta o sean fruto de un error patente o, eventualmente, cuando estén en juego otros derechos o libertades de la persona cuya extradición se decide, en la medida en que quepa constatar que la selección e interpretación judiciales no han tomado en consideración entre sus parámetros su incidencia en dichos derechos o libertades».

Pero estos supuestos generales podríamos considerar que requieren de una mayor concreción, concreción que podría ir en la línea de considerar que se ocasionan siempre que se admita una extradición o entrega por las autoridades judiciales siendo, sin embargo, posible apreciar la inexistencia de reciprocidad a través de la mera comparación de las normas aplicables a las extradiciones en cada Estado, bien sean las normas internas o bien sean los Convenios apreciando la existencia de reservas. Evidentemente fuera de este supuesto se encontrarían todos aquellos supuestos de ausencia de reciprocidad que se producen como consecuencia de la interpretación concreta de las normas que puedan realizar las autoridades del Estado miembro solicitante; pues la apreciación en estos supuestos de la ausencia de reciprocidad es difícilmente realizable por un órgano jurisdiccional.

Lo que consideramos que debe ser un control más estricto por el Tribunal Constitucional de las decisiones judiciales que autorizan una entrega podría articularse bien mediante la adopción de un parámetro más estricto para controlar la razonabilidad de la motivación de la decisión judicial, bien, si el anterior expediente se estimara insuficiente, entrando a comprobarse por el Tribunal Constitucional la corrección misma de la interpretación realizada cuando ello es posible hacerlo jurídicamente. Esto último es algo que en sí mismo no debe escandalizarnos si asumimos que es algo que el Tribunal Constitucional realiza con normalidad en otros ámbitos como, por ejemplo, en el ámbito de las colisiones de dos derechos fundamentales como son la intimidad y la libertad de información, donde el Tribunal Constitucional no tiene ningún problema en entrar a revisar la interpretación realizada por la jurisdicción ordinaria. El propio Tribunal ha declarado que su enjuiciamiento en estos casos no debe limitarse a examinar la razonabilidad de la motivación de las resoluciones judiciales —ya que no se trata aquí de comprobar si dichas resoluciones han infringido o no el art. 24.1 CE por ser manifiestamente irrazonables, arbitrarias o incurrir en un error patente— sino de resolver un eventual conflicto entre el derecho fundamental al honor o a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE) y las libertades, tam-

bién fundamentales, de expresión e información [art. 20.1 a) y d) CE]. De suerte que lo que el Tribunal Constitucional ha de determinar en tales casos es «si se han vulnerado los derechos atendiendo al contenido que constitucionalmente corresponde a cada uno de ellos, aunque para este fin sea preciso utilizar criterios interpretativos distintos de los aplicados en la instancia ya que sus razones no vinculan a este Tribunal ni reducen su jurisdicción a la simple revisión de la motivación de las resoluciones judiciales»⁵¹.

Conforme a lo expuesto, la realización de un control constitucional más estricto de las decisiones judiciales que infringen el principio de reciprocidad y que implicase la comprobación de la corrección de las mismas estaría quizás más justificado situarlo en la perspectiva del derecho fundamental a la libertad del artículo 17 CE y no del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE. Precisamente la consideración de que la errónea apreciación judicial del principio de reciprocidad afecta al derecho a la tutela judicial efectiva ha permitido al Tribunal Constitucional «desentenderse» de la comprobación de la existencia real de la reciprocidad al tener únicamente que comprobar la razonabilidad de la motivación judicial, algo que, quizás, podría evitarse si se considerara que el derecho vulnerado por una errónea apreciación de la reciprocidad fuese directamente la libertad personal del artículo 17 CE.

Hay, finalmente, un segundo aspecto en la sentencia 30/2006 que merece la pena destacar. La jurisprudencia general del Tribunal Constitucional además de considerar que la infracción del principio de legalidad extradicional supondrá una vulneración del derecho fundamental consagrado en el artículo 24.1 cuando la decisión de extradición o entrega sea manifiestamente irrazonable, debida a un error patente o fruto de la arbitrariedad, viene considerando que sería posible imaginar un segundo supuesto de vulneración de un derecho fundamental: tal supuesto se produciría si la extradición comprometiese la salvaguarda de derechos fundamentales del reclamado en el país requirente.

En este sentido, la Sentencia 30/2006 comenta tal supuesto al afirmar que la previsión de que la extradición se conceda «atendiendo al principio de reciprocidad» (art. 13.3 CE) es una garantía de protección de determinados bienes jurídicos protegidos por el Derecho español y, muy en particular, los derechos del ciudadano sujeto a la entrega, por lo que, en consecuencia, sólo en caso de un posible menoscabo de esos derechos el principio de reciprocidad habría de ser activado como causa vinculante de denegación.

Ciertamente, el Tribunal Constitucional yerra al afirmar que únicamente en caso de un posible menoscabo de los derechos fundamentales por el país requirente pueda activarse el principio de reciprocidad, pues evidentemente tal principio también se activa como causa de denegación de una entrega incluso aunque el Estado requirente sea totalmente respetuoso con los derechos fundamentales. La reciprocidad no es una mera exigencia de

⁵¹ STC 180/1999, de 11 de octubre. F. 3.

respeto de los derechos fundamentales de los extraditados por el Estado requirente, que también, sino que es algo más: es una exigencia de correspondencia en el trato sin que tal correspondencia se vincule singularmente con el respeto de los derechos fundamentales por ese Estado requirente. Si un Estado plenamente respetuoso con los derechos fundamentales de los detenidos no extradita a sus nacionales, el principio de reciprocidad se activa como causa de denegación de las extradiciones de nacionales españoles a ese Estado sin que ello suponga poner en cuestión el respeto de los derechos fundamentales por ese Estado.

Ciertamente, la ausencia de respeto de los derechos fundamentales de los detenidos por el Estado requirente es uno de los motivos que puede llevar a la denegación de una entrega⁵², pero el principio de reciprocidad no se reduce únicamente a la comprobación de tal motivo como parece desprenderse de la lectura de la sentencia 30/2006.

La limitada interpretación del alcance del principio de reciprocidad lleva al Tribunal a afirmar una obviedad en la Sentencia 30/2006 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 los ciudadanos (en esos países), 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» (SSTC 87/2000, de 27 de marzo, F. 6; 102/2000, de 10 de abril, F. 8).

Lo anterior es uno de los argumentos que permite sostener al Tribunal Constitucional que la decisión de la Audiencia Nacional, razonablemente

⁵² No se puede negar que de acuerdo con la jurisprudencia constitucional a los tribunales españoles ha de serles imputable la eventual vulneración de los derechos fundamentales del extraditable en la medida en que tales tribunales, por la especial naturaleza del procedimiento de extradición, sean conscientes de una eventual vulneración de los derechos fundamentales del recurrente en el país de destino, y no la eviten con los medios de que disponen. Lo que supone que la responsabilidad de los órganos judiciales españoles por acción u omisión en los procedimientos de extradición no se limita a las consecuencias de su propia conducta (motivación de la decisión, salvaguarda de los derechos fundamentales del detenido). Para el Tribunal Constitucional el destino del extraditado no es ni puede ser indiferente para las autoridades del país requerido. Por ello, tales autoridades se encuentran obligadas a prevenir la vulneración de derechos fundamentales, que les vinculan como bases objetivas de nuestro ordenamiento, incluso si esa vulneración se espera de autoridades extranjeras. STC 13/1994, de 31 de enero, F. 4.

Así, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional constándoles a nuestros Tribunales vulneraciones de derechos fundamentales en el país de destino, «no podrían acceder a la extradición sin hacerse autores *eo ipso* de una nueva lesión contra los derechos del extranjero extraditado». Doctrina contenida en el voto particular del Magistrado Tomás y Valiente en la STC 11/1983, de 21 de febrero, posteriormente hecha suya por el Tribunal Constitucional.

motivada, de entregar a Francia a un ciudadano español no compromete derechos fundamentales del recurrente. Lo que ocurre es que la cuestión suscitada en el supuesto de hecho no era esa, la cuestión suscitada no era si Francia cumple con los derechos fundamentales, sino si Francia cumple con la condición constitucional de reciprocidad como consecuencia de no permitir la extradición de sus nacionales por hechos cometidos con anterioridad a noviembre de 1993. Cuestión esta que, sin embargo, no se responde pues el Tribunal Constitucional prefiere acogerse al argumento de la supuesta razonabilidad formal de la motivación de la decisión de la Audiencia Nacional, sin entrar en la corrección de la misma, dejando así sin protección efectiva los derechos fundamentales del recurrente.