

EXTRADICIÓN Y FUNCIONES DEL EMBAJADOR:
EL TRIBUNAL SUPREMO OLVIDA LO PRINCIPAL
COMENTARIO A LA STS 2644/2018
(SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO,
SECCIÓN 5.^a) DE 9 DE JULIO

Javier BALLINA DÍAZ*

1. En agosto de 2017, varios diarios avanzaban los hechos sobre los que posteriormente habría de razonar nuestro Tribunal Supremo (en adelante, «TS»). Según indicaban, la Policía Nacional habría detenido en Granada al escritor turco-alemán D. Akhanli, buscado por Interpol a instancias del gobierno de Ankara por «pertenencia a banda armada y terrorista». Iniciado el proceso de extradición, el detenido quedó en libertad provisional tras prestar declaración ante el titular del Juzgado Central de Instrucción núm. 4 de la Audiencia Nacional. Finalmente, el Consejo de Ministros acordó el 13 de octubre la no continuación del procedimiento, al considerar probado que el escritor tenía condición de asilado en Alemania¹.

2. A resultas de esta decisión, la representación procesal del embajador de Turquía en España interpuso recurso contencioso-administrativo contra el citado acuerdo del Consejo de Ministros, siendo resuelto por la STS ahora comentada², en la que se plantean cuestiones que interesan tanto al Derecho diplomático como a la institución de la extradición.

* Profesor asociado de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Universidad de Oviedo (ballinajavier@uniovi.es). Todas las páginas *web* de referencia han sido consultadas por última vez el 7 de noviembre de 2018.

¹ Sirvan a título de ejemplo, «Detenido en Granada un escritor turco reclamado por el Gobierno de Erdogan», *El País*, 19 de agosto de 2017 (https://elpais.com/politica/2017/08/19/actualidad/1503157595_226565.html), y «Libertad provisional para el escritor turco detenido en Granada», *El Confidencial*, 19 de agosto de 2017 (https://www.elconfidencial.com/mundo/2017-08-19/policia-detiene-nuevo-escritor-turco_1431090/).

² STS (Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 5.^a) 2644/2018, de 9 de julio. ECLI: ES:TS:2018:2644.

3. Quizá influido por las cuestiones de admisibilidad y legitimación formuladas por el abogado del Estado, escuetamente respondidas por el demandante en el escrito de conclusiones con la afirmación de que el embajador de Turquía es «el legítimo representante del país ante el Reino de España»³, el TS interpreta que el recurso se formula en nombre del Estado turco⁴, apreciación en la que acierta. El problema surge cuando a continuación lo único que le preocupa al Tribunal es «si un embajador, en su cualidad de jefe de la misión diplomática [...] tiene en el Estado receptor la facultad de decidir sobre la formulación de un recurso o si por el contrario requiere la decisión al respecto de la autoridad competente del Estado que representa»⁵. Asumiendo los términos utilizados por el abogado del Estado, el TS traduce su duda en que se trata de «distinguir entre el poder de representación y la decisión de litigar»⁶, y encuentra la respuesta en el art. 3 de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, que interpreta de la siguiente manera:

«Si bien no expresa el artículo, ni ninguno de los que integran el contenido de la Convención, que un embajador pueda decidir entablar una acción judicial contra un acuerdo del gobierno del estado receptor, el término “representar” utilizado en el supuesto a) del citado artículo 3.1 permite entender que un embajador, en su cualidad de representante de su estado en el estado receptor, está facultado para ejercitar una acción judicial como la que nos ocupa, máxime cuando el término “proteger”, utilizado en el apartado b), difícilmente puede entenderse sin la facultad de mención y cuando en el artículo 25 se prevé que el estado receptor dará toda clase de facilidades para el desempeño de las funciones de la misión»⁷.

4. En realidad, la disposición se refiere a las funciones de la misión diplomática y conviene señalar que la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961⁸ (en adelante, «la Convención de Viena») no define con precisión el concepto de «misión diplomática», lo que es, sin duda, una importante e inexplicable carencia del texto convencional⁹. En un sentido objetivo, dominante hoy en día, aquélla se identificaría con los órganos previstos en el ordenamiento jurídico de cada Estado para realizar de forma específica la actividad diplomática, formando parte por lo general de la estructura orgánica de los ministerios de relaciones exteriores¹⁰. En esta misma línea, la

³ FJ 4.

⁴ «Con esa única alegación [...] podemos entender que es al amparo de esa cualidad legítima de representante de la República de Turquía en el Reino de España con la que formula el recurso, y que por ello el recurso se formula en nombre del Estado de Turquía. Carece de todo sentido considerar que el recurso se interpone por el Embajador de Turquía al margen de la representación que ostenta» (FJ 5).

⁵ FJ 5.

⁶ FJ 5.

⁷ FJ 5.

⁸ BOE núm. 21, de 24 de enero de 1968.

⁹ VILARIÑO PINTOS, E., *Curso de Derecho Diplomático y Consular*, 5.ª ed., Madrid, Tecnos, 2016, p. 179.

¹⁰ *Ibid.*, p. 180.

definición que ofrece la Convención de Viena sobre el «jefe de misión»¹¹ ha sido criticada por la doctrina habida cuenta su carácter tautológico¹². En el Derecho español, la jefatura será ejercida por un embajador extraordinario y plenipotenciario, que ostentará la representación y máxima autoridad de España ante el receptor. Le corresponde asimismo el ejercicio de las funciones que la Ley atribuye a las misiones diplomáticas¹³.

5. Pero no cabe concluir con la sentencia que «un embajador, en su calidad de representante de su Estado en el Estado receptor, está facultado para ejercitar una acción judicial». Ello se deduce, nuevamente, del recurso al Derecho internacional y de la visión que sobre las funciones a desempeñar por la misión diplomática nos ofrece. En este sentido, ni los trabajos preparatorios de la Convención de Viena, ni la doctrina más autorizada¹⁴ contemplan la posibilidad de que el desempeño de las funciones diplomáticas citadas por la sentencia en apoyo de su conclusión (representación, defensa de intereses) pueda concretarse en el ejercicio de acciones ante la jurisdicción del Estado receptor. Y ello es así porque, como su mismo nombre indica, estas funciones han de desarrollarse necesariamente en el marco de las relaciones diplomáticas empleadas «entre los sujetos de Derecho internacional en su calidad y a través de órganos que les representan en la generalidad de sus relaciones internacionales como entes independientes»¹⁵.

6. De otro lado, hay que advertir de que las funciones a desempeñar por la misión tienen su contrapunto en el «estatus diplomático», entendido como «el conjunto de tratos particulares que se deben a un sujeto de Derecho internacional para llevar a cabo, a través de los órganos y personas competentes para ello, el adecuado desarrollo de su actividad diplomática»¹⁶. Ampliar el contenido de aquellas funciones diplomáticas a través de una interpretación estrictamente unilateral, como la que efectúa la sentencia, no solo contradice la interpretación conforme a Derecho internacional que el art. 3 de la Convención de Viena reclama, sino que implica, adicionalmente, privilegiar el ámbito de actuación en nuestro país de otros sujetos de Derecho internacional y de sus agentes diplomáticos sin que se vea garantizada la nota de reciprocidad, constantemente requerida en el ámbito de la extradición.

7. Resuelta de esta discutible manera la cuestión que le preocupaba, el TS soluciona el fondo del asunto entendiendo que el acuerdo del Consejo de Ministros se fundamenta adecuadamente en el art. 4.8 de la Ley 4/1985,

¹¹ Su art. 1.a) identifica al «jefe de misión» con la «persona encargada por el Estado acreditante de actuar con carácter de tal».

¹² DE YTURRIAGA BARBERÁN, J. A., *Los órganos del Estado para las relaciones exteriores*, Madrid, Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, 2015, p. 133.

¹³ Párrs. 1 y 2 del art. 44 de la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado.

¹⁴ Sirva, a título de ejemplo, lo expuesto por CAHIER, P., *Derecho diplomático contemporáneo*, Madrid, Rialp, 1965, pp. 184-210.

¹⁵ VILARIÑO PINTOS, E., *op. cit.*, nota 8, p. 30.

¹⁶ *Ibid.*, p. 247.

de 21 de marzo, de extradición pasiva¹⁷, que prevé como supuesto de denegación de extradición el reconocimiento de la condición de asilado, estatuto que en el caso está reforzado por la obtención de la nacionalidad alemana¹⁸.

8. Aunque esta conclusión sea un alivio, el problema está en que el TS parece no haber percibido la dimensión más importante de este caso, consistente en si el propio Estado turco, al que representa el embajador, se encuentra legitimado para impugnar la decisión del Consejo de Ministros de no continuar con el procedimiento de extradición.

9. La extradición, institución en torno a la que pivota el caso, es definida por la doctrina como la «entrega que un Estado hace a otro de un individuo, acusado o condenado por un delito común, que se encuentra en su territorio, para que en ese país se le enjuicie penalmente o se ejecute la pena, realizada conforme a normas preexistentes de validez interna o internacional»¹⁹. Su naturaleza, compleja, pone en relación a distintas ramas del Derecho hasta el punto de afirmarse que posee notas propias del Derecho internacional, penal, procesal y político²⁰. En todo caso, se asienta necesariamente en una relación entre Estados regulada por el Derecho internacional, habitualmente recogida en tratados bilaterales o multilaterales. Una base que permite adjetivarla como *activa* (desde la perspectiva del Estado que solicita la extradición) o *pasiva* (desde la del Estado al que se le reclama).

10. La relación entre España y Turquía en la materia se cimenta en el Convenio Europeo de Extradición²¹, completado, habida cuenta de los cargos imputados al Sr. Akhanli, por el Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo²², adoptado también en el seno del Consejo de Europa. Normas que, desde la perspectiva interna española, se completan, entre otras, con las previsiones de la Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva. Como indica el TS, esta disposición establece «un procedimiento mixto de naturaleza gubernativa y judicial, en el que se pueden distinguir tres fases: dos gubernativas, la primera y la última, estando en medio la decisiva fase judicial»²³. La primera, cuya culminación representa el Acuerdo del Consejo de Ministros recurrido, está regulada por los arts. 7 a 11 de la Ley y «tiene la finalidad de iniciar el procedimiento de extradición, antes las solicitudes deducidas por el país extranjero que corresponda y de decidir si ha lugar o no, a continuar el procedimiento en vía judicial sobre la base de los arts. 2 a 5 de igual texto legal»²⁴.

¹⁷ BOE núm. 73, de 26 de marzo de 1985.

¹⁸ FJ 6.

¹⁹ QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de Derecho penal nacional e internacional penal, II*, Madrid, 1957, p. 196.

²⁰ SEBASTIÁN MONTESINOS, M. A., *La extradición pasiva*, Granada, Comares, 1997, p. 24.

²¹ Hecho en París el 13 de diciembre de 1957 y ratificado por España a través de Instrumento de 21 de abril de 1982 (BOE núm. 136, de 8 de junio de 1982).

²² Hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1977 y ratificado por España a través de Instrumento de 9 de mayo de 1980 (BOE núm. 242, de 8 de octubre de 1980).

²³ STS 964/2015 (FD 4), con cita de abundante jurisprudencia.

²⁴ *Ibid.*

11. La atención a la necesaria interestatalidad presente en la extradición y, en consecuencia, a su consideración como objeto de regulación por el Derecho internacional público, resulta imprescindible para una adecuada comprensión del litigio. Así, desde un punto de vista material, la relación hispano-turca en materia de extradición descansa en la obligación internacional recogida en el art. 1 del Convenio Europeo, según la cual «las partes contratantes se obligan a entregarse recíprocamente [...] a las personas a quienes las autoridades judiciales de la parte requirente persiguieren por algún delito o buscaren para la ejecución de una pena o medida de seguridad». El eventual incumplimiento de esta obligación encuentra una elaborada respuesta por el Derecho internacional, especialmente a través de las medidas de autotutela y del instituto de la responsabilidad internacional del Estado. En ella supone una referencia obligada el Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos²⁵, que, si bien no vinculante, contiene las reglas generales en la materia hasta el punto de que alguno de sus artículos ha sido tomado en consideración por la jurisprudencia internacional²⁶. Si Turquía, como parece, estima que España ha incumplido su obligación de entrega, el ordenamiento jurídico internacional le reconoce un derecho a invocar la responsabilidad de nuestro país²⁷, poniendo además a su disposición un amplio catálogo de posibilidades encaminado a lograr su plena satisfacción²⁸.

12. Frente a este natural discurrir de los hechos por su cauce internacional, Turquía opta, sorpresivamente, por cuestionar el comportamiento de nuestro país ante la propia jurisdicción española. Esta «huida del Derecho internacional» debe ser rechazada. En primer lugar, porque trata de beneficiarse abusivamente de una vía, la del control jurisdiccional de la decisión del Consejo de Ministros sobre la continuación del procedimiento de extradición, afanosamente edificada a efectos de evitar la indefensión del sujeto cuya extradición se reclama y en la que, evidentemente, no puede encontrarse en ningún caso un Estado fuertemente «armado» por el Derecho internacional²⁹. Pero, además, porque desde un punto de vista procesal su actuación

²⁵ Aprobado por la Comisión de Derecho Internacional en su 53.º periodo de sesiones, en 2001.

²⁶ ANDRÉS SAÉNZ DE SANTA MARÍA, P., *Sistema de Derecho Internacional Público*, 5.ª ed., Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 2018, p. 266.

²⁷ Art. 42 del Proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

²⁸ Según el art. 43 del Proyecto, la reclamación se iniciará mediante una notificación al Estado cuya responsabilidad se invoque. El Estado lesionado podrá especificar, en particular, el comportamiento que debería observar el Estado responsable para poner fin al hecho ilícito, si ese hecho continúa, así como la forma que debería adoptar la reparación.

²⁹ Se desprende de la sentencia que el acto impugnado se estima administrativo. Sin embargo, esta calificación demanda un previo deslinde con los actos de Gobierno, identificados con los adoptados por el Consejo de Ministros en ejercicio de sus poderes y funciones constitucionales. En el ámbito propicio para estos actos constituido por las relaciones internacionales del que, como se ha indicado, participa la extradición, aún queda lejos conocer los límites precisos de esta delimitación (en este sentido, véase DIEZ SÁNCHEZ, J. J., «El control jurisdiccional de los actos del Gobierno y de los Consejos de Gobierno», *Revista Jurídica de Castilla y León*, enero de 2012, núm. 26, p. 66). En cualquier caso, la STS de 24 de junio de 2003, seminal de la jurisprudencia que habilita un control jurisdiccional de las decisiones del

se encuentra viciada al carecer de legitimación a efectos de la interposición del recurso³⁰.

13. Al decidir sobre la imposición de costas, el TS tiene en cuenta «la complejidad del tema de debate»³¹. Tiene razón, el tema ciertamente presenta esta característica. El matiz está en que la verdadera complejidad era otra.

Palabras clave: Derecho diplomático, embajador, extradición, jurisdicción contencioso-administrativa, funciones de la misión diplomática, actos de Gobierno.

Keywords: diplomatic law, ambassador, extradition, administrative law jurisdiction, functions of a diplomatic mission, acts of Government.

Consejo de Ministros en esta fase inicial, reserva la caracterización de administrativo para los que decidan la «continuación del procedimiento», advirtiendo que podría ser considerado acto de Gobierno caso de que, como en la reclamación efectuada por Turquía, «se denegase la continuación del procedimiento de extradición atendidas las razones que en él se contuvieran» (FJ 2). Esta distinta calificación no implicaría la falta de control jurisdiccional del acto sino su limitación a los aspectos detallados en el art. 2.1.a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (protección de los derechos fundamentales, elementos reglados y determinación de indemnizaciones). En todo caso, esta diferente calificación del acto podría repercutir en el recurso interpuesto por el embajador, abocando probablemente a su inadmisión.

³⁰ Así debe interpretarse el art. 19 de la citada Ley 29/1998 que, al referirse a la legitimación de las personas jurídico-públicas en el orden contencioso-administrativo, la circunscribe a las Administraciones españolas. El Estado extranjero se convierte así en una realidad ajena que, lógicamente, está llamada a canalizar sus legítimas pretensiones de acuerdo con los específicos mecanismos previstos en el Derecho internacional.

³¹ FJ 7.