

SECCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

8186 *Sala Segunda. Sentencia 43/2024, de 11 de marzo de 2024. Recurso de amparo 6218-2023. Promovido por don Fikri Boutajer respecto de los autos dictados por la Sección Segunda y el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que autorizaron su extradición a Marruecos. Supuesta vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva, de defensa, a un proceso con todas las garantías y a la libertad personal: STC 17/2024 (resoluciones judiciales que acuerdan la extradición a partir de una documentación que no permite poner en duda la necesidad y proporcionalidad de la decisión adoptada por la fiscalía de Marruecos de solicitar la entrega para asegurar el enjuiciamiento del afectado); inexistencia de lesión de los principios de doble incriminación y de non bis in idem. Voto particular.*

ECLI:ES:TC:2024:43

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por la magistrada doña Inmaculada Montalbán Huertas, presidenta, y las magistradas y magistrados doña María Luisa Balaguer Callejón, don Ramón Sáez Valcárcel, don Enrique Arnaldo Alcubilla, don César Tolosa Tribiño y doña Laura Díez Bueso, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 6218-2023, promovido por don Fikri Boutajer, representado por la procuradora de los tribunales doña María del Prado Prieto Navarro, asistido del letrado don Youssef Bouzrouti El Haddouchi, contra el auto núm. 325/2023, de 27 de junio de la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y contra el auto núm. 62/2023, de 21 de julio del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. Ha sido ponente la magistrada doña Laura Díez Bueso.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en este tribunal el día 27 de septiembre de 2023, la representación procesal de don Fikri Boutajer interpuso recurso de amparo contra el auto núm. 325/2023, de 27 de junio, de la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, dictado en el rollo núm. 19-2023, dimanante del procedimiento de extradición pasiva núm. 30-2023 del Juzgado Central de Instrucción núm. 2, y contra el auto núm. 62/2023, de 21 de julio, del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, dictado en el recurso de súplica núm. 60-2023, que confirmó el anterior.

2. El recurso de amparo se fundamenta en los siguientes hechos:

a) El fiscal del rey ante el Tribunal de Primera Instancia de Driuch (Marruecos) dictó el 12 de septiembre de 2022 orden internacional de búsqueda y captura contra el ahora

demandante de amparo, al que atribuía su implicación en un delito de tráfico de drogas, con los siguientes fundamentos:

«Se desprende globalmente de los atestados cumplidos por la policía judicial, el primero con fecha del 04/09/2020 bajo núm. 3423, el segundo con fecha del 20/09/2020 bajo núm. 809, el tercero el 21/09/2020 bajo núm. 812 por la Gendarmería de Boudinar, el cuarto con fecha del 03/10/2020 bajo núm. 840 por el Centro Judicial de la Gendarmería de Midar, y el quinto con fecha del 28/10/2020 bajo núm. 255 por la Brigada Nacional de Investigaciones Judiciales en Rabat, que con fecha del 04/09/2020 se incautaron una cantidad totalizando 4280 kilogramos de la droga de hachís y diecinueve bidones de treinta litros de gasolina en las costas dependientes de la zona 03 del centro de vigilancia 21, al nivel de Oued Amakran, comuna de Beni Marghnine, provincia de Driuch. Con fecha del 20/09/2020, se incautaron otra cantidad totalizando 1210 kilogramos de hachís cuarenta bidones de treinta litros de gasolina en las proximidades del centro de vigilancia núm. 16 en la zona dependiente del Pueblo de Ajdir, comuna de Old Amghar. En base a investigaciones minuciosas realizadas por los elementos encargados de investigaciones, los agentes y representantes de la autoridad local territorialmente competentes, así como por algunos habitantes de la zona e informadores con buena fe que no desearon divulgar sus identidades, les informaron que el individuo que se hizo cargo de traer las drogas incautadas sería el llamado Fikri Boutajer.

Llevando a cabo las instrucciones del Ministerio Fiscal se hizo traslado a la casa del denominado Fikri, que fue arrestado y metido bajo las formalidades de detención preventiva, con embargo de un coche 4x4 que conducía, de marca y modelo Rexton Ssangyong, matriculado bajo núm. 3855 A 76. Sometido dicho vehículo a una peritación cumplida por la brigada de identificación judicial, se averiguó que el coche estaba en situación irregular ya que su bastidor estaba completamente raspado. Interrogado sobre las drogas incautadas, negó cualquier enlace con las mismas, diciendo que no le pertenecía, reconociendo que dio un importe de cuarenta mil Dirham a los agentes de gendarmería para eludir que sea interrogado en cuanto a este asunto y así prevenir su implicación en este caso de drogas.

La Brigada Nacional de Investigaciones judiciales fue encomendada por este Ministerio Fiscal para abrir y profundizar las investigaciones sobre este caso de tenencia de drogas y tráfico internacional con las mismas, para al final, llegar a las identidades de los individuos involucrados, y luego ponerse en contacto con este Ministerio Fiscal, reconduciendo las investigaciones con el llamado Fikri Boutajer, que estaba detenido en la prisión local de Nador (02) en cuanto a los hechos de posesión y tenencia de drogas y tráfico internacional de drogas, por existencia de presunciones fuertes indicando su implicación en este caso, con realización de las formalidades forenses necesarias, y toma de contacto con este Ministerio Fiscal a la luz de los resultados de las indagaciones.

Al interrogar al primer acusado, Ahmed Ayaakoub preliminarmente, dijo que conoce al traficante de estupefacientes, llamado Fikri Boutaer, con él que se había encontrado en múltiples ocasiones antes del 03/09/2020, día de incautación de los 4280 kilogramos de hachís preparados para ser contrabandeados. Dijo que Fikri Boutajer le había solicitado ayuda para ello, haciendo la vista gorda hasta que llegue a la zona núm. 03 dependiente del Centro de Vigilancia núm. 21 Prime de las costas de Beni Marghnine, comuna de Beni Marghnine, Caidato de Boudinar –Beni Marghnine, Círculo del Rif, provincia de Driouch, ya que era agente de autoridad en cargo de vigilancia de dicha zona, pero que él siempre lo rechazaba tajantemente, que una semana antes del día 03/09/2020, Fikri Boutajer siguió insistiendo para solicitar su ayuda para que pueda pasar la droga, por lo que el dicente le prometió que iba a pensar en ello. El dicente dijo que se encontró con Fikri Boutajer de nuevo y que este último se lo solicitó de nuevo prometiéndole que iba a ganar mucho dinero de ello. El dicente dijo que se atrevió en ello por miedo de descubrimiento del caso por los demás vigilantes de los miembros de fuerzas auxiliares o de los agentes subalternos, pero que Fikri le aseguró que él lo había preparado todo con los intervinientes, sin darle nombres, diciéndole que iba a traer las drogas con fecha del 03/09/2020 en la mañana, ya que sabía que su turno de vigilancia y

el turno de vigilancia por el vehículo de las fuerzas auxiliares del lugar se acaba a las siete de la mañana. Le dijo también que iba a acceder a la zona a través del camino que vigilaba y que iba a meter las drogas entre los árboles para volver de noche y traerlas a las costas en las proximidades de la zona núm. 03. El dicente añadió que ante tal proposición y tal promesa en virtud de la cual Fikri Boutajer iba a darle un gran importe de dinero que no le había fijado, el dicente la aceptó, y que con fecha del 03/09/2020 en medio día recibió una llamada de la parte de los agentes subalternos Omar Derraz y Mustapha Koubaa informándole que estaban al tanto de este asunto de tráfico de drogas a favor del llamado Fikri Boutajer, y que ellos también eran participantes en ello. Les aconsejó que lo guardaran de secreto. Supo de ellos que algunos agricultores vieron en los alrededores de las 09:00 horas de la mañana un coche penetrando en el bosque a través del camino que él mismo vigilaba, que el coche era de modelo Sprinter, que dicho coche transportaba a muchos trabajadores y que descargaron los bultos de drogas en el bosque. El declarante dijo también que con fecha del 03/09/2020, en los alrededores de las 18:00 horas, dio una vuelta en el bosque donde se termina el camino de coches y que vio bultos de drogas. Dijo que regresó, fingiendo que no sabía nada. Dijo que a los alrededores de medianoche logró oír sonidos de pasos y de muchos individuos acudiendo al lugar donde estaban los bultos de drogas, por lo que supo que la operación estaba a punto de ser ejecutada, y que siguió su trabajo como si nada hubiera ocurrido. Dijo también que comunicó con los agentes subalternos Omar Derraz y Mustapha Koubaa, y que en los alrededores de las 02:30 horas de la mañana hubo mucho ruido y muchos gritos, habiéndose alzado las voces desde la zona núm. 03, por lo que supo que algo mal ocurrió. Dijo que recibió una llamada de la parte del Caid del Caidato informándole que algo ocurrió en el lugar y que tenía que aportar datos de ello, pero que él no se dirigió a la zona núm. 03, sino que se dirigió a la zona núm. 04 para alejar cualquier sospecha en su persona. Añadió que cuando llegó a la zona núm. 04, el agente de las fuerzas auxiliares que estaba allí le informó que se frustró una operación de tráfico de drogas, y que se comportó como si no supiera nada. El dicente afirmó que era la primera operación ejecutada por el llamado Fikri Boutajer a través del centro de vigilancia núm. 21 Prime del que se hacía cargo, que también era la primera operación en la cual él mismo tuvo parte, y que no recibió ninguna retribución por ello de la parte de Fikri Boutajer ya que la operación fue frustrada y este último arrestado. Dijo últimamente que no puede determinar si este último cumplió otras operaciones de tráfico de drogas pasando por otros centros de vigilancia.

Al interrogar al segundo acusado Mohamed Aqassou preliminarmente, dijo que estaba encarcelado en la prisión local de Nador en el marco de una instrucción en un caso de emigración clandestina, cuando recibió la visita de un abogado del que supo que el denominado Fayssal (Fikri Boutajer) le encomendó defenderle en el mismo caso. Mohamed Aqassou dijo que preguntó a dicho abogado quién era el denominado Fayssal, y que le respondió que todo lo que sabía era que un individuo llamado Fayssal le abonó sus honorarios y le encomendó defenderle en el caso. Mohamed Aqassou dijo que no se opuso a ello, especialmente que nadie de su familia mostró interés de él cuando estaba en cárcel. Dijo que cuando estaba en cárcel, recibió de la parte del denominado Fayssal un giro de mil Dirham y que al momento de abandonar el establecimiento penitenciario con fecha del 16/09/2020 un individuo a bordo de un coche 4x4 estaba esperándole, diciendo que se llama Fayssal y que le transportó hacia la ciudad de Nador, donde cenaron. Mohamed Aqassou añadió que este individuo le llevó a un hotel en el centro de la ciudad donde alquiló a su favor una habitación y le dio un importe de dinero que no recuerda con su número de teléfono, insistiendo en llamarle en caso de necesitar algo. Mohamed Aqassou dijo que se lo agradeció ya que le ofreció ayuda sin contrapartida. Mohamed Aqassou dijo que no obstante ello, este individuo le preguntó si seguía trabajando dentro del Grupo 38 de fuerzas auxiliares, y que respondió afirmativamente, aunque sabía que fue reasignado a otro lugar, y que el día siguiente le llamó para transportarle a la sede del Grupo 38 de fuerzas auxiliares, y que se despidió pretendiendo estar atareado. Dijo que estaba en comunicación por un tiempo con el

denominado Fayssal, a quien solicitaba demandar al abogado datos sobre el destino de su caso relativo a la emigración clandestina, y que sus comunicaciones con él se interrumpieron. Mohamed Aqassou añadió que el denominado Fayssal "Fikri Boutajer" le había dicho que algunos amigos suyos eran quien le encomendaron asistirle en su crisis sin que él le diera ninguna contrapartida. Mohamed Aqassou dijo últimamente que no tiene nada que ver con el tráfico de drogas.

Considerando que una certificación del procedimiento fue transferida a la Brigada Nacional de Investigaciones Judiciales, dependiente de la gendarmería por este Ministerio Fiscal para profundizar las indagaciones en los hechos del atestado núm. 255 del 28/10/2020, cumplido por dicha brigada, por vía de escucha de los llamados Mohamed Chakout y Ali Chakout y los dos agentes de fuerzas auxiliares Soufiane Benhalla y Adil Zouhri en cuanto a los acontecimientos del asunto, profundizando, de otra parte, las indagaciones con los agentes de fuerzas auxiliares Omar Derraz, Mustapha Koubaa y Kontiss Brahim a la luz de las declaraciones del agente subalterno Ahmed Ayaakoub, cumpliendo las investigaciones sociales y las peritaciones técnicas indispensables sobre los teléfonos móviles de dichos individuos, con publicación de una orden de búsqueda al nivel nacional contra Fikri Boutajer, volviendo a contactar al Ministerio Fiscal a la luz de los resultados de las investigaciones.

Ejecutando estas instrucciones, se procedió a la escucha preliminar del llamado Soufiane Benhalla, que fue afrontado a los resultados de las peritaciones realizadas en el marco de este caso, reconociendo que se había encontrado con el denominado Fayssal, del que no conocía el verdadero nombre "Fikri Boutajer", y que este último le solicitó una mediación con los demás agentes de fuerzas auxiliares para facilitar el contrabando internacional de drogas a su favor. Soufiane Benhalla añadió que después de tres días de este encuentro, informó al llamado Fayssal que ya había entregó su número de teléfono al agente de fuerzas auxiliares llamado Mohamed Aqassou, que era vice-jefe de del centro de vigilancia núm. 21, diciéndole que él iba a llamarle, por lo que el llamado Fayssal le dio un importe de cien Dirham.

Al interrogar al llamado Ali Chakout y afrontarle con los resultados de las peritaciones realizadas en el marco del caso, declaró que conoce al llamado Fikri Boutajer, que ya entró en comunicación telefónica con él en múltiples ocasiones por el parentesco que tiene con él. Interrogado en cuanto a las llamadas telefónicas que tuvo con el agente de fuerzas auxiliares Redwane, que era jefe del Centro de Vigilancia 21, adyacente al centro de vigilancia 21 Prime donde se incautaron los 4250 kilogramos de drogas en la noche del 03/09/2020 al 04/09/2020, que tuvieron lugar en la misma fecha de incautación de dicha cantidad, dijo que no recordaba el contenido de dichas llamadas. Afrontado a los resultados de la peritación técnica realizada sobre las estaciones de conexión telefónica, que afirman la contradicción de sus declaraciones en cuanto al lugar donde estaba el día de incautación de la cantidad de 1210 kilogramos de drogas en la noche del 19/09/2020 al 20/09/2020, dijo que no tenía respuestas.

Tomando en consideración que se desprende del informe informativo de la Brigada Nacional de Investigaciones Judiciales, dependiente de la Gendarmería Real núm. 25582/2MMPJ del 10/03/2022, que el llamado Fikri Boutajer abandonó el territorio nacional de manera ilícita hacia España según los datos facilitados por la comandancia regional de Gendarmería de Nador, y ello después de que fue citado para ser interrogado por dicha brigada.

Considerando que la necesidad de investigación en los hechos imputados al presunto precitado exige la emisión de una orden internacional de captura contra él mismo.»

b) El demandante fue detenido el 19 de febrero de 2023 en San Antoni de Portmany (Ibiza) y puesto a disposición del Juzgado Central de Instrucción núm. 2, que incoó el procedimiento de extradición pasiva núm. 30-2023, y acordó por auto de 20 de febrero de 2023, tras celebrar comparecencia del art. 505 de la Ley de enjuiciamiento criminal, su prisión provisional.

c) El 27 de marzo se recibió por vía diplomática la nota verbal de la Embajada de Marruecos núm. 611, de 16 de marzo de 2023, en la que se solicitaba del Ministerio de

Justicia de España la extradición del ahora recurrente en amparo, para el enjuiciamiento por delito de tenencia, transporte y tráfico de drogas, facilitación de uso de estas drogas a favor de otras personas a título oneroso, tentativa de exportación de droga al extranjero, haber tenido un convenio colectivo para cometer tales hechos, violación de las reglas relativas al movimiento y tenencia de drogas dentro de la circunscripción aduanera y complicidad en todo ello, lo que se acompañaba de la orden internacional de detención emitida por el fiscal, de un resumen de los hechos que reproducía los de la orden internacional de detención y de una relación de los preceptos legales aplicables.

d) El Consejo de ministros en sesión de 25 de abril de 2023 acordó, de conformidad con el art. 9.3 de la Ley 4/1985, de 21 de marzo, de extradición pasiva (en adelante, LEP), la continuación del procedimiento en vía judicial.

e) El reclamado fue oído en comparecencia del art. 12 LEP en el Juzgado Central de Instrucción núm. 2, oponiéndose a su extradición.

f) Elevados los autos a la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, esta inició el rollo de extradición núm. 19-2023 y dio vista del mismo, en los términos del art. 13 LEP, al fiscal y a la defensa del reclamado, para que formularan alegaciones. El fiscal interesó que se accediera a la solicitud de extradición, oponiéndose la defensa.

g) Celebrada la vista extradicional el 22 de junio de 2023, en la que el fiscal reiteró su opinión en sentido favorable a la petición de extradición y la defensa del demandante de amparo su oposición, la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional dictó el auto núm. 325/2023, de 27 de junio, por el que acordó acceder en fase jurisdiccional a la solicitud de extradición del actor por concurrir los presupuestos exigidos en el Convenio de Extradición entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, suscrito en Rabat el 24 de junio de 2009 (en adelante, convenio bilateral) y en la Ley de extradición pasiva, en particular los requisitos de doble incriminación y mínimo punitivo exigidos en el art. 2.1 del convenio bilateral, porque los hechos por los que se solicitaba la extradición eran constitutivos de un delito de tenencia, transporte y tráfico de drogas, facilitación de uso de estas drogas a favor de otras personas a título oneroso, tentativa de exportación de droga al extranjero, haber tenido un convenio colectivo para cometer tales hechos, violación de las reglas relativas al movimiento y tenencia de drogas dentro de la circunscripción aduanera y complicidad en todo ello, equivalente en nuestro ordenamiento penal a un delito contra la salud pública del art. 368 del Código penal.

h) Contra esta decisión el actor interpuso recurso de súplica, en el que alegó que la extradición se basaba en una orden internacional de detención expedida por el fiscal sin intervención alguna de autoridad judicial, por lo que no resultaba equiparable a una orden judicial de detención, ni a una sentencia condenatoria; invocaba en su apoyo la doctrina sentada en la STC 147/2020, de 19 de octubre, así como en la STC 147/2021, de 12 de julio, por estimarlas aplicables al caso, así como la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías del art. 24 CE en conexión con el derecho a la libertad personal (art. 17 CE). También adujo vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en relación con el requisito de doble incriminación, por cuanto los hechos relatados en la demanda extradicional no pueden subsumirse en un delito de tráfico de drogas, sino en un delito de cohecho activo.

El Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional dictó el auto núm. 62/2023, de 21 de julio, por el que desestimó el recurso de súplica.

La Sala expone las razones por las que considera que no es aplicable a este caso la STC 147/2020, de 19 de octubre, invocada en el recurso de súplica, ni la STC 147/2021, de 12 de julio. Afirma que la orden de detención emitida por el fiscal satisface los requisitos formales del art. 12.1 a) del Convenio bilateral de extradición, y según la información complementaria a la que se refiere el auto de 4 de junio de 2021, en el ordenamiento jurídico de aquel país el fiscal es uno de los componentes del poder judicial, tiene competencia para expedir órdenes internacionales de arresto, y estas

órdenes una vez emitidas no necesitan de ninguna legalización judicial, pues se consideran órdenes judiciales.

Añade que existe disparidad de hecho y de derecho entre los supuestos de extradición enjuiciados por este tribunal en el caso de Colombia (STC 147/2020, de 19 de octubre) y el ahora examinado de Marruecos. La Sala concluye que, en el caso de Marruecos, conforme a su legislación interna, la fiscalía marroquí forma parte del poder judicial, puede solicitar la extradición, no estando previsto que la solicitud pueda ser revisada por un juez. En consecuencia, la orden emitida por el fiscal cumple las exigencias del art. 12 del convenio bilateral. Por ello, concluye que el fiscal del Reino de Marruecos es autoridad competente en el derecho interno para emitir la orden internacional de detención y para solicitar formalmente la extradición, dándose a la misma eficacia de cara a constituir título válido, conforme al tratado, para otorgar la extradición, y ello sin necesidad de que la misma deba ser ratificada por el juez nacional.

En cuanto a la queja referida al quebrantamiento del principio de doble incriminación, la Sala rechaza que los hechos sean subsumibles en un cohecho activo ya enjuiciado y considera que el recurrente está siendo reclamado por un delito de tráfico de drogas que no ha sido todavía enjuiciado.

El auto va acompañado de un voto particular firmado por cuatro magistrados que consideran que no se ha aplicado correctamente la doctrina sentada en la STC 147/2020, en la que es esencial que se cumpla la garantía jurisdiccional de la libertad en el propio país solicitante de la extradición, mediante la homologación por un órgano judicial de la orden de detención.

3. El recurrente en amparo denuncia que se ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) su derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) y su derecho a la libertad personal (art. 17.3 CE), porque la orden de arresto de 12 de septiembre de 2022 emitida por el fiscal sustituto del rey de Marruecos carece de control judicial en origen. A su juicio, no se ha producido la necesaria concurrencia de una autoridad judicial, exigida en las SSTC 147/2020 y 147/2021, para garantizar la proporcionalidad de la solicitud de extradición. En segundo lugar, considera vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) en relación con el principio de doble incriminación. El demandante sostiene que no concurre el requisito de doble incriminación ya que, partiendo de una lectura global de la solicitud de extradición, la actuación que se le imputa es la de haber obtenido la colaboración de un agente de aduanas a cambio de dinero para efectuar el transporte de las sustancias estupefacientes y, por consiguiente, estos hechos deberían ser calificados como un delito de cohecho y no como un delito de tráfico de drogas, al margen de que al no existir la correspondiente figura delictiva en Marruecos, procedería denegar la extradición a este país.

4. La Sección Tercera del Tribunal Constitucional, por providencia de 23 de octubre de 2023, acordó admitir a trámite el recurso de amparo apreciando que concurre en el mismo una especial trascendencia constitucional [art. 50.1 de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional (en adelante, LOTC)], porque el recurso puede dar ocasión al Tribunal para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna [STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2 b)].

En la providencia se acordó, en aplicación de lo dispuesto en el art. 51 LOTC, dirigir atenta comunicación al Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, a fin de que, en plazo que no excediera de diez días, remitiera certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes al recurso de súplica núm. 60-2023. E igualmente a la Sala de lo Penal, Sección Segunda, de la Audiencia Nacional para que, en el mismo plazo, remitiera certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes al rollo de extradición núm. 19-2023, dimanante del procedimiento de extradición pasiva núm. 30-2023 del Juzgado Central de Instrucción núm. 2, debiendo previamente emplazarse, para que en el plazo de diez días pudieran comparecer, si lo deseasen, en el recurso de amparo a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, excepto la parte

recurrente en amparo. Se acordó, asimismo, conforme a lo solicitado por la parte recurrente, la apertura de la pieza separada de suspensión.

5. Recibidas las actuaciones de la Sección de la Sala de lo Penal así como del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, el 26 de julio de 2023 la Secretaría de Justicia de la Sala Segunda de este tribunal dictó diligencia de ordenación en la que acordaba dar vista de las mismas por un plazo común de veinte días a la parte recurrente y al Ministerio Fiscal, para que presentasen las alegaciones que estimasen pertinentes, conforme determina el art. 52.1 LOTC.

6. Por diligencia de ordenación de 23 de octubre de 2023 se concedió un plazo común de tres días a la parte recurrente y al Ministerio Fiscal para que alegasen lo que estimasen pertinente en la pieza separada de suspensión cautelar.

Por escrito presentado el 27 de octubre de 2023, la representación procesal del actor se ratificó en el contenido del otrosí de su demanda, alegando que en caso de no suspenderse la ejecución de la extradición se le ocasionaría el lógico perjuicio, con la consiguiente pérdida de la finalidad del recurso de amparo en caso de otorgarse.

Por escrito presentado el 7 de noviembre de 2023, el fiscal ante el Tribunal Constitucional presentó alegaciones en las que interesó que se accediera a la medida cautelar solicitada por apreciar la concurrencia de un perjuicio irreparable para el demandante en el supuesto de que se ejecutase la decisión judicial de autorizar su entrega extradicional al Reino de Marruecos, suspensión que no habría de extenderse a las medidas que pudieran adoptarse para garantizar que el demandante quedare a disposición de la justicia.

Por auto de 11 de diciembre de 2023, la Sala Segunda de este tribunal acordó la suspensión de la ejecución de las resoluciones judiciales impugnadas, circunscrita a la declaración judicial de procedencia de la extradición y sin perjuicio de las resoluciones judiciales que el tribunal competente pudiera adoptar para asegurar que el recurrente en amparo permanezca a disposición de la justicia. Se fundamenta la decisión en que la ejecución de los autos impugnados implicaría acceder en fase jurisdiccional, sin perjuicio de la última decisión sobre la entrega, que corresponde al Consejo de ministros, a la extradición del recurrente al Reino de Marruecos para ser enjuiciado por los delitos que se le imputan, por lo que, obviamente, de tal ejecución se le derivarían perjuicios personales de difícil reparación, siendo práctica constitucional reiterada la de acordar la suspensión de la ejecución de las resoluciones judiciales que acuerdan la extradición pues, en estos casos, si la persona requerida fuera entregada a las autoridades del Estado requirente perdería su finalidad el recurso de amparo que, en definitiva, tiene por objeto impedir su extradición.

7. Por escrito presentado el 14 de febrero de 2024, la representación procesal del actor formuló alegaciones, ratificándose íntegramente en lo expuesto en su escrito de demanda.

8. Por escrito presentado el 20 de febrero de 2024, el fiscal ante el Tribunal Constitucional presentó sus alegaciones, solicitando la desestimación del recurso de amparo.

Tras exponer las vicisitudes del procedimiento, el fiscal encuadra la primera cuestión suscitada en el recurso de amparo en la falta de habilitación legal de la solicitud de extradición formulada por el Reino de Marruecos, por cuanto se funda en una orden internacional de detención dictada por el fiscal del rey ante el Tribunal de Primera Instancia de Driuch, sin que exista una resolución judicial que la corrobore, considerando aplicable la doctrina de la reciente STC 17/2024, de 31 de enero.

El fiscal sostiene que, en este caso, la documentación remitida por las autoridades marroquíes contiene los elementos que integran tanto los hechos que se atribuyen al recurrente como la calificación jurídica de los mismos, constando igualmente las diligencias practicadas bajo la dirección del fiscal del rey. Tales elementos, además,

fueron analizados por las resoluciones impugnadas, llegando a la conclusión de la necesidad y proporcionalidad de la solicitud de entrega del reclamado para su enjuiciamiento, mediante la orden de una autoridad –el fiscal del rey– que tiene competencia equivalente a la de la autoridad judicial, sin necesidad, por tanto, de una adicional homologación judicial.

Finalmente, el fiscal analiza la segunda cuestión suscitada por el demandante de amparo, respecto al quebrantamiento de la doble incriminación. Así, partiendo de que en el procedimiento de extradición no cabe una revisión del proceso de subsunción de los hechos en los tipos penales de ambas legislaciones (ATC 412/2004, FJ 4), salvo que tal subsunción resulte ajena al significado posible de los términos de la norma, considera que los órganos jurisdiccionales españoles, al apreciar que los hechos son subsumibles en un delito contra la salud pública, han realizado una interpretación de las normas penales españolas que no desborda su posible contenido.

9. Por diligencia de ordenación de la Secretaría de Justicia de la Sala Segunda de este tribunal de 21 de febrero de 2024 se hace constar que el presente recurso de amparo queda pendiente para deliberación cuando por turno corresponda.

10. Mediante providencia de 7 de marzo de 2024, se señaló para deliberación y votación de la presente sentencia el día 11 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. Objeto del proceso y posición de las partes.

La demanda de amparo interesa la nulidad del auto núm. 325/2023, de 27 de junio, dictado por la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que acordó haber lugar en fase judicial a la extradición del demandante a Marruecos al objeto de ser enjuiciado por hechos constitutivos de tráfico de drogas, y del auto núm. 62/2023, de 21 de julio, dictado por el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que confirmó en súplica el anterior.

El recurrente aduce que las resoluciones judiciales impugnadas han vulnerado sus derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), y a la libertad personal (art. 17.3 CE), porque la orden de arresto de 12 de septiembre de 2022 emitida por el fiscal sustituto del rey de Marruecos, careció del necesario control judicial en origen exigido en las SSTC 147/2020, de 19 de octubre, y 147/2021, de 12 de julio para garantizar su necesidad y proporcionalidad. Asimismo, alega la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en relación con el principio de doble incriminación, pues, a su entender, los hechos no constituirían un delito de tráfico de drogas, sino uno de cohecho, sin equivalente en el ordenamiento jurídico-penal marroquí.

El fiscal ante el Tribunal Constitucional interesa la desestimación de la demanda.

2. Especial trascendencia constitucional.

La Sección Tercera del Tribunal Constitucional, por providencia de 23 de octubre de 2023, admitió a trámite el presente recurso de amparo apreciando la concurrencia de especial trascendencia constitucional (art. 50.1 LOTC) porque el recurso puede dar ocasión al Tribunal para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna [STC 155/2009, FJ 2 b)].

Como hemos expresado en la reciente STC 17/2024, de 31 de enero, «[d]esde la STC 9/2015, de 2 de febrero, FJ 3, hemos establecido que “constituye una exigencia de certeza que este tribunal explicita el cumplimiento de este requisito, haciendo así reconocibles los criterios de aplicación empleados al respecto por este tribunal [sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH) de 20 de enero de 2015, asunto Arribas Antón c. España]”, lo que también aconseja evitar la dispersión de criterios en asuntos que presentan una acusada identidad de objeto. Declaramos por

ello que, en la medida en que el presente recurso de amparo sitúa el fundamento impugnatorio en que las resoluciones de la Audiencia Nacional han vulnerado sus derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas las garantías, y a la libertad personal y de circulación (art. 24.1 y 2 CE, en conexión con los arts. 17 y 19 CE) por haber autorizado una solicitud de extradición remitida por el fiscal del rey ante el Tribunal de Apelación de Tánger carente de refrendo judicial, resulta especialmente idóneo para iniciar, si procede, un proceso de reflexión interna dirigido a aclarar o cambiar la doctrina sentada en las SSTC 147/2020 y 147/2021, necesidad reforzada por la reiteración de asuntos de extradición pasiva, procedentes del mismo país y de otros, que inciden en la misma cuestión, por lo que declaramos que la especial trascendencia constitucional del presente recurso de amparo debe quedar igualmente encuadrada en el supuesto de la letra b) de la STC 155/2009, de 25 de junio».

Pues bien, dado que el supuesto planteado en este recurso es similar, si no casi idéntico, al que valoramos en la STC 17/2024, ha de concluirse que goza de la misma especial trascendencia constitucional que observamos entonces, debiendo ser objeto del mismo proceso de reflexión interna.

3. Consideraciones previas. Orden de examen de las quejas.

Para determinar el orden de examen de las quejas articuladas por el actor debemos atenernos a los criterios expuestos en nuestra doctrina, según la cual, en el análisis de las diferentes lesiones alegadas ha de seguirse el criterio de «mayor retroacción» (SSTC 180/2015, de 7 de septiembre, FJ 3, y 102/2020, de 21 de septiembre, FJ 2), lo que implica conceder prioridad al examen de aquellas causas que, de prosperar, determinarían la retroacción a un momento procesal más antiguo y haría innecesario un pronunciamiento sobre las restantes (SSTC 152/2015, de 6 de julio, FJ 3; 56/2019, de 6 de mayo, FJ 2, 41/2020, de 9 de marzo, FJ 2, y 148/2023, de 6 de noviembre, FJ 2).

En las SSTC 115/2002, de 20 de mayo, FJ 3; 65/2003, de 7 de abril, FJ 2; 198/2003, de 10 de noviembre, FJ 3, o, más recientemente, en las SSTC 37/2018, de 23 de abril, FJ 2, y 78/2019, de 3 de junio, FJ 2, declaramos que corresponde a este tribunal, en función de las circunstancias concurrentes en cada supuesto concreto sometido a su consideración, determinar no solo el orden del examen de las quejas, sino también si resulta necesario o conveniente pronunciarse en la sentencia sobre todas las lesiones de derechos constitucionales denunciadas, en el caso de que ya se haya apreciado la concurrencia de alguna de ellas.

Siguiendo este criterio analizaremos, en primer lugar, la eventual vulneración de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) y a un procedimiento con todas las garantías (art. 24.2 CE) que se imputa a los órganos judiciales por haber accedido a una extradición que no contaba con un previo control judicial del país requirente. En caso de que no proceda la estimación de esta queja, procederemos al análisis de la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en relación con el principio de doble incriminación, en cuanto el demandante entiende que los hechos que se le imputan no constituirían un delito de tráfico de drogas, sino uno de cohecho, sin equivalente en el ordenamiento jurídico-penal marroquí.

4. La doctrina establecida en la STC 17/2024, de 31 de enero, sobre la tutela judicial de la libertad en los procedimientos de extradición pasiva.

En la reciente STC 17/2024, de 31 de enero, este tribunal ha aclarado que la doctrina fijada en las SSTC 147/2020 y 147/2021 sobre tutela judicial del derecho a la libertad en los procedimientos de extradición pasiva fija dos tipos de garantía. En primer lugar, una garantía básica, consistente en que el órgano judicial al examinar la petición de extradición verifique la imparcialidad de la autoridad que la ha emitido, tratándose de una garantía inherente al deber de motivación reforzada de una decisión que ha de afectar necesariamente a la esfera de la libertad personal del reclamado. Y, en segundo término, una garantía específica, consistente en que la solicitud venga refrendada por

una autoridad judicial desde el mismo país de origen, fundada en el art. 7.1 a) LEP, que es de directa aplicación en aquellos supuestos de ausencia de convenio extradicional con el Estado reclamante (STC 147/2021, FJ 4), pero que puede verse modulada en función de lo previsto en el convenio de extradición vigente entre las partes, al tratarse de una fuente normativa de aplicación preferente ex art. 1.1 LEP. Así debe afirmarse que, aun cuando sea una exigencia inherente a la tutela judicial efectiva del derecho a la libertad personal del *extraditurus* que nuestros tribunales verifiquen que la necesidad y proporcionalidad de la medida ha sido debidamente ponderada por un órgano judicial del país emisor, dicha intermediación judicial puede dispensarse excepcionalmente cuando concurren las siguientes exigencias:

- (i) Que se trate de un procedimiento de extradición regido por un convenio bilateral o multilateral que admita la posibilidad de que la petición de entrega pueda emanar de una autoridad no jurisdiccional.
- (ii) Que el país requirente suministre información suficientemente expresiva de que se trata de una autoridad que, conforme a su legislación interna, está facultada para emitir una solicitud de extradición en condiciones equivalentes a las de una autoridad judicial.
- (iii) Que el contenido de la solicitud y de la documentación anexa proporcione a los órganos judiciales españoles la información necesaria para verificar que la misma resulta necesaria y proporcionada.

5. Aplicación al caso de la doctrina constitucional expuesta.

La cuestión constitucional suscitada en este recurso en relación con el derecho fundamental a la libertad personal (art. 17 CE) y a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) es análoga a la que ya ha sido objeto de análisis por el Pleno de este tribunal en la STC 17/2024, en cuyos fundamentos jurídicos 3 y 4 se expusieron de manera pormenorizada las pautas de ponderación necesarias para determinar si en este tipo de supuestos se han vulnerado los citados derechos fundamentales y que han quedado reflejadas en el fundamento jurídico anterior.

En atención a ello, en este caso, al igual que en la STC 17/2024, el tribunal rechaza el planteamiento impugnatorio del demandante, pues el art. 12 a) del convenio bilateral de extradición no exige el dictado de una resolución judicial como punto de partida de la solicitud de entrega, por lo que la documentación remitida en apoyo de la solicitud de extradición no queda fuera de la cobertura legal conformada por las fuentes aplicables. Por otra parte, se observa que la información complementaria remitida por el Estado requirente es suficientemente expresiva de la integración de la fiscalía en el órgano judicial, de sus condiciones de imparcialidad y del valor equivalente que la legislación del país otorga a las órdenes internacionales de arresto emitidas por el fiscal respecto de las emitidas por un juez de instrucción en el ámbito de su competencia, lo que excluye la necesidad de su validación judicial.

En este sentido debemos recordar que la misión de los tribunales españoles se ha de limitar a depurar aquellas solicitudes de extradición que presenten indicios de falta de proporcionalidad o de fundamento, mediante el examen en concreto de las alegaciones y documentos aportados por la persona reclamada, y de las razones y documentos aportados por las autoridades requirentes junto con la petición de extradición o de aquellos otros que el tribunal español pueda solicitar como complemento de los anteriores.

Pues bien, en este caso, la documentación remitida por las autoridades marroquíes por vía diplomática, que incluye la orden internacional de detención y la solicitud de extradición expedidas por el fiscal del rey, contiene una exposición circunstanciada tanto de los hechos imputados al demandante de amparo como de su calificación jurídica y de las diligencias de investigación practicadas bajo la dirección de la fiscalía marroquí, en cuyo resultado se funda dicha imputación, en términos que no permiten poner en duda la necesidad y proporcionalidad de su decisión de solicitar su entrega para asegurar su enjuiciamiento. Procede por ello declarar que las resoluciones judiciales impugnadas, al

dar curso en vía jurisdiccional a dicha solicitud, no han vulnerado los derechos fundamentales sustantivos y procesales invocados en la demanda de amparo.

Por lo dicho, el motivo ha de ser desestimado.

6. La queja relativa a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el principio de doble incriminación.

La segunda vulneración que el recurrente imputa a las resoluciones impugnadas es la del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), por cuanto sostiene que, partiendo de una lectura global de la solicitud de extradición, la actuación que se le imputa es la de haber obtenido la colaboración de un agente de aduanas a cambio de dinero para efectuar el transporte de las sustancias estupefacientes. Para el demandante, estos hechos deberían ser calificados como un delito de cohecho y no como un delito de tráfico de drogas y, dado que no existe la correspondiente figura delictiva en Marruecos, procedería denegar su extradición, siendo que las garantías prestadas por Marruecos únicamente se han prestado para el delito de tráfico de drogas.

Ciertamente, el principio de la doble incriminación está incluido en el derecho fundamental a la legalidad penal (SSTC 11/1983, de 21 de febrero, y 102/1997, de 20 de mayo; AATC 95/1999, de 14 de abril, y 121/2000 de 16 de mayo) y su significado consiste en que el hecho sea delictivo y esté sancionado con una determinada penalidad en las legislaciones punitivas del Estado requirente y del Estado requerido (STC 102/1997 y ATC 23/1997 de 27 de enero), si bien no implica la identidad de penas en ambas legislaciones, sino que basta que se cumplan los mínimos penales previstos en las normas aplicables, en este caso los establecidos en el Convenio de Extradición entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, suscrito en Rabat el 24 de junio de 2009.

De conformidad con esta doctrina, no podemos apreciar en la respuesta judicial dada por las resoluciones judiciales impugnadas la lesión que invoca el recurrente, pues la Audiencia Nacional justifica el cumplimiento del principio de doble incriminación en el presente caso de forma razonable y suficientemente motivada, afirmando que el relato fáctico acogido en la demanda extradicional refleja perfectamente un delito de tráfico de drogas imputado al señor Boutajer, siendo que los hechos conexos que presuntamente serían constitutivos de cohecho ya habrían sido juzgados. Así aparece especificado por el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional al señalar que «[l]a mera lectura de las actuaciones, y en concreto de la nota verbal emitida por las autoridades marroquíes, descartan absolutamente esta interpretación, como así hace de forma detallada el auto recurrido. La nota verbal emitida por las autoridades marroquíes describe con detalle los hechos por los que se le reclama, y así, se le imputa ser el responsable de los hechos acaecidos en la noche del 3 y 4 de septiembre de 2020, hechos constitutivos de un delito de tráfico de drogas (se le imputa ser la persona responsable de la cantidad incautada el 4 de septiembre de 2020, esto es, 4280 kilogramos de hachís, diecinueve bidones de treinta litros de gasolina en las costas dependientes de la zona 03 del centro de vigilancia 21, al nivel de Oued Amakran, comuna de Beni Marghnine, provincia de Driuch). La referencia al delito de cohecho no es correcta. No se le reclama por tal delito, como tampoco ha sido enjuiciado por los hechos por los que ahora se le reclama, tal y como expone la resolución recurrida en el fundamento jurídico noveno. El delito de tráfico de drogas por el que se le reclama no ha sido enjuiciado, tal y como ya se puso de relieve por el Juzgado Central de Instrucción número 3 den el auto de 4 de mayo de 2023 al elevar la extradición a la Sala. Las sentencias aportadas por la defensa (sentencia 290 del 14/12/2020 dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Driouch, confirmada por la sentencia 609 de 20/05/2021 dictada por el Juzgado de Apelación de Nador) se condena por un delito de cohecho y por un delito de falsedad, hechos ocurridos el 20 de septiembre. Por los hechos por los que ahora se le reclama son anteriores, y como señala la resolución “no están prescritos”, al haber tenido lugar la noche del 3 al 4 de septiembre de 2020.

Por los mismos motivos expuestos, a la misma conclusión se llega con relación a la supuesta infracción del principio *non bis in idem*. Al no haber sido enjuiciados los

hechos por los que se le reclama, no se puede hablar de infracción del principio *non bis in idem* ni de cosa juzgada».

Como bien razona el fiscal, en el procedimiento de extradición no cabe una revisión del proceso de subsunción de los hechos en los tipos penales de ambas legislaciones, salvo que tal subsunción resulte ajena al significado posible de los términos de la norma (ATC 412/2004, de 2 de noviembre, FJ 4) y, en el presente caso, los órganos jurisdiccionales españoles, cuando han considerado los hechos subsumibles en un delito contra la salud pública, han realizado una interpretación de las normas penales españolas que no desborda su contenido. En los hechos que sustentan la demanda extradicional, además del logro de la connivencia de un funcionario para facilitar el transporte de la mercancía, se narra cómo se produce un traslado de 4250 kilos de hachís hasta un lugar intermedio, previo al previsto desplazamiento definitivo de la droga hasta la costa. Se hace así mención a una disponibilidad sobre la sustancia que está abarcada por el tenor literal posible del tipo penal.

En consecuencia, la queja debe ser desestimada.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución de la Nación española, ha decidido desestimar el presente recurso de amparo.

Publíquese esta sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a once de marzo de dos mil veinticuatro.—Inmaculada Montalbán Huertas.—María Luisa Balaguer Callejón.—Ramón Sáez Valcárcel.—Enrique Arnaldo Alcubilla.—César Tolosa Tribiño.—Laura Díez Bueso.—Firmado y rubricado.

Voto particular discrepante que formula el magistrado don Ramón Sáez Valcárcel a la sentencia que resuelve el recurso de amparo núm. 6218-2023

1. Expreso mi desacuerdo con la doctrina elaborada en la STC 17/2024, de 31 de enero, que aquí se aplica, al no haber podido intervenir en su elaboración por abstención (había participado en la resolución del recurso de súplica extradicional del que traía causa el recurso de amparo).

2. La STC 17/2024 ha venido a desactivar en el procedimiento de extradición pasiva de carácter procesal o cautelar —con finalidad de persecución penal— la garantía jurisdiccional de la privación de libertad del reclamado en relación con las decisiones que soportaban la petición de entrega en el Estado requirente, que habían establecido las SSTC 147/2020 y 147/2021. Para este fin el análisis del caso, en aquel recurso y en el que nos ocupa, abandona la perspectiva constitucional de la tutela judicial efectiva y el derecho al proceso con todas las garantías en conexión con el derecho a la libertad personal (arts. 24.1 y 2 y 17 CE), para adentrarse en un análisis de legalidad ordinaria acerca de los requerimientos documentales del Convenio bilateral de extradición entre España y Marruecos.

3. La doctrina que se ha dejado sin efecto afirmaba dos cosas: «que no hay garantía efectiva del derecho a la libertad sin una mediación judicial que controle la necesidad y proporcionalidad de la medida que le afecte» en la decisión que activó la extradición; y que cuando interviniera una autoridad pública no judicial, a la que la legislación del Estado requirente atribuyera participación en la administración de la justicia penal, como son las fiscalías, «demandará en todo caso la inexcusable concurrencia de una autoridad judicial incluso en aquellos casos en que sea incuestionable su independencia estructural del poder ejecutivo» (fundamento jurídico 3 de la STC 147/2021). Es decir, en la emisión de la extradición con fines procesales debería existir control judicial, único modo aceptable de entender que se ha respetado en

el proceso penal de origen el canon del juicio de proporcionalidad para la restricción de la libertad personal del reclamado. Pues, la extradición es un procedimiento auxiliar del proceso penal que se sigue en el Estado requirente, sede en la que se acuerda la privación de libertad de la persona objeto de la reclamación. Y ello, al margen del marco regulador de la extradición, ya fuera un convenio bilateral o, en su ausencia, la Ley de extradición pasiva (4/1985, de 21 de marzo), criterio que en aquellas dos sentencias no jugaba papel alguno. Es una interpretación de la STC 147/2021 –también las sentencias son objeto de interpretación– la afirmación de que resultó relevante en la decisión la aplicabilidad de la Ley de extradición al no existir tratado con Angola, ley que exige la remisión del auto de procesamiento y prisión o de una resolución análoga. La argumentación de las dos sentencias que elaboraron la doctrina que ahora se abandona era de carácter constitucional y desde la perspectiva del encuadre que del objeto del recurso se había hecho en los derechos a la tutela judicial efectiva y al proceso con todas las garantías en relación con la libertad personal, de los art. 24.1 y 2 y 17 CE.

4. La STC 17/2024, que ahora se aplica para desestimar el recurso, considera que la «garantía específica, consistente en que la solicitud venga refrendada por una autoridad judicial desde el mismo país de origen», que ya no considera fundada en el derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías en relación con la libertad personal (arts. 24.1 y 2 y 17 CE) sino en la Ley de extradición pasiva, «puede verse modulada en función de lo previsto en el convenio de extradición vigente entre las partes», de tal modo que la «intermediación judicial puede dispensarse excepcionalmente cuando concurran» tres requisitos, a saber, que el convenio admita la emisión de la solicitud de entrega por parte de una autoridad no judicial, que se acredite su competencia en el asunto y que la documentación proporcione al juez español la información suficiente para verificar que la misma resulta necesaria y proporcionada. Nada se dice acerca de cómo en el sistema continental de extradición –donde el juez de ejecución no puede enjuiciar la racionalidad y suficiencia indiciaria de la persecución penal que se sigue en el otro Estado– se puede acometer esa tarea de «verificación judicial» ni la documentación que debiera soportarla.

Se trata, a mi juicio, de una degradación de los requerimientos constitucionales del procedimiento de extradición pasiva. Lo pone de manifiesto que la doctrina de la que discrepo mencione la intervención del juez, la garantía jurisdiccional, como mero «refrendo judicial» o «mediación judicial», reduciendo la capacidad incisiva y de control que conlleva a lo que parece un acto de mera adhesión o convalidación.

5. La constitucionalización de la extradición en el art. 13 CE es un dato de especial trascendencia. Porque supone la transformación de la institución desde el paradigma del respeto a la soberanía en las relaciones entre Estados, la lucha contra la impunidad y la facilitación del ejercicio de la potestad punitiva, a la inserción de la extradición pasiva en el Estado de Derecho, con la consecuencia de someterla a los límites y vínculos que representan los derechos fundamentales, y con el reconocimiento de un estatuto jurídico de la persona reclamada, que goza plenamente de los derechos fundamentales y, entre ellos, de la garantía jurisdiccional de su libertad personal. De manera que la función del procedimiento de extradición pasiva ya no puede ser la de facilitar la entrega de una persona a otro Estado que le reclama para juzgarle o que cumpla condena, sino la protección y el amparo de los derechos fundamentales de la persona, derechos humanos que forman parte del orden público internacional y del principio de legalidad extradicional. Es más, el Estado requerido no puede eludir su responsabilidad por las vulneraciones previsibles de los derechos humanos del extraditado que tengan lugar en el Estado requirente con posterioridad a la entrega (STEDH de 7 de julio de 1989, asunto Soering c. Reino Unido, pár. 91, que ha propiciado la doctrina de la vulneración indirecta de los derechos fundamentales por la autoridad española que accediera a la entrega sin evaluar con el debido rigor los riesgos).

6. En este contexto de respeto y protección de los derechos fundamentales del reclamado, la exigencia de jurisdiccionalidad de la decisión del Estado de emisión de actuar la potestad de solicitar la entrega de un persona que se halla en España para perseguirle penalmente es una garantía mínima de protección de la libertad personal, porque condiciona de manera radical la capacidad del juez de la extradición pasiva para ejercer su función de guardián de los derechos fundamentales del extraditando y examinar la necesidad y proporcionalidad de la privación de libertad que provoca su admisión.

Es importante distinguir la extradición procesal que nos ocupa, con fines de persecución penal o de enjuiciamiento, de la extradición ejecutiva que tiene por objeto el cumplimiento de una pena, pues en este supuesto no se plantea problema de control judicial. Porque la tramitación de la extradición pasiva conlleva la privación de libertad del reclamado –en uno u otro momento, a veces desde que se recibe preventivamente la orden policial de detención y durante meses–, sin que el Estado requerido pueda entrar a valorar en el sistema continental, al que responde nuestro modelo, si la persecución penal está suficientemente fundada, si está indiciariamente justificada, si persigue un fin legítimo, si es adecuada al mencionado fin, necesaria y estrictamente proporcionada y, por lo tanto, se puede descartar que sea una decisión arbitraria. El juicio cautelar o *prima facie* del juez de ejecución de la extradición pasiva tiene un ámbito muy limitado. De ahí que resulte imprescindible a efectos de otorgar legitimidad al proceso que se implante la garantía jurisdiccional en algún momento del planteamiento de la petición extradicional, ya sea al emitir la orden de detención internacional o en la formulación de la demanda de entrega, por la escasa capacidad de la intervención judicial en sede de ejecución que no puede remediar la ausencia de la garantía en la petición de cooperación. Aquí, de manera evidente, la jurisdiccionalidad de la decisión funciona como garantía de libertad y como prevención frente a persecuciones arbitrarias.

7. Buena demostración de la imposibilidad de llevar a cabo la tercera exigencia que establece la nueva doctrina (que la solicitud y la documentación proporcionen información suficiente para verificar que la misma resulta necesaria y proporcionada) a la vista de los requerimientos documentales de la extradición que –de manera homogénea establecen, en este punto, la ley y los convenios bilaterales– es que nuestras sentencias, en aquel recurso de amparo y en estos a los que se aplica, se limiten a afirmar apodícticamente que la orden de detención y la solicitud de extradición del fiscal del Estado de emisión contienen una exposición circunstanciada de los hechos imputados, de la calificación jurídica y de las diligencias de investigación «en términos que no permiten poner en duda la necesidad y proporcionalidad de su decisión». Necesidad y proporcionalidad que no se suponen, sino que deben ser la conclusión del juicio que demandan. Además, sobre una decisión que implica la privación de libertad de la persona reclamada. No creo que un acta forense que ofrece sencillamente un relato de hechos y la tipificación de las conductas permita al juez de la extradición pasiva efectuar el control que requiere la garantía jurisdiccional, en esta sede, de la limitación del derecho a la libertad personal. La garantía jurisdiccional ha quedado desactivada, el juez no puede realizar un verdadero control de proporcionalidad de la privación de libertad del reclamado que proteja a la persona de decisiones arbitrarias (STEDH de 24 de marzo de 2015, asunto Gallardo Sánchez c. Italia, párr. 39).

8. Por último, solo dejar constancia en el plano de análisis de legalidad ordinaria en que se desenvuelve la sentencia de la que discrepo, que si cierto es que el art. 12 a) del Convenio bilateral de extradición no exige resolución judicial para la reclamación cautelar, puede entenderse que va de suyo porque la norma prevé en su art. 1 el compromiso de las partes de entregarse recíprocamente a las personas que se encuentren en su territorio y «sean procesadas por un delito», requerimiento que reproduce en el art. 2.1 al establecer los principios del mínimo punitivo y de doble incriminación («[s]erán objeto de extradición [...] [l]as personas que sean procesadas por hechos que, según las legislaciones de los dos Estados, estén castigados con una pena privativa de libertad de dos años de duración como mínimo»). El tenor literal del texto identifica una institución, la

del procesamiento, que en nuestro ordenamiento jurídico remite al intérprete a una resolución judicial que formaliza la imputación, no a la decisión de una autoridad no jurisdiccional. Por lo tanto, no se puede descartar que el convenio no obligue a la intervención del juez en algún momento de la emisión del pedido extradicional.

Y en este sentido emito mi voto particular.

Madrid, a once de marzo de dos mil veinticuatro.–Ramón Sáez Valcárcel.–Firmado y rubricado.