

## SECCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

### TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**465** *Sección Tercera. Auto 176/2022, de 12 de diciembre de 2022. Recurso de amparo 6893-2022. Inadmite a trámite el recurso de amparo 6893-2022, promovido por don Bard Bacha en causa penal. Voto particular.*

ECLI:ES:TC:2022:176A

La Sección Tercera del Tribunal Constitucional, compuesta por el magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos, presidente; el magistrado don Cándido Conde-Pumpido Tourón y la magistrada doña Concepción Espejel Jorquera en el recurso de amparo núm. 6893-2022, promovido por don Bard Bacha en causa penal, ha dictado el siguiente

#### AUTO

#### I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en el Tribunal el 23 de octubre de 2022, don Bard Bacha, representado por la procuradora de los tribunales doña Palma Millán Martínez, bajo la dirección del letrado don Manuel Caro Moreno, interpuso demanda de amparo contra auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional núm. 80/2022, de 7 de octubre, por el que se estima el recurso de súplica número 73-2022 interpuesto contra el auto de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional núm. 433/2022, de 9 de septiembre, pronunciado en el rollo de extradición núm. 14-2022, declarando la procedencia de la extradición a Marruecos para su enjuiciamiento por los hechos recogidos en la orden internacional de detención núm. 21-2021, de 14 de junio, expedida por el primer sustituto del fiscal del Rey ante el Tribunal de Primera Instancia de Tánger.

2. El recurso tiene su origen en los siguientes antecedentes:

a) El demandante fue detenido en España a consecuencia de la orden internacional de detención núm. 21-2021 de 14 de junio, emitida por el primer sustituto del fiscal del rey de Marruecos ante el Tribunal de Primera Instancia de Tánger, dando lugar al procedimiento de extradición núm. 9-2022 tramitado por el Juzgado Central de Instrucción núm. 6.

La extradición fue denegada por auto de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional núm. 433-2022, de 9 de septiembre, pronunciado en el rollo de extradición núm. 14-2022, con fundamento en que la petición de extradición por parte de Marruecos se había producido en ausencia del debido control judicial contraviniendo la jurisprudencia constitucional establecida en las SSTC 147/2020, de 19 de octubre, y 147/2021, de 12 de julio.

b) El Ministerio Fiscal interpuso recurso de súplica, tramitado con el núm. 77-22 por el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que estimó dicho recurso por auto núm. 80/2022, de 7 de octubre, accediendo a la entrega extradicional del demandante a Marruecos.

El auto, con remisión expresa a lo resuelto por ese mismo Pleno en los autos núm. 37/2021, de 4 de junio; 61/2021, de 20 de septiembre; 71/2021, de 14 de octubre, y 76/2021, de 19 de noviembre, pronunciados en los recursos de súplica núms. 8-2021, 59-2021, 63-2021 y 76-2021, respectivamente, argumenta que la competencia para emitir órdenes internacionales de detención en Marruecos es de los fiscales ante el rey, quienes integran el poder judicial y tienen un estatuto idéntico al de los jueces por lo que

deben ser considerados autoridad judicial independiente, no precisando sus órdenes internacionales de detención de autorización o validación judicial. En atención a ello se expone que «no sería viable aplicar al caso la doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional sobre la base y en aplicación de las sentencias recaídas en cuestiones prejudiciales por el Tribunal de la Unión Europea que enumera la STC 147/2020, porque lo que se discute en esas resoluciones judiciales del Tribunal europeo es la independencia y autonomía de quien, participando en la función judicial, emite una orden de detención distinta de un juez, y la decisión del Tribunal de la Unión es valorar, a la vista de las circunstancias de cada legislación, la independencia de una u otra fiscalía a la hora de emitir órdenes de detención y la necesidad de una eventual ratificación o supervisión por parte del juez del país en cuestión; cuestión que, a la vista de lo expuesto, es distinta de la cuestionada por el recurrente en el presente supuesto».

3. El demandante de amparo aduce la vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), en relación con los derechos a la libertad personal (art. 17.1 CE) y a la libertad de residencia y circulación (art. 19 CE), con fundamento en que, en contravención con la jurisprudencia constitucional establecida en las SSTC 147/2020 y 147/2021, que son de obligado cumplimiento según el art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), se ha procedido a acordar la entrega extradicional sin que se hubieran respetado las garantías debidas, ya que la orden internacional de detención ha sido solicitada por un miembro del Ministerio Fiscal de Marruecos sin intervención de ningún órgano judicial que haya analizado la proporcionalidad de la medida.

El demandante de amparo, en un apartado específico relativo a la relevancia constitucional del recurso, hace cita de la STC 147/2020 y señala que «este pronunciamiento del Tribunal Constitucional, vinculante ex artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, obliga a este tribunal a extremar las cautelas para no volver a incurrir en una violación de los derechos fundamentales antes dichos, y en todo caso, a efectuar la necesaria ponderación, exigida por el Tribunal Constitucional, sobre la existencia o inexistencia de un juicio de necesidad judicialmente homologado en el país reclamante, anterior a la decisión en esta sede jurisdiccional sobre la entrega». Igualmente expone que existen discrepancias de interpretación del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y su Sección Tercera citando las resoluciones en uno y otro sentido.

## II. Fundamentos jurídicos

1. La Sección ha examinado el recurso presentado y ha acordado no admitirlo a trámite, con arreglo a lo previsto en el art. 50.1 a) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), en relación con su art. 44.1 a), toda vez que el recurrente no ha agotado debidamente los medios de impugnación dentro de la vía judicial, al no haber interpuesto el incidente de nulidad de actuaciones previsto en el art. 241.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ).

Este tribunal ha reiterado que el incidente de nulidad de actuaciones constituye un instrumento procesal que en la vía judicial permite remediar aquellas lesiones de derechos fundamentales referidos en el art. 53.2 CE que no hayan «podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario» (art. 241.1 LOPJ), por lo que su función en materia de tutela de derechos fundamentales es la misma que puede desempeñar un recurso ordinario, cuando es posible interponerlo. En relación con ello, se ha destacado que en este tipo de supuestos, para agotar la vía judicial, es necesario interponer incidente de nulidad de actuaciones ante el órgano judicial que dictó la resolución que se estima lesiva de derechos fundamentales, ya que, a partir de la reforma introducida en el art. 241 LOPJ por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, es el instrumento idóneo para obtener ante la jurisdicción ordinaria la reparación de aquellas vulneraciones de los derechos fundamentales referidos en el art. 53.2 CE, que se

entiendan cometidas en resolución judicial frente a la que la ley procesal no permita ningún recurso (así, por ejemplo, STC 107/2021, de 13 de mayo, FJ 2).

En el presente caso, se constata, por un lado, que la vulneración constitucional se imputa directamente al auto resolutorio de la súplica, que fue el que, tras estimar el recurso interpuesto contra el auto denegatorio de la extradición, accedió a la misma; y, por otro, que contra dicha resolución no cabía recurso ordinario ni extraordinario. Por tanto, lo procedente para el debido agotamiento de la vía judicial previa era haber acudido, de conformidad con el art. 241 LOPJ y la jurisprudencia constitucional, al incidente de nulidad de actuaciones en respeto al principio de subsidiariedad del recurso de amparo, lo que al no verificarse provoca que el presente recurso esté incurso en la causa de inadmisión señalada.

2. Igualmente se ha acordado también no admitir a trámite este recurso con arreglo a lo previsto en el art. 50.1 a) LOTC, toda vez que se ha incurrido en el defecto insubsanable de no haber satisfecho debidamente la carga consistente en justificar la especial trascendencia constitucional del recurso (art. 49.1 LOTC).

El demandante de amparo, si bien dedica un específico apartado de su demanda a exponer la relevancia constitucional del recurso, no llega a poner de manifiesto ninguna de las causas que, en interpretación y desarrollo del art. 50.1 b) LOTC, se mencionan en la STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2, ni alcanza a razonar sobre la concurrencia de esta exigencia de admisibilidad en términos distintos a la existencia de la vulneración de un derecho fundamental, tal como exige la jurisprudencia constitucional (así, por ejemplo, STC 69/2011, de 16 de mayo, FJ 3).

Por lo expuesto, la Sección

#### ACUERDA

Inadmitir el recurso de amparo núm. 6893-2022 interpuesto por don Bard Bacha.

Publíquese este auto en el «Boletín Oficial del Estado».

Madrid, a doce de diciembre de dos mil veintidós.—Juan Antonio Xiol Ríos.—Cándido Conde-Pumpido Tourón.—Concepción Espejel Jorquera.—Firmado y rubricado.

#### *Voto particular que formula el magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos al auto dictado en el recurso de amparo núm. 6893-2022*

Con el máximo respeto a mi compañero y compañera de sección manifiesto mi discrepancia con el auto de no admisión dictado en el presente recurso de amparo por las razones que a continuación se exponen.

1. La exigencia de acudir al incidente de nulidad de actuaciones en los supuestos establecidos en el art. 241 LOPJ para el correcto agotamiento de la vía judicial previa al recurso de amparo constitucional [art. 44.1 c) LOTC] está siendo objeto de un intenso debate en la jurisprudencia constitucional más moderna en aras de una aplicación menos formalista y más flexible y adaptada al razonable cumplimiento de la finalidad que puede tener este medio impugnatorio como eficaz instrumento de tutela de los derechos fundamentales en la vía judicial ordinaria.

La jurisprudencia constitucional ha evolucionado desde posiciones estrictas en que se daba absoluta primacía a la mera posibilidad legal prevista en el art. 241 LOPJ de que frente a lesiones de derechos fundamentales que se consuman con la resolución que pone fin a la vía judicial cabe la interposición del incidente de nulidad de actuaciones hasta aquellas otras en que se pondera la relevancia de aspectos vinculados a la eficacia y utilidad de ese medio impugnatorio en el caso concreto. En ese último sentido, cabe citar resoluciones en que no se considera necesario acudir a este incidente para un correcto agotamiento de la vía judicial previa como son (i) las SSTC 57/2006, de 27 de febrero; 9/2014, de 27 de enero, y 135/2017, de 27 de noviembre, que no controvierten

que no resulta preciso interponer un nuevo incidente de nulidad de actuaciones cuando la lesión se imputa de manera autónoma a la resolución de un incidente de nulidad de actuaciones; (ii) las SSTC 216/2013, de 19 de diciembre, FJ 2 e), y 2/2017, de 16 de enero, FJ 3, en los casos en que la lesión imputada a la última resolución judicial trae causa de un procedimiento cuyo objeto de controversia es, precisamente, la vulneración de ese derecho fundamental; (iii) la STC 112/2019, de 3 de octubre, en los casos en que no existe un pronunciamiento sobre el fondo de la vulneración alegada producida por una resolución judicial cuya impugnación mediante un recurso extraordinario ha sido inadmitido por razones procesales no imputables a la falta de diligencia de la parte; o (iv) la STC 73/2021, de 18 de marzo, en los casos en que se inadmite a *limine* un procedimiento de *habeas corpus*.

2. Considero que el presente recurso de amparo plantea peculiaridades materiales y formales que habrían hecho necesario aplicar el principio de flexibilidad y antiformalismo en la senda de la citada jurisprudencia constitucional y no aplicar la causa de inadmisión de la falta de agotamiento por no acudir al incidente de nulidad de actuaciones o, al menos, que debió de ser admitido a trámite para que por la Sala o, en su caso, el Pleno del Tribunal pudiera abrir un proceso de reflexión sobre ello.

(i) Materialmente, la cuestión que constituye el presupuesto fáctico de la invocación de los derechos fundamentales que hace el demandante en su recurso —el incumplimiento de la exigencia de que una orden internacional de detención cumpla la garantía jurisdiccional— fue la causa por la que la resolución judicial de instancia rechazó la pertinencia de la extradición, la que impugnó el Ministerio Fiscal en súplica y la que, en definitiva, fue resuelta por la resolución ahora impugnada en amparo. En este contexto, habida cuenta de que la cuestión controvertida en ambas instancias no era una mera cuestión de legalidad ordinaria, sino vinculada a aspectos de derechos fundamentales sustantivos —cumplimiento de la garantía jurisdiccional para adoptar decisiones limitativas de derechos fundamentales—, constato que en la vía judicial, con independencia de que formalmente la lesión haya sido consumada por la resolución que ponía fin a la vía judicial, ya se había entablado un amplio debate sobre la dimensión constitucional de la decisión que debía adoptarse, de tal manera que resultaba vano reincidir en esa polémica mediante un incidente de nulidad de actuaciones.

A esos efectos, es de destacar la jurisprudencia constitucional que pone de relieve la necesidad de valorar las circunstancias del caso para verificar que «los órganos judiciales han tenido la oportunidad de pronunciarse sobre los derechos fundamentales luego invocados en vía de amparo constitucional, para estimar cumplido el mencionado requisito. Lo contrario supondría cerrar la vía de amparo constitucional con un enfoque formalista y confundir la lógica del carácter subsidiario de su configuración» (SSTC 216/2013, de 19 de diciembre, FJ 2, y 2/2017, de 16 de enero, FJ 3).

(ii) Formalmente, cabe apreciar en la resolución impugnada que la posición adoptada para revocar el auto recurrido y acceder a la entrega extradicional está fundamentada en pronunciamientos previos muy recientes del propio Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que mantiene una jurisprudencia continuada y consolidada al respecto. Dicha resolución cita los autos núm. 37/2021, de 4 de junio; 61/2021, de 20 de septiembre; 71/2021, de 14 de octubre, y 76/2021, de 19 de noviembre, pronunciados en los recursos de súplica núm. 8-2021, 59-2021, 63-2021 y 76-2021. En todos ellos ya se mantenía la argumentación que ahora ha sido traída a este recurso de amparo como lesiva de derechos fundamentales. Esa posición ha sido mantenida también en otras resoluciones como son los autos núm. 82/2021, de 22 de noviembre, y 85/2022, de 13 de octubre, pronunciados en los recursos de súplica núm. 18-2021 y 76-2022, respectivamente; y se da la circunstancia que contra el primero de ellos sí fue planteado un incidente de nulidad de actuaciones inadmitido por auto de 14 de diciembre de 2021.

En un circunstancia como la presente, en la que se constata que el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, como órgano judicial que está en la cúspide de la

decisión en esta materia, había adoptado y mantenido una posición sobre esta cuestión en conciencia de la dimensión constitucional que implicaba, incluso tras ser puesto de manifiesto mediante un incidente de nulidad de actuaciones en otros procedimientos con el mismo objeto de controversia, considero que concurren con especial intensidad condiciones objetivas suficientes como para sustentar que un incidente de nulidad de actuaciones no hubiera podido cumplir en el caso la función tutelar de derechos fundamentales que justifica una inadmisión por falta de agotamiento. En este contexto, exigir, por una simple y mecánica aplicación de lo previsto en el art. 241 LOPJ, la interposición de un incidente de nulidad de actuaciones que no hubiera podido introducir en el debate ninguna cuestión constitucional nueva que no hubiera sido ya objeto de reflexión y de toma de posición por parte del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en la materia objeto de análisis se alza, a mi parecer, como un formalismo enervante de la función de protección de los derechos constitucionales que corresponde a este tribunal y, en su caso, a las jurisdicciones regional e internacional, pues, a mi juicio, (i) resulta desproporcionado a tenor de las exigencias del principio *pro actione* en el acceso a la jurisdicción constitucional de amparo; (ii) supone un inútil alargamiento de la vía judicial previa de demora el acceso a las altas jurisdicciones nacional, regional e internacional en materia de derechos humanos; y (iii) impone a la parte interesada incurrir en una inútil inversión económica en forma de gastos y costas procesales.

En este sentido, se constata que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ya ha considerado en asuntos con una marcada identidad con el presente que decisiones de este Tribunal Constitucional de no admisión de un recurso de amparo por falta de agotamiento al no interponer un incidente de nulidad de actuaciones vulneran el derecho a un juicio justo, previsto en el art. 6.1 del Convenio europeo de derechos humanos (SSTEDH de 23 de octubre de 2018, asunto Arrozipide Sarasola y otros c. España; de 26 de noviembre de 2019, asunto Berasategui Escudero y Arriaga Arruabarena c. España, o de 20 de octubre de 2020, asunto Martínez Ahedo c. España).

3. Por lo que se refiere al incumplimiento de la exigencia de suficiente justificación de la especial trascendencia constitucional del recurso, la jurisprudencia constitucional ha destacado (i) que la carga de justificación de la especial trascendencia constitucional no exige que la demanda contenga una expresa referencia de la especial trascendencia constitucional, y que puede entenderse cumplido este requisito siempre que la demanda de amparo demuestre un esfuerzo por conectar las vulneraciones alegadas con los criterios determinantes de la especial trascendencia constitucional del recurso, admitiendo, por tanto, la justificación implícita de la especial trascendencia constitucional (así, por ejemplo, SSTC 164 a 170/2011, de 3 de noviembre, FJ 3; 116/2013, de 20 de mayo, FJ 3, o 89/2014, de 9 de junio, FJ 2); y (ii) que esta carga de justificación alcanza su pleno sentido como instrumento de colaboración con la justicia constitucional, habida cuenta de que el legislador ha querido que la valoración del Tribunal acerca de la especial trascendencia constitucional de cada recurso venga siempre precedida de la iniciativa y apreciaciones de la parte, recogidas en su escrito de demanda (así, SSTC 178/2012, de 15 de octubre, FJ 3, o 45/2022, de 23 de marzo, FJ 2).

El contenido de la demanda de amparo y, especialmente, la circunstancia de que en la actualidad ya hay numerosos recursos de amparo admitidos a trámite que plantean la misma cuestión que el presente en relación con extradiciones a Marruecos en los que el Tribunal ha considerado que su especial trascendencia constitucional se aprecia como consecuencia de que el órgano judicial pudiera haber incurrido en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina de este tribunal [STC 155/2009, FJ 2 f)] o bien porque el recurso puede dar ocasión al Tribunal para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna [STC 155/2009, FJ 2 b)], parece que también permitirían dar por cumplido este requisito formal de admisibilidad.

Madrid, a doce de diciembre de dos mil veintidós.–Juan Antonio Xiol Ríos.–Firmado y rubricado.