

localiza en el artículo 76.2, g), de la Ley Orgánica General Penitenciaria el derecho a la salud proclamado por el artículo 43 de la Constitución, a efectos de su cobertura y garantía respecto a los internos en establecimientos penitenciarios. En ambos supuestos es clara la competencia del Juez de Vigilancia Penitenciaria número 1 de Barcelona para realizar las actuaciones y adoptar las medidas que han sido cuestionadas, máxime por cuando el citado Juez, con su proceder, no sólo no niega las competencias de la Administración, sino que actúa la suya propia para asegurar el eficaz ejercicio de aquéllas, subordinando incluso la dimensión temporal de su decisión a que el órgano competente de la Generalidad de Cataluña (la Inspección de Sanidad correspondiente) certifique la habitabilidad de la dependencia cuyo cierre ordena.

Décimo.—Parece evidente, tras lo expuesto, que está fuera de lugar la pretensión de que las garantías jurisdiccionales en materia penitenciaria deban necesariamente operar a partir de actos administrativos susceptibles de revisión en vía contencioso-administrativa, puesto que, sin perjuicio del ámbito y supuestos en que tal tipo de revisión jurisdiccional sea procedente, en forma alguna pueda resultar enervado el específico control que la Ley atribuye a los Jueces de Vigilancia Penitenciaria. Una interpretación contraria se situaría a espaldas de la concepción propia de la Ley Orgánica General Penitenciaria y sería potencialmente desnaturalizadora de la misma configuración legal del Juez de Vigilancia; la función tuitiva vigorosamente atribuida a éste por la Ley no puede, pues, ser cuestionada arguyendo la falta de las garantías propias del recurso contencioso-administrativo, debiendo recordarse, a este respecto, que las decisiones adoptadas por los Jueces de Vigilancia Penitenciaria están sujetas al sistema de recursos y garantías que previene la disposición adicional quinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

#### FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos la competencia del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria número 1 de Barcelona para acordar el cierre temporal del «departamento celular» del Centro Penitenciario de Tarragona, hasta que se acredite el cumplimiento de las mínimas condiciones higiénicas y de salubridad que permitan su habitabilidad sin detrimento de la salud de los internos.

Así por esta nuestra sentencia, que se comunicará a los órganos contendientes y se publicará en el «Boletín Oficial del Estado», lo pronunciamos, mandamos y firmamos.—Antonio Hernández Gil, José Luis Ruiz Sánchez, Pedro Antonio Mateos García, Gregorio Peces-Barba del Brio, Miguel Vizcaino Márquez, Landelino Lavilla Alsina.—Firmados y rubricados.

Y para que conste y remitir al «Boletín Oficial del Estado» para su publicación, cumpliendo lo acordado, expido y firmo la presente en Madrid a 10 de julio de 1986.

#### 23294 CONFLICTO de jurisdicción número 11/1986, planteado por el Delegado del Gobierno en la Comunidad Autónoma de Madrid a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

Don Vicente Tejedor del Cerro, Vicesecretario de Gobierno del Tribunal Supremo, en funciones de Secretario.

Certifico que en el Conflicto de jurisdicción seguido con el número 11/1986, ha recaído la siguiente sentencia:

Excelentísimos señores don Antonio Hernández Gil, Presidente; don José Luis Ruiz Sánchez, don Pedro Antonio Mateos García, don Gregorio Peces-Barba del Brio, don Miguel Vizcaino Márquez, don Landelino Lavilla Alsina.

En la villa de Madrid a 20 de julio de 1986.

Visto por el Órgano colegiado constituido para decidir los conflictos de jurisdicción entre los Tribunales y la Administración, integrado por los excelentísimos señores antes indicados, el planteado por el Delegado del Gobierno en la Comunidad Autónoma de Madrid a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, al objeto de que ésta se abstuviera de intervenir, en el proceso de ejecución del Auto de 11 de febrero de 1986, confirmado en súplica el 1 de abril de igual año, en el que accediendo a la solicitud de extradición que habían formulado las Embajadas en Madrid de los Estados Unidos de América y de la República de Colombia respecto del ciudadano de esta última nación, Gilberto Rodríguez Orejuela, se dispuso la entrega del reclamado a la República de Colombia.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.—El Delegado del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Madrid, previo el oportuno asesoramiento jurídico por

parte del Letrado del Estado, promueve cuestión de competencia mediante el correspondiente requerimiento de inhibición a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, para que se abstenga de intervenir en el proceso de ejecución del Auto de la Sección Segunda de dicha Sala de 11 de febrero de 1986, recaído en el procedimiento de extradición afectante al ciudadano colombiano Gilberto Rodríguez Orejuela, en el que están acumulados los expedientes números 36/1984, del Juzgado Central número 2, y 40/1985, del Juzgado Central número 1, por estimar ser de la competencia del Gobierno al amparo del artículo 6.2 de la Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva, y ello en base a los antecedentes y consideraciones legales que expone y entre ellas la citada Ley de Extradición Pasiva, la Ley de Conflictos Jurisdiccionales de 17 de julio de 1948 y la Ley 17/1983, de 16 de noviembre.

Segundo.—La Sección 2.ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, recibido el expediente de cuestión de competencia planteada por la Delegación del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Madrid, acuerda poner de manifiesto las actuaciones a las partes por término de seis días a cada una, para que expusieran su opinión por escrito, iniciándose por el Ministerio Fiscal, quien cumplimentando el trámite previsto en el artículo 22 de la Ley de 17 de julio de 1948, la expuso en el sentido de estimar que la Sala debe atender el requerimiento inhibitorio del Delegado del Gobierno en la Comunidad Autónoma de Madrid, acordando abstenerse de intervenir en el proceso de ejecución del Auto de 11 de febrero de 1986, relativo a la extradición de Gilberto Rodríguez Orejuela, por ser de la competencia del Gobierno, al amparo del artículo 6.2, en relación con el artículo 16 de la Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva, con los demás pronunciamientos inherentes a dicha declaración; la representación del ciudadano colombiano Gilberto Rodríguez Orejuela, evacuando el propio trámite que le fue conferido, suplica a la Sala admitiese el escrito de alegaciones presentado con los dictámenes en Derecho que acompañaba, y en virtud de las consideraciones en él recogidas, y de lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley de Conflictos Jurisdiccionales de 1948, acuerde: 1) Rechazar, a tenor de lo dispuesto en el artículo 13, A) de la Ley de Conflictos Jurisdiccionales de 17 de julio de 1948, el requerimiento de inhibición formulado por el Delegado del Gobierno en Madrid mediante escrito de 12 de abril de 1986 por no versar dicho requerimiento sobre el proceso mismo de ejecución del Auto firme de 11 de febrero de 1986, ratificado por el Auto del Pleno de 1 de abril de 1986, sino sobre la parte dispositiva de aquél y sobre su propia fundamentación. 2) Sostener su propia competencia para la ejecución del referido Auto firme de 11 de febrero de 1986, ratificado por el Auto del Pleno de 1 de abril de 1986, en los términos prevenidos en la Ley de 1958, ordenando, en consecuencia, la entrega del reclamado al Gobierno de la República de Colombia, con las medidas administrativas y diplomáticas que el Gobierno estime oportunas para cumplir lo ordenado en el marco previsto en la Ley de extradición de 1958, advirtiendo expresamente al Gobierno que la entrega a un país distinto del señalado en el fallo, implicaría delito de desobediencia. 3) Ordenar se nos tenga por parte en la cuestión de competencia suscitada entre el Delegado del Gobierno en Madrid y la Audiencia Nacional porque, de lo contrario, tratándose de un asunto (único caso que se ha planteado en la jurisprudencia de conflictos) supondría una violación directa del artículo 24 de la Constitución, por indefensión manifiesta del extraditado.

Tercero.—La Sección 2.ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, con fecha 10 de mayo de 1986, dictó Auto acordando: 1) No acceder al requerimiento de inhibición que formula el Delegado del Gobierno en Madrid mediante escrito de 12 de abril de 1986, con la pretensión de que sea el Gobierno quien, en último término, decida sobre la solicitud de extradición instada por el Gobierno de la República de Colombia respecto al ciudadano de aquel país Gilberto Rodríguez Orejuela. 2) Ratificar la íntegra competencia de este Tribunal en los términos que, con carácter firme, quedaron plasmados en el Auto de 11 de febrero de 1986, dictado por la Sección Segunda, confirmado por resolución de igual clase pronunciada por el Pleno de la Sala el día 1 de abril de 1986. 3) Comunicar este auto al Delegado del Gobierno requirente, con indicación de que en esta misma fecha, o a lo más tardar en la de mañana, se remiten las actuaciones a la Presidencia del Tribunal Supremo a fin de que la Sala Especial de Conflictos decida la cuestión suscitada, interesando acuse de recibo de la autoridad requirente. 4) Notificar esta resolución al Ministerio Fiscal y a la representación del reclamado, a quienes se tiene por parte en el conflicto y a quienes se hará saber el hecho inmediato de la remisión de las actuaciones. 5) Conforme a lo dicho, elevar las actuaciones a la Presidencia del Tribunal Supremo, con el ruego de que acuse recibo.

Cuarto.—Recibidas las actuaciones remitidas por los excelentísimos señores Presidente de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y Delegado del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Madrid, se acordó acusar recibo a ambos y convocar a los

excelentísimos señores componentes de este Órgano colegiado, para el día 9 de junio actual, con remisión de los particulares pertinentes, lo que tuvo lugar.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—El Delegado del Gobierno en la Comunidad Autónoma de Madrid ha suscitado, en las presentes actuaciones, Conflicto de jurisdicción a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, requiriéndola para que se abstuviera de intervenir, por ser competente el Gobierno de la Nación, en el proceso de ejecución del auto de 11 de febrero de 1986, confirmado en súplica por el 1 de abril siguiente, en el que accediendo a la solicitud de extradición que habían formulado las Embajadas en Madrid de los Estados Unidos de América y la República de Colombia respecto al ciudadano de esta última nación Gilberto Rodríguez Orejuela, se otorgó preferencia a la solicitud de la República de Colombia, a cuyas autoridades se hará entrega de la persona del reclamado, por lo que, en consecuencia, se dispuso la entrega del reclamado a las autoridades de la República de Colombia, con expresión del tiempo que aquél ha estado privado de libertad en nuestro país, en función de los expedientes de extradición acumulados, alegando como fundamento de fondo del requerimiento formulado que, habida cuenta la fecha en que se produjo la solicitud de Colombia, 30 de mayo de 1985, devenía aplicable, en cuanto a ella, lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo sexto de la Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva (publicada en el «Boletín Oficial del Estado» el día 26 siguiente), a cuyo tenor la resolución del Tribunal declarando procedente la extradición no será vinculante para el Gobierno, que podrá denegarla en el ejercicio de la soberanía nacional, atendiendo al principio de reciprocidad o a razones de seguridad, orden público o demás intereses esenciales para España.

Segundo.—El conflicto de jurisdicción ha de entenderse regular y formalmente planteado por cuanto: a) el Delegado del Gobierno requirente, como titular de las competencias atribuidas al Gobernador Civil en las Comunidades Autónomas uniprovinciales, según lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 17/1983, de 16 de noviembre, está legitimado para suscitarlo al amparo de lo establecido en el artículo 7 de la Ley de Conflictos Jurisdiccionales de 17 de julio de 1948; b) obra, en las actuaciones, el dictamen previo del Letrado del Estado exigido en el artículo 16 de la propia Ley; c) se ha formulado el requerimiento relacionando en párrafos numerados las cuestiones de hecho y las razones de derecho, con lo que resultan cumplidas las exigencias del artículo 19 de idéntico texto legal, aunque no hayan sido transcritos íntegramente y «ad pedem literae» los preceptos legales, y d) porque promovido, según decíamos, por autoridad competente, se ha dirigido al Tribunal que estaba conociendo del asunto, según establece el artículo 17 de la citada Ley de Conflictos Jurisdiccionales.

Tercero.—Cumpliéndose en la promoción del conflicto los requisitos estrictamente formales, surge como cuestión a enjuiciar la relativa a si es o no procedente. A tal fin es preciso atenerse al único precepto que ampara procesalmente al promovido, que es el artículo 13 A) de la Ley de Conflictos Jurisdiccionales, según el cual no podrán suscitarse cuestiones de competencia a los Jueces y Tribunales de todo orden en los asuntos judiciales fenecidos por sentencia firme, con la única excepción de que la cuestión previa recayera sobre el proceso mismo de ejecución del fallo. Integran el precepto transcrito dos normas no sólo diferenciadas sino contrapuestas. La primera, enunciativa de la regla general, excluye el conflicto jurisdiccional, haciéndolo por lo tanto improcedente si se promoviere, cuando el asunto judicial a que se contraiga esté fenecido por sentencia firme. La razón de dicha norma radica en el fundamental principio de la autoridad de la cosa juzgada en sentido formal y material, de suerte que ni en el mismo procedimiento ni en otro ulterior cabe volver sobre lo ya resuelto con carácter definitivo y firme, pues de no ser así sufriría grave quebranto tanto la certeza como la seguridad jurídica. La segunda de las normas, que se formula como la única excepción a la primera, en cierto modo se contraponen a ella, mas no la contradice. La excepción, por su propia naturaleza, exige una interpretación estricta, ya que todo lo no comprendido en ella de modo expreso, queda atenido a la regla general. En consecuencia, la excepción tal y como aparece legalmente configurada no viene a contradecir la firmeza de la sentencia o resolución que haya puesto fin al procedimiento judicial. Se trata tan sólo de que, pese a hallarse judicialmente fenecido, puede suscitarse una cuestión administrativa previa que, respetando lo resuelto, ha de contraerse al proceso de ejecución y sus efectos.

Cuarto.—Para que fuera procedente el conflicto jurisdiccional promovido por el Delegado del Gobierno en la Comunidad Autónoma de Madrid a la Audiencia Nacional sería necesario que tuviera encaje en el ámbito de la norma enunciativa de la excepción según lo establecido por el artículo 13 A) de la Ley de Conflictos Jurisdiccionales; mas es el caso que, al faltar la pertinente acomoda-

dación entre lo aducido y lo previsto en el supuesto de la norma, no puede darse la consecuencia jurídica emanada de la misma. Porque, en efecto, la pretendida aplicación a la extradición solicitada por Colombia de la Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva, de donde se derivaría, en virtud de lo dispuesto en el artículo 6.2, la falta de fuerza vinculante para el Gobierno de la resolución del Tribunal acordando la extradición, por lo que podría denegarla en el ejercicio de la soberanía nacional, no puede ser considerada en el presente caso como una cuestión previa surgida en el proceso de ejecución y limitada al mismo, toda vez que en el procedimiento judicial de extradición, fenecido por auto firme de la Audiencia Nacional, con valor equiparable al de la sentencia, se ha debatido reiteradamente, tanto con motivo de la acumulación de las extradiciones instadas por los Estados Unidos de América y Colombia, como con posterioridad y, especialmente, en la fase decisoria final, si había de reputarse aplicable la Ley de 26 de diciembre de 1958 o, por el contrario, la Ley 4/1985, de 21 de mayo, habiendo resuelto la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que ha de aplicarse la Ley de 26 de diciembre de 1958 por ser la vigente en el momento de iniciarse la extradición primeramente solicitada. Y esta Ley, en la regulación de la extradición pasiva, dota siempre a lo decidido por el Tribunal de fuerza vinculante sin que asista al Gobierno prerrogativa alguna por virtud de la cual pudiera alterarse o enervarse el fallo judicial. Por consiguiente, es indispensable atenerse a sus términos estrictos en cuanto, tras acceder a las peticiones de extradiciones de Estados Unidos de América y Colombia concede preferencia a la de ésta y dispone su puesta en práctica. Siendo así, la cuestión previa, que pudiera ampararse en la Ley 4/1985, de 21 de marzo, carece de base al ser inaplicable tal Ley, como ha entendido, sin que pueda revisarse su juicio, la Audiencia Nacional; y, a su vez, dicha cuestión previa no encuentra amparo en la Ley aplicable y aplicada de 26 de diciembre de 1958. De todo lo cual se infiere que lo instado por el Delegado del Gobierno en la Comunidad de Madrid, lejos de constituir una cuestión previa relativa al proceso de ejecución del fallo, supone intentar construir un fallo distinto y modificativo del jurisdiccionalmente pronunciado con carácter firme, lo que no es posible en el marco del presente conflicto jurisdiccional.

Quinto.—Desde otra perspectiva, conviene puntualizar que la vía de los conflictos de jurisdicción no constituye cauce adecuado para combatir los fundamentos jurídicos, afectantes al fondo, del Auto de 11 de febrero de 1966, más tarde reforzados en el dictado con fecha 1 de abril de igual año, desestimatorio de la súplica, por cuanto aquellos previstos para casos y situaciones distintas, no pueden transformarse en recursos judiciales, ni ser sucedáneos de recursos extraordinarios o servir para revisar decisiones jurisdiccionales firmes, cuando está vedada toda discusión sobre la fase de cognición y como en realidad lo que parece pretenderse, a medio del actual conflicto, es plantear, no cuestiones relacionadas con la ejecución, que se concreta en la entrega material del reclamado, sino que se cuestiona, por entender aplicable el artículo sexto de la Ley de Extradición Pasiva de 21 de marzo de 1985, el propio fallo, amparado por los artículos 117.3 de la Constitución y 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y cuya ejecución no puede ser entorpecida, pues todos están obligados a abstenerse de impedir su cumplimiento, según dispone los artículos 118 y 17.2, respectivamente, de los mismos textos citados, es por lo que, resuelto definitivamente y firmemente el asunto sometido al conocimiento del Tribunal ha de entenderse improcedentemente planteado el conflicto.

#### FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos improcedentemente planteado el conflicto de jurisdicción promovido por el señor Delegado del Gobierno en la Comunidad Autónoma de Madrid a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, al objeto de que se abstuviera de intervenir en el proceso de ejecución del Auto de 11 de febrero de 1986, confirmado en súplica el 1 de abril siguiente, por el que se accedía a la solicitud de extradición de Gilberto Rodríguez Orejuela, que habían formulado las Embajadas en Madrid de los Estados Unidos de América y la República de Colombia, se otorgaba preferencia a la solicitud de esta última nación y se disponía la entrega del reclamado a las autoridades de la República de Colombia.

Así por esta nuestra sentencia, que se comunicará a los órganos contendientes y se publicará en el «Boletín Oficial del Estado», lo pronunciamos, mandamos y firmamos.—Antonio Hernández Gil, José Luis Ruiz Sánchez, Pedro Antonio Mateos García, Gregorio Peces-Barba del Brio, Miguel Vizcaino Márquez, Landelino Lavilla Alsina.—Firmados y rubricados.

Y para que conste y remitir al «Boletín Oficial del Estado» para su publicación, cumpliendo lo acordado, expido y firmo la presente en Madrid a 23 de junio de 1986.

Don Vicente Tejedor del Cerro, Vicesecretario de Gobierno del Tribunal Supremo, en funciones de Secretario,

Certifico que en el Conflicto de jurisdicción seguido con el número 11/1986, se ha pronunciado el siguiente voto particular:

Que presenta don Gregorio Peces-Barba del Brio, componente del Órgano colegiado constituido para decidir los conflictos de jurisdicción que se planteen entre los Tribunales y la Administración; en la sentencia dictada por dicho Órgano Colegiado con fecha 20 de junio de 1986 en el planteado por el Delegado del Gobierno en la Comunidad Autónoma de Madrid a la Sala de lo Penal en la Audiencia Nacional, al objeto de que ésta se abstuviera de intervenir, en el proceso de ejecución del auto de 11 de febrero de 1986, confirmado en súplica el 1 de abril de igual año, en el que accediendo a la solicitud de extradición que habían formulado las Embajadas en Madrid de los Estados Unidos de América y de la República de Colombia respecto del ciudadano de esta última nación Gilberto Rodríguez Orejuela, se dispuso la entrega del reclamado a la República de Colombia.

Estoy conforme con el encabezamiento de la sentencia.

Mi discrepancia estriba tanto en cuanto a los antecedentes de hecho por estimarlos insuficientes como en los fundamentos de derecho y, en consecuencia, con el fallo de referida resolución, y por ello, para mayor claridad, redacto a continuación los siguientes

#### ANTECEDENTES DE HECHO

Acepto los señalados con los números primero a cuarto de la sentencia referidos pura y simplemente a la tramitación del conflicto de jurisdicción que por ella se resuelve, adicionando los que estimo precisos para un mejor desarrollo de sus correspondientes fundamentos de derecho y más adecuado conocimiento del fondo fáctico de la sentencia y, por ende, del presente voto particular.

Se adicionan los siguientes:

Primero.-El 17 de octubre de 1984 la Embajada de los Estados Unidos a mérito de Nota Verbal número 1.028 solicita del Gobierno español al amparo del artículo 11 del Convenio Bilateral de 29 de mayo de 1970 y con fines de extradición, la detención del ciudadano colombiano Gilberto Rodríguez Orejuela, al que se acusaba de estar implicado en una organización dedicada al tráfico e importación de cocaína a los Estados Unidos con procedencia de Colombia y contra el que existían órdenes de arresto en procesos criminales incoados por Juzgados de Nueva York y California. Esta detención provisional que solicitaba de las Autoridades españolas lo hacía por suponerle refugiado en nuestro país.

En mayo de 1984, ya, la Embajada de los Estados Unidos de conformidad con el Convenio Bilateral de Extradición existente con el Gobierno de Colombia, que permite la entrada recíproca de nacionales de los dos países había solicitado de aquel Gobierno la detención del citado Rodríguez Orejuela por los mismos hechos ya referenciados, sin que el Gobierno Colombiano llegase a hacer reserva u objeción de ninguna clase, instando las correspondientes órdenes de detención, infructuosas, pero sin llegar a abrir cualquier clase de procedimiento o causa de carácter penal.

Segundo.-Los Servicios policiales de nuestro país localizaron e identificaron en Madrid al citado Gilberto Rodríguez Orejuela quien ilegal y subrepticamente, en fecha no determinada y varios meses antes con la falsa filiación de Gilberto González Linarez había entrado clandestinamente en España y aquí permanecía con esa falsa identidad.

Al detenerlo, los Servicios policiales levantaron el correspondiente atestado para remitirlo con el detenido al Juzgado competente y solicitaron información a Interpol de Colombia y a su Embajada en Madrid acerca de las reclamaciones judiciales que pudieran existir en dicho país contra Rodríguez Orejuela, siendo negativa la contestación policial.

El excelentísimo señor Embajador de Colombia en Madrid dirigió una carta al Comisario-jefe de la Brigada Regional de Policía Judicial el 23 de noviembre de 1984 (referida conjuntamente a Rodríguez Orejuela y Jorge Luis Ochoa Vázquez y un tercero) de la que debe destacar, entre otros, los párrafos siguientes:

«... Al respecto me permito comunicarle que en día de hoy he recibido instrucciones del Ministro de Justicia de mi país por intermedio del Ministerio de Relaciones Exteriores en el siguiente textual sentido: ... "Con respecto a Gilberto Rodríguez-Orejuela sólo hay orden de captura en atención a la solicitud de extradición de Estados Unidos a Colombia. Frente a la posible extradición de ese país a España, considera el señor Ministro que "se debe proceder como en el caso anterior"»

Para entender el significado del último párrafo y su referencia al «caso anterior» hay que explicar que alude al citado compatriota Ochoa Vázquez, respecto del cual la carta del Embajador dice en el párrafo precedente:

«Considera el Ministro de Justicia que si hay petición de extradición de Estados Unidos a España "ella podría ser atendida pues todo indica que esa persona es reconocida narcotraficante"»

Tercero.-La Procuraduría General de Colombia y el Departamento de Policía -Sala Técnica- de Cali, en 28 de diciembre de 1984 y 4 de enero de 1985, respectivamente, certificaban que Gilberto Rodríguez Orejuela no aparecía vinculado como autor, cómplice, auxiliador o en alguna manera participe en delitos relacionados con el tráfico de drogas en Colombia.

Cuarto.-Formalizada la detención y puesto Rodríguez Orejuela a disposición del Juzgado Central número 2 de la Audiencia Nacional que abrió el expediente de extradición número 36/1984, la Embajada de los Estados Unidos presentó formalmente solicitud de extradición en 21 de diciembre de 1984 y 2 de enero de 1985 mediante Notas Verbales.

El Consejo de Ministros autorizó la continuación del procedimiento el 9 de enero de 1985; el citado Juzgado Central número 2 terminó las diligencias de instrucción y elevó las actuaciones a la Sala de lo Penal -Sección 2.ª- el 19 de enero de 1985 y el 4 de febrero siguiente el Ministerio Público cumplimentó el trámite del artículo 17 de la Ley de Extradición de 26 de diciembre de 1958, formulando escrito de alegaciones en el que se pronunciaba favorablemente sobre la petición de extradición de los Estados Unidos.

Este trámite debería haber ido seguido por el de instrucción de la de Defensa -tres días- y dentro de los quince días siguientes, de acuerdo con la Ley de Extradición antes citada de diciembre de 1958 en su artículo 17, de la resolución de la Sala.

Quinto.-En esta fecha, febrero de 1985, en ningún Juzgado de Colombia figuraba procedimiento penal de ninguna clase contra Gilberto Rodríguez Orejuela ni por tráfico de drogas, ni por cualquier otra imputación delictiva.

Extrañamente el curso del procedimiento de extradición a Estados Unidos de Rodríguez Orejuela queda paralizado al plantear la defensa las siguientes acciones colaterales:

a) Recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Supremo por supuesta indefensión al no haberse dado intervención en el trámite del Consejo de Ministros;

b) Acción penal ante Juzgados de Instrucción de Madrid por irregularidades producidas en la detención y diligencias consiguientes;

c) Recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional por supuesta lesión de derechos fundamentales; y, por último para justificar la paralización en España del procedimiento de extradición a instancia de los Estados Unidos, «cuestión prejudicial» ante la citada Sección 2.ª de lo Penal, Sala de la Audiencia Nacional, pidiendo la suspensión de trámite del expediente de extradición a la espera del resultado de los procedimientos antes citados.

Sexto.-En 22 de febrero de 1985 el Fiscal 2.º del Tribunal Superior de Cali presenta denuncia recogiendo noticias aparecidas en la prensa en la que consigna que Rodríguez Orejuela está acusado por el Gobierno de Estados Unidos de ser un exportador de cocaína o drogas estupefacientes desde Colombia y, como consecuencia de esta denuncia, se abre investigación por el Juzgado número 11 de lo Penal del Circuito de Cali, que cursa orden de busca y captura, que se cumplimentó con el resultado de infructuosa por manifestarse que se encuentra detenido en España.

El señor Juez colombiano inicia el trámite de extradición el 26 de abril de 1985, que es seguido de la correspondiente solicitud por vía diplomática, mediante Notas Verbales de 30 de mayo de 1985 y 9 de octubre del mismo año.

El Consejo de Ministros rigiendo ya la nueva Ley de Extradición número 4 de 1985, que entró en vigor el 15 de abril del mismo año autoriza su trámite el 6 de noviembre de 1985.

Séptimo.-El auto de 1 de abril de 1986 del Pleno de la Sala de lo Penal de la excelentísima Audiencia Nacional desestimando el recurso de súplica del Ministerio Fiscal que se narra en el antecedente segundo de la sentencia a que este voto particular se refiere fue dictado en Sala formada por cuatro Magistrados, de los cuales tres son los componentes de la Sala «recorrida», formalizándose voto disidente de la mayoría por su Presidente, de cuyo voto particular conviene resaltar lo que se dice en el antecedente siguiente.

Octavo.-Dice el citado voto particular en sus razonamientos jurídicos:

«... Que para resolver con acierto la solicitud de extradición que hacen las autoridades de Colombia y Estados Unidos sobre la misma persona, y pronunciarse sobre la preferencia de una u otra demanda, o sea, determinar su prioridad, debe partirse: a) que los hechos que Estados Unidos y Colombia tienen interés en depurar judicialmente ofrecen una gran similitud, por no decir identidad, (tráfico de cocaína en gran escala) y que, el sujeto pasivo de ambas pretensiones es el mismo Gilberto Rodríguez Orejuela; b) que si

bien algunos actos preparatorios de los delitos imputados a Gilberto Rodríguez Orejuela tuvieron lugar en Colombia, el país destinatario de tal tráfico es Estados Unidos y era allí donde el bien jurídico de la salud pública resultaba perjudicado y donde debe entenderse cometidos por aplicación de la teoría del resultado a la problemática especial que su específica actividad puede plantear; c) que este país formuló su reclamación dando lugar a la incoación del oportuno expediente de extradición el 16 de noviembre de 1984 y Colombia el 30 de mayo de 1985, iniciándose el correspondiente expediente con posterioridad a esa fecha; d) que el reclamado en ambos tiene nacionalidad colombiana y e) que Colombia pretendió su extradición al amparo de lo establecido en el Convenio único de 27 de julio de 1961 sobre estupefacientes, modificado en 25 de marzo de 1972 y el Tratado Bilateral Hispano-Colombiano de Extradición de 23 de julio de 1982» ...

«... Que desprendiéndose como bien recoge el ponente del auto del que discrepo en su razonamiento quince, y en síntesis, que Gilberto Rodríguez Orejuela en compañía de otras personas se concertó para promoción del tráfico de cocaína desde Colombia a Estados Unidos entre 1976 a 1984, y que durante ese tiempo financió y dirigió operaciones de un grupo organizado y dedicado a elaborar, suministrar, vender, conservar, comprar, ofrecer, importar, exportar e introducir cocaína entre otros países y principalmente a los Estados Unidos de América es indudable, que por aplicación de lo estatuido en el artículo 36.2 b) del Convenio único de 27 de julio de 1961 que desarrolla el artículo 9 del Convenio para supresión del tráfico ilícito de drogas, firmado en Ginebra el 27 de julio de 1936 en cuanto establece que «los delitos previstos en el artículo 2.º se consideran de pleno derecho como causas de extradición entre Tratados concertados o que pueden concertarse y el 14.2 b) i) de la modificación del citado Convenio de 25 de marzo de 1972, el D. n. 1188/1974, el D. 100/1980 y el D. 1060/1984, de la República de Colombia así como del 344 del Código Penal Español, es de ver se cumplen las condiciones de doble incriminación competencia de las autoridades requirentes y posibilidad de acceder a la extradición solicitada por Colombia y con más razón siendo así que Gilberto Rodríguez Orejuela accedió a ser extraditado a su país cuando a tal fin fue requerido a presencia judicial» ...

«... Que no obstante, y habida cuenta que la pretensión de Colombia se dedujo con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley Española 4/1985 de 21 de marzo de Extradición Pasiva, sus normas de carácter procesal serán aplicables a ella, (Disposición transitoria de la misma) de suerte que con arreglo a lo establecido en su artículo 6 la declaración antes enunciada o será vinculante para el Gobierno, que podrá denegarla en el ejercicio de la Soberanía nacional, atendiendo al principio de reciprocidad o a razones de seguridad, orden público u otros intereses esenciales para España» ...

«... Por tanto, solo resta resolver sobre la prioridad, que debe establecerse entre las dos peticiones acumuladas y antes de perfilar las circunstancias en base a las que ha de determinarse ésta, quiero dejar sentado: 1) que el hecho de que Colombia haya solicitado la extradición invocando unos Convenios Internacionales sobre tráfico ilegal de estupefacientes, no supone que el Tratado de extradición Bilateral Hispano-Colombiano de 23 de julio de 1982 resulte inaplicable al caso y 2) que en estos procedimientos de extradición en cuanto medios de auxilio judicial internacional, es siempre parte, si bien una parte "sui generis", el Estado requirente, por lo que Colombia no podrá olvidar que cualesquiera clase de Convenio Internacional por ella firmado le vincula en tanto en cuanto no haya sido denunciado» ...

«... Que sentadas estas premisas, debe recordarse que la pretensión extraditoria deducida por Colombia, la ha apoyado en los Convenios Internacionales antes aludidos sobre represión del narcotráfico, pues de esta forma se salvaba el vacío legal que suponía el Convenio Bilateral concertado con España a finales del pasado siglo que no incluía este tipo de delitos en el elenco de infracciones que lo posibilitaban, con arreglo a su artículo 3.º, y no puede olvidarse que el artículo 2.º b, IV) del Convenio único modificado en 25 de marzo de 1972, dice que en estos casos, la extradición será concedida con arreglo a la legislación de la parte a la que haya sido pedida, es decir, en este supuesto la española, y según nuestro ordenamiento jurídico partiendo siempre del criterio que depara el artículo 13 de la vigente Constitución, las fuentes normativas a tener en cuenta en este conflicto serán con carácter principal: 1.º Los Tratados Bilaterales suscritos por España con Colombia y Estados Unidos. 2.º Subsidiariamente las Leyes Españolas de Extradición Pasiva de 26 de diciembre de 1958 y 21 de marzo de 1985, pues la acumulación de las dos peticiones de extradición y por la propia naturaleza de ésta no impiden la aplicación concurrente de una y otra en determinados extremos.»

«... Que partiendo de tan compleja normativa, el artículo 10 del Tratado Bilateral Hispano-Colombiano de 23 de julio de 1982, establece que "si el acusado o condenado cuya extradición se pide,

fuese igualmente reclamado por otro u otros Gobiernos, a consecuencia de crímenes o delitos cometidos en sus respectivos territorios, dicho delincuente será de preferencia entregado al Gobierno que hubiere presentado antes la demanda de extradición" y que esta disposición sea la aplicable en primer lugar viene confirmado no sólo por lo razonado hasta ahora, sino porque el artículo 14 "in fine" del Convenio Hispano-Norteamericano de 1970 contiene entre otros como criterio para sentar la preferencia buscada "las disposiciones de los Convenios de Extradición entre la parte requerida y el otro Estado o Estados requirentes", y tal disposición no es otra que el expresado artículo 10 del Convenio Hispano-Colombiano, por lo que serán los Estados Unidos de América el país que tiene preferencia para obtener la extradición de Gilberto Rodríguez Orejuela en relación con Colombia en el supuesto contemplado en estas actuaciones» ...

«... Que el resto de los criterios enumerados a tal fin por el citado artículo 14, refuerzan la precedente conclusión los del lugar de la comisión y el de las fechas en que se recibieron las demandas de extradición, y encuentra su más total apoyo en la normativa interna del derecho español, pues el artículo 9 de la Ley de Extradición Pasiva de 26 de diciembre de 1958, único que en este sentido pueden manejar los Tribunales de Justicia (dado el criterio que sobre el particular adopta el artículo 16 de la Ley de 21 de marzo de 1985) al disponer que cuando sean varios los Estados que por el mismo hecho solicitan la extradición de una persona, se dará preferencia a aquél en cuyo territorio se haya cometido el supuesto delito y este Magistrado entiende, discrepando de lo razonado por el Ponente en el Fundamento de Derecho trece, que la teoría del resultado es la adecuada para determinar el lugar de comisión del delito, por lo que es Norteamérica el lugar en que legalmente se ha de tener por perpetrados los delitos contra la salud pública que como narcotraficante se le imputan y por los que le reclaman ambos países; resultando inoperante el resto de los criterios sustentados por el Convenio hispano-norteamericano y cuya aceptación implicaría dar preferencia a Colombia, en el tan citado artículo 14 del Convenio de 1970; es decir, los de la nacionalidad del reclamado y la posibilidad de que este país extraditara después a Rodríguez Orejuela a los Estados Unidos y ello por las siguientes razones: a) Porque es en los Estados Unidos donde se ha lesionado el bien jurídico (Salud Pública) protegido por la norma que tipifica el delito de narcotráfico, es allí donde están más avanzados los procedimientos judiciales iniciados para su persecución, donde operan o deben operar las pruebas y el resto de las personas implicadas en este tráfico y, en definitiva, donde podrá hacerse una más eficaz justicia en la lucha que todos los países civilizados han emprendido contra este tipo de criminalidad, y b) porque este Magistrado, ve como algo meramente hipotético la posibilidad de que Colombia vuelva a extraditar a Rodríguez Orejuela, tras ser juzgado por sus Tribunales a los Estados Unidos, habida cuenta que los hechos que se dicen perseguidos por ambos países son idénticos y que la concesión de extradición a los nacionales es algo contingente y sujeto a las vicisitudes de la política de cada tiempo.»

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

A modo de consideración previa y antes de fundamentar propiamente en Derecho el presente voto particular debo hacer alguna puntualización. Me he encontrado ante un conflicto atípico y que es de difícil repetición en los mismos términos que el presente. Es, a mayor abundamiento, el primero del que va a conocer este Órgano colegiado creado por el artículo 38 en relación con la disposición transitoria cuarta de la Ley orgánica del Poder Judicial. Su atipicidad, repito, ha llevado a su firmante junto con los graves problemas de conciencia que le atenazaban a la búsqueda de líneas que pudieran ser desde el punto de vista del Derecho —en el que cabe opinar desde diferentes perspectivas— no excesivamente vulnerables.

Estimo que la Sentencia mayoritaria no sigue ninguno de los dos caminos que tenía disponibles —dicho con el mayor respeto para mis compañeros firmantes—. Ni asume una línea que podría calificarse de progresista, que considero posible dado el citado carácter atípico de este conflicto, ni se somete a la doctrina tradicional de las antes llamadas cuestiones de competencia, pues, cimentando aparentemente el fallo en ese formalismo tradicional, en realidad apoya los razonamientos de fondo del auto de la Audiencia Nacional, si no los refuerza, que ha dado lugar a este conflicto. De ahí que yo proceda a desarrollar dos líneas argumentales distintas, que llevarán en definitiva igualmente a la misma decisión.

Primero.—La opinión mayoritaria entiende que el conflicto jurisdiccional está mal formado. El artículo 13, a) de la Ley de Conflictos Jurisdiccionales de 17 de julio de 1948, en vigor para la sustanciación del presente conflicto, como se deduce del artículo 38 citado, de la Ley orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985 y de su disposición final cuarta, establece que no podrán suscitarse



cuestiones de competencia a los Jueces y Tribunales de todos los órdenes en los asuntos judiciales fenecidos por Sentencia firme, con la única excepción de que la cuestión previa recayere sobre el proceso mismo de ejecución del fallo. Me veo forzado a discrepar, ante todo, de la nueva interpretación que la mayoría ha dado a este precepto. La jurisprudencia de conflictos jurisdiccionales ha afirmado, en reiteradas y conocidas ocasiones, que el artículo 13, a) de la Ley de Conflictos distingue entre el proceso de ejecución y el proceso de cognición. Sería imposible revisar el contenido de este último, pero cabría —siempre según la jurisprudencia anterior— plantear cuestión previa sobre el proceso mismo de ejecución del fallo cuando un precepto expreso de Ley atribuye a la jurisdicción administrativa la competencia (Decretos de 9 de octubre de 1956, 10 de marzo de 1958, 21 de abril de 1960, 8 de mayo de 1961, 6 de septiembre de 1962, 24 de mayo de 1967, 16 de agosto de 1967, etc.).

Dejo aparte la problemática de si tal excepción puede considerarse vigente después de la Constitución de 1978, que atribuye a los Juzgados y Tribunales la competencia para juzgar y ejecutar lo juzgado (art. 117.3 de la Constitución).

De acuerdo con lo dicho, resulta evidente que la decisión mayoritaria no podía en modo alguno haber entrado a examinar la cuestión de fondo planteada. Aquí radica mi primer motivo de discrepancia grave con la opinión mayoritaria. Es afirmación constante de innumerable Reales Decretos y Decretos resolutorios de conflictos de jurisdicción que estas contiendas no constituyen una nueva instancia jurisdiccional, superpuestas a las ordinarias, para revisar el acierto de fondo o la legalidad de las decisiones judiciales o administrativas, sino un procedimiento para evitar la interferencia recíproca en sus actuaciones de las Autoridades del orden administrativo y jurisdiccional y remediar la invasión por alguna de ellas de las esferas de competencia que la Ley atribuye a la otra (Decreto de 26 de octubre de 1972). La única cuestión de fondo que podría resolver esta Jurisdicción es la de determinar cuál de las dos Autoridades —judicial o administrativa— que pretenden conocer las dos, de un mismo negocio, ostenta competencia para seguir entendiendo de él. Pero para llegar a ese examen es necesario que la contienda se haya formado válidamente, con pleno respeto de todos los requisitos formales que exige la vigente Ley de Conflictos. En otro caso, esta Sala debe limitarse, de acuerdo con la secular jurisprudencia en materia de conflictos, a declarar mal formada la cuestión de competencia —hoy conflicto de jurisdicción— diciendo que no ha lugar a resolverla.

Así, entre otros muchos, Decretos de 1 de febrero de 1950, 11 de diciembre de 1950, 26 de mayo de 1951, 22 de noviembre de 1952, 14 de enero de 1954, 24 de noviembre de 1955, 2 de abril de 1956, 3 de julio de 1958, 20 de julio de 1961, etc. La decisión mayoritaria no lo ha hecho así, y, rompiendo con una jurisprudencia tradicional nacida de una Ley vigente, concluye con un fallo injustificable en el que declara manifiestamente improcedente el planteamiento de la contienda conflictual. Todo ello después de una novedosa diferenciación entre conflictos regular y formalmente planteados, conflictos procedentes y conflictos improcedentes, que carece de toda base y fundamento.

La discrepancia en este punto no es, empero, puramente formal, ya que la decisión mayoritaria incurre en la grave incongruencia de apoyar los argumentos de fondo de la Audiencia Nacional, cuya tesis resulta fortalecida indudablemente como consecuencia de un conflicto de jurisdicción que se considera mal formado.

La única justificación que podría tener tan insólita decisión sería la de proponer una acordada, al amparo del artículo 33 de la Ley de conflictos, por la que se recomendará el apercibimiento de la Autoridad requirente —el Delegado del Gobierno— por manifiesta improcedencia en el planteamiento del conflicto. Pero la tesis mayoritaria no lo hace así, sin duda, porque el conflicto planteado dista mucho de ser improcedente.

A juicio del Vocal que suscribe, si hubiera sido necesario corregir mediante acordada el mantenimiento de la propia jurisdicción que ha efectuado la Audiencia Nacional en el presente conflicto, como a continuación se pasa a exponer.

Efectivamente, se plantea en el presente caso un concurso de peticiones de extradición de Estados Unidos y de Colombia que, a su vez, dadas las fechas de las solicitudes comporta también un concurso entre las leyes mismas aplicables. La extradición solicitada por Estados Unidos lo fue durante la vigencia de la Ley de 26 de diciembre de 1958; por el contrario, la de Colombia lo fue con posterioridad a la entrada en vigor de la nueva Ley de Extradición de 21 de marzo de 1985, cuya disposición transitoria establece que dicha Ley será aplicable, en cuanto a sus disposiciones procesales, a las extradiciones que se soliciten a partir de esa entrada en vigor.

Como ha declarado el Tribunal Constitucional en Sentencia 11/1985, de 30 de enero, en el complejo de normas en materia de extradición vigentes en España, hay que otorgar prioridad a lo dispuesto en los Tratados internacionales sobre la materia en los que España es parte. Durante la vigencia de la Ley de Extradición de 26 de diciembre de 1958, se llegaba a tal conclusión a tenor del

artículo 1.º de la misma, que en forma expresa impone la supletoriedad de la norma interna. Tras la entrada en vigor de la Ley de 21 de marzo de 1985, que deroga expresamente a la anterior, hay que mantener la misma tesis, como resulta del artículo 96.1 de la Constitución y del artículo 1 de la propia Ley, aunque ahora la supletoriedad de la norma interna queda sustituida por el reconocimiento expreso de la preferente aplicación de los Tratados en lo que prevean expresamente.

Pues bien, la Audiencia Nacional se ha sentido competente para resolver por sí misma y hasta el final el concurso de peticiones de extradición que da lugar a este conflicto. Ha llegado a tal conclusión de acuerdo con lo establecido en la derogada Ley de 1958, razonamiento que este Vocal respetaría, aunque no comparte, por respeto a la cosa juzgada, en que tanto se insiste en el presente conflicto. Ahora bien, asumida la competencia para resolver sobre el concurso de peticiones, ha tomado en consideración la Audiencia el artículo 10 del Convenio de Extradición entre el Reino de España y la República de Colombia, publicado en la «Gaceta de Madrid» de 20 de febrero de 1894, que literalmente dice:

«Si el acusado o condenado, cuya extradición se pide, fuere igualmente reclamado por otro u otros Gobiernos, a consecuencia de crímenes o delitos cometidos en sus respectivos territorios, dicho delincuente será de preferencia entregado al Gobierno que hubiera presentado antes la demanda de extradición.»

Resulta acreditado en autos que dicho Convenio sigue en vigor para España, no resultando contradicho por el Convenio de Extradición suscrito con Estados Unidos, ni tampoco por la legislación española de extradición derogada o vigente. Sin embargo, en forma incomprensible, la Audiencia desconoce esa norma, internacional y ya interna, de preferente aplicación al caso, y la descarta con el poco plausible argumento de una referencia al Derecho Inmobiliario Registral.

Quien suscribe este voto entiende que el olvido o menosprecio de una norma, de rango al menos equivalente al de la Ley, siempre ha motivado en la jurisdicción de conflictos, en los rarísimos casos en que se ha producido, una acordada exigiendo responsabilidad al Órgano jurisdiccional.

Por ello, pone de manifiesto el presente voto particular la extraordinaria sorpresa que produce ese razonamiento, que, evidentemente, condiciona la resolución del asunto.

Segundo.—La segunda de las líneas argumentales trata, como en un principio se ha dicho, de buscar una interpretación progresista dado el carácter absolutamente atípico del presente conflicto. Efectivamente, los conflictos suelen tener lugar cuando la Autoridad judicial o administrativa considera que se ha invadido su esfera de competencia por la otra. Pero el procedimiento de extradición da lugar a una tramitación compleja dividida en varias fases o etapas, de suerte que sólo la decisión última es la que determina la actitud a adoptar.

Lo que el conflicto de jurisdicción planteado pretende es demostrar que, en definitiva, el fallo del auto resolutorio del expediente de extradición no debe contener el pronunciamiento que contiene, aunque eso no afecta a la ejecución sino a la procedencia misma del fallo.

La solución estrictamente formal puede llevar a soluciones contradictorias nunca totalmente satisfactorias. El Tribunal debe encontrar la solución trascendiendo de la literalidad y captando el sentido mismo de la institución conflictual para un caso atípico y especialísimo como el presente; cualquier otra posición resulta insatisfactoria y apartaría el Derecho de la realidad a la que debería ser aplicado, como claramente expone nuestro título preliminar del Código Civil.

Es insatisfactorio decir que toda sentencia, por el hecho de ser firme, y aunque implique una invasión clara de competencias, impide el planteamiento de cualquier conflicto jurisdiccional, pues deja sin resolver la cuestión de qué hacer cuando tal sentencia, no susceptible de recurso alguno, incorpora al fallo una declaración imprevista, no congruente con lo pedido por las partes, y que invade competencias de los demás poderes. Si tal cosa ocurre, resultará que las previsiones constitucionales en torno al reparto de funciones y competencias, en torno a la seguridad jurídica, en torno a la interdicción de la arbitrariedad, será letra muerta ante el puro obstáculo formal de que una sentencia, que incorpore inopinadamente un contenido que no le corresponde al Poder Judicial, debe ser cumplida, sin que quepa medio alguno de reacción al Órgano cuyas competencias se han invadido.

El artículo 13 de la Ley de Conflictos podría interpretarse así a la luz de las previsiones constitucionales y a la luz de su propio sentido institucional. Es decir, cuando un Tribunal, con ocasión de conocer un asunto, está interfiriendo o invadiendo las competencias de otro Órgano, éste puede suscitar la cuestión de competencia; condición indispensable es que la invasión o interferencia competencial se esté produciendo. En este supuesto, si se permite que la

actuación del Tribunal continúe hasta la sentencia, no cabe suscitar la cuestión de competencia, pues se pudo y se debió plantear con anterioridad a la misma.

No es éste, sin embargo, el supuesto que aquí se contempla; y no lo es porque la invasión o interferencia competencial no se produce durante la sustanciación del procedimiento de extradición, sino que tiene lugar justamente en el auto que pone fin a dicho procedimiento, momento en el que ya el Fiscal y después el Delegado del Gobierno plantean una posible incompetencia de jurisdicción.

Es decir, sin que el Gobierno supiera que tal invasión competencial iba a producirse. De la misma forma que en los pleitos civiles las pretensiones contenidas en la demanda y contestación o reconvencción delimitan el objeto de la sentencia, que no puede salirse de las mismas, so pena de incongruencia, en el presente caso no cabe entender ajustado a Derecho que la Audiencia Nacional, una vez informadas favorablemente las dos solicitudes de extradición, entrará también a resolver sobre la preferencia entre ellas (segunda parte del fallo contenido en el auto de 11 de febrero de 1985), de un lado porque el Gobierno dirige la política exterior (art. 97 de la Constitución), de otro porque a los Tribunales no corresponde, después de la Constitución, adoptar decisiones discrecionales, incluso políticas, y, en tercer lugar, porque las normas de la Ley 4/1985, de 21 de marzo fueron las que el Gobierno tuvo en cuenta cuando, al comienzo del expediente relativo a la solicitud de Colombia, aceptó que continuará la fase judicial del expediente de extradición, como lo demuestra el hecho de que invocara los preceptos de la nueva Ley.

Constituiría un fraude a la voluntad del Gobierno, expresada en el acuerdo de que prosiguiera el expediente con sujeción a la Ley 4/1985, decisión ésta que corresponde soberanamente al Gobierno tomar o no tomar, el que después se aplique a dicha voluntad gubernativa una normativa que altera de forma sustancial la que tuvo el Gobierno a la vista y en consideración para tomar tan soberana decisión. Otra vía de solución podría incluso dar lugar a indefensión.

Por consiguiente, producida tan manifiesta invasión competencial, precisamente en el auto que pone punto final a la extradición, hay que admitir el planteamiento posterior del conflicto. De otro modo se daría la paradoja de que el conflicto no habría podido plantearse antes del auto (porque todavía no existía efectiva invasión) ni tampoco después (porque el auto era firme); lo que lleva al absurdo de que el orden constitucional sobre reparto de competencias queda sometido a una interpretación literal que viola la función institucional del conflicto y el sentido común de sus intérpretes.

El hecho de que se interpusiera recurso de súplica en nada obsta a la anterior afirmación. Podría objetarse que entre el primer auto no firme y el segundo, del Pleno en fecha 1 de abril de 1986, por el que se desestimaba el recurso, pudo plantearse el conflicto.

Sin embargo, el Fiscal ya alegó la incompetencia de jurisdicción, y, además, ni el Gobierno ni tampoco el Letrado del Estado fueron notificados del Auto que directamente les afectaba.

Pero es que, además, hay una contradicción intrínseca en resolver sobre la prioridad de extradición a Colombia y admitir el recurso de súplica. En efecto, la petición colombiana de extradición se hace bajo la nueva Ley, por lo que ninguna duda cabe sobre la aplicabilidad plena de ésta a la extradición a Colombia, con independencia de cual fuera la normativa aplicable a la solicitud de Estados Unidos.

Ahora bien, el Tribunal, para declarar la prioridad de la solicitud colombiana pretende que la acumulación de expedientes determine un cambio en la legislación misma de fondo aplicable. Esto es un notorio error, pero, aun prescindiendo de este aspecto, resulta que si la acumulación determina la exclusión de la Ley 4/1985 para aplicar la Ley vieja, entonces habría que aplicarla en su plenitud, por lo que no hubiera cabido el recurso de súplica que intentó el Fiscal, pues, de acuerdo con el artículo 19 de la Ley de 1958, contra el auto resolutorio del expediente no cabe recurso alguno.

Sin embargo, la Sala admite el recurso y lo eleva al Pleno, lo que sólo es previsión del artículo 15 de la Ley 4/1985, lo que pone de manifiesto que la Audiencia Nacional está aplicando la nueva Ley, lo que deberá hacerse con todas sus consecuencias, es decir, con reconocimiento de la competencia plena del Gobierno para decidir finalmente sobre la prioridad entre extradiciones.

En definitiva, si se aplica la Ley del 58, resultará que el auto era firme, y vale cuanto se ha dicho sobre imposibilidad de promover entonces el conflicto.

Si se aplica la Ley del 85, entonces el Auto no vincula a la decisión soberana del Gobierno.

Sentado todo lo anterior, resulta evidente que la solución de la cuestión que se somete a este Tribunal de Conflictos, debe hacerse sobre bases bien distintas a como lo hace la sentencia mayoritaria, a cuyo fin debe partirse de una primera aproximación a la cuestión

de fondo. La perspectiva desde la que hay que solucionar el problema no puede hacerse olvidando la doctrina de «los vicios de orden público» que constituye la mejor aplicación de la teoría de la nulidad en el mundo del Derecho.

Pero antes de ello, conviene resaltar la peculiaridad del presente conflicto respecto de otros.

En unos supuestos, la cuestión de competencias se suscita a partir de la cosa-objeto del proceso, como ocurre con los embargos, en que el Poder Judicial y la Administración en vía de apremio pueden actuar sobre una misma cosa y con plenitud de competencias cada una en su ámbito.

En otros casos, el conflicto se produce por interferencia de cuestiones prejudiciales o previas de un orden sobre otro, como ocurre con las cuestiones previas administrativas en un proceso penal o con las cuestiones prejudiciales de todo tipo.

En los dos casos citados, que no pretenden agotar la tipología de las cuestiones de competencia, cada poder estaba actuando dentro de su ámbito de atribuciones, pero, por razón de la cosa o de las cuestiones conexas o prejudiciales, se producía una interferencia.

En el presente conflicto, sin embargo, al igual que sucediera en algunos precedentes que luego citaremos, lo que hay es pura y simplemente un exceso de jurisdicción. No se trata, por tanto, de una actuación lícita de un poder, que se ve interferido por la actuación de otro; no. Se trata de una actuación ilícita, por cuanto un Tribunal, que está correctamente conociendo de la fase judicial de un procedimiento de extradición, se excede en su decisión, invadiendo así la posterior fase gubernativa, que absorbe.

Esta radical diferencia obliga a entender que en el presente caso este exceso de jurisdicción es un vicio de nulidad apreciable de oficio, más aún si, como se dijo, se considera bien planteado el conflicto. El artículo 238 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, dentro del capítulo que lleva por rúbrica «de la nulidad de los actos judiciales», expresamente dice que serán nulos de pleno derecho los actos judiciales «cuando se produzcan con manifiesta falta de jurisdicción o competencia objetiva o funcional» así como cuando se infrinjan «los principios de audiencia, asistencia y defensa, siempre que se haya producido indefensión».

Sería necesario enfatizar que dicho artículo no considera nulo un acto judicial por violación de cualquier Ley, lo que tendrá remedio en la casación o en cualquier recurso ordinario. Aquí lo que se sanciona con la máxima energía, y se lleva al propio texto de la Ley Orgánica es la nulidad por incompetencia de jurisdicción. Ahora bien, si ese énfasis y esa calificación del vicio como de «nulidad de pleno derecho» significa algo, no puede ser otra cosa que deducir todas las consecuencias que un reproche tan grave a los actos, de cualquier clase que sean, merece para el legislador y han merecido, no sólo en la doctrina citada, sino en antecedentes históricos que provienen del Derecho romano y del Derecho intermedio.

Son muchos los aforismos venerables («quod initio vitiosum est non potest tractu temporis convallescere», «quod nullum est, nullum producat effectus») que han recogido el alcance de los vicios de nulidad y que obligan al Tribunal a deducir todas las consecuencias de la nulidad, y entre ellas está la de la alteración del orden de pronunciamientos. Porque, si es cierto que en la práctica ordinaria de los Tribunales, y aun de todo tipo de órganos, hay cuestiones de procedimiento que afectan a la inadmisibilidad o no de una determinada pretensión antes de pronunciarse sobre su estimación o desestimación, no es menos cierto que la doctrina de los vicios de orden público, en una interpretación progresista de la función del Derecho, ha defendido la alteración del orden de pronunciamiento en cuanto a vicios de nulidad. La sensibilidad de cualquier jurista se resiste a aceptar el mantenimiento de actos llenos de gravísimos defectos, que deben ser eliminados del orden jurídico.

Con licencia temporal, pero de modo gráfico, se ha ejemplificado la cuestión recordando lo inexplicable que resultaría en la actualidad el que la matanza de los Santos Inocentes pudiera llegar a resultar legal y asumible si, habiendo sido notificados en forma los padres de las víctimas, éstos no hubieran recurrido en el plazo de treinta días marcado por la Ley. El incumplimiento del plazo no supondría un obstáculo formal determinante de que el Juez no pudiera conocer el fondo de la cuestión, declarando inadmisibile el recurso.

Ciertamente no estamos en esa dramática situación, aunque de inocentes (por ser menores) víctimas de la droga esté el mundo lleno; pero es expresiva de una doctrina que cuenta ya con un largo historial de sentencias en que, pasando sobre otros problemas de forma, se entra directamente y en primer lugar a conocer de aquellos vicios que el ordenamiento ha considerado de la máxima gravedad, como son los de nulidad de pleno derecho o de orden público.

Ningún Tribunal puede admitir que, si hay una manifiesta incompetencia de jurisdicción, como en este caso, la nulidad que

de ella predica la Ley Orgánica del Poder Judicial pueda ser ignorada por un órgano colegiado llamado a decidir en el conflicto entre el Gobierno y la Administración de Justicia, cuando esa Administración de Justicia ha invadido las facultades de aquél, porque eso supondría tanto como consentir que la nulidad termine de producir todos sus efectos bien en contra del viejo aforismo «quod nullum est, nullum producat effectus».

Innecesaria sería la cita de innumerable jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha alterado el orden normal de sus pronunciamientos entrando ante todo en los vicios de orden público.

Mención aparte merece la propia jurisprudencia de conflictos respecto a este tema. En términos parecidos se han expresado los Decretos de 17 de abril de 1975, 21 de julio y 18 de agosto de 1972.

En el primeramente citado, también un Juzgado se opuso al requerimiento formulado por el fondo Nacional de Garantía, alegando que el fallo de la sentencia en que se hacía a éste responsable del pago de los daños y perjuicios, hacía imposible pretender, a través de la cuestión de competencia, una revisión de dicho fallo, puesto que «no plantea una cuestión previa recaída sobre la ejecución del fallo, sino la improcedencia del pronunciamiento mencionado al no haber sido oído y vencido en juicio el citado Fondo Nacional de Garantía».

Pues bien, el Decreto resolutorio de la cuestión se pronuncia a favor del Fondo Nacional, y entra en el estudio del asunto con el argumento de que el principio de audiencia de parte no puede ser vulnerado con violación «del fundamental sistema de garantías bajo cuyo amparo y cobertura se encuentran tanto los particulares como los Organismos públicos y con arreglo al cual es imperativo interpretar las normas de Derecho».

En definitiva, se considera que, dada la atipicidad de este conflicto y la forma y momento en que se ha producido la invasión, cabría entender bien planteado el mismo. En este sentido, y a fin de resolver sobre ello, cabe también entender que la Ley de Extradición de 1985 sería aplicable al caso, pues incluso fue determinante de la aceptación previa del Gobierno a la tramitación de la fase judicial del asunto.

Ahora bien, incluso aplicando íntegramente la Ley de Extradición de 1958, habría que admitir la existencia de una fase final gubernativa sobre la concurrencia de peticiones, pues dicha Ley no puede ser aplicada fuera de los principios constitucionales de separación de poderes que mantienen en el Gobierno la dirección de la política exterior y que obligan a entender finalizado y acotado cualquier tipo de competencia judicial discrecional-política, como sucedería en este caso.

Por lo demás, ni las normas pueden ser aplicadas fuera de la realidad histórica que vienen llamadas a solucionar, ni pueden apartarse de los criterios de sentido común que inspiran toda interpretación jurídica, ni, finalmente, cabe olvidar la doctrina de los vicios de orden público.

Tercero.-La discrepancia concluye con un razonamiento independiente y válido de los dos expuestos en los puntos anteriores, en el sentido de poner de manifiesto la precaria situación en que se coloca al Gobierno de la Nación en el presente caso.

Ya se hizo referencia a la claridad y aplicabilidad inevitable del Tratado de Extradición suscrito con la República de Colombia. Cabe ahora citar que el Tratado de Extradición vigente con Estados Unidos asume como norma propia todo Convenio suscrito entre España, como Estado requerido, y terceros Estados también requerentes, por lo que asume como propio en este sentido el contenido del Tratado suscrito entre España y la República de Colombia por el que se da preferencia a los Estados requerentes en razón de la fecha de presentación de sus solicitudes.

No va a discutirse este Vocal ahora sobre la aplicabilidad o no de la Ley de 1958 a la extradición solicitada por Colombia. No obstante, se recuerda que, como también ha declarado el Tribunal Constitucional en la ya citada sentencia 11/1985, el procedimiento de extradición pasiva se divide en dos fases: Una, que se suele denominar gubernativa, aunque requiere intervención judicial, como precisa el alto Tribunal -fase que tiene por objeto el aseguramiento del reclamado y la decisión del Gobierno español sobre si hay o no lugar a continuar el procedimiento-, y otra de carácter judicial, que se sustancia en un procedimiento contradictorio.

Pues bien, la decisión de la Audiencia consistente en aplicar el procedimiento previsto en la derogada Ley de Extradición de 1958 a la solicitud del Gobierno de Colombia sitúa al Gobierno español en la imposibilidad de ejercitar las competencias que tenía reconocidas tanto bajo la Ley de 1958 como con la vigente de 1985; la de decidir la no prosecución de los trámites de la demanda de extradición formulada por Colombia si, por razones de interés nacional, de defensa del orden público o de velar por el estricto cumplimiento de los Tratados internacionales en que España es parte, considerara necesario hacerlo así.

Es obvio que tal potestad, previa a la vía judicial en la Ley de 1958, y que expresamente se completa con una tercera fase

gubernativa en la Ley de 1985 (artículo 16), en nada ha afectado o afecta a la potestad jurisdiccional de los Jueces y Tribunales, pues se sitúa en la fase gubernativa y discrecional que, tanto bajo la Ley de 1958 como bajo la actual, existía y existe en el procedimiento mixto de extradición pasiva (especialmente tras la Constitución de 1978). De esa potestad se ha visto privado el Gobierno por sorpresa en el Auto de la Audiencia Nacional de 11 de febrero de 1986.

Debe recordarse en este momento, como ya se dijo, que el Gobierno autorizó la tramitación judicial de la solicitud de extradición de la República de Colombia con referencia expresa a la Ley de Extradición de 1985, Ley que, sin nueva intervención del Gobierno, la Audiencia Nacional ha rechazado. Esto plantea el problema de la indefensión y suscita la cuestión relativa a la validez misma del Acuerdo del Consejo de Ministros, sobre cuya revisión de oficio no es preciso entrar en este momento, aun siendo perfectamente posible dentro de la fase gubernativa a que antes se ha hecho referencia.

Los anteriores razonamientos llevan a la conclusión de que, siendo obligatoria la extradición que la Audiencia Nacional ha aceptado en el primer punto de su fallo de 11 de febrero de 1986, todavía puede el Gobierno de la Nación hacer uso de su potestad de no proseguir la demanda formulada por Colombia. Otra conclusión llevaría al absurdo de hacer incurrir al Estado español en responsabilidad internacional ante los Estados Unidos, y a entender que dicho Estado, a la luz de las obligaciones internacionales que vinculan a España, tiene, a mi juicio, derecho a que se cumpla lo dispuesto en el artículo 10 del Convenio de Extradición con Colombia, en relación con el convenio suscrito justamente con los Estados Unidos, que confieren prioridad a la solicitud de extradición de este último país.

Obvio es recordar que el Reino de España no podría invocar el auto de la Audiencia Nacional para justificar el incumplimiento de los Convenios, ya que las normas de organización internas (que además es harto dudoso que consientan la solución adoptada) son irrelevantes para el Derecho Internacional. No cabe olvidar tampoco que el Gobierno de Colombia aceptó inicialmente la extradición a los Estados Unidos.

Lo expuesto respetaría en todo caso el valor que se diera a la cosa juzgada. Pero si la jurisdicción considera vulnerado el fallo, puede, con el concurso del Consejo General del Poder Judicial, plantear conflicto constitucional con el Gobierno a tenor del artículo 59.3 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 3 de octubre de 1979.

Dada la solución que se mantiene en este voto, tampoco es preciso hacer referencia a la potestad que al Gobierno siempre reserva el artículo 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Y por ello entiendo que la decisión del Tribunal debió ser la siguiente:

Que el Gobierno de la Nación ostenta plena competencia constitucional para decidir a qué Estado debe entregarse el ciudadano colombiano Gilberto Rodríguez Orejuela.

Madrid, 26 de junio de 1986.-Firmado y rubricado: Gregorio Peces-Barba del Brio.

Y para que conste y remitir al «Boletín Oficial del Estado», para su publicación, cumpliendo lo acordado, expido y firmo la presente en Madrid a 23 de junio de 1986.

**23295** *CONFLICTO de jurisdicción número 12/1986 planteado por el Delegado del Gobierno en la Comunidad Autónoma de Madrid a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.*

Don Vicente Tejedor del Cerro, Vicesecretario de Gobierno del Tribunal Supremo, en funciones de Secretario.

Certifico que en el Conflicto de jurisdicción seguido con el número 12/1986, ha recaído la siguiente sentencia:

Excelentísimos señores: Don Antonio Hernández Gil, Presidente; don José Luis Ruiz Sánchez, don Pedro Antonio Mateos García, don Gregorio Peces-Barba del Brio, don Miguel Vizcaino Márquez, don Landelino Lavilla Alsina.

En la villa de Madrid a 9 de julio de 1986:

Visto por el Órgano colegiado constituido para decidir los conflictos jurisdiccionales entre los Tribunales y la Administración, integrado por los excelentísimos señores antes indicados, el planteado por el Delegado del Gobierno en la Comunidad Autónoma de Madrid a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, al objeto de que esta se abstuviera de intervenir, en el proceso de ejecución del auto de 20 de marzo de 1986, confirmado en súplica en 7 de mayo de igual año, en el que accediendo a las solicitudes de extradición que formuladas por las Embajadas en Madrid de los Estados Unidos de América y de la República de Colombia