



Roj: **AAN 743/2017 - ECLI:ES:AN:2017:743A**

Id Cendoj: **28079229912017200024**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **25/07/2017**

Nº de Recurso: **25/2017**

Nº de Resolución: **33/2015**

Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Ponente: **ANGEL LUIS HURTADO ADRIAN**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUDIENCIA NACIONAL

SALA DE LO PENAL-PLENO

Recurso de Súplica 25/2017

Rollo de Sala: Sección Cuarta 13/2017

Expediente Extradición 4/2016//J.C.I. nº 6

A U T O Nº 33/2015

Ilmos. Sres. Magistrados:

D^a. Concepción Espejel Jorquera

D. Félix Alfonso Guevara Marcos

D^a. Ángela Murillo Bordallo

D. Ángel Luis Hurtado Adrián (Ponente)

D^a. Teresa Palacios Criado

D^a. Manuela Fernández Prado

D^a. Paloma González Pastor

D^a. Ángeles Barreiro Avellaneda

D. Julio de Diego López

D. Juan Francisco Martel Rivero

D. José Ricardo de Prada Solaesa

D. Antonio Díaz Delgado

D. Nicolás Poveda Peñas

D. Ramón Sáez Valcárcel

D^a. Clara Bayarri García

D^a. Ana María Rubio Encinas

D. Juan Pablo González González

Madrid, 25 de julio de 2017

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- La Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de esta Audiencia Nacional, con fecha 19 de junio de 2017, dictó auto en las presentes actuaciones, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

" **EL TRIBUNAL ACUERDA:** Que, sin perjuicio de la última decisión, que corresponde al Gobierno de la Nación, declaramos en esta fase jurisdiccional, la **procedencia de la extradición a México** del ciudadano español **Germán**, solicitada por Nota Verbal n° 697 de fecha 8 de marzo de 2017 de la Embajada de México, en relación al procedimiento penal n° 31/2013, del que conoce el Juzgado de Primera Instancia y de lo familiar del Distrito Judicial de Nochistlán de Mejía, Estado de Zacatecas, incoado ante la posible comisión por el nombrado de un delito de fraude específico en agravio de nueve denunciantes, previsto en los artículos 339 párrafo 2° fracción IV y 340 párrafo 1° fracción III del Código Penal para el Estado de Zacatecas, para el **enjuiciamiento** de los hechos que aparecen descritos en el Antecedente de Hecho Segundo de esta resolución".

SEGUNDO.- Contra dicho auto interpuso recurso de súplica, para ante el Pleno de la Sala de lo Penal, la representación procesal del referido **Germán**, recurso del que se dio traslado al Ministerio Fiscal, quien se opuso a su estimación, tras cuyo trámite fueron elevadas las actuaciones a dicho Pleno para deliberación y resolución del recurso.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones en el Pleno, por providencia de 12 de julio de 2017 se señaló para deliberación del recurso el siguiente día 21, asignándose la ponencia al Ilmo. Sr. D. Javier Martínez Lázaro, quien, como, por indisposición, no pudiera asistir, se hizo cargo de la misma el Ilmo. Sr. D. Ramón Sáez Valcárcel, y, como en el curso de la deliberación discrepara de la opinión de la mayoría y anunciara su intención de formular voto particular, le correspondió la ponencia al Ilmo. Sr. Magistrado D. Ángel Luis Hurtado Adrián, quien redacta la presente resolución, expresando esa mayoritaria opinión.

RAZONAMIENTO JURÍDICO

PRIMERO.- Se vuelven a alegar en el recurso iguales motivos que los que fueron alegados ante la Sección, que los aborda el auto recurrido, con un criterio que, por ser compartido por este Pleno, han de llevar a la desestimación del recurso. No obstante lo cual, alguna explicación más se dará a lo que se dice en el auto recurrido, en apoyo de dicha desestimación.

Siguiendo el orden que en él se coloca, en primer lugar trataremos de la prescripción, que habremos de valorar si concurre desde el punto de vista de nuestro derecho, por cuanto que, desde el punto de vista del Estado requirente, ya se nos indica por este que la acción penal para perseguir los hechos delictivos por los que se formula la extradición no ha prescrito.

Y, en cuanto a nuestro derecho, pese a las consideraciones que se hacen en el recurso para convencer de lo contrario, no podemos asumirlas, como se pasa a exponer.

Entre los argumentos que maneja la defensa, acude al apartado B) del cuarto Fundamento Jurídico del auto recurrido, y ante la tesis que, como alternativa, recoge, de plantearse la hipótesis de calificar los hechos como un delito de estafa continuada y considerar que el plazo de prescripción sería de cinco años, despliega sus argumentos para convencer que ha existido tal lapso de tiempo de inactividad procesal, de cinco años, que debe llevar a estimar la prescripción. Sin embargo, como decimos, no compartimos tal planteamiento, porque se trata de un argumento a mayores, en la idea de explicar por qué razón ni siquiera han transcurrido cinco años de inactividad procesal.

En efecto, así lo consideramos porque lo que, en realidad, el auto recurrido va exponiendo es que los hechos, tal como vienen descritos son susceptibles de ser calificados como un delito de estafa agravada, cuyo plazo de prescripción sería de diez años, o uno continuado de estafa, para el que considera que el plazo de prescripción sería de cinco años. Pues bien, siendo esto así, nos encontraríamos con un problema de concurso de normas, que, en principio, atendiendo a la fase procesal en que se encuentra el procedimiento, que es en la de investigación, no debe excluir la calificación alternativa más grave, con lo que la pena a tener en cuenta sería la de la estafa agravada y el plazo de prescripción de diez años.

En cualquier caso, al margen de lo anterior, y admitiendo la tesis que se expone en el recurso, de negar efectos interruptores de la prescripción a las diligencias de investigación inocuas, vemos que, entre la documentación remitida, se encuentra ese auto de aprehensión de 13 de diciembre de 2013, de una relevancia procesal indudable, pues, por la descripción fáctica que contiene, la relación de diligencias que refiere y las imputaciones que realiza, no se le puede negar que es un auto de imputación, el cual, por encontrarle un parangón con nuestro derecho, podría ser con nuestro auto de procesamiento, de indudable contenido material, y, por lo tanto, con efectos interruptores de la prescripción.



Si, como en el propio auto de aprehensión se dice, los hechos que se denuncian se sitúan a principios del año 2009 y se refieren a **Germán**, esto es, al reclamado, como la persona denunciada, solo podemos concluir que, efectivamente, ni siquiera han transcurrido cinco años entre una y otra fecha, y, por lo tanto, la prescripción alegada no ha de ser atendida. Y así lo mantenemos, pese a las alegaciones que se hacen en el recurso, cuando se esgrime que la denuncia presentada ante el Ministerio Fiscal o la autoridad policial no surte efecto interruptivo de la prescripción, porque, aun cuando admitiéramos tal aseveración, sucede que en el mismo auto de aprehensión se hace constar el momento en que se ejercitó la acción penal, cuando en su segundo considerando, expresamente, dice:

"El Agente del Ministerio Público de esta Ciudad, mediante determinación de fecha de veinticuatro de septiembre de dos mil trece, ejercitó acción penal de su competencia en contra de Germán Y Rafael, como probables responsables del delito de FRAUDE ESPECÍFICO..."

En consecuencia, si en septiembre de 2009 se estaba ejercitando la acción penal para la persecución de unos hechos que se sitúan a principio de ese mismo año, en diciembre de 2013 se dicta un auto de contenido tan sustancial como es el auto de aprehensión y en febrero de 2017 se incoa el presente procedimiento de extradición, vemos que, en ningún caso, ha transcurrido un periodo de tiempo superior a los cinco años sin actividad procesal sustancial, que permita apreciar la prescripción invocada.

SEGUNDO.- Se alega como un motivo más en el recurso, que la documentación remitida desde México es insuficiente para valorar si concurre el requisito de doble incriminación, pues considera quien lo firma que debería haberse acompañado la documentación que aportase algún indicio o dato objetivo, necesario para superar el llamado juicio de verosimilitud.

Tampoco compartimos tal planteamiento, pues, como se indica en el auto recurrido, ninguna disposición legal o convencional obliga a aportar tal información, a lo que podemos añadir que, no siendo nosotros el órgano instructor del procedimiento ni el superior jerárquico de quien lo instruye, tampoco deberíamos entrar en valoraciones y análisis que no nos corresponden, como son las relativas a controlar ese juicio de verosimilitud.

En cualquier caso, y volviéndonos a remitir al auto de aprehensión, no parece que hayan sido pocos los indicios que ha tenido en cuenta la autoridad requirente como para imputar al reclamado los hechos delictivos que le imputan, y así hay que mantenerlo, pese a la insistencia del recurrente sobre la inexistencia de los cheques sobre los que se construye la estafa, pues, al margen de que, como se dice en el auto recurrido, no es cuestión que nos deba ocupar, más parece que se está confundiendo lo que es la existencia del delito, con la prueba que lo acredita, y en esto, insistimos, no debemos entrar, estando, como estamos, en un procedimiento de cooperación judicial internacional.

También, por esta razón, hemos de rechazar la parte del recurso en que se alega que estaríamos ante una cuestión civil, que se resume en la frase que resalta en negrita, en que se dice: **"¡Lo que el Fiscal está describiendo como una supuesta Estafa es una mera compraventa mediante el empleo de cheques posdatados!"**.

Sobre este particular nos remitimos al auto recurrido, pues, según se apunta en él, el relato fáctico del auto de aprehensión contiene los suficientes datos como para presumir que quienes denuncian se pudieron ver engañados, con lo que estaríamos en el terreno de los negocios civiles criminalizados, suficiente para entrar en el ámbito penal.

TERCERO.- En último lugar, se invoca la **nacionalidad** española del reclamado, que no la negamos, pero que, como se hace en el auto recurrido, tampoco consideramos obstáculo a la extradición.

En efecto, los casos en que este Tribunal tiene que administrar esta causa facultativa de denegación de la extradición, lo viene haciendo en atención a las circunstancias que en cada cual concurren, que en el que nos ocupa ha inclinado a la mayoría del Pleno por no hacer uso de ella, porque, si, como se dice en el recurso, el reclamado se asentó en México en el año 1994, allí se casó con una ciudadana mexicana en 1997, de la que se divorció en 2008, pero con la cual tuvo dos hijos que se quedaron con la madre, y si, por otra parte, se tiene en cuenta que el hecho delictivo que se le imputa se sitúa en el año 2013 y es de la suficiente complejidad, que requiere un mínimo conocimiento del medio en que se comete, todo ello es indicativo de un no escaso arraigo en ese país, aun cuando no se haya llegado a ser nacional de él.

Si, por otra parte, el delito que se le imputa, aun cuando se discuta su gravedad, como ha hecho la defensa, es un delito de no poca complejidad, y negar la extradición para que su enjuiciamiento se llevara a efecto en España, por más que quienes se apartan de este criterio mayoritario defiendan lo contrario, la mayoría consideramos que entrañaría no pocas dificultades, por cuanto que la prueba documental es importante y se encuentra en México, donde también se encuentran los perjudicados, cuyo testimonio puede ser esencial para la decisión



del litigio, por lo que, de no mantenerse la jurisdicción del lugar de comisión de los hechos, se crearían unas expectativas de impunidad que no debemos tolerar.

En atención a lo expuesto.

LA SALA ACUERDA:

DESESTIMAR el recurso de súplica interpuesto por la representación procesal **Germán** contra el auto que acuerda la procedencia de la extradición a México, dictado por la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de esta Audiencia Nacional, con fecha 19 de junio de 2017, en las presentes actuaciones, que se confirma, declarando de oficio las costas del presente recurso.

Devuélvanse las actuaciones a la Sección Cuarta, con testimonio del presente auto, para cumplimiento de lo resuelto.

Y notifíquese esta resolución a las partes, con indicación de que contra la misma no cabe recurso.

Así, por este auto, lo acordamos, mandamos y firmamos.

VOTO PARTICULAR

que emiten los magistrados Ramón Sáez Valcárcel y José Ricardo de Prada Solaesa en el Auto de resolución del recurso de súplica 25/2017, planteado por el Sr. **Germán** contra la estimación de su extradición a México.

1.- Nuestra discrepancia de la decisión de la mayoría tiene por objeto poner de manifiesto que se debió denegar la entrega para perseguir y enjuiciar, en su caso, al reclamado ante los órganos jurisdiccionales de España. El Convenio bilateral de extradición que disciplina la extradición en nuestra relación con México prevé que las partes tendrán la facultad de denegar la extradición de sus nacionales (art. 7), previendo expresamente para el caso de ejercitar dicha potestad el que el estado requerido ponga el hecho en conocimiento de su autoridad judicial para que proceda a iniciar la acción penal.

2.- El reclamado es nacional de origen que emigró a México, donde trabajó, formó una familia y vivió hasta el año 2009 -fecha de ejecución de los hechos objeto del proceso penal que ha motivado la solicitud de entrega para su enjuiciamiento por delito continuado de estafa-, momento en que regresó a España.

3.- El principio de no entrega de nacionales formaba parte del estatuto jurídico tradicional del reclamado y así se recogió en nuestra ley de extradición pasiva, que enuncia una cláusula de prohibición absoluta (art. 3.1). Tal principio ha sufrido una evolución en nuestro sistema -que no contiene prohibición constitucional- por vía del derecho convencional, que tiene primacía sobre la ley, hasta su actual relativización o flexibilización; de tal suerte que hoy rige, salvo ausencia de tratado bilateral o multilateral, el criterio de que la **nacionalidad** del reclamado no podrá ser causa obstativa para la entrega, aunque siempre la estimación de la solicitud estará sometida a la potestad del estado de ejecución. El Tribunal Constitucional consideró ajustada a derecho la entrega de un nacional a partir del caso de una reclamación de Italia por delito de tráfico de drogas (STc 87/2000). La decisión se sustentaba en la previsión que en tal sentido contenía el Convenio europeo de extradición, en la gravedad del delito y en la integración del estado requirente en el sistema de protección establecido por el Convenio europeo de derechos humanos y libertades fundamentales.

4.- Sin embargo, una cosa es que la condición de ciudadano no se erija en impedimento absoluto para la entrega de la persona reclamada a otra jurisdicción para su enjuiciamiento por delitos cometidos en su territorio, que en muchos casos se convertía en una garantía de impunidad, y otra bien distinta que se afirme como pauta general y que este tribunal opere de manera sistemática a partir de ella, sin atender a las circunstancias del caso, en particular las relacionadas con la persona reclamada, la complejidad del enjuiciamiento, en su caso, y el funcionamiento del sistema judicial y penitenciario del estado de emisión. El tribunal de la extradición no puede desentenderse de la suerte del reclamado, ciudadano o extranjero, ya que está obligado a velar por sus derechos y a prevenir cualquier peligro de lesión que pudiera producirse en el proceso penal del Estado requirente. También, porque la extradición del ciudadano español compromete derechos humanos básicos como su libertad física (art. 17 de la Constitución , sin que pueda servir de excusa la imposibilidad de elevar un pronóstico sobre su futura situación personal, cuando resulta evidente que ha debido ser trasladado contra su voluntad, lo que sugiere que el tribunal competente mantendrá la prisión cautelar para asegurar su plena sumisión al proceso), como su derecho a la vida familiar (art. 18 CE) o sus derechos a la libertad de residencia y de entrada y salida del territorio (art. 19 CE , en la medida que la entrega afecta a su derecho a permanecer en España; ver fundamento jurídico 5 de la sentencia del Tribunal Constitucional mencionada).



5.- No se trata de una cuestión de soberanías -hoy ciertamente debilitadas por los procesos de descentralización que conocemos como globalización, con sus lógicas aparentemente contradictorias de desensamblaje de lo nacional y de renacionalización- sino de un problema de derechos fundamentales, a los que todo órgano judicial se encuentra vinculado constitucionalmente, máxime el que ha sido encargado del control de la legalidad del procedimiento de extradición (art. 53.1 CE).

La extradición de ciudadanos presenta diferencias cualitativas. Anotaremos dos datos. En primer lugar, hemos de recordar la competencia de nuestra jurisdicción para perseguir y enjuiciar los delitos cometidos fuera de España por nacionales, en virtud del principio de personalidad que establece el art. 23.2 de la ley orgánica del poder judicial , sin necesidad de acudir a la cláusula de derecho internacional *aut dedere aut judicare*, que impone el deber de juzgar en caso de negativa a la entrega. Además, existe la obligación del Estado de proteger y garantizar los derechos fundamentales de sus ciudadanos, ciudadanos y derechos que integran y constituyen la propia razón de ser del estado y su fuente de legitimación, deber que ha de expresarse cuando menos en un comportamiento que prevenga y evite cualquier riesgo de futura lesión de los derechos del sujeto reclamado en extradición.

En esa clave acudimos al reciente auto de esta Sala nº. 30/2017 de 20 de julio , en el que denegamos la entrega a Perú de una ciudadana española reclamada para ser enjuiciada por delito de tráfico de drogas, con base en el estado de las prisiones en el otro Estado, la insalubridad y dificultades de acceso al sistema sanitario por parte de las reclusas, habida cuenta que ella padecía una diabetes.

6.- Es por ello que la entrega del nacional no puede concederse de manera automática una vez examinados los criterios ordinarios de decisión estatuidos para evitar la entrega arbitraria, como son los relacionados con los principios de identidad o de doble incriminación, de insignificancia o del mínimo punitivo, de especialidad, de exclusión de los delitos de carácter político y de respeto a principios consensuados de derecho penal como los de prohibición de doble condena o de humanidad de las penas. Ha de atenderse también, y estas son pautas para guiar la aplicación de una cláusula facultativa convencional de no entrega del nacional, a la gravedad de la infracción, a la vinculación del reclamado con el estado requirente y a la posibilidad de enjuiciamiento efectivo en España. Porque no resulta indiferente extraditar a un nacional a un país que desconoce y con el que no tiene vínculos, o a un estado cuyo sistema judicial y penitenciario no fuere homologable con el de nuestro entorno cultural y político. Pues de ello puede depender, una vez descartada la impunidad del delito al resultar factible la persecución en nuestra jurisdicción por la sencillez del caso desde la perspectiva de la prueba, una degradación intensa e innecesaria de los derechos humanos básicos del ciudadano relacionados con la tutela judicial efectiva, con la defensa ante la persecución penal, con su libertad y con su derecho a no sufrir tratos o penas degradantes o inhumanos.

Además, en este caso, el Convenio de extradición con México contempla expresamente, sin necesidad de petición de la otra parte, que de actuarse la cláusula facultativa, este tribunal traslade al fiscal el asunto para que ejercite la acción penal en relación al hecho objeto de la reclamación.

7.- Frente a lo que considera la mayoría, no hay motivación suficiente que permita afirmar que el sacrificio que conlleva la entrega del ciudadano Sr. Germán a México -dada su ajenidad con el sistema legal y judicial y la situación de las prisiones- es necesario e imprescindible, desde la perspectiva del principio de proporcionalidad como estándar de ponderación obligada en materia de derechos fundamentales. La entrega exige decisiones acerca de la posibilidad de enjuiciamiento en España a la vista de la complejidad del asunto, acerca de los vínculos del reclamado con el Estado de emisión que propiciaran la eficacia de sus derechos procesales o hicieran factible el ejercicio de su derecho de defensa, o sobre la gravedad del crimen objeto de persecución.

8.- No compartimos la valoración de que el asunto no puede juzgarse en España. No es un delito cometido en organización. Y su ejecución fue sencilla. La prueba es simple y accesible, consta esencialmente de fuentes documentales ya identificadas y de testificales. Se trata de varios negocios de compraventa de ganado cuyo precio fue abonado, presuntivamente, con medios de pago ficticios ya que las cuentas bancarias carecían de fondos o estaban canceladas. La documental es esencial para acreditar el hecho de la apertura de cuentas en agencias bancarias, de la emisión de cheque y de su impago. La testifical de los perjudicados puede recibirse por video conferencia. Tampoco consta que en la causa se persiga a otras personas, aunque se cite a un socio del reclamado. El delito no es de los que nuestra legislación considera como muy graves o que el daño trascienda a la víctima.

9.- También se debió mensurar que el sistema judicial y penitenciario de México no es equiparable, por decirlo de manera respetuosa, con el de un estado de la Unión Europea. En concreto por la falta de control interno de la seguridad y el orden en las cárceles, una forma de privatización informal que se une en el caso a la privatización de la gestión de los establecimientos, que ha generado una situación muy delicada para la vida, integridad y salud de los reclusos. La Comisión Interamericana de derechos humanos ha emitido informes y comunicados



denunciando la grave situación de hacinamiento, insalubridad y falta de garantías de los derechos de las personas privadas de libertad. Entre ellos destaca la muerte de 49 personas recluidas en el penal de Topo Chico el 11.2.2016 como resultado de un motín provocado por un enfrentamiento entre integrantes de Los Zetas y del cártel del Golfo, entonces la Comisión expresó "su preocupación por la reiteración de hechos que reflejan la ausencia de medidas de seguridad efectivas para garantizar los derechos a la vida y la integridad personal de las personas privadas de la libertad". En el Informe sobre la Situación de Derechos Humanos en México de 2015, la CIDH destacó la grave situación de los centros penales de los estados de la zona norte del país como Nuevo León, caracterizada por la fuerte presencia de delincuencia organizada que ha llevado a complejas situaciones en las que los propios internos ejercen control absoluto de seguridad, sin fiscalización por parte de las autoridades y recordó a México su condición de garante de los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad, y la obligación jurídica de adoptar acciones concretas para garantizar los derechos a la vida e integridad personal de los reclusos; entre ellas, asegurar la seguridad interna en los establecimientos penitenciarios, mediante la prevención efectiva del ingreso de armas y drogas, y el control de la actividad de las organizaciones criminales presentes en las cárceles (OEA/Ser.L/V/II, Doc. 44/15).

En Madrid a 25 de julio de 2017.

FONDO DOCUMENTAL CEND