

SECCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

14725 *Sala Segunda. Sentencia 104/2019, de 16 de septiembre de 2019. Recurso de amparo 196-2019. Promovido por don Shane Kenneth Looker en relación con el acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de diciembre de 2018 que decidió su entrega en extradición al Reino de Tailandia. Alegada vulneración de los derechos a la vida, a no sufrir penas o tratos inhumanos o degradantes y a un proceso con todas las garantías: inadmisión del recurso de amparo interpuesto extemporáneamente y con error en su objeto. Voto particular.*

ECLI:ES:TC:2019:104.

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por la magistrada doña Encarnación Roca Trías, presidenta y los magistrados don Fernando Valdés Dal-Ré, don Juan Antonio Xiol Ríos, don Pedro José González-Trevijano Sánchez, don Antonio Narváez Rodríguez y don Ricardo Enríquez Sancho, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 196-2019, promovido por don Shane Kenneth Looker, contra el acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de diciembre de 2018 que acordó su entrega en extradición al Reino de Tailandia. Han intervenido el abogado del Estado y el Ministerio Fiscal. Ha sido ponente el magistrado don Antonio Narváez Rodríguez.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito que tuvo entrada en este Tribunal el día 10 de enero de 2019, la procuradora de los tribunales doña Inmaculada Guzmán Altuna, en nombre y representación de don Shane Kenneth Looker, interpuso recurso de amparo por vulneración de sus derechos a la vida, a no ser sometido a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes, así como a un proceso justo, contra el acuerdo del Consejo de Ministros citado en el encabezamiento.

2. La demanda trae causa de los siguientes hechos:

a) El Consejo de Ministros acordó el 18 de marzo de 2016 la continuación del procedimiento de extradición del demandante de amparo solicitada en virtud de nota verbal núm. 162 de la embajada de Tailandia en España de 26 de febrero de 2016, basada en la orden internacional de detención núm. 62-2558 emitida por la corte de la provincia de Kanchanaburi (Tailandia) el día 28 de enero de 2015, en la que se atribuía al actor la comisión de sendos delitos de asesinato y ocultación del cadáver tipificados en los arts. 199 y 288 del código penal tailandés. En la documentación se decía que el actor, del que se tenía conocimiento que residía en Ibiza, habría asesinado a una mujer el día 1 de noviembre de 2014 en un hotel de Bangkok, y se habría desecho posteriormente del cadáver arrojándolo, en el interior de una maleta, al río MaeKlong, en la provincia de Kanchanaburi, del que sería recuperado el día 6 de noviembre de 2014. Un informe de la fiscalía de Tailandia ilustraba que el art. 288 del código penal tailandés castiga a quien mata a otro «con la pena de muerte, cadena perpetua o encarcelación

entre quince y veinte años». En la solicitud se decía que «si el Reino de España desea asegurarse de que en caso se permita la extradición del Sr. Looker a Tailandia, y el tribunal tailandés declara la pena de muerte, no se le aplicara la misma. Se ruega se informe al gobierno tailandés para proceder a la aseguración de dicho acto».

Turnado el asunto al Juzgado Central de Instrucción núm. 3, este acordó por auto de 23 de marzo de 2016 incoar el procedimiento de extradición pasiva núm. 12-2016 y librar oficio a la policía judicial para la averiguación del domicilio del reclamado en España, averiguación que, al resultar infructuosa, motivó que el órgano judicial dictara seguidamente auto de 25 de abril de 2016 ordenando su busca, captura e ingreso en prisión, librando requisitorias de ámbito nacional.

El día 8 de junio de 2017, el actor fue localizado y detenido por agentes de la Guardia Civil en la localidad de Sant Josep de Sa Talala, Ibiza, y conducido al Juzgado de Instrucción núm. 3 de Ibiza, que se hallaba en funciones de guardia. El Juzgado Central de Instrucción núm. 3 celebró ese mismo día, mediante videoconferencia con el auxilio del juzgado de Ibiza, la comparecencia del art. 8 de la Ley de extradición pasiva (LEP), así como del art. 505 de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECrim), acordando su prisión provisional comunicada y sin fianza, mediante auto dictado el mismo día, así como la vista del art. 12 LEP, en la que el actor se pronunció en el sentido de que no aceptaba la extradición ni renunciaba al principio de especialidad.

b) Elevadas las actuaciones el 20 de junio de 2017 a la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, quedaron registradas como rollo de extradición núm. 61-2017, de las que se dio traslado al Ministerio Fiscal, que emitió informe el día 5 de julio siguiente en sentido favorable a la entrega. Posteriormente, por auto de 31 de julio de 2017, la referida sección tercera acordó suspender provisionalmente el procedimiento para, en aplicación de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de septiembre de 2016, asunto *Aleksei Petruhin*, C-182/15, remitir a la autoridad central de Inglaterra copia de la documentación extradicional, al objeto de que esta manifestara si interesaba el enjuiciamiento de su nacional por estos hechos, debiendo, en su caso, remitir orden europea de entrega en un plazo de 45 días desde que tuviera constancia de esta resolución. Mediante providencia de 1 de diciembre de 2018, la Sección Tercera acordó alzar la suspensión, por haber vencido el plazo sin haber recibido contestación de las autoridades inglesas, y fijó como fecha para la celebración de la vista extradicional del art. 14 LEP el día 18 de diciembre de 2017, en el que se celebró la misma.

Días más tarde, concretamente el 26 de diciembre de 2017 el tribunal recibió comunicación por mediación de la oficina «Sirene» en el sentido de que las autoridades del Reino Unido no estaban interesadas en la entrega del actor y no iban a solicitar su extradición. Y, ulteriormente, el 11 de enero de 2018, tuvo entrada en el órgano judicial, a través del ministerio de Justicia, copia de la nota verbal núm. 233, de 15 de septiembre de 2017, relativa a la extradición del actor, en la que la embajada británica manifestaba que, a la vista de que la ley española de extradición pasiva afirma que una solicitud no será concedida si el Estado requirente no da garantías de que la persona reclamada no será ejecutada o sujeta a penas que atenten a su integridad corporal, o a tratos inhumanos o degradantes, y que el Estado requirente tiene que dar garantías suficientes de que la pena de muerte no sería llevada a cabo, «agradecería que las autoridades judiciales pertinentes en España confirmaran que tales garantías serán obtenidas antes de tomar una decisión judicial en España sobre la solicitud y la entrega del Sr. Looker a Tailandia [...] Tailandia retiene la pena de muerte cuando se trata del delito de asesinato. Por lo tanto, el Gobierno Británico se opondría a cualquier proceso que podría resultar en que el Sr. Looker volviera a Tailandia a menos que Tailandia diera garantías específicas que las autoridades tailandeses no impondrían la pena de muerte».

La Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional dictó el auto núm. 1/2018, de 16 de enero, por el que autorizó la entrega del reclamado, al considerar que la petición de extradición de Tailandia cumplía los requisitos materiales y formales de la Ley de extradición pasiva, y respondía al principio de reciprocidad. El tribunal

desestimó el planteamiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en orden a aclarar determinados aspectos derivables de la doctrina Petruhinn, como le había sido solicitado la representación del sr. Kenneth Looker, y desechó que existieran elementos objetivos indicativos de que el actor pudiera sufrir tratos inhumanos o degradantes en la prisión en Tailandia o un trato discriminatorio por su condición de extranjero (fundamento jurídico octavo), si llegaba a ser trasladado a aquel país. Asimismo, a la vista de las penas imponibles en el país requirente el tribunal estableció «en orden a prestar al reclamado la protección requerida por el TC español, CEDH y TEDH, que no existe obstáculo jurídico alguno para proceder a la extradición si el órgano competente de Tailandia presta a través del gobierno tailandés garantía previa de que en caso de condena a la pena de muerte a Shane Kenneth Looker, si le es impuesta no se ejecutará. Si le es impuesta la cadena perpetua, esta no será indefectiblemente de por vida, sino que será revisada en el transcurso de su ejecución. Y si no tuviere la legislación tailandesa normas revisoras de la pena de cadena perpetua, ello implicará, que solo se concede la extradición si la pena que se imponga y se ejecute es la privación de libertad según su art. 199 y 288 del CP (entre 15 y 20 años)» (fundamento de derecho noveno, subrayado en el original). Consecuentemente, la parte dispositiva de la resolución condicionó la extradición a la recepción en el plazo de cuarenta y cinco días por vía diplomática de las autoridades de Tailandia la prestación de tales garantías.

c) Notificado el auto a la representación procesal del actor, esta presentó escrito el día 19 de enero del 2018 en el que solicitó la suspensión del plazo para recurrir en súplica la anterior resolución hasta que se recibiese la contestación de las autoridades tailandesas al requerimiento de prestación de las garantías, pues entendía que, solo cuando estuvieran a disposición de las partes, sería posible impugnar en el recurso su suficiencia y, eventualmente, agotar la vía judicial, antes de acudir a los órganos de garantía de los derechos fundamentales (Tribunal Constitucional y Tribunal Europeo de Derechos Humanos). La Sección Tercera, por providencia de 25 de enero de 2018, rechazó esta solicitud «en cuanto que las garantías solicitadas al Reino de Tailandia deberán ser efectivamente prestadas cuando en su caso sea firme el auto que las establezca». Interpuesto recurso de súplica contra aquella providencia, la Sección Tercera lo inadmitió por providencia de 15 de febrero siguiente, al tratarse de una resolución de mero trámite e irrecurrible «máxime cuando no genera indefensión a la parte ya que, en caso de confirmarse el auto extradicional y otorgarse las garantías que en él se exigen por Tailandia se dará trámite de alegaciones al Ministerio Fiscal y defensa antes de pronunciarse sobre la suficiencia de las mismas».

El actor presentó el día 30 de enero de 2018 escrito de interposición de recurso de súplica contra el auto de 16 de enero anterior, en el que, tras reiterar solicitud de planteamiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, afirmaba que garantías diplomáticas como las solicitadas en el auto impugnado no alcanzarían los estándares exigidos en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para precaver el riesgo de sufrir torturas, o penas y tratos inhumanos o degradantes ante decisiones de extradición, expulsión o deportación. Con cita de los asuntos Othman, Trabelsi y López Elorza, instaba la nulidad del auto recurrido, con retroacción de actuaciones, en base a la indefensión que afirmaba haber sufrido por no haberse suspendido el trámite del recurso hasta la recepción de las garantías que pudiera prestar las autoridades tailandesas, al objeto de poder formular alegaciones sobre las mismas; además, sostenía que España podía afirmar su jurisdicción para el enjuiciamiento del reclamado, toda vez que el mismo tenía residencia habitual en España, en base al art. 23.4, I) de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) y al Convenio del Consejo de Europa de 11 de mayo de 2011, sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica. En último término, alegaba la infracción del principio de doble incriminación respecto del delito de ocultación de cadáver.

El recurso de súplica fue estimado parcialmente por el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en auto núm. 125/2018, de 21 de marzo (rollo núm. 133-2018), pero únicamente en lo relativo a la exclusión del cargo de ocultación de cadáver, que, en España, constituiría un acto de autoencubrimiento impune, en virtud del principio de doble incriminación enunciado en el art. 2 LEP. El Pleno, por el contrario, valida los razonamientos del auto suplicado en cuanto a la falta de elementos objetivos para apreciar la existencia de un riesgo concreto en el actor de sufrir tratos inhumanos o degradantes. Sobre la posibilidad de que se le aplique la pena de muerte o cadena perpetua, remite a las garantías diplomáticas establecidas en la parte dispositiva de la resolución. Acuerda por ello «la procedencia en vía jurisdiccional de la extradición, y sin perjuicio de la última decisión que corresponde al Gobierno de la Nación, del ciudadano británico Shane Kenneth Looker a Tailandia sólo para ser enjuiciado por el hecho de dar muerte a una persona (y no por la ocultación de su cadáver, que no es delito autónomo en España), y siempre que este país preste la garantía previa, en el plazo de 45 días desde que la resolución tenga entrada en la embajada de España (lo que se comunicará con el recibí correspondiente), de que si Kenneth Looker es condenado a la pena de muerte, esta (la muerte) no será ejecutada y si es condenado a la de cadena perpetua, esta no será indefectiblemente de por vida, debiendo ser revisada en el trascurso de su ejecución, conforme a su legislación, y si Tailandia no tuviere normas legales para una efectiva revisión de la pena de cadena perpetua, la única pena a imponer, por consiguiente, y a ejecutar, sería la de 15 a 20 años de prisión, confirmando el resto de la resolución impugnada».

Dos magistrados emitieron voto particular discrepante de la mayoría, al entender que existía una situación concreta de riesgo de vulneración indirecta de los derechos fundamentales del reclamado porque el Estado reclamante, con el que no existe tratado de extradición, tiene un sistema jurídico político no homologable con una democracia constitucional, ha suspendido la legalidad internacional y vulnera de manera sistemática y persistente los derechos humanos básicos.

d) El demandante de amparo, por medio de escrito presentado el día 30 de abril de 2018, promovió incidente extraordinario de nulidad de actuaciones en el que alegó que el auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional había vulnerado ex novo su derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, en relación con el derecho fundamental a no recibir penas o tratos inhumanos o degradantes, el derecho a un juicio justo con todas las garantías, el derecho a la legalidad penal y a la libertad, por incurrir en determinados defectos y omisiones argumentales al dar contestación a las pretensiones deducidas en el recurso de súplica, incidente que fue inadmitido por providencia del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 25 de mayo de 2018.

La representación procesal del actor, el día 11 de julio de 2018, presentó recurso de amparo en el registro general de este Tribunal, haciéndolo contra las anteriores resoluciones judiciales, que quedó registrado con el núm. 3976-2018, si bien fue inadmitido a trámite por providencia de 26 de julio de 2018 de la Sección Primera de este Tribunal «dada la manifiesta inexistencia de violación de un derecho fundamental tutelable en amparo, violación que, de acuerdo con el art. 44.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), es condición para que este Tribunal pueda ejercer dicha tutela».

e) Paralelamente a la tramitación y resolución del incidente de nulidad antes citado y, en fechas también anteriores a la presentación del precitado recurso de amparo 3976-2018, la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional había recibido el día 11 de mayo de 2018 copia de la nota verbal 49001-83 de 22 de marzo de 2018, en la que la embajada de Tailandia informaba al ministerio de Justicia de que «el Gobierno Real de Tailandia pedirá la cadena perpetua en lugar de la pena de muerte, de acuerdo con las provisiones legales actualmente en vigor, para asegurar que el Sr. Shane Kenneth Looker no sea condenado a muerte. Si el Tribunal impone la pena

de muerte en su sentencia, el Gobierno Real de Tailandia emitirá su recomendación para un Perdón Real».

Igualmente, el día 29 de junio siguiente la Sección Tercera volvió a recibir la copia de una segunda nota verbal, la 49001-430 en la que las autoridades tailandesas declaraban que, en caso de condena a cadena perpetua, la misma sería revisable conforme a los arts. 259 a 267 del código de procedimiento criminal tailandés. La Sección Tercera solicitó la traducción del texto de aquellos preceptos, que la embajada de Tailandia remitió el día 12 de julio de 2018, junto con información complementaria sobre el procedimiento de petición y concesión del perdón real, resultando ser preceptos comprendidos en la sección séptima del código de procedimiento criminal, bajo el epígrafe «Perdón Real, conmutación y reducción de penas», que lo que regulan es la prerrogativa real de indulto, susceptible de ser cursado como petición individual, normalmente a través del director de la cárcel y el ministerio de Justicia de Tailandia, que lo debe informar.

En dicha documentación se destaca que el Consejo de Ministros, cuando lo considere apropiado, puede remitir al rey una recomendación para la concesión del perdón real a la persona condenada (art. 261 bis) y que el perdón real puede ser incondicional y afectar a toda la pena, o adquirir la forma de conmutación o reducción de la pena (art. 265). En el informe complementario se explica que el perdón real individual se concede sobre la base de un procedimiento rutinario y que toda persona condenada o todo interesado, entre los que se incluyen padres, descendientes, cónyuges y representantes diplomáticos, que deseen dirigir una petición de perdón real a su majestad el rey pueden presentar dicha petición a través de los canales oficiales.

f) La Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, por providencia de 12 de julio de 2018, dio traslado a las partes para que formularan alegaciones sobre las comunicaciones recibidas. La representación del actor evacuó el trámite, por medio de escrito presentado el día 19 de julio de 2018, en el que, entre otros motivos, adujo que lo manifestado por las autoridades tailandesas no garantizaba el cumplimiento de las condiciones exigidas en los autos de 16 de enero y 21 de marzo de 2018, por lo que procedía la denegación de la extradición, sin perjuicio de mantener como alegación subsidiaria que las garantías diplomáticas no son por sí mismas adecuadas para precaver el riesgo de vulneración de los derechos fundamentales invocados.

El día 25 de julio de 2018 tuvo entrada en la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional copia de la nota verbal núm. 131 de la embajada británica en la que manifestaba su interés en el asunto y se pronunciaba en estos términos: «las autoridades tailandesas han proporcionado información sobre la ley, que establece el proceso mediante el cual se puede solicitar y conceder el indulto real, es decir, el Gobierno Real de Tailandia y el Ministro de Justicia pueden apoyar una solicitud recomendando un indulto al Rey de Tailandia. Sin embargo, parece que el Gobierno Real de Tailandia no puede garantizar que la pena de muerte no se imponga ni se lleve a cabo bajo ninguna circunstancia [...] la Embajada Británica agradecería a las autoridades españolas competentes que confirmen si consideran que la información proporcionada por las autoridades tailandesas es suficiente para cumplir con la solicitud de garantías; que, si es encontrado culpable, el Sr. Looker no estará sujeto a la condena de la pena de muerte en Tailandia bajo ninguna circunstancia».

La sección de referencia dictó auto el día 31 de julio de 2018, por el que accedió a la extradición en el entendimiento de que Tailandia había ofrecido las garantías solicitadas, argumentando lo siguiente:

i) Respecto de la pena de muerte, considera suficientes las garantías prestadas por el Reino de Tailandia, porque «en caso de ser impuesta se da a entender que no se ejecutará».

ii) Respecto de la cadena perpetua, afirma que la legislación tailandesa establece lo necesario para que no sea indefectiblemente de por vida, dada la documentación relativa a la legislación aplicable a través del perdón real individual, «por lo que se cumplen los

requisitos exigidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto a lo que se requiere para que una pena no tenga la consideración de inhumana o degradante. Por lo que las dos penas que en sí mismas suscitaban el necesario otorgamiento de las garantías que se consideran prestadas, el Tribunal entiende que debe accederse, por consiguiente, a la extradición».

En su parte dispositiva acuerda «[a]cceder a la extradición de Shanne Kenneth Looker por considerar que Tailandia ofrece las garantías solicitadas de que en ningún caso se ejecutará la pena de muerte al recomendar el Gobierno de Tailandia el Perdón Real, pidiendo para el castigo del reclamado la pena de cadena perpetua en pena de cadena perpetua, que es revisable también a través del poder Real, cumpliendo la legislación tailandesa».

El actor interpuso recurso de súplica, que fue tramitado y resuelto por la misma Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que lo desestimó por auto de 12 de septiembre de 2018. En dicha resolución se afirma que «[e]n cuanto al cumplimiento de las garantías ofrecidas por el Estado requerido, el auto recurrido conoce plenamente la posición de garante de los derechos fundamentales del extraditado al estado reclamante, cuando examinó la demanda de extradición, una vez que el Reino Unido denegó la posibilidad de juzgar a su ciudadano en ese estado» (fundamento de derecho primero) y que «[l]o que postula el recurso sobre el fondo es una diferente interpretación de dicha garantía en aras a su derecho de su legítima defensa, pero que el Tribunal no comparte remitiéndose al auto de 31 de julio de 2018 recurrido» (fundamento de derecho segundo).

Por providencia de 13 de septiembre de 2018 la Sección Tercera declaró «firme de pleno derecho el Auto de fecha 16 de enero de 2017» (sic, es de 2018) y ordenó su comunicación al ministerio de Justicia y a la unidad de cooperación policial internacional, «haciendo constar que esté pendiente de aprobación por el Consejo de Ministros, todo ello a los efectos procedentes en derecho».

g) En el expediente tramitado en el ministerio de Justicia con referencia P.L. 1870-15, en el que constaba copia de los autos de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 16 de enero y 31 de julio de 2018, así como del auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 21 de marzo de 2018 –sin el voto particular discrepante emitido por dos de los magistrados de la sala– la ministra de justicia elevó propuesta al Consejo de Ministros en los siguientes términos: «De conformidad con el artículo 18 de la Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva y al no resultar oportuno hacer uso de las facultades que el artículo 6 de dicha Ley confiere al Consejo de Ministros, procédase a la entrega a las autoridades de Tailandia de Shane Kenneth Looker». En la exposición justificativa de la propuesta ministerial, tras una somera mención de las resoluciones judiciales y de la situación de prisión provisional en que se hallaba el reclamado, se dice que «[n]o apreciándose la existencia de ninguna de las circunstancias a que se refiere el artículo 6.º de la Ley 4/1985 de 21 de marzo se propone la entrega de Shane Kenneth Looker, de nacionalidad inglesa, a las autoridades de Tailandia. Dicha entrega tendrá lugar conforme al contenido, límites y condiciones que constan en el Auto por el que se declaró procedente la extradición». Dicha propuesta fue aprobada por el Consejo de Ministros en su reunión del día 28 de diciembre de 2018.

El ministerio de Justicia comunicó el acuerdo, entre otros, al presidente de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, y a la Subdirección General de Asuntos Jurídicos y Consulares, por oficios remisorios fechados el 2 de enero de 2019, redactados en los siguientes términos: «Pongo en conocimiento de V.I. que, conforme a lo dispuesto en el art. 18, párrafo 1.º de la Ley 4/85 de Extradición Pasiva, el Consejo de Ministros, en su reunión del día 28 de diciembre de 2018, ha acordado la entrega en extradición de Looker, Shane Kenneth, de nacionalidad inglesa, a las autoridades de Tailandia, en ejecución de extradición a la que accedió la Sala de lo Penal-Sección 3 de la Audiencia Nacional, en virtud del Auto de fecha 16 de enero de 2018 y con las condiciones y límites que el mismo recoge».

El día 18 de diciembre de 2018 tuvo entrada en el ministerio de Justicia un escrito presentado por la representación procesal del actor, bajo la referencia del procedimiento P.L. 1870-15, en el que se hacían alegaciones sobre el «riesgo probable y real de pena de muerte, cadena perpetua de por vida y condiciones carcelarias infrahumanas» en el caso de que el consejo de ministros acordase la extradición, advirtiendo que estaría adoptando una decisión autónoma vulneradora de los derechos fundamentales del reclamado. El escrito abundaba en el argumento de la insuficiencia y falta de fiabilidad de las garantías ofrecidas por las autoridades tailandesas, que remitían a la solicitud de un perdón real en caso de imponerse pena de muerte o cadena perpetua. Se acompañaban al escrito varios documentos, entre ellos copia del voto particular discrepante de la sentencia del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de las notas verbales de la embajada de Tailandia núms. 49001-83 y 49001-430, informe de Amnistía Internacional referente a Tailandia, años 2016-2017, y de la decisión adoptada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sección Tercera, sobre medida cautelar en la demanda núm. 1311-2019 presentada por el actor ante dicho órgano, en la que se indicaba al gobierno de España que suspendiera la entrega del demandante hasta el 8 de febrero de 2019 inclusive y le solicitaba la remisión de información sobre la extradición del demandante y las garantías ofrecidas por las autoridades tailandesas.

3. El recurrente en amparo alega que el acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de diciembre de 2018 vulnera su derecho a la vida y a no sufrir penas o tratos inhumanos o degradantes garantizados por el art. 15 CE, así como el derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE. De manera preliminar explica que en virtud de la naturaleza mixta, administrativa y judicial, que tiene el procedimiento de extradición pasiva en nuestro ordenamiento jurídico, el acto de extradición constituye una decisión compuesta de dos resoluciones, el auto de la Audiencia Nacional que autoriza la extradición en fase jurisdiccional, y el acuerdo del Consejo de Ministros que la acuerda en fase gubernativa, por lo que considera que es este último acto el que consuma la lesión de los derechos fundamentales. Interpreta bajo esta perspectiva la providencia de 26 de julio de 2018 por la que la Sección Primera de este Tribunal inadmitió el recurso de amparo que el actor interpuso contra el auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 21 de marzo de 2018 que autorizó su extradición en la fase jurisdiccional del mismo procedimiento.

Argumenta que la anterior providencia no produce efecto de cosa juzgada material, porque ha habido una variación de las circunstancias de hecho y de la esencia de la violación de los derechos fundamentales, en concreto, que el acto de extradición ha devenido cierto y definitivo con la decisión del gobierno, en tanto que las decisiones judiciales impugnadas en el anterior recurso de amparo solo representaban un riesgo de entrega, y porque en Tailandia se ha levantado en el mes de junio del año 2018 la moratoria de facto que pesaba sobre la pena de muerte al haberse restablecido la ejecución de estas penas.

Alega seguidamente que no le era exigible interponer recurso en vía contencioso-administrativa contra el acuerdo del Consejo de Ministros porque i) ya había agotado la vía judicial en la jurisdicción penal, en la que hizo valer la vulneración de los derechos fundamentales ahora invocados, ii) la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo limita su control de las decisiones de extradición del Consejo de Ministros a la garantía de los derechos fundamentales afectados por vicios del procedimiento administrativo en el ámbito del art. 24 CE, sin entrar a revisar las decisiones de la jurisdicción penal al declarar la procedencia de la extradición, por lo que de haber intentado el recurso hubiera sido declarado improcedente, iii) afirma que es doctrina de este Tribunal que en el caso en que el demandante tenga dos posibles jurisdicciones para hacer valer la tutela de sus derechos fundamentales, basta con que acuda a una de ellas para entender salvaguardado el principio de subsidiariedad del amparo constitucional, si hubiera invocado la lesión en la vía judicial y esta fuera idónea para repararla.

El escrito iniciador denuncia la vulneración de los derechos integrados en el ámbito de protección del art. 15 CE –derecho a la vida, a la integridad física, y a no sufrir penas o tratos inhumanos o degradantes– desde las siguientes perspectivas:

i) Por el riesgo concreto y fundado de que las autoridades tailandesas impongan y ejecuten sobre la persona del recurrente la pena de muerte. El Consejo de Ministros conocía el contenido de las notas verbales remitidas por el estado reclamante en las que se informa que el delito por el que solicitan la extradición está castigado en la legislación del país con pena de muerte y que la nota verbal de 22 de marzo de 2018 afirma que si el tribunal que le juzgue le impone en sentencia la pena de muerte, el gobierno de Tailandia emitirá su recomendación para un perdón del rey, lo que no constituye garantía suficiente porque no neutraliza el riesgo concreto de ser ejecutado al aludir a una prerrogativa real de incierto resultado, cuya regulación legal, tal y como ha sido transmitida por el estado reclamante, solo contempla el perdón colectivo, no individual, «en distintas ocasiones especiales y auspiciosas tales como las celebraciones del Jubileo de Oro o el Jubileo de Diamante o similares». El Consejo de Ministros también conocía que en el año 2018 Tailandia levantó la moratoria de facto que pesaba sobre la pena de muerte.

Seguidamente argumenta con carácter más general que tampoco es respetuoso del derecho fundamental reconocido en los arts. 15 CE y 3 del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH) validar de forma automática las garantías diplomáticas ofrecidas por el país reclamante, sin un esfuerzo mínimo de verificación de su fiabilidad, a cuyo fin cita la STEDH de 12 de enero de 2012, asunto *Othman, Abu Qatada contra el Reino Unido*, cuyo § 186 sugiere nueve criterios, la STEDH de 12 de diciembre de 2017, asunto López Elorza contra España, y la STC 32/2003, de 13 de febrero.

ii) Por el previsible padecimiento psíquico que experimentará el recurrente, si es entregado y condenado a muerte, en el tiempo en que permanezca en prisión en espera de la ejecución. Alude a las estancias prolongadas de los condenados a muerte en las cárceles tailandesas en espera de su ejecución, y cita las consideraciones vertidas obiter dicta en la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 16 de abril de 2002, asunto Peñafiel Salgado contra España, sobre el «síndrome del corredor de la muerte» como susceptible de rebasar, en condiciones extremas, el umbral del art. 3 CEDH.

iii) Por el riesgo concreto y fundado de que las autoridades tailandesas impongan al recurrente la pena de cadena perpetua sin remisión. Afirma que la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera insuficientes las garantías diplomáticas y establece la necesidad de examinar el riesgo de irreductibilidad de la pena, tanto de iure como de facto, en el país reclamante. La nota verbal de 28 de junio de 2018 se limita a afirmar que la cadena perpetua de ser impuesta será revisable conforme a unos preceptos del código criminal que prevén una recomendación genérica de un posible perdón real colectivo, en los mismos términos que para la pena de muerte, lo que no cumpliría los parámetros de la STEDH, asunto *Trabelsi*.

iv) Por las inhumanas condiciones de las prisiones del país reclamante, que afirma es un hecho notorio, reconocido en la fundamentación del auto de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y en el voto particular de dos magistrados al auto del pleno del mismo órgano judicial, lo que era conocido por el Consejo de Ministros que tendía a su disposición esas resoluciones. Hace referencia al dato del espacio mínimo de habitabilidad, fijado en tres metros cuadrados por preso en la STEDH de 20 de octubre de 2016, asunto Mursic contra Croacia, acogiendo el criterio del comité internacional de la Cruz Roja, circunstancia que no se respetaría en Tailandia, donde afirma que el espacio medio sería de 1,2 metros cuadrados y que aparte de este dato, el conjunto de las condiciones que se dan en sus prisiones integrarían el citado trato inhumano. Alega que la conciencia de la eventual vulneración de la prohibición de sufrir torturas o penas y tratos inhumanos o degradantes, supone la vulneración del art. 15 CE.

v) Vulneración del derecho fundamental a un juicio justo (art. 24.1 CE en relación con el art. 6 CEDH). El acuerdo del Consejo de Ministros omite ponderar que ahora,

estando vigente la ley marcial en Tailandia, no se garantiza el acceso a una instancia superior, ni a la asistencia letrada, y que se estará ante tribunales militares, según el informe de la ONU que se menciona en el voto particular.

La demanda solicitaba por otrosí la suspensión de la ejecución del acuerdo del Consejo de Ministros en virtud del art. 56.2 LOTC para evitar que se le produzca un perjuicio que pudiera hacer perder al amparo su finalidad, citando doctrina constitucional favorable a la suspensión en casos de extradición pasiva.

4. Por medio de providencia de 16 de enero de 2019, la Sección Cuarta de este Tribunal acordó admitir a trámite el recurso de amparo apreciando que en el mismo concurre «una especial trascendencia constitucional (art. 50.1 LOTC) porque el recurso plantea un problema o afecta a una faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina de este Tribunal [STC 155/2009, FJ 2 a)]]». En la misma providencia se acordaba remitir atenta comunicación al Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional a fin de que en el plazo de diez días remitiera certificación o copia adverada de las actuaciones correspondientes al recurso de súplica núm. 133-2018, y a la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en los mismos términos, para que remitiera certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes al rollo de sala de extradición núm. 61-2017, debiendo emplazarse, para que en el plazo de diez días puedan comparecer, si lo desean, en el recurso de amparo a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, excepto la parte recurrente en amparo. Asimismo, la providencia acordaba, a la vista de la solicitud de suspensión del acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de diciembre de 2018 deducida en la demanda de amparo, la formación de pieza separada para la sustanciación del correspondiente incidente.

5. En la pieza de suspensión, en evacuación del traslado conferido a las partes por un plazo común de tres días a efectos de alegaciones conforme al art. 56 LOTC, el Ministerio Fiscal presentó escrito el día 23 de enero de 2019 en el que se mostró favorable a la suspensión, no formulando alegaciones la parte recurrente en el plazo concedido. La Sección Cuarta de este Tribunal por auto de 4 de febrero de 2019 acordó la suspensión cautelar del acto impugnado para evitar que el recurso pierda su finalidad como consecuencia de la entrega del reclamado y por entender que la suspensión no va a originar una perturbación grave de los intereses generales ni de los derechos fundamentales o libertades públicas de un tercero, con la advertencia de que la suspensión cautelar «lo es en todo caso sin perjuicio de que el órgano judicial competente adopte las medidas oportunas para que el recurrente permanezca a disposición de la Justicia».

6. La Sección Cuarta de este Tribunal dictó providencia el 21 de febrero de 2019 por la que acordó librar comunicación a la Dirección General de Cooperación Jurídica Internacional, Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional, a fin de que expidieran y remitieran copia íntegra del expediente P.L. núm. 1870-2015, así como de la documentación obrante en relación con el acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de diciembre de 2018.

7. El día 5 de febrero de 2019 se recibió en este Tribunal copia digitalizada del procedimiento de extradición 61-2017 de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. El día 11 de marzo de 2019 se recibió en este Tribunal de la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional copia del expediente de extradición P.L. 1870-2015.

8. Por medio de providencia de 8 de febrero de 2019, la Sección Cuarta de este Tribunal acordó emplazar al abogado del Estado ante el Tribunal Constitucional, con entrega de copia de la demanda de amparo, para que en el plazo de diez días pudiera comparecer en el recurso si lo deseara. Mediante escrito registrado en este Tribunal el día 26 de febrero de 2019 el abogado del Estado se personó en el procedimiento de amparo. Mediante providencia de la Sección Cuarta de este Tribunal de 12 de marzo

de 2019 se tuvo por personado y parte en este procedimiento al abogado del Estado y se acordó dar vista de las actuaciones recibidas a las partes personadas y al Ministerio Fiscal por un plazo común de veinte días, dentro de los cuales podrían presentar las alegaciones que estimaren pertinentes conforme al art. 52.1 LOTC.

9. El abogado del Estado, por escrito registrado en este Tribunal el día 10 de abril de 2019, postuló la inadmisión del recurso de amparo y, subsidiariamente, su desestimación. Esgrime los siguientes motivos de inadmisión: i) por falta de agotamiento de la vía judicial previa, toda vez que el actor no interpuso recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de diciembre de 2018, recurso posible pues se trata de un acto administrativo susceptible de control jurisdiccional en lo que se refiere al cumplimiento de los elementos reglados y la vulneración de derechos fundamentales, ii) por razón de la materia, al situar la demanda el origen de la lesión de los derechos fundamentales en las resoluciones judiciales adoptadas en la fase anterior del procedimiento extradicional, no en el acuerdo del Consejo de Ministros, y iii) por la concurrencia de cosa juzgada, al haberse inadmitido en providencia de este Tribunal de 26 de julio de 2018 el recurso de amparo que el actor había interpuesto contra los autos de la Audiencia Nacional que autorizaron su extradición, si bien matiza seguidamente que el auto de 31 de julio de 2018 no estaba comprendido en dicha providencia, aunque en cualquier caso su impugnación en amparo resultaría en este momento extemporánea por el tiempo transcurrido desde su notificación a la representación del actor.

Como motivos de desestimación, el abogado del Estado aduce que el acuerdo del Consejo de Ministros no podía entrar a valorar alegaciones sobre vulneraciones de derechos fundamentales ocasionadas por resoluciones judiciales, pues el poder ejecutivo no puede actuar como instancia de revisión de lo decidido por el poder judicial, que la providencia de este Tribunal de 26 de julio de 2018 desestimó motivos de vulneración idénticos a los esgrimidos en el presente recurso de amparo, y que el auto de 31 de julio de 2018, que fue el que concluyó la fase jurisdiccional del procedimiento de extradición, no ha sido recurrido en amparo una vez que fue confirmado en súplica, terminando con una cita literal de determinados pasajes de los autos de 21 de marzo y 31 de julio de 2018 en implícita adhesión a su fundamento.

10. El demandante de amparo, por escrito registrado en este Tribunal el día 11 de abril de 2019, postuló la estimación de su demanda, reiterando en sus alegaciones los fundamentos de la misma e insistiendo en el carácter autónomo de la decisión del Consejo de Ministros y su virtualidad lesionadora de los derechos fundamentales invocados.

11. El fiscal, por escrito registrado en este Tribunal el día 23 de abril de 2019 postuló con carácter principal la inadmisión del recurso de amparo, y subsidiariamente su estimación. La inadmisión se fundamenta en que i) concurre la excepción de cosa juzgada, al menos en relación con los autos de 16 de enero y 21 de marzo de 2018, en los que se desestimó el riesgo de sufrir tratos inhumanos o degradantes en Tailandia y se determinaron las condiciones a las que se había de supeditar la entrega, toda vez que estas resoluciones judiciales fueron objeto del recurso de amparo núm. 3976-2018, en el que el actor invocó, entre otros motivos, la vulneración indirecta del art. 15 CE, recurso inadmitido por providencia de 26 de julio de 2018 de la Sección Primera de este Tribunal, y ii) que no se ha agotado la vía judicial previa, refiriéndose a la no interposición de recurso de amparo contra los autos dictados posteriormente por la Sección Tercera en los que se valoraron positivamente las garantías diplomáticas ofrecidas por Tailandia.

Subsidiariamente, para el caso de que se considere que el procedimiento de extradición es un procedimiento único con tres fases, que culmina en la decisión del gobierno, el fiscal interesa la estimación del recurso de amparo por entender que se ha producido efectivamente una vulneración indirecta del derecho del recurrente a no sufrir penas o tratos inhumanos o degradantes garantizado en el art. 15 CE que sería

atribuible a las resoluciones de la Audiencia Nacional que calificaron positivamente las garantías ofrecidas por Tailandia, y por extensión al posterior acuerdo del Consejo de Ministros. Alcanza esta conclusión, siguiendo la doctrina constitucional relativa a la obligación de verificación de las circunstancias alegadas por el extraditatus sobre riesgo de sufrir tratos inhumanos o degradantes, y la evolución experimentada por la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los asuntos Vinter, Trabelsi y López Elorza, que supedita la legitimidad de la pena de cadena perpetua desde las exigencias del art. 3 CEDH a que la expectativa de su revisión futura se fundamente en elementos objetivos cognoscibles por el interesado desde el momento de su imposición o entrega, estándar que ya no se satisface con la mera posibilidad de obtener un indulto. El fiscal postula que la consecuencia de la estimación del recurso sea la nulidad del acuerdo del Consejo de Ministros, objeto de petición directa en la demanda de amparo, y «de todo lo actuado desde el auto de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 31 de julio de 2018», con la declaración de que «no procede autorizar la extradición del recurrente a Tailandia por no ser suficientes las garantías aportadas por este país».

12. Por providencia de 12 de septiembre de 2019, se señaló para deliberación y votación de la presente sentencia el día 16 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. Pretensiones de las partes.

El presente recurso de amparo se dirige contra el acuerdo de entrega en extradición a Tailandia adoptado por el Consejo de Ministros el 28 de diciembre de 2018 en ejecución de lo acordado por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. La demanda de amparo denuncia, con la argumentación que ha quedado expuesta en los antecedentes de esta resolución, que el meritado acuerdo gubernativo vulnera de manera indirecta los derechos fundamentales del recurrente a la vida, así como a no sufrir penas o tratos inhumanos o degradantes (art. 15 CE) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) por no haber tomado en la debida consideración los riesgos a los que con esta decisión se expone al extraditatus, debidamente alegados en el procedimiento, de sufrir este tipo de tratos, de ser ejecutado o sometido a una prisión irreductible de por vida y de verse privado de las garantías de un proceso justo ante la eventualidad de que le juzgue un tribunal militar y no se le dé opción a recurrir su condena.

El abogado del Estado postula la inadmisión del recurso de amparo por no haberse agotado la vía judicial previa, refiriéndose a que no se interpuso recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo del Consejo de Ministros, por razón de la materia, al situar la propia demanda el origen de la vulneración de los derechos fundamentales en las resoluciones judiciales adoptadas en la segunda fase del procedimiento extraditacional, y no en el acuerdo del Consejo de Ministros objeto directo del recurso de amparo, por concurrir cosa juzgada al haberse pronunciado este Tribunal sobre la falta de fundamento de las lesiones aducidas en la providencia de inadmisión del recurso de amparo núm. 3976-2018, y en último término por extemporaneidad de la demanda al referirse a resoluciones judiciales valorativas de las garantías diplomáticas que por su fecha habrían determinado el transcurso del plazo de caducidad.

El Ministerio Fiscal, por su parte, interesa la inadmisión del recurso de amparo por concurrir los óbices de cosa juzgada y falta de agotamiento de la vía judicial previa, este último al no haberse recurrido en amparo las resoluciones judiciales que dieron por válidas las garantías diplomáticas ofrecidas por Tailandia, si bien de manera subsidiaria se pronuncia a favor de la estimación del recurso por entender que dichas resoluciones judiciales no cumplen los estándares más rigurosos impuestos por la doctrina más reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, interesando la nulidad de todo lo

actuado en el procedimiento de extradición desde el auto de 31 de julio de 2018, inclusive, y la declaración de improcedencia de la extradición.

2. Delimitación del objeto.

a) Tal y como se desprende de la lectura de los escritos de alegaciones deducidos por el abogado del Estado y el fiscal, el recurso de amparo puede generar dudas sobre el alcance de su objeto, pues mientras el primero considera que el análisis se ha de circunscribir al acuerdo del Consejo de Ministros, el segundo sostiene que es inevitable *ratione materiae* incluir en el enjuiciamiento constitucional las resoluciones judiciales dictadas en la segunda fase del procedimiento extradicional que constituirían el antecedente necesario del acuerdo gubernativo de entrega.

Estas dudas se deben despejar acudiendo a la demanda, pues es en la misma donde «se fija definitivamente el objeto del amparo y se determinan los límites del deber de congruencia de este Tribunal (así, SSTC 126/2011, de 18 de julio, FJ 7, o 93/2002, de 22 de abril, FJ 1)» [ATC 56/2017, de 24 de abril, FJ único], debiendo reiterarse «la importancia que tiene la demanda de amparo como escrito rector para acotar, definir y delimitar la pretensión y, por tanto, la resolución del recurso de amparo (por todas, STC 7/2008, de 21 de enero, FJ 1)» [ATC 14/2009, de 26 de enero, FJ único].

En el presente caso el escrito iniciador, aunque no está exento de un cierto grado de ambigüedad derivada de la tesis de que estamos ante «una decisión completa de extradición, que se compone de dos resoluciones: el auto de la Audiencia Nacional autorizando en fase jurisdiccional la extradición y el acuerdo del Consejo de Ministros acordando la extradición en fase gubernativa», realiza unas consideraciones preliminares en las que predomina la idea de que fue el acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de diciembre de 2018 el acto que hizo definitiva y cierta la extradición, y por lo tanto el que ocasionó la lesión de los derechos fundamentales invocados, afirma que el recurso se formula «contra un acto del gobierno del artículo 43 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: LOTC», desarrolla los motivos de amparo dirigiendo el reproche de inadecuada valoración del riesgo y de la insuficiencia de las garantías diplomáticas al Consejo de Ministros, aduce entre los motivos justificativos de la especial trascendencia constitucional la ausencia de pronunciamientos de este Tribunal sobre violación de derechos fundamentales por decisiones gubernamentales de extradición, así como la transmisibilidad a estas de la doctrina constitucional construida en torno a la responsabilidad de los órganos judiciales por violación indirecta de derechos fundamentales, para concluir en un *petitum* en el que lo que se impetra es la nulidad del acuerdo del Consejo de Ministros.

Se puede aseverar, por lo dicho, que el objeto del amparo es únicamente el acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de diciembre de 2018, en el que la demanda sitúa la causa eficiente de la vulneración de los derechos fundamentales del recurrente, al decidir con carácter definitivo la entrega del recurrente en amparo a las autoridades del Reino de Tailandia.

b) La demanda parte del planteamiento general de que el procedimiento de extradición pasiva es un procedimiento unitario, compuesto de tres fases carentes de genuina autonomía, en el que la decisión definitiva solo se alcanza cuando el Consejo de Ministros se pronuncia sobre la entrega del reclamado en la última de ellas, razón por la cual considera objeto de impugnación autónoma, y suficiente, el acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de diciembre de 2018, adoptado después de que la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional hubiera fijado las condiciones de entrega del recurrente y hubiera visado la conformidad a ellas de las garantías transmitidas por vía diplomática en las notas verbales mencionadas en los antecedentes.

Podemos anticipar que este planteamiento no se coherente con una concepción judicial consolidada que tiende a considerar las tres fases o momentos del procedimiento de extradición pasiva como procedimientos separados y sucesivos, que responden a ámbitos y fines nítidamente diferenciados y no susceptibles de confusión o solapamiento. En efecto, desde la perspectiva de la legalidad ordinaria, la jurisprudencia de la Sala de

lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (por todas, las SSTS 3552/2015, de 21 de julio, recurso núm. 518-2014, FJ 3, y 1710/2018, de 3 de diciembre, recurso núm. 283-2017, FJ 2) ha coincidido en señalar, de modo reiterado, que la extradición constituye un procedimiento mixto, de naturaleza administrativa y judicial, en el que se pueden distinguir tres fases: dos gubernativas, la primera y la última, estando en medio la decisiva fase judicial. Estas tres fases están perfectamente delimitadas por la ley, siendo por otro lado totalmente independientes aunque se subsigan unas y otras. Igualmente, en interpretación de los arts. 6 y 18 de la Ley de extradición pasiva (LEP), ha destacado que cuando el Gobierno accede a la entrega de la persona solicitada al Estado español, después de haber sido autorizada la extradición por el órgano judicial que conoce de la reclamación, el Consejo de Ministros no decide sobre la extradición sino que se limita a no ejercer las potestades discrecionales y excepcionales que le confiere el mencionado precepto, de tal forma que en esos supuestos se limita a ejecutar la decisión judicial.

La entrega del reclamado se percibe, pues, como una consecuencia inmediata y directa de la resolución judicial adoptada por un órgano de la jurisdicción penal, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, sin perjuicio de la posibilidad de que la ulterior interposición de una decisión gubernativa de signo contrario pueda impedir la efectividad de la entrega, si bien por motivos diferentes. No obstante, que el origen de la lesión de los derechos fundamentales se deba normalmente a una deficiente tutela judicial no excluye de antemano la responsabilidad del gobierno de garantizar en el momento de ejercer sus propias atribuciones y en el ámbito de su esfera de actuación, los derechos fundamentales del reclamado, por lo que la tesis central del recurso de amparo no fue descartada en el juicio preliminar de admisión.

3. Cosa juzgada.

El abogado del Estado y el fiscal aducen en términos muy semejantes la concurrencia, en el presente recurso de amparo, de la excepción de cosa juzgada en virtud de la providencia dictada el día 26 de julio de 2018 por la Sección Primera de este Tribunal, que acordó no admitir a trámite el recurso de amparo interpuesto anteriormente por el actor, registrado con el núm. 3976-2018, «dada la manifiesta inexistencia de violación de un derecho fundamental tutelable en amparo, violación que, de acuerdo con el art. 44.1 LOTC, es condición para que este Tribunal pueda ejercer dicha tutela».

A los efectos de dirimir la concurrencia de este óbice, hemos de recordar que el recurso de amparo núm. 3976-2018 fue interpuesto contra el auto 1/2018, de 16 de enero, de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, el auto 125/2018, de 21 de marzo, del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que lo confirmó en parte, y contra la providencia del Pleno de la Sala de 25 de mayo de 2018, que inadmitió el incidente de nulidad de actuaciones interpuesto contra el anterior auto, resoluciones que autorizaron la extradición del actor a Tailandia por considerarla conforme con la legalidad vigente y no apreciar la existencia de riesgos concretos de trato inhumano o degradante. El recurso adujo la vulneración de los derechos fundamentales a la vida, la integridad física y moral y a no ser sometido a torturas ni tratos inhumanos o degradantes (arts. 15 CE, 3 y 9 del Convenio europeo de derechos humanos: CEDH), por las infrahumanas condiciones carcelarias del Estado requirente y con motivo, asimismo, de la pena de muerte o cadena perpetua previstas en la legislación tailandesa, rechazando que las garantías diplomáticas de su no imposición o ejecución pudieran ser en sí mismas un mecanismo adecuado para la preservación de estos derechos. También fue invocada la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, que advendría de las condiciones de enjuiciamiento en el país reclamante.

La providencia de este Tribunal de 26 de julio de 2018 ratificó la constitucionalidad de las resoluciones judiciales teniendo en cuenta que autorizaron la entrega del reclamado bajo condición expresa de que, en caso de imponerse la pena de muerte, no se ejecutara, para el supuesto de que le fuera impuesta la pena de cadena perpetua, la misma no fuera indefectiblemente de por vida y, por último, si no estuviera prevista legalmente una vía para revisar la cadena perpetua, le fuera aplicada una pena temporal de prisión, prevista

igualmente en la legislación tailandesa, lo que satisfacía las exigencias establecidas en constante doctrina constitucional que afirma que no existe un déficit de tutela ni, en consecuencia, vulneración indirecta de los derechos fundamentales del extraditatus, cuando los órganos judiciales, en el marco de las facultades que tienen atribuidas en el seno del procedimiento extraditacional, someten la procedencia de la entrega a este tipo de condicionamientos (SSTC 148/2004, de 13 de septiembre, FJ 4; 181/2004, de 2 de noviembre, FJ 16; 49/2006, de 13 de febrero, FJ 5, y AATC 434/2006, de 23 de noviembre, FJ 4, y 165/2006, de 22 de mayo, FJ 2).

Así pues, el pronunciamiento que vaya a dictarse en este recurso de amparo vendrá delimitado por el alcance de la anterior providencia de este Tribunal de 26 de julio de 2018, lo que no implica que la eficacia de cosa juzgada de dicha providencia sea plena, pues el nuevo recurso de amparo, que reproduce parcialmente los fundamentos del anterior, ha mutado el objeto de impugnación, que es ahora el consejo de ministros y su decisión de acceder definitivamente a la entrega del recurrente, y modificado por extensión su fundamento, al introducir la inadecuada valoración de las garantías diplomáticas ofrecidas por las autoridades tailandesas.

4. Agotamiento de la vía judicial previa.

Tanto el Ministerio Fiscal como el abogado del Estado oponen el óbice procesal de falta de agotamiento de la vía judicial previa, aunque con fundamentos netamente diferenciables, pues mientras el primero se refiere a que el actor no interpuso recurso de amparo contra los autos de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 31 de julio y 12 de septiembre de 2018, el segundo centra el contenido y el alcance del óbice a la decisión del Consejo de Ministros de 28 de diciembre de 2018 y, en concreto, a que la parte no intentó el recurso contencioso-administrativo ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo, como medio necesario para dar cumplimiento a lo exigido en el art. 43.1 LOTC y agotar la vía judicial previa.

a) No es posible acoger el óbice propuesto por el fiscal toda vez que el recurso de amparo constitucional no forma parte del conjunto de recursos, remedios y vías procesales dispuestos en la ley para impetrar la tutela originaria de los derechos fundamentales de los ciudadanos, de cuyo puntual y tempestivo ejercicio hacen carga y presupuesto procesal los arts. 43.1 y 44.1 a) LOTC, en salvaguarda del mandato de subsidiariedad del art. 53.2 CE. La libre decisión del actor de no interponer recurso de amparo contra los autos judiciales pronunciados en la incidencia abierta en la fase judicial del procedimiento de extradición, después de la autorización condicional de la entrega, no puede limitar su facultad de impugnar en esta sede una decisión gubernativa posterior, adoptada en el ejercicio de una potestad autónoma y diferenciada de la ejercida por la jurisdicción.

b) Mayor fundamento argumentativo tiene la tesis del abogado del Estado sobre la posible concurrencia del óbice procesal de falta de agotamiento de la vía judicial previa ex art. 43.1 LOTC, por no haber recurrido el actor, en la vía contencioso-administrativa, el acuerdo adoptado por el Consejo de Ministros. El art. 43.1 LOTC dice que las violaciones de derechos fundamentales originadas por «disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho del Gobierno [...] podrán dar lugar al recurso de amparo una vez que se haya agotado la vía judicial precedente» y el art. 43.2 LOTC fija el plazo para interponer el recurso de amparo constitucional en «los veinte días siguientes a la notificación de la resolución recaída en el previo proceso judicial». Con carácter de generalidad, este Tribunal ha afirmado que el recurso de amparo en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional se concibe, no como una vía procesal inmediata y directa, sino como un recurso mediato y claramente subsidiario, que exige agotar, con antelación a su planteamiento ante esta jurisdicción constitucional, una previa reclamación ante los tribunales ordinarios que jurisdiccionalmente sea procedente, usando todos los recursos utilizables contra la disposición, acto o simple vía de hecho del gobierno o de sus autoridades o funcionarios, con la finalidad de poder alcanzar la

satisfacción del derecho o libertad cuestionada ante dichos tribunales comunes, todo lo que claramente deriva de la interpretación conjunta del artículo 53.2 CE en su relación con los artículos 41.1 y 43.1 LOTC (ATC 277/1998, de 14 de diciembre, FJ 3).

No es difícil encontrar en la praxis judicial pronunciamientos de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo que resuelven impugnaciones contra acuerdos del Consejo de Ministros adoptados en la tercera fase del procedimiento extradicional, lo que contribuye a relativizar el carácter supuestamente inimpugnable que les atribuye el art. 6.3 LEP, al afirmar sin mayores matices que «contra lo acordado por el Gobierno no cabrá recurso alguno».

En la STC 142/2009, de 15 de junio, FJ 2, dijo este Tribunal que la determinación de los supuestos en los que procede la interposición de un recurso «es una cuestión de legalidad ordinaria que, en última instancia, debe ser resuelta por el Tribunal competente (STC 211/1999, de 29 de noviembre, FJ 2)» y que este Tribunal, «en la medida en que lo exige la Ley Orgánica de este Tribunal (LOTC), debe necesariamente ejercer un control sobre el correcto agotamiento de la vía judicial previa, lo que nos obliga a un pronunciamiento ad casum sobre la necesidad o no de haber interpuesto contra la resolución que se impugna un determinado recurso, si bien nuestro control debe limitarse a examinar si el recurso era razonablemente exigible (SSTC 128/2002, de 3 de junio, FJ 2, y 214/2002, de 11 de noviembre, FJ 3). Esta exigencia de razonabilidad se traduce en que, aun cuando en ningún momento puede quedar al arbitrio del recurrente o de su dirección letrada la estimación de si es o no necesario interponer un determinado recurso para entender agotada la vía judicial previa, el presupuesto procesal del agotamiento no puede configurarse como la exigencia de interponer cuantos recursos fueren imaginables, sino sólo aquellos cuya procedencia se desprenda de modo claro y terminante del tenor de las previsiones legales, sin necesidad de complejos análisis jurídicos o de complejas interpretaciones precisándose además que, dada su naturaleza y finalidad, sean adecuados para reparar la lesión presuntamente sufrida (SSTC 169/1999, de 27 de septiembre, FJ 3; 178/2000, de 26 de junio, FJ 3; 101/2001, de 7 de mayo, FJ 1, y 214/2002, de 11 de noviembre, FJ 3)».

Los parámetros que utiliza este Tribunal para establecer la exigibilidad de un determinado recurso son, en definitiva, dos: la procedencia de su interposición «sin necesidad de complejos análisis jurídicos o de complejas interpretaciones» y su adecuación para servir de medio de reparación o restitución del derecho fundamental lesionado. En el presente caso, nos encontramos ante una praxis judicial que afirma el control jurisdiccional de las decisiones del Consejo de Ministros en materia de extradición, pero que, al mismo tiempo, limita la cognición del tribunal a los aspectos reglados y la salvaguarda de los derechos fundamentales. En efecto, la Sala Tercera del Tribunal Supremo proclama que la decisión del gobierno de no denegar una entrega en extradición cuya legalidad ha sido previamente declarada en sede jurisdiccional, por ser «constitutiva de un típico acto de soberanía y su naturaleza de acto político», queda al margen del control jurisdiccional «en cuanto al fondo, porque sólo podrá ser objeto de revisión en sede contenciosa el control de los elementos reglados y la salvaguarda de los derechos fundamentales, de conformidad con la regla general establecida en el artículo 2 a) de nuestra ley jurisdiccional», a lo que añade que «como se declara en la sentencia de 9 de mayo de 2013 (recurso núm. 494-2012), 'no es posible cuestionar, con motivo de la impugnación de esta resolución, el control de legalidad sobre la extradición ejercido por el tribunal penal, en concreto por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional' [...] no procede realizar un nuevo juicio sobre la concurrencia de los requisitos legales previstos en los artículos 3 a 5 de la ley para acceder a la extradición, sin que puedan examinarse nuevamente en sede contencioso-administrativa la concurrencia de los requisitos procesales y sustantivos de la decisión judicial que estuvo sujeta a un procedimiento penal y contradictorio, concluyendo con una decisión que goza de los requisitos y efectos de las decisiones judiciales» (STS, sala de lo contencioso-administrativo, núm. 3552/2015, de 21 de julio, recurso núm. 518-2014).

A partir de esta doctrina constitucional, el óbice opuesto por el abogado del Estado suscita la cuestión de si el actor debería haber formalizado recurso contencioso-administrativo ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo contra el acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de diciembre de 2018, como paso previo a esta vía subsidiaria del recurso de amparo, para así obtener la reparación de la denunciada vulneración de derechos fundamentales situados en la órbita del art. 15 CE, que habría padecido el recurrente, como efecto indirecto del acuerdo del Gobierno de proceder a su entrega a las autoridades tailandesas, sin haber reparado en la exigencias de las garantías que habían sido acordadas en la fase judicial del procedimiento de extradición.

El supuesto de autos presenta, sin embargo, unas características peculiares que deben ser tenidas en nuestra consideración a la hora de pronunciarnos sobre la invocada concurrencia de este óbice. En primer lugar, que lo directamente impugnado por la demanda de amparo es un acto del Gobierno adoptado en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 6 párrafo segundo LEP, esto es, la demanda de amparo se dirige contra una actuación gubernativa que pone fin a una fase del procedimiento de extradición, que sigue a otra anterior judicial, ya finalizada, en la que recayó una resolución firme del tribunal penal, que declaró procedente la extradición, al haber entendido que el Reino de Tailandia había proporcionado las garantías que aquel le requería para acceder a la entrega. En esta última fase del procedimiento el Gobierno debe hacer efectiva la entrega del ya extraditado, salvo que pueda «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», es decir en el ejercicio de una discrecionalidad que obedece a razones no estrictamente jurídicas y que aparecen taxativamente recogidas en el inciso de referencia. Además, en segundo término, el párrafo tercero del art. 6 LEP dispone que, «contra lo acordado por el Gobierno no cabrá recurso alguno».

Ambas circunstancias operan a favor de la tesis sostenida por el recurrente de no tener que acudir previamente a la vía judicial contencioso-administrativa para acceder a esta de amparo. Como el actor afirma en su demanda, si bien la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha matizado el alcance de la ausencia de recurso contra aquella decisión gubernativa, en el sentido de que no puede ser objeto de revisión en esa vía judicial, excepción hecha del enjuiciamiento de los «elementos reglados» de aquella y la «salvaguarda de los derechos fundamentales» conectados con los mismos, nos hallamos, en realidad, ante uno de esos supuestos excepcionales en el que la interposición directa del amparo no determina su inadmisibilidad, pues la violación de derechos fundamentales se imputa a un acto del Gobierno que, por su configuración legal y con las mencionadas excepciones que ha declarado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, está excluido del control de la jurisdicción contencioso-administrativa o de cualquier otra de orden distinto, siendo por lo tanto «improcedente el imponer a los recurrentes de amparo que acudan a los órganos judiciales en demanda de una revisión para la cual carecen éstos de jurisdicción, y que se manifiesta, por lo tanto, innecesaria por inútil» (STC 220/1991, de 25 de noviembre, FJ 2).

En atención a lo expuesto, este Tribunal considera que, en la presente demanda de amparo, no concurre el óbice procesal de falta de agotamiento de la vía judicial previa exigido en el art. 43.1 LOTC.

5. Óbice de extemporaneidad y por razón de la materia.

El abogado del Estado aduce un óbice *ratione materiae* derivado del origen de las lesiones invocadas en la demanda de amparo al que conecta argumentalmente su extemporaneidad subsidiaria. Sostiene aquel que el recurso de amparo se dirige contra un acuerdo del Consejo de Ministros pero que lo que invoca son vulneraciones de derechos fundamentales ocasionadas, en realidad, por las resoluciones judiciales adoptadas en la segunda fase del procedimiento de extradición pasiva, algunas de las cuales, las dictadas en el incidente final de evaluación de las garantías, no fueron tempestivamente recurridas en amparo.

El análisis de este óbice requiere, con carácter previo, hacer un breve repaso a los antecedentes que han precedido al presente recurso de amparo, pese a haber sido ya descritos con detalle en el apartado correspondiente de esta sentencia. Ahora debemos destacar aquellos que sean más relevantes para poder delimitar, de modo preciso, el objeto de este recurso de amparo y analizar el óbice opuesto. A este respecto, podemos destacar los siguientes:

a) El actor interpuso un primer recurso de amparo contra los autos, núms 1/2018, de 16 de enero y 125/2018, de 21 de marzo, respectivamente dictados por la Sección Tercera y el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que, en trámites de instancia y de recurso de súplica, autorizaron la extradición del Sr. Kenneth Looker y su entrega al Estado requirente, el Reino de Tailandia, por haber considerado que la solicitud cumplía los requisitos de la Ley de extradición pasiva y respondía al principio de reciprocidad. En aquellas resoluciones, los órganos de la jurisdicción penal española condicionaron la entrega al cumplimiento por el Estado requirente de la garantía de que, una vez celebrado el juicio por delito de asesinato (el de ocultación de cadáver fue excluido por el Pleno de la Sala que resolvió el recurso de súplica), de resultar aquél condenado a la pena de muerte, esta no llegara a ser ejecutada; si le fuere impuesta la de cadena perpetua, la misma pudiera ser objeto de revisión; y si la ley penal tailandesa no contemplaba tal posibilidad, le fuera aplicada, finalmente, una pena privativa de libertad (entre 15 y 20 años), igualmente, prevista en el código penal de aquel país.

El recurso de amparo, que quedó registrado con el núm. 3976-2018, fue finalmente inadmitido a trámite por providencia de la Sección Primera de este Tribunal Constitucional de 26 de julio de 2018, al considerar que las resoluciones judiciales impugnadas no habían vulnerado los derechos fundamentales a la vida, integridad física y moral, y a no ser sometido a torturas ni tratos inhumanos o degradantes (art. 15 CE): condiciones carcelarias del Estado requirente y posibilidad de imposición de pena de muerte o de cadena perpetua; vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE): omisión inmotivada de planteamiento de cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea y decisión arbitraria de rehusar la competencia de los tribunales españoles para el conocimiento de los hechos, que había invocado el actor en aquella demanda de amparo.

b) Firme, pues, la decisión de los órganos judiciales españoles de acceder a la extradición e inadmitido el recurso de amparo que el actor había formalizado contra aquella, la sección tercera realizó actuaciones tendentes a la ejecución de lo acordado en los autos anteriores, interesando de las autoridades tailandesas el cumplimiento de las garantías requeridas, lo que fue respondido con dos notas verbales de la embajada del Reino de Tailandia y remitidas al Tribunal a través del ministerio de Justicia español, que fueron recibidas en la sede de la Audiencia Nacional en fechas 22 de marzo y 29 de junio de 2018, por las que, en síntesis, exponían que el gobierno de aquel Estado no solicitaría la pena de muerte por el delito de asesinato del que era acusado el Sr. Kenneth Looker, pero que, si el Tribunal llegaba a imponerla en su sentencia, el gobierno emitiría «su recomendación para un perdón real». Igualmente, remitió el texto de los arts. 259 a 267 del código de procedimiento penal tailandés, que disponía el procedimiento para solicitar el perdón real para el supuesto de que fuera condenado a la pena de cadena perpetua y que el gobierno tailandés, cuando lo considerara apropiado, podría remitir al rey una recomendación para la concesión del «perdón real» a la persona condenada y que la medida de gracia fuera incondicional y afectar a toda la pena, adquirir la forma de conmutación o de reducción de la pena.

A la vista del contenido de las notas verbales recibidas, la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional dictó Auto de 31 de julio de 2018, por el que entendió que el Reino de Tailandia había ofrecido las garantías solicitadas y accedió a la entrega del ya declarado extraditado. Este auto fue confirmado, en trámite de recurso de súplica, por otro auto de 12 de septiembre de 2018 del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

c) A partir, pues, de haber adquirido firmeza aquellas dos últimas resoluciones y finalizada la fase judicial del procedimiento de extradición, quedó, con fuerza de cosa juzgada, la decisión judicial de acordar la extradición del ahora recurrente, acceder a su entrega al Reino de Tailandia y, asimismo, que las garantías exigidas por las autoridades judiciales españolas habrían sido debidamente cumplimentadas por las del Estado requirente. Y, a partir de aquel momento procesal, el actor dispuso del plazo legalmente previsto en el art. 44.2 LOTC para haber podido interponer un nuevo recurso de amparo ante este Tribunal en el que denunciar tempestivamente la vulneración de los derechos fundamentales que ahora invoca. Sin embargo, el actor dejó transcurrir dicho plazo sin haber formalizado la demanda de amparo, haciéndolo después contra el acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de diciembre de 2018, que puso fin a la tercera fase del procedimiento de extradición.

d) En este segundo recurso de amparo, que ahora es objeto de nuestro enjuiciamiento, la reclamación del recurrente, bajo la invocada vulneración de sus derechos fundamentales a la vida y a no sufrir penas o tratos inhumanos o degradantes (art. 15 CE), así como al proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), que, de modo expreso y en exclusiva, va dirigida contra el acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de diciembre de 2018, podemos constatar que lo que, en realidad, el actor objeta a este acto gubernativo es lo que debería haber imputado a los autos dictados por la Audiencia Nacional, pues, de lo que se queja, es de que el órgano judicial no haya velado por la debida observancia de las garantías que le había exigido a las autoridades tailandesas y que, a su juicio, éstas no han cumplido debidamente.

Es decir, el actor, bajo la cobertura de la denunciada vulneración de los derechos fundamentales citados, pretende reprocharle al Gobierno español que no haya atendido al efectivo cumplimiento de unas garantías que, en la vía judicial previa, han sido declaradas ya como debidamente atendidas por el Reino de Tailandia y que el Consejo de Ministros rechace la entrega del ya declarado extraditable a Tailandia, cuando el actor dispuso, en su momento, de la oportunidad que no utilizó, de formalizar un nuevo recurso de amparo contra aquellos autos de 31 de julio y de 12 de septiembre de 2018 de la Audiencia Nacional, que son las resoluciones judiciales que habían aceptado como cumplidas las garantías que, previamente, habían exigido a las autoridades tailandesas para acceder a la entrega. Pretender ahora acudir a este trámite de amparo, por la vía indirecta de reprochar a un acto posterior del Gobierno, lo que debería haber hecho antes, formalizando demanda de amparo para exponer su pretensión de denunciar que, a su parecer, los dos autos de la Audiencia Nacional no le habrían proporcionado la tutela judicial de sus derechos fundamentales, al haber aceptado como debidamente cumplidas las garantías ofrecidas por el Estado requirente, aboca indefectiblemente a tener que reputar el presente recurso de amparo como extemporáneo, porque ha sido presentado cuando ya ha transcurrido en exceso el plazo legalmente establecido en el art. 44.2 LOTC.

El óbice alegado por el abogado del Estado debe ser acogido, pues la pretensión de amparo incurre en una disociación manifiesta entre objeto de impugnación y origen de la lesión, lo que conduce también a una decisión de inadmisión del recurso.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Inadmitir el recurso de amparo interpuesto por don Shane Kenneth Looker contra el acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de diciembre de 2018.

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

Dada en Madrid, a dieciséis de septiembre de dos mil diecinueve.—Encarnación Roca Trías.—Fernando Valdés Dal-Ré.—Juan Antonio Xiol Ríos.—Pedro José González-Trevijano Sánchez.—Antonio Narváez Rodríguez.—Ricardo Enríquez Sancho.—Firmado y rubricado.

Voto particular que formula el magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos respecto de la sentencia pronunciada en el recurso de amparo núm. 196-2019

Con el máximo respeto a la opinión mayoritaria de mis compañeros de Sala en la que se sustenta la sentencia, manifiesto mi discrepancia con la fundamentación jurídica y con el fallo, que considero que hubiera debido ser estimatorio por vulneración del art. 15 CE y, en coherencia con ello, que debieran haberse anulado las resoluciones judiciales impugnadas retrotrayendo las actuaciones para que se hubiera pronunciado otra respetuosa con los derechos fundamentales a las prohibiciones de la pena de muerte y de imposición de penas inhumanas.

La cuestión sustantiva que plantea este recurso de amparo, y la que fue determinante para su admisión a trámite, es analizar si vulnera el art. 15 CE la decisión judicial de considerar suficientes las garantías diplomáticas aportadas por el Reino de Tailandia en un procedimiento de extradición en relación con los riesgos de la aplicación al recurrente de la pena de muerte y de la pena de cadena perpetua. Las garantías fueron: (i) respecto de una eventual condena a la pena de muerte, que «el Gobierno Real de Tailandia pedirá la cadena perpetua en lugar de la pena de muerte, de acuerdo con las provisiones legales actualmente en vigor, para asegurar que el Sr. Shane Kenneth Looker no sea condenado a muerte. Si el Tribunal impone la pena de muerte en su sentencia, el Gobierno Real de Tailandia emitirá su recomendación para un perdón real» y (ii) respecto de una eventual condena a cadena perpetua indefectible de por vida, que existe la posibilidad de solicitar un perdón real incondicional que afecte a toda la pena o adquirir la forma de conmutación o reducción de la pena.

Las razones por las que considero que debería haberse declarado vulnerado el art. 15 CE, tanto desde la perspectiva de la prohibición de la pena de muerte como desde la prohibición de las penas perpetuas indefectibles son las siguientes:

I. Contra la pena de muerte.

1. Vigente durante la dictadura, el 29 de diciembre de 1978, con la entrada en vigor de la Constitución, quedó abolida la pena de muerte, «salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra» (art. 15 CE). En el actual periodo constitucional, la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, por la que se aprueba el código penal militar, estableció la posibilidad de aplicar la pena capital para tiempos de guerra respecto de veinticuatro ilícitos. Finalmente, mediante la Ley Orgánica 11/1995, de 27 de noviembre, quedó abolida la pena de muerte también en tiempo de guerra. En ese momento España pasó a formar parte de los países abolicionistas de la pena de muerte en cualquier circunstancia, aunque con el máximo rango constitucional solo lo sea para tiempo de paz.

Este Tribunal Constitucional nunca ha tenido la oportunidad de pronunciarse respecto de la aplicación de la pena de muerte en los casos, como el controvertido en el presente recurso de amparo, de solicitudes de cooperación jurídica internacional para la entrega de personas para ser juzgadas por delitos en que haya riesgo de que se pueda imponer la pena de muerte o para el cumplimiento de una pena de esta naturaleza, cuya única garantía sea la de una medida de gracia. Esta circunstancia fue determinante para que, tras el necesario análisis sobre la concurrencia de todos los requisitos legales necesarios, este recurso de amparo fuera admitido por la Sección Cuarta de este Tribunal, considerando que tenía una especial trascendencia constitucional por plantear un problema o afectar a una faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay jurisprudencia constitucional.

2. En el ámbito convencional del Consejo de Europa, el art. 2.1 del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH), en su redacción originaria de 4 de noviembre de 1950, mantuvo como una de las excepciones al derecho a la vida, «la ejecución de una condena que imponga la pena capital dictada por un Tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena». No obstante, ya en el Protocolo núm. 6 de 28 de abril de 1983 se dio el primer paso para la abolición de la pena de muerte –con la única excepción para los actos cometidos en tiempo de guerra o de peligro inminente– estableciendo su inderogabilidad en aplicación del art. 15 CEDH y la prohibición de reservas en aplicación del art. 57 CEDH. Finalmente, fue el Protocolo núm. 13, de 3 de mayo de 2002, el que, con la misma prohibición de derogación y de reserva, abolió la pena de muerte en cualquier circunstancia.

Estas disposiciones convencionales del Consejo de Europa –vigentes en España desde el 4 de octubre de 1979, 1 de marzo de 1985 y 1 de abril de 2010, respectivamente– han llevado a declarar en la STEDH de 2 de marzo de 2010, asunto *Al-Saadoon y Mufdhi* contra el Reino Unido, por un lado, que la Gran Sala en la STEDH de 12 de mayo de 2005, asunto *Öcalan* contra Turquía, no excluyó que el art. 2 CEDH ya hubiera sido modificado para eliminar la excepción que permite la pena de muerte; y, por otro, que, además, «la posición ha evolucionado desde entonces. Todos menos dos de los Estados miembros han firmado el Protocolo núm. 13 y todos menos tres de los Estados que lo han firmado lo han ratificado. Estas cifras, junto con la práctica constante del Estado al observar la moratoria sobre la pena capital, son fuertemente indicativas de que el artículo 2 ha sido enmendado para prohibir la pena de muerte en todas las circunstancias. En este contexto, la Corte no considera que la redacción de la segunda oración del artículo 2.1 continúe actuando como un obstáculo para interpretar que las palabras ‘trato o castigo inhumano o degradante’ en el artículo 3 incluye a la pena de muerte» (§ 120).

En atención a ello, esta misma sentencia establece que (i) «el artículo 2 de la Convención y el artículo 1 del protocolo núm. 13 prohíben la extradición o deportación de un individuo a otro Estado donde se hayan demostrado motivos sustanciales para creer que correría un riesgo real de ser sometido a la pena de muerte» (§ 123); y (ii) que para determinar si existe ese riesgo, se deben examinar «las consecuencias previsibles de enviar al solicitante al país receptor, teniendo en cuenta la situación general allí y sus circunstancias personales» y hacer una evaluación «principalmente con referencia a los hechos que el Estado contratante conocía o debería haber conocido en el momento de la expulsión» (§ 125). Esta jurisprudencia ha sido reiterada con posterioridad en las SSTEDH de 25 de septiembre de 2012, asunto *Rrapo* contra Albania, § 69; de 24 de julio de 2014, asunto *Al Nashiri* contra Polonia, §§ 576 y 577; de 29 de octubre de 2015, asunto *A.L. (X.W.)* contra Rusia § 69; o de 31 de mayo de 2018, asunto *Al Nashiri* contra Rumania, §§ 726 y 727.

Las excepciones destacadas por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el particular son los supuestos en que el Estado miembro ha recibido garantías suficientes, bien de que la pena de muerte no sería impuesta, o, en caso de imponerse, de que no será ejecutada (así, STEDH de 25 de septiembre de 2012, asunto *Rrapo* contra Albania, §§ 70-73; y decisiones de inadmisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de mayo de 2006, asunto *Salem* contra Portugal; de 18 de noviembre de 2008, asunto *Boumediene* y otros contra Bosnia y Herzegovina; de 8 de julio de 2010, asunto *Babar Ahmad* y otros contra el Reino Unido; de 17 de enero de 2012, asunto *Harkins y Edwards* contra el Reino Unido). A esos efectos, en la última de las decisiones citadas se hace especial referencia a que (i) en cuestiones de extradición era apropiado aplicar una presunción de buena fe a un Estado requirente –en ese caso los Estados Unidos de América– que tenía una larga historia de respeto por la democracia, los derechos humanos y el estado de derecho, y que tenía acuerdos de extradición desde largo tiempo con los Estados contratantes; y (ii) también tienen especial importancia las garantías procesales aportadas, como eran, en el caso concreto, que los fiscales estatales habían dejado claro que la fiscalía no solicitaría la

pena de muerte y que, con independencia de la posibilidad legal de que un tribunal de primera instancia pudiera imponer la pena de muerte, incluso cuando la fiscalía no la solicita, también existía un compromiso en ese sentido del juez estatal de primera instancia.

3. En el ámbito de la Unión Europea, también el art. 2.2 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, que de conformidad con el art. 6.1 del Tratado de la Unión Europea tiene el mismo valor jurídico que los tratados, establece, de manera incondicionada, que «nadie podrá ser condenado a la pena de muerte ni ejecutado». Además, establece la previsión específica de que «nadie podrá ser [...] extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte» (art. 19.2).

4. Por su parte, en el ámbito de las Naciones Unidas, el art. 6.2 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 –en vigor en España desde el 27 de julio de 1977–, también establecía como excepción al derecho a la vida la previsión de que «en los países que no hayan abolido la pena capital sólo podrá imponerse la pena de muerte por los más graves delitos y de conformidad con leyes que estén en vigor en el momento de cometerse el delito y que no sean contrarias a las disposiciones del presente Pacto ni a la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio. Esta pena sólo podrá imponerse en cumplimiento de sentencia definitiva de un tribunal competente». Fue el segundo Protocolo facultativo a este Pacto, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de diciembre de 1989 –en vigor en España desde el 11 de julio de 1991–, el que abolió la posibilidad de imponer esta sanción penal en cualquier circunstancia, si bien permitiendo la formulación de reserva en el momento de la ratificación o la adhesión en la que se prevea la aplicación de la pena de muerte en tiempo de guerra como consecuencia de una condena por un delito sumamente grave de carácter militar cometido en tiempo de guerra. España reservó esa aplicación estableciendo que «de conformidad con el artículo 2, España se reserva el derecho de aplicar la pena de muerte en los casos excepcionales y sumamente graves, previstos en la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, del Código penal militar, en tiempo de guerra, tal y como se define en el artículo 25 de la citada Ley Orgánica». La reserva fue retirada por España con vigencia desde el 13 de enero de 1998.

Esta regulación convencional, ha llevado al Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, como órgano encargado de la resolución de las comunicaciones individuales interpuestas contra las vulneraciones del Pacto internacional de derechos civiles y políticos y de sus protocolos, en relación con las entregas extradicionales en que esté en riesgo la imposición de la pena de muerte, a afirmar en su dictamen de 23 de octubre de 2009, comunicación núm. 1442-2005, asunto *Yin Fong* contra Australia (CCPR/C/97/D/1442/2005, de 23 de noviembre de 2009), relativo a una solicitud de extradición desde China para ser enjuiciada por un delito eventualmente castigado con una pena de muerte, que «el Comité recuerda que un Estado parte que haya abolido la pena de muerte violaría el derecho de la persona a la vida, enunciado en el párrafo 1 del artículo 6, si trasladara a esta persona a un país donde haya sido condenada a la pena de muerte. En este caso hay que determinar si existen razones de fondo para considerar que hay un peligro real de que la deportación de la autora dé lugar a la imposición de esa pena, o sea, que haya un riesgo real de daño irreparable. El Comité recuerda también su jurisprudencia según la cual la imposición de la pena de muerte a una persona después de un juicio parcial equivale a someter impropia y a esta persona al temor de ser ejecutada, con la consiguiente violación del artículo 7 del Pacto» (§ 9.4). Igualmente destaca que «el Comité reitera que no es necesario demostrar, como sugiere el Estado parte, que el autor 'será' sentenciado a muerte, sino que existe un 'riesgo real' de que se le imponga la pena de muerte. No acepta la hipótesis que parece formular el Estado parte de que una persona tiene que haber sido sentenciada a muerte para que se demuestre la existencia de un 'riesgo real' de violación del derecho a la vida» (§ 9.6). Por todo ello, «el Comité considera que un regreso forzoso de la autora a la República Popular China sin las debidas garantías constituiría una violación por Australia, como

Estado parte que ha abolido la pena de muerte, de los derechos que asisten a la autora en virtud de los artículos 6 y 7 del Pacto» (§ 9.7). Con esta jurisprudencia se reiteran resoluciones anteriores como los dictámenes de 5 de noviembre de 1993, comunicación núm. 469-1991, asunto Chitat Ng contra Canadá; (CCPR/C/49/D/469/1991, de 7 de enero de 1994); o de 5 de agosto de 2002, comunicación núm. 829-1998, asunto *Roger Judge* contra Canadá (CCPR/C/78/D/829/1998, de 20 de octubre de 2003)

5. En ese contexto jurídico, este Tribunal, tomando en consideración la consolidada jurisprudencia constitucional sobre el control indirecto de la vulneración de derechos fundamentales por respeto a su contenido absoluto en caso de entregas a terceros países en virtud de instrumentos de cooperación jurídica internacional (STC 91/2000, de 30 de marzo, FFJJ 6 a 8), debería, a mi juicio, haber estimado el recurso de amparo por vulneración del art. 15 CE, en relación con las garantías de que no se aplicaría la pena de muerte, y anular las resoluciones judiciales impugnadas retrotrayendo las actuaciones para que el órgano judicial desarrollara una labor de verificación u obtención de nuevas garantías diplomáticas respecto de que no se aplicaría una sanción que el poder constituyente declaró totalmente abolida en tiempos de paz y que, convencionalmente, el poder constituido ha extendido a cualquier circunstancia.

En el presente caso, entiendo que un análisis de los elementos concurrentes pone de manifiesto que los órganos judiciales han declinado en su labor esencial de garantizar, al nivel que exige la terminante prohibición constitucional de la pena de muerte en el art. 15 CE, que quedaba eliminado cualquier riesgo de que al recurrente le fuera aplicada la pena de muerte en Tailandia si se accede a su entrega. A esos efectos, son de destacar las siguientes circunstancias: (i) el delito por el que se ha concedido la extradición está efectivamente castigado en Tailandia con la pena de muerte; (ii) Tailandia no solo es uno de los cada vez más escasos países que tienen prevista la pena de muerte para delitos cometidos en tiempos de paz, sino de los más escasos todavía que no ha establecido una moratoria en su ejecución –más correctamente, es un país que, tras haber mantenido una moratoria en las ejecuciones desde agosto de 2009, las ha levantado en el año 2018 con una ejecución por inyección letal el 18 de junio de 2018, dándose también la circunstancia de que el 21 de abril de 2017 se produjo la condena a muerte de un español, que permanece en dicho país a la espera de su ejecución– y (iii) España no tiene suscrito ningún tratado bilateral con Tailandia sobre extradición a partir del cual se tenga el compromiso previo del Reino de Tailandia de que en caso de aplicarse la pena de muerte esta no se ejecutaría. En esas circunstancias, el riesgo, no solo de que se imponga la pena de muerte sino de que llegara a ejecutarse, entiendo que es de tal magnitud que las garantías que deben aportarse tienen que ser suficientes para permitir a las autoridades judiciales españolas en quienes reside el control de la indemnidad del contenido absoluto del derecho de la abolición de la pena de muerte despejar cualquier sombra de duda sobre el riesgo de que el reclamado pueda ser víctima de la pena capital.

Pues bien, como ya he señalado, la garantía que ha sido declarada suficiente por parte del órgano judicial para despegar las dudas sobre los riesgos de aplicación de la pena de muerte ha consistido en una nota verbal diplomática con el siguiente contenido: «el gobierno real de Tailandia pedirá la cadena perpetua en lugar de la pena de muerte, de acuerdo con las provisiones legales actualmente en vigor, para asegurar que el Sr. Shane Kenneth Looker no sea condenado a muerte. Si el Tribunal impone la pena de muerte en su sentencia, el Gobierno Real de Tailandia emitirá su recomendación para un Perdón Real». Sin duda, la primera parte de la nota –el compromiso de que no se pedirá la pena de muerte sino la cadena perpetua– hubiera resultado en abstracto suficiente para garantizar la indemnidad del derecho a la vida del recurrente en el contexto de países en que, por vigencia del principio acusatorio, el poder judicial no pueda imponer una pena superior a la solicitada por la acusación. Sin embargo, el hecho de que en la segunda parte de la nota se establezca que, en caso de que el tribunal imponga la pena capital, el gobierno se compromete a recomendar un perdón real, evidencia una insuficiencia en las garantías de la indemnidad del derecho, ya que pone de manifiesto

que (i) la ausencia de petición de la pena de muerte no parece ser un obstáculo para su imposición por parte del órgano judicial en ese país y (ii) que, en tal caso, la única posibilidad de evitar su ejecución es una medida de gracia real. Al respecto de esta última, lo único que se puede afirmar es que, sin perjuicio de que el derecho de gracia real esté sometido a un procedimiento o formalidades reguladas normativamente en Tailandia, su ejercicio resulta libérrimo y no sometido, en cuanto a la decisión definitiva, a las reglas del derecho sino a una voluntad real, lo que impide afirmar que se han dado garantías de que, efectivamente, no va a ser ejecutada la pena de muerte en este caso.

Por tanto, tal como defendí en la deliberación, creo que se dan todos los elementos para estimar el recurso de amparo en este concreto aspecto y, por la importancia del derecho fundamental sustantivo concernido, he creído ineludible hacerlo público mediante este voto particular, en el convencimiento, que todos los magistrados del Tribunal con total seguridad compartimos, del carácter absoluto de la abolición de la pena de muerte como uno de los avances civilizadores de una política criminal democrática y comprometida con el paradigma del moderno constitucionalismo y por razones de conciencia ante la eventualidad de que efectivamente se llegue algún día a ejecutar al recurrente en Tailandia.

II. Contra la pena de cadena perpetua indefectible.

6. El segundo de los aspectos por los que considero que debería haberse estimado el recurso de amparo es por la insuficiencia de las garantías aportadas respecto de los graves riesgos de que una eventual pena de cadena perpetua indefectible de por vida fuera impuesta al recurrente. De nuevo, en este caso, la única garantía aportada por el Reino de Tailandia, y declarada suficiente por las resoluciones judiciales impugnadas, ha sido la del perdón real.

En el voto particular que formulé al ATC 4/2019, de 29 de enero, ya expuse los problemas para establecer el parámetro de constitucionalidad que, en concordancia y diálogo con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, consideraba que debía tomarse en consideración para el análisis de invocaciones, como la presente, en que se pusiera en duda las suficiencias de las garantías prestadas frente al riesgo de que, tras entregas extradicionales, se aplicara la pena de cadena perpetua que fuera indefectible de por vida. La relevancia de este derecho me lleva a reiterar aquellas ideas.

7. La jurisprudencia constitucional sobre la vulneración del art. 15 CE derivada de la entrega extradicional para el procesamiento por un delito en que puede imponerse la pena de cadena perpetua es limitada y vinculada, en aplicación de la tradicional STEDH de 7 de julio de 1989, asunto *Soering* contra el Reino Unido, a la verificación de que, a partir de la normativa aplicable, se compruebe que la eventual pena de cadena perpetua que va a imponerse o cumplirse no será indefectible de por vida por existir una posibilidad efectiva de revisión o porque resulten aplicables medidas de clemencia (así, SSTC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 9; 148/2004, de 13 de septiembre, FJ 9, o 49/2006, de 13 de febrero, FJ 5).

En la actualidad concurren dos circunstancias que impiden establecer esa jurisprudencia como parámetro de constitucionalidad definitivo, como son (i) la pendencia del recurso de inconstitucionalidad 3866-2015, en que se ha impugnado la constitucionalidad de la regulación de la pena de prisión permanente revisable en España y que ha de propiciar que se establezca por primera vez un parámetro de control respecto de los límites constitucionales de este tipo de penas y (ii) la nueva jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre este tipo de penas a partir de la STEDH (GS) de 9 de julio de 2013, asunto *Vinter* y otros contra el Reino Unido. Esta sentencia, en evolución de la tradicional jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ahora exige unas garantías adicionales para considerar que una pena de estas características no resulta contraria al art. 3 CEDH, por no suponer una pena inhumana.

La citada STEDH de 9 de julio de 2013 mantiene el principio de que (i) «el artículo 3 exige la posibilidad de reducir la pena, entendida esta posibilidad en el sentido de que es

necesario establecer un mecanismo de revisión que permita a las autoridades nacionales evaluar si los cambios experimentados en la persona condenada a cadena perpetua son tan importantes y que se han hecho tales progresos hacia la rehabilitación en el transcurso del cumplimiento de la condena, que el mantenimiento de la pena de prisión no está ya justificado en ningún motivo legítimo de política criminal» (§ 119); y (ii) «no corresponde al Tribunal determinar la forma (revisión en manos del poder ejecutivo o del poder judicial) que debe adoptar este mecanismo de revisión» (§ 120). No obstante, añade como novedades: (iii) la preferencia por un mecanismo de revisión «que tenga lugar no más tarde del transcurso de los veinticinco años desde la imposición de la pena a cadena perpetua, con la previsión de revisiones periódicas con posterioridad a esa fecha» (§ 120); (iv) «un condenado a cadena perpetua no puede ser obligado a esperar y a cumplir un número de años indeterminado de su condena antes de que pueda alegar que las condiciones de su pena ya no cumplen con los requisitos establecidos en el artículo 3» (§ 122); y (v) «una persona condenada a cadena perpetua tiene el derecho a conocer, desde el primer momento en el que la pena se impone, lo que tiene que hacer y bajo qué condiciones para poder obtener la libertad, incluyéndose el momento en el que la revisión de su condena tendrá lugar o puede esperarse que se produzca» (§ 122). La relevancia de esta modificación es tal que ha determinado que la STEDH de 20 de mayo de 2014, asunto *László Magyar* contra Hungría, haya considerado que el sistema de prisión perpetua de Hungría es contrario al art. 3 CEDH al no determinar cuáles son los requerimientos necesarios para poder revisar la pena perpetua y no garantizar una consideración adecuada de los cambios en la vida de los condenados y sus progresos hacia la rehabilitación.

Por otra parte, y ya en relación directa con decisiones de extradición, esta evolución doctrinal ha conllevado en la STEDH de 4 de septiembre de 2014, asunto *Trabelsi* contra Bélgica, a considerar contrario al art. 3 CEDH la decisión de Bélgica de entregar a un nacional tunecino a EEUU para enjuiciamiento por delitos de terrorismo tras verificar que si bien la legislación de ese país plantea diversas posibilidades para revisar las cadenas perpetuas (incluido el sistema de indulto presidencial), no establece ningún procedimiento específico que constituya un mecanismo para revisar tales sentencias para los fines del artículo 3 del Convenio.

En este contexto jurisprudencial, si se analizan las garantías aportadas en este caso por las autoridades del Reino de Tailandia respecto de la aplicación de la cadena perpetua al recurrente, declaradas suficientes por el órgano judicial español desde la perspectiva del art. 15 CE, mi posición es que se ha vulnerado el art. 15 CE. Considero que la sola referencia a la posibilidad del ejercicio de gracia real como único instrumento normativo contra la indefectibilidad de por vida de una pena de cadena perpetua no cumple con las reglas que sobre la exigencia de mecanismos de revisión jurídicos respecto de la evolución del tratamiento penitenciario en este tipo de penas se han establecido por la STEDH (Gran Sala) de 9 de julio de 2013, asunto *Vinter* y otros contra el Reino Unido.

Por tanto, a mi juicio debería también haberse estimado este recurso de amparo por vulneración del art. 15 CE, en relación con las garantías de que la eventual imposición de una pena de cadena perpetua no sería indefectible de por vida, y anular las resoluciones judiciales impugnadas retrotrayendo las actuaciones para que el órgano judicial desarrollara una labor de verificación u obtención de nuevas garantías diplomáticas respecto de esta sanción.

III. Contra el formalismo enervante en la jurisdicción de amparo.

8. La opinión mayoritaria en la que se sustenta la sentencia concluye la inadmisión del presente recurso de amparo con el argumento de que la demanda presentada ha sido interpuesta fuera del plazo legal de treinta días establecido en el art. 44.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), asumiendo con ello la alegación del abogado del Estado sobre este particular. El argumento ha sido que las vulneraciones aducidas por el recurrente del art. 15 CE realmente se dirigen contra la decisión judicial

que declaró suficientes las garantías aportadas por el Reino de Tailandia y no contra la decisión política del Consejo de Ministros de acceder a la entrega extradicional, por lo que el computo del plazo de interposición del recurso de amparo debe ser el momento de la firmeza de las resoluciones judiciales y no el de la decisión del Consejo de Ministros.

No puedo compartir esa opinión ni (i) desde el aspecto formal de una interpretación y aplicación del art. 44.2 LOTC sobre el momento a partir del que deben computarse los plazos para la interposición del recurso de amparo ni tampoco (ii) desde el aspecto material de la eventual concurrencia de un fundamento que legitime esta decisión de dejar imprejuzgada nada menos que una invocación del derecho a la vida por la prevalencia de principios esenciales ordenadores del procedimiento de esta jurisdicción de amparo o de otros principios de relevancia constitucional.

9. La opinión mayoritaria en la que se sustenta la sentencia hace una correcta descripción de las singularidades del proceso de extradición pasiva en España derivada de su configuración en la Ley 4/1985, de 21 de marzo, de extradición pasiva, como un procedimiento mixto gubernativo y judicial en que se identifican tres fases: (i) una primera fase gubernativa en que el Consejo de Ministros, mediante una decisión política, debe decidir si se da trámite a la fase judicial del proceso (art. 9); (ii) una segunda fase judicial en que el órgano judicial –la Audiencia Nacional– analiza si concurren o no los requisitos legales para una eventual entrega, finalizando este proceso si la resolución judicial es denegatoria de la extradición (arts. 12 a 17) y (iii) una última fase gubernativa, solo para los casos en que la decisión judicial sea que resulta procedente la entrega extradicional, en que el Consejo de Ministros, de nuevo mediante una decisión estrictamente política, acuerda si entregará o no al reclamado (art. 18).

Esta descripción pone de manifiesto que la última fase gubernativa es un acto conformador del procedimiento de extradición que supone la real actualización de cualquier lesión constitucional vinculada a la efectiva entrega de reclamado, toda vez que el Consejo de Ministros puede denegar la extradición a pesar de haber sido declarada procedente por el órgano judicial. A esos efectos, y desde la perspectiva formal del art. 44.2 LOTC, si todavía una decisión del Consejo de Ministros podía evitar que el reclamado fuera entregado a las autoridades tailandesas, esto permite concluir que el real agotamiento de la vía extradicional previa al recurso de amparo debe ubicarse de un modo natural conforme a la jurisprudencia constitucional y sin forzar la interpretación de los requisitos procesales de admisibilidad en esta decisión del Consejo de Ministros.

Recientemente, el Pleno de este Tribunal en la STC 39/2019, de 26 de marzo, recordaba, para declarar prematuro un recurso de amparo, que la eventual concurrencia de una lesión constitucional producida dentro de un proceso penal que ya no tenga ninguna posibilidad de reparación dentro de la vía judicial –en aquel caso la desestimación firme por la Sala especial del art. 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la recusación de diversos miembros de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo– no resulta suficiente para abrir la vía de amparo, ya que «la acción de amparo constitucional, en efecto, está vinculada, entre otros requisitos, a la concurrencia de un gravamen ligado a la efectividad de la lesión alegada dimanante de una sentencia condenatoria» (FJ 3). En mi criterio, no solo no hay obstáculo alguno para ello, sino que era procedente aplicar idéntico razonamiento en los procesos de extradición, posibilitando distinguir entre el acto o momento en que se habría producido la lesión del art. 15 CE –que efectivamente hay que situarlo en la firmeza de la decisión judicial de considerar suficientes las garantías aportadas por el Reino de Tailandia–, con el momento en que puede entenderse definitivamente agotada la vía previa y surge, por tanto, el gravamen para el recurrente: la decisión del Consejo de Ministros de acceder a la entrega.

No cabe desconocer que hay una consolidada práctica jurisprudencial en este Tribunal de no objetar el debido agotamiento en las demandas de amparo constitucional interpuestas contra las decisiones judiciales de considerar procedente la extradición. No

considero que eso suponga un obstáculo insalvable para sustentar también la temporaneidad de las demandas de amparo presentadas tras la decisión del Consejo de Ministros de acceder a la entrega. La jurisprudencia constitucional ya ha reconocido otros supuestos en que resulta posible considerar correctamente agotada la vía judicial en dos momentos diferentes como son los casos de anulación de sentencias absolutorias con retroacción de actuaciones en que se afirma que es posible o bien impugnar en amparo directamente dicha decisión, sin incurrir en falta de agotamiento, o bien esperar a que se dicte la nueva decisión por si la misma fuera absolutoria, sin incurrir en extemporaneidad (así, SSTC 149/2001, de 27 de julio, FJ 3; 23/2008, de 11 de febrero, FJ 2; 129/2008, de 27 de octubre, FJ 6; 76/2009, de 23 de marzo, FJ 3; 171/2009, de 9 de julio, FJ 2, o 129/2018, de 12 de diciembre, FJ 6).

10. Desde una perspectiva material, tampoco puedo compartir la interpretación y aplicación defendida por la opinión mayoritaria en la que se sustenta la sentencia. Las causas de inadmisión establecidas legalmente como excepciones u obstáculos procesales para obtener un pronunciamiento sobre el fondo de las pretensiones suscitadas deben responder a unos fines que legitimen o justifiquen esa decisión vinculadas a necesidades imperiosas de la más correcta ordenación del procedimiento o por la preponderancia de otros intereses relevantes. Con carácter general, la exigencia de presentación de un recurso en unos plazos determinados legalmente se ha puesto siempre en relación con exigencias de seguridad jurídica y, en menor medida, con exigencias de equidad porque el paso del tiempo puede dificultar la determinación de los hechos a enjuiciar. Estas exigencias son tanto más relevantes cuanto se trata de conflictos entre particulares o de conflictos que puede afectar de manera singular a intereses de terceros. Por el contrario, estas exigencias se ven debilitadas en supuestos en que no están en juego de manera determinante concretos intereses de terceros individualmente considerados.

A esos efectos, y por lo que se refiere, por ejemplo, a las jurisdicciones internacionales en materia de derechos humanos, es de apreciar que, por la relevancia de las cuestiones suscitadas, en algunos casos no se establecen plazos concretos límite de interposición, como sucede con el Protocolo facultativo del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, que solo está limitado por el abuso de derecho, entendiéndose por tal, conforme al art. 96 del reglamento del Comité de Derechos Humanos (CCPR/C/3/Rev.10, de 11 de enero de 2012), «la presentación de una comunicación 5 años después del agotamiento de los recursos internos por su autor o, en su caso, 3 años después de la conclusión de otro procedimiento de examen o arreglo internacionales, a menos que la demora esté justificada habida cuenta de todas las circunstancias de la comunicación». O, en otros casos, estos plazos son considerablemente extensos, como sucede con las demandas individuales interpuestas al amparo del art. 34 CEDH para las que se da un plazo de seis meses (art. 35 CEDH), por considerar que así se proporciona un plazo de reflexión suficiente para permitir al potencial demandante apreciar la oportunidad de presentar una demanda y, llegado el caso, determinar las quejas y argumentos precisos que puede hacer valer. Por otra parte, también es común establecer una flexibilización en la aplicación de la causa de inadmisión por extemporaneidad atendiendo a las circunstancias concretas del caso.

En el presente caso, concurren unas muy singulares circunstancias relativas a que (i) el recurrente ya había impugnado en amparo la decisión judicial de considerar procedente la extradición condicionada a la prestación de garantías y, por tanto, que se trataba de recurrir una segunda decisión judicial de considerar suficientes dichas garantías; (ii) que la legislación española establece como una posibilidad cierta que el Consejo de Ministros decida libérrimamente y sin posibilidad de ulterior recurso jurisdiccional no acceder a la entrega del reclamado por las razones que considere adecuadas; (iii) que el recurrente había dirigido un escrito al Consejo de Ministros poniendo de relieve las insuficiencias de las garantías prestadas y, por tanto, mantenía el debate sobre la eventual lesión del derecho fundamental invocado con las autoridades españolas que deben adoptar la decisión de extradición; y (iv) que el recurrente se

mantenía bajo la jurisdicción de las autoridades españolas cuando interpuso este recurso de amparo al no haberse hecho efectiva la entrega.

En estas circunstancias, considero que se está ante un nuevo ejemplo de formalismo enervante. No concurre razón material alguna para hacer una interpretación que entiendo, con el debido respeto, rigorista y desproporcionada de la exigencia de temporaneidad del recurso. No se exponen ni evidencian razones sustanciales de ordenación del procedimiento de esta jurisdicción de amparo o la prevalencia de otro tipo de intereses o fines constitucionales de tal relevancia que permitan entender justificado que deba sacrificarse la posibilidad de hacer un análisis de fondo sobre la invocación constitucional del más esencial de los derechos fundamentales que es, a la vez, presupuesto para el ejercicio del resto de derechos.

11. En el voto particular formulado a la STC 75/2019, de 22 de mayo, hice una afirmación que creo difícil que no pueda ser compartida por todos, en el sentido de que «el formalismo enervante no resulta conciliable con el quehacer general de la impartición de una justicia que emana del pueblo y, además, es un servicio público para ese pueblo. Es mucho menos conciliable cuando se trata de una jurisdicción de derechos humanos como la que representa la jurisdicción de amparo constitucional.»

Madrid, a dieciséis de septiembre de dos mil diecinueve.—Juan Antonio Xiol Ríos.—
Firmado y rubricado.