

Roj: AAN 6290/2023 - **ECLI:**ES:AN:2023:6290A
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Penal
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 47/2022
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 22/06/2023
Procedimiento: Extradición
Ponente: ADORACION MARIA RIERA OCARIZ
Tipo de Resolución: Auto

Inscrito en el registro del Tribunal de Justicia con el número	1261810
Luxemburgo, el	03. 07. 2023
Fax/E-mail:	28/06/23
Presentado el:	

El Secretario,
por orden
Leticia Carrasco Marco
Administradora

Encabezamiento

AUDIENCIA NACIONAL SALA DE LO PENAL

SECCIÓN PRIMERA

Calle García Gutiérrez s/n Madrid 28004

N.I.G.:28079 27 2 2022 0002021

TELÉFONOS: 91709 65 66/91 709 65 65/91 709 65 74/91 353 50 63 CORREO ELECTRÓNICO: audiencianacional.salapenal.sl @justicia.es

PROCEDIMIENTO DE EXTRADICIÓN Nº 69/2022 PROCEDIMIENTO DE ORIGEN: Extradición 47/2022 ÓRGANO DE ORIGEN: Juzgado Central de Instrucción núm. 5

AUTO (CUESTIÓN PREJUDICIAL)

ILMOS SRES. MAGISTRADOS: D^a MARÍA RIERA OCÁRIZ (Presidenta y Ponente) D. JOSÉ RICARDO DE PRADA SOLAESA D^a MARÍA FERNANDA GARCÍA PÉREZ

En la Villa de Madrid, a veintidós de junio de dos mil veintitrés

De conformidad con los *artículos 19, apartado 3, letra b) del Tratado de la Unión Europea* (en los sucesivos TUE); 267 del *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea* (en los sucesivos TUE) Y 4 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ) resulta preciso que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea interprete los *artículos 18.1 y 21.1 del TFUE* y precise su doctrina fijada en su *sentencia (Gran Sala) de 6 de septiembre de 2016*, *Victorio*, aplicada por este tribunal, en un supuesto como el planteado en este procedimiento de extradición requerida por el Reino de Marruecos de un ciudadano con doble nacionalidad marroquí y holandesa ante la respuesta de las autoridades de Países Bajos, a las que se comunicó la solicitud de extradición presentada por el Reino de Marruecos.

ANTECEDENTES DE HECHO

1 El día 7 de agosto de 2022 fue detenido en Tossa del Mar, provincia de Girona, Dimas, nacido en Douat Ait Kamra, Marruecos, el día NUM000 /1973, hijo de

Eloy y de Pilar, de nacionalidad marroquí con carta de identidad nº NUM001 en vigor hasta 2/3/2031, y también con nacionalidad holandesa, con pasaporte de los Países Bajos nº NUM002, en respuesta a la orden internacional de detención emitida por el Fiscal del Rey ante el Tribunal de Primera Instancia de Nador, Marruecos, con fecha de 24 de mayo de 2016, contra el reclamado para la investigación de su participación en un delito de tráfico de drogas.

2 Dimas no es residente en España, se encontraba de paso en nuestro país.

3 Dimas fue puesto a disposición del *Juzgado Central de Instrucción 5* que incoó el procedimiento de extradición y acordó su prisión provisional en auto de 8/8/2022 .

4 La solicitud de extradición formulada por el Fiscal del Rey ante el Tribunal de Primera Instancia de Nador de fecha 22/8/2022 entró en el Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación de España el día 6 de septiembre de 2022 y el Consejo de Ministros en reunión de 4 de octubre de 2022 acordó la continuación del procedimiento de extradición en vía judicial.

5 La solicitud de extradición tiene como finalidad el ejercicio de acciones penal es contra Dimas, al que se imputa un delito de tráfico de drogas que se habría cometido el día 11/5/2016 cuando llegó al puerto de Nador un barco de nombre Almería que transportaba un camión de la compañía FELICITE OUJDA TRANS con matrícula NUM003, en el que se ocultaban tres maletas negras que contenían 20 bolsas y en su interior 100.000 pastillas de éxtasis (MOMA). El conductor del camión fue detenido, así como otra persona que fue a encontrarse con él en el puerto y ambos declararon que las pastillas de éxtasis habían viajado desde Bruselas y que había sido Gervasio quien las había llevado en su coche desde Rotterdam a Bruselas y desde ahí llegaron a Marruecos.

6 En atención a la nacionalidad holandesa de la persona reclamada este tribunal se dirigió a través de EUROJUST a las autoridades judiciales de Países Bajos comunicándoles la solicitud de extradición formulada por Marruecos de su nacional, por si querían emitir una orden de detención y entrega.

7 La respuesta de las autoridades judiciales de Países Bajos llegó en un correo electrónico de 8/12/2022 enviado desde EUROJUST en el que nos comunican que las autoridades judiciales holandesas no van a emitir una orden de detención y entrega por los hechos relatados en la solicitud de extradición de Marruecos, pero añaden que, si Gervasio hubiera sido detenido en Países Bajos, no sería entregado a Marruecos a causa de su nacionalidad holandesa.

8 Dimas se opone a ser entregado a Marruecos, alegando, entre otros motivos, su condición de ciudadano de la Unión Europea y que las autoridades de Países Bajos no lo extraditarían a Marruecos, así como probable vulneración de sus derechos fundamentales pues afirma que será sometido a torturas e incluso le pueden matar, por su pública oposición a la política de Marruecos y al Rey de Marruecos porque ha participado en manifestaciones organizadas en Europa para denunciar el régimen marroquí por la Asamblea Nacional del Rif (N.A.R.) con sede en Oslo, Noruega, actividad que hace pública a través de su página de Facebook.

9 Este procedimiento de extradición se encuentra pendiente de resolver y dar respuesta a las alegaciones formuladas por la persona reclamada por parte de este

tribunal que estima necesario una decisión de ese Tribunal de Justicia respecto de las cuestiones que le va a plantear.

10 Dimas se encuentra en libertad desde el día 31/5/2023.

11 El procedimiento de extradición 69/2022 de este tribunal sigue pendiente de resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1 Normativa aplicable al caso

Derecho español

Artículo 13.3 de la Constitución española : La extradición sólo se concederá en cumplimiento de un tratado o de la ley, atendiendo al principio de reciprocidad. Quedan excluidos de la extradición los delitos políticos, no considerándose como tales los actos de terrorismo.

Artículo 3 de la Ley de Extradición Pasiva, de 21/03/1985 : 1. No se concederá la extradición de españoles, ni de los extranjeros por delitos de que corresponda conocer a los Tribunales españoles, según el Ordenamiento nacional. La cualidad de nacional será apreciada por el Tribunal competente para conocer de la extradición en el momento de la decisión sobre la misma, con arreglo a los preceptos correspondientes del Ordenamiento jurídico español, y siempre que no fuera adquirida con el fraudulento propósito de hacer imposible la extradición.

2. Cuando proceda denegar la extradición por el motivo previsto en el apartado anterior si el Estado en que se hayan ejecutado los hechos así lo pidiera el Gobierno español dará cuenta del hecho que motivó la demanda al Ministerio Fiscal a fin de que se proceda judicialmente; en su caso, contra el reclamado. Si así se acordare, solicitará del Estado requirente que remita las actuaciones practicadas o copia de las mismas, para continuar el procedimiento penal en España.

3. Cuando el delito se hubiere cometido fuera del territorio del país que solicite la extradición, ésta podrá ser denegada si la legislación española no autoriza la persecución de un delito del mismo género cometido fuera de España.

Artículo 1 del Convenio de extradición entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, hecho en Rabat el 24 de junio de 2009:

Las Partes contratantes se comprometen a entregarse recíprocamente, de conformidad con las normas y en las condiciones previstas en el presente Convenio, a las personas que se encuentran en territorio de uno de los dos Estados y sean procesadas por un delito o buscadas a los fines de una ejecución de una pena privativa de libertad dictada por las autoridades judiciales del otro Estado, a consecuencia de un delito.

Artículo 3. No extradición de los nacionales del Convenio de extradición entre el Reino de España y el Reino de Marruecos:

1. Ninguno de los dos Estados concederán la extradición de sus nacionales respectivos.

2. La condición de nacional se apreciará en relación con el momento en que se hubiera cometido el delito por el que se solicita la extradición.

3. No obstante, la Parte requerida se compromete a proceder judicialmente, en la medida en que tenga competencia para juzgarlos, contra sus propios nacionales que hayan cometido en el territorio del otro Estado infracciones castigadas como delitos en ambos Estados, cuando la otra Parte le transmita bien por vía diplomática, bien directamente, por medio de las "autoridades" centrales del Ministerio de Justicia, una solicitud de iniciación de actuaciones judiciales acompañada de los expedientes, documentación, objetos e informaciones que obren en su poder. Se informará a la Parte requirente del resultado que haya tenido su solicitud.

Derecho de la Unión Europea

Artículo 18 del TFUE : En el ámbito de aplicación de los Tratados, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en los mismos, se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad.

El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, podrán establecer la regulación necesaria para prohibir dichas discriminaciones.

Artículo 21.1 del TFUE : Todo ciudadano de la Unión tendrá derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en los Tratados y en las disposiciones adoptadas para su aplicación.

Artículo 19.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea : Nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes.

2 Motivos de la consulta

2.1 *Este tribunal conoce la sentencia de la Gran Sala de 6 de septiembre de 2016* y, en su aplicación práctica, comunicó a las autoridades de los Países Bajos la demanda de extradición que el Reino de Marruecos había formulado respecto de su nacional. Sin duda el caso planteado en este procedimiento de extradición tiene muchos puntos en común con el analizado por ese Tribunal de Justicia en la sentencia indicada. Así no existe un tratado de extradición entre la Unión Europea y el Estado requirente (Reino de Marruecos), por lo que las normas en materia de extradición son competencia de los Estados miembros; ahora bien, en la *sentencia de 6/9/2016* nos dice el Tribunal de Justicia que "... procede recordar, sin embargo, que, para apreciar el ámbito de aplicación de los Tratados, en el sentido del *artículo 18 TFUE*, hay que interpretar este artículo en relación con las disposiciones del Tratado FUE sobre la ciudadanía de la Unión. Así, entre las situaciones comprendidas en este ámbito de aplicación figuran, en particular, las relativas al ejercicio de la libertad de circulación y de residencia en el territorio de los Estados miembros, tal y como se halla reconocida en el *artículo 21 TFUE* ...".

2.2 En el apartado 32 de la sentencia se precisa: "Ahora bien, las normas nacionales en materia de extradición como las controvertidas en el litigio principal

introducen una diferencia de trato en función de si la persona interesada es nacional de ese Estado o de otro Estado miembro, en la medida en que implican que no se pueda otorgar la protección frente a la extradición de la que gozan los nacionales de ese Estado miembro a los nacionales de otros Estados miembros, como el Sr. Victorio. Al hacerlo, tales normas pueden afectar la libertad de estos últimos de circular dentro de la Unión."

2.3 La *sentencia de la Gran Sala de 6/9/2016* analiza el riesgo de impunidad del delito y señala: "39. Según señala el Abogado General en el punto 56 de sus conclusiones, la extradición es un procedimiento que tiene como objetivo combatir la impunidad de una persona que se halla en un territorio distinto de aquel en que supuestamente ha cometido una infracción. En efecto, como han destacado varios Gobiernos nacionales en sus observaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia, aunque, teniendo en cuenta el adagio *aut dedere, aut judicare* (o extraditar o juzgar), la no extradición de los nacionales del propio Estado se compensa generalmente con la posibilidad del Estado miembro requerido de procesar a sus propios nacionales por infracciones graves cometidas fuera de su territorio, este Estado miembro, por regla general, no tiene competencia para juzgar hechos de ese tipo cuando ni el autor ni la víctima de la supuesta infracción tienen la nacionalidad de dicho Estado miembro. La extradición permite así evitar que queden impunes las infracciones cometidas en el territorio de un Estado por personas que han huido de este territorio."

2.5 "47. A falta de normas del Derecho de la Unión que regulen la extradición entre los Estados miembros y un Estado tercero, es importante aplicar todos los mecanismos de cooperación y de asistencia mutua existentes en materia penal en virtud del Derecho de la Unión para proteger a los nacionales de la Unión frente a medidas que puedan privarles de los derechos de libre circulación y de residencia contemplados en el *artículo 21 TFUE*, combatiendo al mismo tiempo la impunidad con respecto a infracciones penales."

2.6 "48. Así, en un caso como el que es objeto del litigio principal, es preciso dar prioridad al intercambio de información con el Estado miembro del que el interesado es nacional para dar a las autoridades de este Estado miembro, siempre que tengan competencia, en virtud de su Derecho nacional, para procesar a esta persona por hechos cometidos fuera del territorio nacional, la oportunidad de emitir una orden de detención europea con vistas a tal procesamiento. En efecto, el *artículo 1, apartados 1 y 2, de la Decisión Marco 2002/584* no excluye la posibilidad de que, en tal caso, el Estado miembro del que el supuesto autor es nacional emita una orden de detención europea para la entrega de esta persona con vistas al procesamiento."

2.7 Todos los apartados destacados de la *sentencia de la Gran Sala de 6/9/2016* son aplicables al caso planteado en este procedimiento de extradición. Sin embargo, en opinión de este tribunal, el hecho diferenciador en este caso, no contemplado en la sentencia citada, se halla en la respuesta de las autoridades de Países Bajos cuando les fue comunicada la solicitud de extradición formulada por el Reino de Marruecos. Las autoridades holandesas comunican al tribunal que no van a emitir una orden de detención y entrega respecto de Dimas, por los hechos relatados en la solicitud de extradición, pero también comunican que si la persona reclamada hubiera sido detenida en Países Bajos, no sería entregada en extradición a Marruecos a causa de su nacionalidad holandesa.

2.8 Nos encontramos así con que la persona reclamada por el tercer Estado no

miembro de la Unión Europea está protegida en su país frente a las peticiones de extradición de dicho tercer Estado del mismo modo que los ciudadanos españoles están protegidos en España frente a las peticiones de extradición de ese mismo tercer Estado. Sin embargo, de acuerdo con el derecho interno español, esa prohibición de extradición de ciudadanos españoles no rige en España para los ciudadanos de nacionalidad holandesa.

2.9 La *Constitución española no contiene una norma expresa que prohíba la extradición de los ciudadanos españoles a otro Estado. Sin embargo, sí existe esta prohibición en el Convenio bilateral de extradición firmado con el Reino de Marruecos, cuyo artículo 3 establece que ninguno de los dos Estados concederá al otro la extradición de sus nacionales. Ahora bien, en este caso el Estado requerido se compromete a proceder judicialmente, en la medida en que tenga competencia para juzgarlos, contra sus propios nacionales que hayan cometido en el territorio del otro Estado infracciones castigadas como delitos en ambos Estados.*

2.10 La persona reclamada no es nacional español ni reside en España y la solicitud de extradición no contiene dato alguno que permita deducir que los tribunales españoles resulten competentes para conocer de un delito de tráfico de drogas en cuya ejecución no se menciona lugar alguno del territorio español, pues se inicia en Rotterdam, continúa en Bruselas y culmina en Nador, donde llegan las pastillas de MDMA.

2.11 Este tribunal se plantea si la prohibición de extraditar a su nacional a Marruecos existente en Países Bajos, que es idéntica a la prohibición de extraditar a ciudadanos españoles a Marruecos, es eficaz en España para un ciudadano holandés que se encuentra en España en el ejercicio del derecho a la libre circulación consagrado en el *art. 21 del TFUE*, como contenido del derecho a no ser discriminado por razón de la nacionalidad del *art. 18 del TFUE*, aunque tal decisión suponga incumplir las obligaciones derivadas del convenio bilateral de extradición y pueda generar la impunidad del delito que motivó la solicitud de extradición.

Por los motivos expuestos,

LA SALA ACUERDA

Suspender la tramitación del presente procedimiento de extradición hasta la resolución del incidente prejudicial.

Plantear al Tribunal de Justicia de la Unión europea la siguiente cuestión prejudicial:

1ª ¿ Deben interpretarse los *arts. 18 y 21.1 del TFUE* en el sentido de que la prohibición de entrega de los nacionales contenida en un tratado de extradición bilateral firmado entre un Estado miembro de la UE y un tercer Estado debe hacerse extensiva los nacionales de otros Estados miembros de la UE que no acceden a la extradición solicitada por el tercer Estado por razón de su nacionalidad cuando se encuentren en territorio del Estado miembro requerido en el ejercicio de su derecho a la libre circulación?

2ª ¿ Si el Estado miembro de la UE del que es nacional la persona reclamada rechaza emitir una orden de detención y entrega para perseguir judicialmente los hechos por los que se solicita la extradición, ya que en caso de haber sido detenido en

ese Estado no habría sido extraditado a causa de su nacionalidad, la decisión de ese Estado miembro respecto de su nacional, cuando este se encuentra en el territorio del Estado miembro requerido en el ejercicio de su derecho a la libre circulación, vincula a dicho Estado miembro requerido en una extradición solicitada por un tercer Estado?

Remítase testimonio de la presente resolución al Tribunal de Justicia, mediante correo electrónico dirigido a la «Secretaría del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas» (DDP-GreffeCour@curia.europa.eu) y copia simple de la misma al Servicio de Relaciones Internacionales del Consejo General del Poder Judicial -Fax: 91 7006350- (REDUE Red del CGPJ de Expertos en Derecho de la Unión Europea).

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y a las partes personadas, haciéndoles saber la misma es firme y que contra ella no cabe recurso alguno.

Así, por este nuestro Auto, lo dictamos, mandamos y firmamos.