

LA EXTRADICIÓN, PROBLEMA COMPLEJO DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL EN MATERIA PENAL

J. PUENTE EGIDO *

El presente estudio fue presentado en forma de Comunicación en las últimas Jornadas organizadas por el Ministerio de Justicia sobre Problemas de la Justicia Internacional, pendiente de publicación. El autor agradece a las autoridades responsables de ese Ministerio la autorización dada para que aparezca ahora en este Boletín.

SUMARIO: Un reciente caso señero de extradición activa, solicitada por España, ha puesto de manifiesto la importancia que en la vida jurídica e internacional de un Estado moderno puede tener esta institución; compleja donde las haya. Por eso no es infrecuente que en su tratamiento se deslicen incluso errores de bulto. En el proceso de formación de los Estados modernos, que fue coetáneo al de la aparición del Derecho internacional moderno, las monarquías absolutas reclamaron el *ius puniendi* como un elemento de su poder soberano y de ese derecho formaba parte la extradición que, sin dejar de ser instrumento relativamente eficaz de cooperación entre Estados en la tarea común de represión internacional del delito, fue reclamada consecuentemente por esas monarquías como un derecho regaliano.

El constitucionalismo, indujo en los modos de prestar y recibir esa ayuda profundos cambios, institucionales y normativos, que tie-

* Catedrático Emérito de Derecho Internacional. UNED. Madrid. Catedrático Jean Monnet «Ad Personam».

nen mucho que ver con el principio de la división de poderes y la protección de las libertades fundamentales. Más recientemente, los progresos en el Derecho internacional están introduciendo nuevas líneas de evolución y perfeccionamiento. Tanto más exigentes y profundas cuanto que los Estados que cooperan estén vinculados por un nexo especial como el del Consejo de Europa o el de la Unión Europea.

La extradición, concebida en los viejos tiempos como una facultad del poder soberano estatal, incontrolado e incontrolable, si no se hubiera transformado, sería hoy incompatible con la «rule of law»; esto es, con la noción misma de Estado de Derecho. La antigua extradición meramente gubernativa, ciertamente, choca hoy de modo frontal con esa noción. El progreso que en esta línea está realizando la extradición coincide con su concepción como procedimiento jurídico, aunque esté todavía lejos de ser un procedimiento estrictamente judicial.

Ahora bien, por su misma naturaleza, la extradición continúa siendo un acto de la política exterior de los Estados, y seguirá siéndolo en buena parte, en tanto que la comunidad internacional no se transforme radicalmente. Sometido por lo tanto —en lo que tiene de político— al juicio de oportunidad de quien en los Estados ejerza el Poder Exterior y sea, por consiguiente, responsable de su adecuado ejercicio.

De acuerdo con los datos más seguros del Derecho extradicional comparado, es inexacta la tesis según la cual, en el acatamiento de la idea del Estado de Derecho, el gobierno de un Estado democrático en el ejercicio de esa facultad, tanto en la extradición activa como en la pasiva, está sometido a las determinaciones de los jueces. Es ésta una tesis singular, científicamente hoy por hoy insostenible. *Sería tanto como abandonar este campo sensible al «gobierno de los jueces» y, en consecuencia, una fractura del principio de separación de poderes, esencial en el Estado de Derecho.*

I. CONSIDERACIONES GENERALES

La complejidad de la extradición comienza a percibirse desde el momento mismo en que se reflexione sobre la naturaleza de esta institución. Es instrumento de cooperación internacional en materia penal entre soberanías, preferentemente territoriales, que en su

estructura de base, por el hecho mismo de su modo de ser y existir, se sienten profundamente insolidarias. Insolidaridad inicial que a la postre termina, en determinadas circunstancias favorables, transformándose en una disposición para cooperar en la represión del delito porque unos y otros Estados perciben el beneficio mutuo de esta cooperación.

No es por mera casualidad que la extradición figure entre las pocas instituciones del viejo Derecho internacional, anterior incluso a la antigüedad clásica greco-latina, que ha pasado al Derecho internacional moderno conservando su carácter de obligación pactada entre dos soberanías independientes¹. Con ese pacto, ellas manifiestan y consagran su voluntad de ayudarse recíprocamente en el castigo de determinados delitos.

La estructura de base de la sociedad internacional moderna, a la que responde necesariamente el Derecho internacional, determina que el poder político de los Estados retenga, como una manifestación clara de la soberanía que esos Estados dicen poseer, el denominado *ius puniendi*, componente esencial de esa soberanía. En la naturaleza de las cosas está que esta facultad de reprimir y castigar las conductas antisociales que según tiempos y circunstancias hayan sido merecedoras de la vindicta pública, sea una competencia reclamada por aquella instancia que encarna el poder político supremo en cada sociedad.

Dentro de Europa, en la historia de las instituciones penales, fue muy pronto considerada por las monarquías absolutas como un poder regaliano más, en el conjunto de las facultades absolutas de la Corona². Corolario de ese *ius puniendi* fue el derecho a solicitar

¹ E. EGGER, *Etudes historiques sur les traités Publics chez les Grecs et les Romains* Paris, 1866, págs. 249-251. Bassiouni, *International Extraditions. United States Law and Practice*, 1983, I, 1-3.

² En época tan tardía como el final del pasado siglo, todavía una sentencia francesa operó con esta idea: «*Attendu que les traités d'extradition sont des actes de droit public et de haute administration... que d'ailleurs, le gouvernement qui fait arrêter sur son territoire le prévenu d'un crime ou d'un délit commis sur un autre territoire et le livre à la puissance qui le lui réclame, use d'un droit qu'il puisse non dans les traités qu'il a pu conclure, mais dans la propre souveraineté et reste libre d'accorder l'extradition....*» Cour de Cassation, 3 de Agosto 1883. Chambre Criminelle, No. 197.

de soberanías extranjeras la entrega de personas que habiendo cometido delito en su territorio eludían la acción de la justicia huyendo al extranjero o, inversamente, el derecho de entregar a dichas soberanías esas personas en respuesta a las peticiones así formuladas, cuando habían tenido un comportamiento semejante en Estados extranjeros y se refugiaban en su territorio.

Dicha regalía de petición o de concesión de entrega en extradición de persona determinada fue ya entonces considerada —y el dato no deja de ser significativo— en relación directa con el régimen de extranjería o, incluso, con el de la facultad de extrañamiento que el monarca absoluto podía ejercer sobre clérigos díscolos, como no deja de observar nuestro Lardizábal con una idea de claro sabor regaliano³.

¿Fue en esa época la extradición solamente utilizada para recuperar, restituyendo a su juez natural por la entrega, al que se encontraba huido en territorio extranjero, y con ello había eludido la acción de la justicia? En la tradición y concepción anglosajona este pensamiento ha estado tan presente que las leyes internas de extradición así han sido denominadas: «Fugitives Offenders Act» y al extradituro se le ha denominado pura y simplemente «fugitive». Si nos atenemos, en cambio, a los datos que nos suministran los primeros tratados de extradición concluidos por España, en la época de Carlos III con Estados extranjeros, hay alguna razón para pensar que no fue así del todo. Al menos en determinados supuestos, la extradición se hacía para que el español o sardo habiendo cometido delito en el territorio del otro Estado, fuera entregado al Estado de su nacionalidad para ser juzgado por los tribunales del Estado de su naturaleza.

En todo caso, y en función de la no superposición de dos competencias que no siempre la doctrina y práctica aciertan a distinguir, a saber, la del ámbito espacial de aplicación de una ley penal y la del poder coercitivo del Estado que incrimina, la extradición ha sido siempre un instrumento corrector de las disfunciones a que da lugar esta falta de coincidencia en esos dos ámbitos aludidos. Dicho en

³ M. DE LARDIZÁBAL Y URIBE, *Discurso sobre las Penas*, Madrid, 1782, Extrañamiento del Reyno, p. 219.

términos más técnicos: La extradición es un modo de garantizar la eficacia de la ley penal material que, en virtud de ese fraccionamiento de soberanías, puede estar amenazada, y de hecho resulta con frecuencia puesta en entredicho, por aquellos que eluden la acción punitiva de los Estados con el simple paso de una frontera ⁴.

Bien es verdad que esta efectividad de la ley penal estaría relativamente asegurada si todos los Estados organizaran exclusivamente su competencia penal internacional desde el criterio de la estricta territorialidad del lugar de la comisión del delito, completándola con una obligación generalizada de entrega al juez competente según el criterio de la *lex loci commissi* ⁵. Pero, lamentablemente, la complejidad de la vida social en el plano de las relaciones internacionales se ha compadecido siempre mal con tal simplificación. Ni siquiera los

⁴ BECCARIA en su célebre obra, desarrollando una de sus ideas centrales acerca de la eficacia de los castigos, que la hacía consistir no tanto en la dureza de las penas como en la certeza de su imposición, se pregunta «si el pacto entre las naciones de entregarse recíprocamente los reos es o no útil». Tanto más cuanto que el poder de la ley «debería seguir a todo ciudadano como la sombra al cuerpo». Al final no se muestra favorable a tales pactos «hasta tanto que las leyes más conformes a las necesidades de la humanidad, las penas más suaves y extinguida la dependencia del arbitrio y de la opinión, no pongan en salvo la inocencia oprimida». Aunque reconoce que «*la persuasión de no encontrar un palmo de tierra que perdonase a los verdaderos delitos sería un medio efficacísimo de evitarlos*». C. BECCARIA, *De los delitos y de las penas*. Alianza Editorial, Madrid, cap. 35.

Permítasenos explicitar las ideas que subyacen en las frases recogidas aquí de este autor. Beccaría, como buen ilustrado, milita claramente en favor de la ley personal (estatuto personal que acompaña a la persona «como la sombra al cuerpo» y en perjuicio del principio territorial (*lex loci commissi*). La responsabilidad en la que ha incurrido claramente el delincuente (base de la petición y entrega en extradición) no puede quedar extinguida por el simple paso de una frontera territorial. La cooperación internacional con vistas a la represión del delito es garantía de la eficacia de la ley penal. Ahora bien, si Beccaría se muestra reacio a la conclusión de tratados internacionales que garanticen esa cooperación es porque junto a los nuevos sistemas penales humanitarios e ilustrados cohabitan sistemas viejos del antiguo régimen.

⁵ Tal era probablemente la situación en Europa durante la existencia del Derecho intermedio. La continuidad del Derecho romano y la relativa poca relevancia de las soberanías territoriales incipientes permitieron la pervivencia durante siglos de una fuerte comunidad jurídica en Europa. La que ahora se intenta recuperar con el denominado «espacio jurídico europeo».

sistemas jurídicos de los países, que han afirmado tal criterio con mayor fuerza, lo han podido aceptar nunca en todas sus consecuencias, y ahora cada vez menos a medida que el grado de interdependencia de unos Estados con otros ha ido en aumento.

II. LA EXTRADICIÓN PONE EN COMUNICACIÓN DOS SISTEMAS JURÍDICOS DIFERENTES

El acto concreto de extradición pone necesariamente en relación dos sistemas jurídicos diferentes; situación semejante, aunque en nuestro caso mucho más profunda, a la que en el Derecho internacional privado se da cuando un ordenamiento determinado postula la aplicación de una ley extranjera. Esta conexión entre ambos sistemas comienza desde el momento en que dos Estados deciden la conclusión de un acuerdo de extradición; y esto es así, al margen de la disputa doctrinal sobre si el verdadero «acuerdo internacional es la extradición en concreto», prevista en el tratado ya estipulado o, por el contrario, la extradición en particular no es más que un acto de ejecución del acuerdo internacional, que fue quien creó entre las partes contratantes la obligación de concederse recíprocamente las personas solicitadas en extradición en todos aquellos supuestos establecidos por dicho tratado. Cierto es, en todo caso, que ha sido la misma práctica la que ha hecho aflorar buena parte de los problemas a los que nos vamos a referir.

Un examen pormenorizado de las circunstancias complejas a las que lleva el juego armónico de esos dos órdenes jurídicos y, por lo tanto, la cooperación de dos soberanías diferentes exigiría repasar prácticamente todos los grandes temas del Derecho clásico de la extradición. Pero aquí nos vamos a conformar con señalar los más característicos y, dentro de cada uno de ellos, los aspectos que mejor permiten percibir esa complejidad.

Examinaremos, en primer lugar, el problema de la jurisdicción del juez del Estado que requiere en extradición o, si se prefiere, el de la competencia judicial internacional en materia penal de ese Estado, que es terminología más propia en el Derecho conflictual. En segundo, nos plantearemos los problemas del juego armónico, hasta donde sea posible, de dos leyes y ordenamientos distintos que entran en relación por el hecho mismo de la extradición.

1. CUESTIONES DE COMPETENCIA INTERNACIONAL

Puesto que ningún Estado acepta —en principio— la entrega en extradición de sus propios justiciables, el requirente, en la formulación de su petición de entrega en extradición, debe tomar muy en cuenta la idea que de su propia competencia internacional tiene el Estado requerido en relación con las circunstancias de la comisión de aquellos actos delictivos por los que se solicita la extradición. El Estado requerido sólo entrega en la medida en que se desinteresa de la persecución y castigo de aquellos delitos contemplados en la solicitud de extradición.

Más aún, éste Estado, entre las operaciones que, de ordinario, realizará antes de acceder a la entrega solicitada, estará la de examinar los motivos sobre los que el Estado requirente funda su competencia en el caso concreto. Cuando la autoridad competente en ese examen llegue a la conclusión de que el solicitante está ejercitando una competencia internacional no conforme al Derecho internacional o a los criterios que establece su propio ordenamiento, denegará la extradición pedida.

Este aspecto, que ni la doctrina ni la práctica internacional en la conclusión de los acuerdos de extradición han esclarecido de modo suficiente, es novedoso y constituye probablemente una de las líneas más interesantes en la evolución futura del Derecho extradicional comparado y, ciertamente, en la modulación de la extradición de conformidad con las exigencias del respeto a la regla del Estado de Derecho. Sólo por vía ejemplar mencionaremos algunos problemas previsibles.

Conocidamente, el problema de la coordinación de las diferentes competencias entre Estados en materia penal, es uno de los peor resueltos por el Derecho internacional. Los Estados, que afirman la suya propia —como no puede ser menos— de modo unilateral, suelen pecar siempre por carta de más que por carta de menos. La mera competencia penal de un Estado por el sólo criterio de la nacionalidad del sujeto pasivo del delito, sin ser directamente contraria al orden jurídico internacional, es calificada por muchos (todos los de tradición jurídica anglosajona) como una competencia exorbitante. Es comprensible que, en esta situación de partida, los conflictos competenciales positivos entre Estados no sean infrecuentes en la

práctica internacional. ¿Quid iuris cuando un Estado impute a otro el ejercicio de una competencia exorbitante y no conforme al Derecho internacional? En el conocido caso del *Lotus* entre Francia y Turquía, que el Tribunal Permanente de Justicia Internacional resolvió en favor de éste último Estado, la sentencia negó que el Derecho internacional impusiera a los Estados un concepto de la territorialidad de sus leyes penales tan restrictivo como Francia sostenía.

Pero no suele ser frecuente que las circunstancias favorables que se dieron en el asunto del *Lotus*, de modo que fue posible a ambos Estados acudir a un tribunal internacional para dirimir sus diferencias competenciales de modo tan amigable, se den en otros supuestos. En el caso señero de solicitud de extradición que motiva estas reflexiones, ¿es previsible una demanda de Chile contra España por el ejercicio inusual por un juez de la extradición de una competencia acaso no bien fundada? ⁶

Un segundo ejemplo, que ha tenido ya en la jurisprudencia internacional determinada incidencia es el siguiente: Dada la latitud que en la ordenación y ejercicio de sus respectivas competencias penales tienen los Estados desde el punto de vista internacional, es posible, y hasta frecuente, que aparentemente dos Estados, *A* y *B* configuren sus respectivas competencias de modo tal que en el caso concreto parece no debería haber problema alguno de armonía entre ambos ordenamientos. Y, sin embargo, miradas las cosas más de cerca, al

⁶ Después de la segunda sentencia de la Cámara de los Lores en el *asunto Pinochet* han quedado como delitos extraditables sólo los de torturas cometidos en un determinado período de tiempo, porque sólo durante él se cumple la exigencia de la doble incriminación. Es decir, porque de conformidad con la legislación interna inglesa, únicamente a partir de esa fecha determinada tales conductas están tipificadas como delitos en Inglaterra y desde entonces tienen sobre ellos jurisdicción los tribunales ingleses para castigarlos. De la lectura atenta de las normas que contiene la *Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de 10 de diciembre de 1984* se deduce que Inglaterra posee competencia preferente a la de España. La habilidad inglesa ha conseguido transformar un problema de ejercicio de la competencia penal (aquí sí que juega el principio de jurisdicción universal en la forma que la Convención lo regula), que según la citada convención debería ejercer Inglaterra y a lo que los tribunales ingleses han manifestado escasa disposición, en una cuestión de respuesta a la petición de extradición solicitada por España.

final se da el conflicto y de modo insalvable. Construyamos el caso siguiente: B reclama en extradición a A una determinada persona fundando su competencia para juzgarlo en el bien jurídico lesionado, lo que legítimamente puede hacer según sus leyes. Ahora bien, desde el punto de vista de las leyes de A resulta que el delito imputado forma parte de aquellos para los que las leyes extradicionales de A sólo reconocen la competencia del Estado reclamante si el delito por el que la extradición se solicita ha sido cometido en el territorio del Estado que reclama. Pues bien, examinadas las cosas más de cerca, resulta que en el caso concreto, esta circunstancia no se da porque el delito fue cometido en el territorio de un tercer país, que ni reclama ni tiene interés en reclamar porque la acción criminal es ajena.

La lógica jurídica parecería postular que en todos aquellos casos en los que existiendo entre Estados un tratado de extradición, y habiendo afirmado así su voluntad de cooperación, cuando uno de ellos, por motivos razonables fundados en Derecho no puede entregar, se declarara, o mejor, tuviera que declararse competente para inculpar y juzgar con el fin de evitar que el delito quedara impune. Mas, desgraciadamente, la vida del Derecho no está hecha sólo de lógica. Como tendremos ocasión de ver más tarde la máxima del *aut dedere aut punire* no tiene el alcance que algunos autores quieren darle. El Derecho internacional general no impone a los Estados el deber de castigar a todas aquellas personas que, habiendo encontrado refugio —por muy diversas razones— en su territorio, por causas legales atendibles, no puedan ser objeto de una medida de extradición en favor de aquellos Estados que las reclaman en justicia.

Ni siquiera en aquellos casos en los que el mismo ordenamiento jurídico internacional es causa de esa ineficacia de la acción penal que ejercita el Estado requirente, éste Derecho pone remedio a la impunidad que se sigue y obliga al Estado que no extradita ni va a extraditar para que sea él quien inculpe y castigue. El orden internacional no impone tal obligación en los supuestos en los que él mismo es causa de tales vacíos legales. Tal es el caso de la no extradición del nacional, aceptada hoy como norma consuetudinaria de Derecho internacional que, salvo exclusión expresa en un tratado de extradición, puede tenérsela por implícitamente incluida en él. El propio Derecho internacional exonera de la obligación de extraditar,

y, sin embargo, no impone al Estado así exonerado la obligación de castigar⁷.

Cierto es que el remedio a ese vacío legal viene, de ordinario, por la vía de la legislación interna porque, sobre todo en aquellos países europeos continentales, es criterio ordinario el de la personalidad del sujeto activo del delito. Pero que esto sea así, no empece a la afirmación anterior. Los Estados que aceptan esta regla no tienen obligación internacional alguna de configurar esa competencia subsidiaria, de modo que solucione el fallo anterior. Por lo demás, el remedio no es general, puesto que una parte muy importante de Estados, no obstante la creciente aplicación extraterritorial de sus leyes penales, siguen aferrados al criterio de la territorialidad como punto de conexión básico en la configuración de su competencia penal internacional.

2. EL PLANO DE LA LEY PENAL MATERIAL

El juego del interés-desinterés en el ejercicio de la acción de persecución penal entre el Estado requirente y el requerido es ya patente en la configuración por esos Estados de sus respectivas competencias penales internacionales, pero aparece con más fuerza en la determinación de la ley aplicable. En este plano la relación entre los sistemas jurídicos de esos dos Estados cambia, puesto que se intensifica.

Si el Estado requerido entrega es porque «se desinteresa». Si el Estado requirente solicita es porque, en principio, estima tener com-

⁷ En el caso Soering, del que trataremos más adelante, el Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre juzgó que Inglaterra no podía acceder a la petición de extradición solicitada por el gobierno norteamericano en cumplimiento de la obligación de *ius cogens* impuesta a todos los Estados parte en esta convención. El trato inhumano y degradante que aguardaba al individuo requerido si fuera entregado así lo exigía. Pero los tribunales ingleses carecían de jurisdicción según las leyes penales inglesas para castigar el doble asesinato del que se había hecho reo Soering, y la no extradición hubiera llevado a la impunidad. Por fortuna la reclamación en extradición que, concurrentemente, había formulado Alemania en virtud del principio de la personalidad activa del delito, salvó la situación. Pero preciso es reconocer que no siempre se dan esas circunstancias favorables.

petencia para juzgar y castigar los delitos por los que solicita la extradición. Si las leyes penales substantivas del Estado requerido contemplaran a esos delitos dentro del ámbito de aplicación de éstas no habría lugar a la extradición.

En el Derecho conflictual ha sido casi un dogma que *los Estados no aplican leyes penales extranjeras*, pero la doctrina y práctica han ido atenuando el rigor de este aserto. Ahora bien, si en algún ámbito del Derecho público conflictual tal axioma no ha sido nunca enteramente exacto, es precisamente en el campo de la extradición.

Para una mayor claridad, hagamos una breve referencia a la doctrina común en el Derecho internacional privado sobre el fenómeno de aplicación de la ley extranjera. En él, el sistema jurídico que retiene la competencia judicial para decidir sobre un determinado asunto litigioso, posee ciertamente un interés público importante; de ahí su competencia judicial. Pero su interés no es tan fuerte como para postular la aplicación de sus propias leyes substantivas, y por eso la aplicación de la ley extranjera como ley de fondo. En otras materias el interés público es tan directo que competencia judicial y competencia legislativa se superponen hasta casi coincidir. Tal es el caso de las leyes penales.

Pues bien, el supuesto de la extradición, al establecer esa relación dual y recíproca entre dos sistemas penales distintos, se sitúa a medio camino entre las dos posiciones a las que hemos aludido.

La imbricación de un sistema jurídico en otro se manifiesta claramente en dos problemas clásicos del Derecho extradicional; a saber, en la regla de la *doble incriminación* y en la de *la de la especialidad*. Por la primera el Estado requirente sólo puede reclamar con éxito la entrega de un presunto delincuente cuando en el sistema del Estado requerido las conductas presuntamente delictivas imputadas al extraditatus sean también constitutivas de delito, con una cierta gravedad. Por la segunda el Estado que recibe en extradición se compromete a no incriminar y castigar a la persona extraditada por otro delito distinto a aquel o aquellos por los que la extradición fue otorgada.

Menos conocida es la regla de la *lex mitior* que sin haber alcanzado el rango de regla general del Derecho internacional de la extradición,

en algunos Derechos, como es el caso del Derecho extradicional suizo, tiene una gran importancia. En el conocido asunto de la fantasmagórica extradición del «Caso Roldán», hubiera podido tener un papel relevante, si el pretendido acuerdo de extradición hubiera sido algo más que una burda simulación.

En esas mismas cuestiones que acabamos de mencionar, dentro de sus perfiles más conocidos, hay problemas que la práctica, más que la teoría, ha ido detectando. Así p. ej. más allá de una consideración meramente nominalista, un examen pormenorizado de la exigencia de la doble incriminación por el juez anglosajón, ha descubierto que en la imputación del delito de perjurio —no obstante la identidad del nombre— hay dos realidades distintas y, por lo tanto no existe doble incriminación. Perjurio en el Derecho inglés o norteamericano no es cualquier juramento en falso, sino el realizado, bajo juramento en un procedimiento judicial. Algo semejante ocurre con la prueba de los indicios racionales de culpabilidad, en la conocida «probable cause» o en el «committal for trial». El nivel de prueba que exige el juez inglés o norteamericano para colocar a alguien en prisión preventiva «con vistas a una extradición», no es la mera petición del Estado continental europeo, regularmente formulada, para que sea la persona reclamada objeto de esa medida, como tampoco es que la prueba aducida sea la que el juez anglosajón exige para condenar en juicio. Es la que éste necesita para, limitar a alguien en su derecho fundamental, privándole de libertad mediante auto de prisión provisional. En la prueba por testigos, el juez anglosajón rechazará siempre la del *hersay*, esto es, aquella que no se funde en el testimonio de los testigos directos que contemplaron la comisión de los actos delictivos.

Fuera de estos supuestos clásicos hay otros que aquí apenas podemos hacer otra cosa que mencionarlos: El de la denominada regla del *male captus bene detentus* y los numerosos a los que dan lugar la irrupción de las garantías constitucionales en el Derecho de la extradición.

Sobre la regla del *male captus* podemos decir con la mayor brevedad posible que, formulada en sus términos más crudos, tiene un componente, difícil de pasar. ¿Cómo aceptar que un tribunal pueda desentenderse de los procedimientos utilizados para entrar en posesión de la persona reclamada, cualesquiera que estos hayan sido,

con tal de que las garantías constitucionales y legales hayan sido estrictamente respetadas, desde el momento en que el capturado fue puesto a disposición del tribunal que legalmente lo reclamaba? Esta doctrina no es sostenible en aquellos sistemas jurídicos que hayan incorporado a las reglas y principios del Derecho internacional como elemento integrante de sus propio sistema jurídico. La mayor parte de los secuestros, eludiendo los procedimientos regulares de extradición entre Estados, se realizan sin el respeto a esas normas internacionales.

Pero en el otro sentido, no es congruente el argumento contrario de que toda entrega realizada fuera y al margen del tratado de extradición vigente entre dos Estados sea en sí misma irregular y constitutiva de un «fraude de ley». ¿Dónde y en qué podría fundarse tal pretendido fraude? Tal doctrina sólo puede proceder de una deficiente comprensión de lo que es y no es el tratado de extradición. Sólo habrá fraude en realidad cuando, por el modo en el que se haya realizado dicha entrega, se deduce que había una intencionalidad torticera de incumplir los términos precisos del tratado. Por ej.: El tratado prohibía la extradición por delitos políticos y para eludir tal prohibición el Estado requerido procede por la vía de la expulsión de extranjeros.

Cuando los Estados conciertan tratados de extradición, lo hacen con el fin de garantizarse recíprocamente un determinado deber de cooperación en la represión internacional de los delitos, pero no con el propósito de «atarse de pies y manos» respecto de cualquier otra forma de colaboración, fuera de los términos de ese tratado, siempre que estén admitidos en el Derecho internacional y sus respectivos Derechos internos.

En lo que respecta a las exigencias constitucionales, podemos decir que hay aquí campos todavía relativamente inexplorados que constituyen otras tantas líneas de desarrollo del Derecho de la extradición, en buena parte motivadas por la idea moderna de la aplicación inmediata de las reglas constitucionales. Relevancia del Derecho constitucional, entendiendo a éste en sentido amplio, puesto que hay reglas con valor y alcance constitucional aunque formalmente éstas no sean normas constitucionales. Tal es el caso para Francia, según la jurisprudencia del Conseil d'État francés para el principio del *nullum crimen nulla poena sine lege*.

Una muy importante es en el Derecho jurisprudencial constitucional norteamericano la exigencia de un tratado previo de extradición con el Estado que solicita la extradición, lo que, curiosamente, no es obstáculo a la que las autoridades soliciten la extradición de Estados extranjeros, en esos casos, a pesar de que ellas no pueden prometer la reciprocidad. Esta exigencia de tratado previo tiene mucho que ver con la organización y distribución de los poderes constitucionales en los órganos federales, especialmente de las funciones presidenciales, como después veremos.

Notoria es la importancia e incidencia de la prohibición constitucional de la pena de muerte. Constituye ésta un núcleo duro del orden público constitucional que impide cualquiera colaboración, entre los Estados abolicionistas y los no abolicionistas en materia de extradición. En un primer momento, en la jurisprudencia constitucional alemana fue entendida tal prohibición con un efecto estrictamente territorial que reducía su aplicación al ámbito jurisdiccional de los poderes públicos alemanes. Corregida esta noción, hoy se entiende como una prohibición de valor absoluto que impide en el país abolicionista toda colaboración con la jurisdicción penal del país extranjero que ha mantenido la pena capital en su sistema.

Finalmente, el Derecho constitucional puede ser relevante para el Derecho extradicional ordinario en las limitaciones que la constitución imponga al poder exterior del Estado en la conclusión de tratados de extradición o al Parlamento en la elaboración de las leyes relativas a la extradición activa y pasiva.

Tal es el caso del art. 13, 2 de nuestra Constitución. Cuando excluye de la extradición a los delitos políticos, no sólo prohíbe la entrega como contraria a la Constitución. A la vez está prohibiendo la conclusión de tratados o, simplemente, la aplicación de alguno preconstitucional en el que se prevea como posible dicha extradición. En la expresión «sólo se concederá...» hay una limitación en dirección del ejecutivo y judicial, prohibiendo las denominadas extradiciones gubernativas, con lo que introduce un principio de legalidad en todos los procedimientos de extradición, no sólo en la extradición pasiva, por un efecto de rebote de la exigencia constitucional del «*principio de reciprocidad*». Probablemente, bien que por vía indirecta, haya quedado constitucionalmente prohibida también la práctica del acuerdo implícito a través de la reciprocidad.

III. RELEVANCIA CRECIENTE EN LA EXTRADICIÓN DE LAS NORMAS JURÍDICO-INTERNACIONALES

A efectos de mayor claridad, comencemos con unas cuantas afirmaciones elementales: El Derecho internacional general no impone a los Estados obligación alguna en materia de extradición. Si una tal obligación existe, ésta ha sido establecida por tratado, expreso o tácito (práctica de reciprocidad). Sigue siendo una materia dominada —y ello es bien significativo— por el tratado bilateral. Los acuerdos internacionales de carácter multilateral son en el Derecho internacional moderno relativamente infrecuentes. En consecuencia, el Derecho internacional no impone a los Estados modo alguno o límite en la manifestación de la voluntad de cada Estado para quedar obligado por medio de tratado, pero como una creciente exigencia del Estado de Derecho, hay en el Derecho constitucional comparado una tendencia a incluir en el procedimiento interno de formación de la voluntad orgánica de esos Estados, la participación de los respectivos parlamentos, asociando así a éstos a la tradicional competencia del Poder ejecutivo.

Por lo tanto, el Derecho internacional general no contiene regla alguna consuetudinaria que obligue a los Estados a extraditar fuera de tratado. La máxima grociana del *aut dedere aut punire* no ha tenido nunca el carácter de norma consuetudinaria y menos de carácter obligatorio, como algunos autores lo han afirmado. Esta máxima de la que Grocio se ocupó al tratar de los supuestos de responsabilidad internacional en la que los Estados podrían incurrir, fue formulada en virtud de una particular idea de la responsabilidad colectiva, recibida de la antigüedad y que estuvo pronto en contradicción con la idea de soberanía del Estado moderno, ha constituido la base de la sociedad internacional y de su Derecho.⁸

⁸ Una breve explicación para aclarar lo ahora dicho y que, en otro contexto necesitaría precisiones más matizadas. La máxima grociana sólo es inteligible si se la conecta con la idea de la responsabilidad, según el Derecho de gentes, tal y como entonces una y otro eran concebidos. Cuando el Príncipe y la República se negaban a entregar al delincuente que, habiendo cometido un delito mayor en otro reino se refugiaba en éste, estaban en la obligación de castigarlo. De otro modo incurrían en responsabilidad, porque de otro modo, en virtud de la teoría del *receptus*, república y príncipe quedaban contaminados. Por eso la

Ahora bien, la inexistencia de una tal norma general que imponga la obligación de extraditar no hace por eso más verdadera la afirmación contraria. En otros términos, la voluntad de cooperación entre Estados para la represión internacional del delito es perfectamente congruente con los principios del Derecho internacional y los Estados actúan en conformidad con ellos cuando conciertan acuerdos en los que estipulan esa obligación.

Si tal es la situación del orden jurídico internacional respecto de los sistemas jurídicos internos estatales en lo que de un modo sólo aproximativo podríamos denominar como configuración por éstos de sus respectivas leyes materiales, mayor es aún la libertad de los Estados en lo que respecta a la asunción por éstos de un principio obligatorio en el ejercicio de la denominada jurisdicción universal. Las reglas internacionales, tanto consuetudinarias como convencionales, que configuran dicha jurisdicción han sido siempre entendidas como reglas permisivas, habilitantes, pero nunca como impositivas o de *ius cogens* de modo

deditio in noxa (la *noxae aliquem dedere* del Digesto) fue el modo ordinario de eludir esa responsabilidad.

No acierta en esto un autor, por lo demás tan bien informado como fue E. Gómez Orbaneja, cuando afirma: «Si el Estado niega la entrega (en extradición, se entiende) del nacional (no tiene por qué ser necesariamente nacional del Estado requerido, añadimos nosotros) a la Autoridad extranjera, la contrapartida necesaria es la penalidad y perseguibilidad del nacional por los delitos graves cometidos en el extranjero» (Vid. E. Gómez Orbaneja, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Vol. I, Barcelona, 1947 p. 96). Tal contrapartida no se da ni en el Derecho español ni en los Derechos extranjeros en general, en términos absolutos. Menos acierta todavía este autor cuando, en defensa de su tesis sobre que la extradición pertenece al Derecho procesal penal, sostiene que «no sólo porque exige una actividad una actividad procesal especial ... sino porque es justamente su obtención (la del inculcado reclamado en extradición) lo que hace posible la prosecución del proceso, en cuanto que el juicio no puede celebrarse sin la presencia del inculcado» loc. cit. (El subrayado es nuestro). Esa presencia es, ciertamente necesaria en el Derecho español, pero no en otros sistemas jurídicos. La Jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre ha intervenido en repetidas ocasiones para corregir los excesos que en determinadas legislaciones son posibles por sentencias condenatorias en juicios penales pronunciados en rebeldía, que en esos sistemas penales son perfectamente admisibles.

La afirmación contenida en algún que otro manual del *dedere aut punire* (¡nada menos que como norma de *ius cogens* en el Derecho internacional!) reside en una fantástica confusión de estos conceptos elementales.

que los Estados estuvieran obligados al ejercicio de esa jurisdicción universal fuera de la estricta obligación que no hubiera sido previamente aceptada o consentida. Allí donde por convención los Estados han asumido el ejercicio de esa jurisdicción, la han aceptado en los términos, casi siempre muy restrictivos, en los que el acuerdo internacional la configura. Cuando la Cámara de los Loes en su segunda sentencia redujo considerablemente el círculo de los delitos extraditables, según la ley inglesa, es evidente que está manejando una noción de jurisdicción universal muy diferente a la que el Juez de instrucción español utilizó en la redacción de su petición de extradición. De otro modo dicha restricción acerca de la extraditabilidad de los delitos presuntamente cometidos por el General chileno no habría sido tolerable ⁹.

⁹ La regla de la jurisdicción universal suele ser bastante mal comprendida, y de ahí la defectuosa concepción de la aludida máxima del *aut dedere aut punire* que criticamos. Durante el período del Derecho intermedio, y en virtud de la influencia del Derecho romano (Vid. Wiacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2.^a edic. pág. 31 y ss.), se aceptó como norma general la del C 3.15,2,2.) en lucha contra el principio de la personalidad de la ley, tan arraigado en los Derechos germánicos; esto es, la de la competencia legislativa y judicial del lugar de la comisión del delito. Aplicable así fue tanto la ley penal material como la ley procesal del *judex loci delicti*. En el conglomerado de reinos por vía de unión personal, que en eso consistió la amalgama de los que gobernaron nuestros Austrias, esto era así. Y así nos lo dice un juez español de larga experiencia como magistrado en el Reino de Nápoles: «*Reus ad iudicem loci delicti remittendus est a iudice originis, aut domicilii requisitis, non solum ex urbanitate, sed etiam ex necessitate*». Vid. Carlevalli, *De Iudicis. De Foro Competenti... etc.* Lugduni, 1668.

Ahora bien, sobre esa regla de reconocimiento tan general, aparece la necesidad de castigo del pirata, aprehendido por un buque de la armada de alguno de los incipientes Estados modernos europeos; esta captura era, en la concepción general de todos los países, la aprehensión de un malhechor, un *hostes humani generi*, que todos los Estados tenían interés en perseguir, cualquiera que fuese el origen de ese «ladrón de mar», puesto que carecía, mejor aún, no podía poseer, un pabellón regular marítimo. Fue así como, mediante la aplicación de las leyes materiales, y como excepción a la regla del lugar de la comisión, el juez del Estado captor adquirió jurisdicción en tanto que *judex deprehensionis*. Esta regla internacional, indiscutiblemente internacional consuetudinaria, ha sido extendida a otros casos por vía convencional. Pero siempre que exista tal base contractual y siempre en los límites en los que la convención correspondiente la haya configurado.

La idea de que en virtud de la regla de jurisdicción universal un juez nacional, «haciéndose armar caballero andante» se eche por esos mundos de Dios, lanza en ristre a desfacen entuertos y administrar justicia *urbi et orbi*, no

Por esta razón en el Derecho internacional histórico hay ejemplos en los que por un acuerdo especial de cooperación, y no digamos por un lazo societario más fuerte como puede ser la estructura confederal o federal, las soluciones clásicas del Derecho interrelacional de la extradición, instrumentada a través de tratados, cede el paso en favor de nuevas formas superadoras de esa mera coordinación. Así sucedió en el caso de la *Zollverein*, y de una manera más clara en el paso de las confederaciones a los Estados federales: Los asuntos relativos a la extradición dejan de ser de competencia de los Estados miembros, integrados en la unión, y pasan a serlo de los órganos federales, tanto del Poder ejecutivo federal como de los órganos judiciales federales, y de modo especial de las Supremas Cortes federales. Pierde sentido la cláusula de reserva en la calificación unilateral de «delito político» para que un Estado miembro (por amplia que sea su competencia particular en material penal, tal como ocurre en el Derecho norteamericano) deje de cumplir con su obligación de prestar ayuda a los demás en el ejercicio de su respectiva jurisdicción penal, la denominada *Interstate rendition*.

En esta perspectiva cabe presumir que en materia extradicional en un futuro próximo se producirán notables mutaciones en el Derecho extradicional español en dos líneas que están ya abiertas: La del sistema protector de la Convención Europea de los Derechos del Hombre y la del fenómeno de integración europea, sobre todo a partir de los Tratados de Maastricht y Amsterdam con el establecimiento de la Unión Europea.

Respecto del primer caso, y a pesar de que el Convenio Europeo de Extradición de 13 de Noviembre de 1957 no ha sido colocado bajo la competencia de los órganos internacionales creados por el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades fundamentales, de Roma de 1950, vale como referencia paradigmática el conocido caso *Soering*.

En este supuesto el Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre interpretó que Inglaterra estaba obligada a no acceder a la peti-

se corresponde ni con los datos históricos, ni con las realidades internacionales presentes, ni con el sentido común. El título competencial de las leyes internas que reconocen esa jurisdicción no puede ser interpretado de esa manera.

ción de extradición solicitada respecto de Soering por las autoridades norteamericanas, petición y obligación que estaban, por lo demás, perfectamente fundadas en el convenio de extradición vigente entre ambos Estados. Reo el reclamado de dos delitos de asesinato, le amenazaba, ciertamente, una condena capital en los tribunales norteamericanos, y, para tratar de eludirla, el inculpado, que con toda seguridad sería condenado a muerte, ejercitaría toda una serie de recursos cuya tramitación, durando ocho o diez años, le colocaban en «el pasillo de la muerte». Tal conducta en opinión del Tribunal Europeo era contraria a la prohibición absoluta del art. 3 del Convenio que prohíbe «la tortura o penas o tratamientos inhumanos o degradantes». Es decir, la apreciación de una regla de *ius cogens* llevaba a la modificación de las obligaciones estipuladas por un Estado parte en la Convención, aunque ésta hubiera sido contraída respecto de terceros Estados.

Para la segunda línea de evolución, la integración política de los países europeos, conseguida a través de los mecanismos económicos, está señalando un rumbo del mayor interés.

El Convenio Europeo relativo a la Extradición entre los Estados Miembros de la Unión Europea de Dublín de 27 de Septiembre de 1996, establecido sobre la base del art. K.3 del Tratado de la Unión Europea es un punto de inflexión en las soluciones tradicionales en esta clase de tratados. Completa a otros tratados europeos y de modo especial al mencionado Convenio Europeo de Extradición de 1957.

¿Sobre qué argumentos puede fundarse la afirmación que acabamos de hacer? Una contestación pormenorizada a esta cuestión exigiría un espacio del que aquí no disponemos, pero reduciéndonos a lo estrictamente indispensable, me fijaré en la disposición del art. 5 relativo a los delitos políticos del Convenio Europeo de 1996. La noción de delito político en él recogida es una noción amplia, no solamente referida al delito político en sentido estricto, sino al delito común conexo con un delito político o al común de intencionalidad política y, posiblemente, aunque el texto nada dice, al delito común cuya extradición se solicite con clara intencionalidad política.

Pues bien, el texto del citado artículo comienza diciendo que «a efectos de la aplicación del presente Convenio, el Estado miembro

requerido no concederá a ningún delito la consideración de delito político...» En términos de técnica jurídica esto significa que la facultad tradicional, reconocida por una norma general del Derecho internacional consuetudinario, según la cual el Estado requerido en extradición podía calificar unilateralmente al delito objeto de la petición de «delito político» y con ello eludir la obligación de extraditar, no está a disposición del Estado europeo, miembro de la Unión, que sea parte en el mencionado Convenio. Bien es verdad que en la notificación a la que alude el art. 18, 2, el Estado ratificante o adherente, puede restringir el alcance de esa limitación a la facultad de calificación unilateral a sólo los delitos de terrorismo. Pero aunque sea así, limitación importante porque la práctica internacional indica que entre Estados europeos esa ha sido la tendencia: la de calificar de políticos los delitos cometidos por una banda terrorista.

En esos términos se suscitó exactamente el conflicto entre España y Bélgica cuando reclamados por el Gobierno español dos españoles vascos en aplicación del tratado de extradición, los tribunales belgas y el Gobierno belga calificaron de «políticos» los delitos imputados. Calificación técnicamente inaceptable entre Estados vinculados por un *animus societatis* (Consejo de Europa, Unión Europea) que hace inadmisibles la elusión de esa obligación internacional de cooperar mediante la alegación de una facultad de calificación unilateral que sólo tiene sentido entre Estados que se encuentran todavía en un plano meramente relacional. Interesante hubiera sido que nuestras autoridades nacionales hubiesen demandado a Bélgica, ya que no ante instancias judiciales europeas, ante el Tribunal Internacional de Justicia (TIJ) en La Haya en virtud del Tratado que vincula a ambos Estados en la solución pacífica de diferencias internacionales. De haberse llegado a una decisión, hubiera sido ésta un buen complemento y profundización de la doctrina sentada por el TIJ en el conocido caso de *Haya de la Torre*.

El argumento de que, del lado belga se trataba no de una decisión del Gobierno, sino de los tribunales es inadmisibles. Desde el punto de vista del orden jurídico internacional tan acto de soberanía estatal o acto justiciable, si a ello hubiere lugar, es la decisión de un gobierno como la sentencia judicial de cualquiera de los tribunales nacionales, cuando no sean conformes a reglas o principios jurídico-internacionales.

IV. LA RELEVANCIA DEL DERECHO INTERNO ESTATAL RELATIVO A LA EXTRADICIÓN. SU ARTICULACIÓN CON LAS REGLAS INTERNACIONALES APLICABLES

El Derecho particular interno de cada Estado juega un papel eminente en la configuración de la extradición. La explicación de este hecho reside en dos circunstancias, la una porque cuantitativamente las normas internas son mucho más que las pocas internacionales existentes; la otra porque —si como quedó ya dicho— el Derecho internacional general no impone a los Estados obligación alguna de extraditar, con mayor razón no puede obligarles a configurar la extradición de un modo determinado.

Hay, pues, desde la perspectiva del Derecho internacional, una gran libertad en los Estados para configurar procesal y materialmente los mecanismos extradicionales, tanto en la extradición activa como en la pasiva, del modo que crean más conveniente. Históricamente los sistemas han ido desde la denominada extradición gubernativa, y administrativa después, hasta la denominada judicial. Estas dos posiciones básicas, que como más tarde veremos, tienen valor más bien indicativo que descriptivo de una realidad compleja, están referidas básicamente a la extradición pasiva, que es la que ha implicado e implica más profundamente a los distintos ordenamientos y poderes de los Estados.

La latitud que el orden jurídico internacional concede a los Estados se refleja, muy en primer lugar en la elección de los dos procedimientos aludidos y acepta que el procedimiento interno global contenga una combinación de ambos elementos gubernativos o administrativos y judiciales o coloque indistintamente el uno delante del otro.

Pero eso sí, sobre esa reglamentación meramente interna, que puede tener diverso rango normativo, se superponen prevaleciendo las normas estipuladas por los Estados en los respectivos tratados internacionales y, curiosamente, reconociéndoles siempre sobre el respectivo Derecho interno, valor de norma de preferente aplicación, cualquiera que sea la concepción (dualista o monista) de ese sistema jurídico. Se suscita así un problema de relación entre el tratado internacional y la ley interna de cada Estado contratante que reproduce en parte los esquemas conocidos en el Derecho internacional y

constitucional interno de los Estados cuando se estudian las relaciones entre el tratado y la ley. Pero sólo en parte, porque algunas veces se suscitan en ella problemas interesantes, particulares de esta clase de tratados, que tampoco aquí tenemos posibilidad de tratar en detalle.

Pero si abandonamos estas posiciones de principio, que siguen siendo orientadoras en una adecuada comprensión del fenómeno extradicional, podemos pasar a la presentación de una visión evolutiva histórica que nos da los datos más seguros de la noción de la extradición en el Derecho penal internacional actual.

1. LA EXTRADICIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL HASTA EL CONSTITUCIONALISMO MODERNO

Después de la fractura del espacio jurídico europeo con la aparición de los Estados modernos, el *ius puniendi* fue reclamado por las soberanías de las monarquías absolutas como una manifestación esencial de ese poder. Hay datos que permiten sospechar que hasta que no se produce esta concentración de poder siguió perviviendo la vieja *remissio reorum* por la que el juez competente, según el lugar de la comisión del delito, solicitaba la entrega del delincuente al juez del lugar de la residencia y refugio del inculpado. Pero dicha concentración del poder, que en los defensores de los poderes absolutos del monarca era considerado como una regalía inherente a los poderes de la Corona, se fue transformando en un asunto de Estado; como de Estado era también la conclusión de los tratados internacionales que instrumentaban esos mecanismos de entrega recíproca. Dicho está que, consecuentemente, la ejecución interna de los actos necesarios al cumplimiento de las obligaciones estipuladas en esos tratados eran actos meramente gubernativos ¹⁰.

¹⁰ Después que la Francia revolucionaria se hubo declarado incompetente para juzgar los delitos cometidos por los extranjeros en el extranjero (art. 13 del *Code de brumario del Año IV*), durante algún tiempo esos extranjeros fueron simplemente objeto de una medida de expulsión una vez que habían sido encontrados culpables. Los tribunales correccionales les imponían la pena de salida del territorio francés.

Para los pocos casos en que era posible que un francés, residente en Francia, fuera extraditado, el Decreto Imperial de 23 de Octubre de 1813 reservó a

Pero la influencia de las garantías constitucionales, tanto en lo que respecta al principio de división de poderes como en lo que se refiere a la protección de los derechos fundamentales, aunque de modo tardío, no dejaron de tener efecto en la lenta modificación de las posiciones básicas de principio en materia de extradición. La prisión preventiva con vistas a la posible extradición deja de ser una prisión meramente gubernativa para transformarse en prisión decretada por juez y en función de lo previamente establecido en ley ¹¹.

2. LA FASE LEGISLATIVA EN LA REGULACIÓN INTERNA DE LA EXTRADICIÓN

Puesto que no todos los Estados evolucionan según las mismas líneas y ritmos en sus instituciones internas, la entrada en esta fase se ha dado en ellos en fechas muy diferentes, pero si hay notorias

la competencia exclusiva del Emperador la decisión sobre las demandas de extradición relativas a franceses. (Primera manifestación de la regla de la no extradición del nacional).

¹¹ Hay un asunto en la práctica internacional española que ilustra excelentemente sobre la concatenación y confluencia de estas ideas. Es el Caso «Jaime Bella», para el que me remito a mi libro de *Casos Prácticos de Derecho Internacional Público*, Madrid, 1997. El vacío legal creado, lo fue como consecuencia de que España comenzaba a practicar (por reacción al trato recibido por Francia en los numerosos casos de extradición) la regla de la no extradición del nacional. Bella, que se encontraba en situación de prisión gubernativa en las cárceles de Barcelona por orden del Ministro de Estado, con vistas a una posible extradición a Rusia, que lo reclamaba, comenzó a alegar frente al gobierno las garantías en el respeto de las libertades fundamentales consagradas por la constitución de 1868. Consecuentemente, a tachar de delito la detención que estaba sufriendo. Pero lo curioso es que, en respeto de las mismas garantías, y sobre todo en la del juez establecido por ley, no era posible encontrar en España un juez que pudiera afirmar en ese caso su competencia. Todos carecían de competencia territorial, puesto que el delito no había sido cometido en el territorio de su distrito. Fue entonces como los Consejeros de Estado que, cuando el asunto pasó a informe suyo, tenían entre manos para informe el proyecto de la Ley Orgánica del Poder Judicial, incluyeron las normas competenciales en materia de competencia penal que en ella figuraban y hoy figuran en la nueva.

Explicación histórica, aunque coyuntural de un hecho un tanto extraño. Las normas de competencia internacional penal suelen estar en los códigos de pro-

coincidencias entre ellos en el paralelismo que se percibe en esa evolución. El paso al constitucionalismo tuvo en todos ellos la consecuencia de elevar al rango de norma legal las prácticas existentes, cualesquiera que pudiera ser su naturaleza, en el Derecho interno respectivo en materia de extradición.

El primero de todos fue Bélgica con su célebre ley de 1837 sobre la extradición, profundamente inspirada, al igual que su constitución, por las ideas liberales de la época, fomentadoras y protectoras de las libertades fundamentales del hombre. Dicha ley se inspiró también en la necesidad de ordenar y limitar el ámbito competencial del Poder ejecutivo; esto es, el del Rey y el de su gobierno, en la conclusión de acuerdos de extradición con otros Estados. Fue esa ley la que llevó por primera vez al Derecho europeo comparado la regla de la no extradición del delito político.

Ese salto cualitativo, que en muchos aspectos significó otorgar rango de ley a normas o prácticas administrativa que venían siendo tomadas ya en cuenta en los denominados procedimientos gubernativos de extradición, dio una nueva dimensión a esta institución. Porque hacer de esta materia una cuestión de hecho, aunque no lo fuera formalmente de reserva de ley, significaba introducir una mutación competencial muy importante en los órganos internos que tradicionalmente habían gestionado en los Estados los asuntos de extradición¹². La exigencia de ley imponía una fuerte participación del parlamento en el procedimiento de conclusión de los acuerdos internacionales de extradición; imponía igualmente una importante participación de los órganos judiciales en el procedimiento extradicional interno. Con ello se inició en el Derecho comparado de la extradición una nueva etapa. Es la que Donnedieu de Vabres denominó en su día «*la phase législative du droit de l'extradition*».

cedimiento o, en su caso, en los códigos penales, no en una ley ordenadora de la carrera y función judicial.

¹² Esta regla puede concretarse en estos términos: «*In the absence of a treaty or an act of Congress authorizing it, the President has no authority to cause the arrest and extradition to another country of an alleged criminal found within the jurisdiction on the United States*» en Moore, *A Digest of International Law*, vol. IV, p. 252, que las recoge de la correspondencia diplomática de Mr. Gresham, antiguo Secretario de Estado.

Respondiendo a estas exigencias de garantías en los derechos fundamentales y de ordenación de competencias internas, aunque en virtud de procedimientos e instrumentos jurídicos diferentes, de modo curioso fue también en esta época cuando se establece en el Derecho norteamericano la doctrina constitucional de que no puede haber extradición pasiva sin tratado internacional previo que le sirva de base. No teniendo este país la vieja tradición monárquica absolutista de las soberanías europeas, no podía funcionar en él la aguda apreciación que, sobre todo referida a Francia, había hecho Alexis de Tocqueville, según la cual los poderes de los monarcas absolutos, pasaron en la constitución republicana a quien encarnaba el Poder Ejecutivo. El ejercicio de esas funciones en el caso *Argüelles* por el Presidente y ejecutivo federal de los Estados Unidos de Norteamérica a imitación de lo que hicieran los ejecutivos de los Estados europeos o iberoamericanos repugnaba a la conciencia jurídica de este país ¹³.

El antecedente de la aludida ley belga de 1837 tuvo una continuidad y escuela en todo un elenco de leyes de extradición en otros Estados, de entre las cuales merece mención especial la Extradition Act inglesa de 1870. La mención se justifica porque esa ley marcó y sigue marcando como ninguna otra la exigencia, desde el punto de vista constitucional interno de un país, de delimitar con la mayor claridad posible el marco en el que deben moverse los distintos tratados internacionales de extradición que un país soberano pueda gestionar con soberanías extranjeras. De rechazo, y como consecuencia necesaria, la conveniencia de delimitar el ámbito competencial de los poderes internos de un Estado directamente implicados en el procedimiento extradición y el margen de libertad de que goza y debe gozar el que en ese Estado tenga la competencia sobre el Poder exterior.

Por esta razón ha afirmado, en frase lapidaria, uno de los Lores Magistrados en la reciente sentencia de la Cámara de los Lores en el asunto Pinochet: «*The power to extradite from the United Kingdom for an «extradition crime» is now contained in the Extradition Act of*

¹³ En el *Caso Argüelles* se trató de la entrega en 1864 de ese oficial del ejército español, que había huido de La Habana y se había refugiado en territorio norteamericano. La orden de expulsión y de entrega a un agente del Capital General de Cuba, que le condujo a la Isla, fue tan sumaria que no dio al inculgado oportunidad alguna de obtener un *writ de habeas corpus*.

1989»¹⁴. En la ley inglesa de extradición y no en el tratado. Frase que habrá resultado incomprensible para más de un jurista español.

La idea de que nuestra Ley 4/1985 de 21 de marzo, de Extradición Pasiva, pueda constituir un mandato al Poder ejecutivo español para que los tratados de extradición que España concluya deban ajustarse al marco definido por ella es tan extraña a nuestro pensamiento, que a ninguno de nuestros especialistas se le ha podido pasar por la cabeza que una ley pueda tener este propósito. En consecuencia y hasta donde llega mi información, a ningún parlamentario español se le ha ocurrido la «peregrina» idea de comprobar —a la hora de prestar el consentimiento del Parlamento requerido por el art. 94.1 CE a efectos de ratificación—, si el proyectado Estado de extradición se ajusta o no a las exigencias de la ley española de extradición pasiva (?). La simple lectura de su texto muestra bien que quien más ajeno estaba a esta idea era el propio legislador. Hasta donde llega mi información, a ningún magistrado español competente en cuestiones de esta especialidad, se le ocurriría hacer una afirmación semejante a la del Lord inglés.

Pues bien, entre los objetivos que en Inglaterra tenía la promulgación de una ley en esas condiciones, era el de fijar los delitos susceptibles de extradición, y por lo tanto, objeto posible de negociación por la Corona en los distintos tratados internacionales.

Ese *common law*, tan singular desde nuestras concepciones, tiene como una de sus características más acusadas la resistencia a cooperar con otras soberanías en la represión de los delitos; por eso se ha podido afirmar que el *common law* es opuesto a la noción misma de la extradición. A esto le lleva la concepción estrictamente territorialista que este Derecho tiene de la competencia penal¹⁵. Los tribuna-

¹⁴ House of Lords. Publications on the Internet, Judgments. *Judgment-Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and others ex Parte Pinochet on 24 March 1999*.

¹⁵ Estos pueden concretarse así: a) Nadie puede ser privado de libertad salvo que haya cometido un delito según las leyes inglesas. b) Esta libertad está protegida por el recurso de *habeas corpus*. c) Atendida a la territorialidad de la ley penal inglesa un delito cometido fuera de Inglaterra no es necesariamente delito para el Derecho inglés. d) En consecuencia, toda persona detenida con vistas a su extradición puede defenderse mediante el ejercicio del recurso de *habeas corpus*.

les de common law estimaron tradicionalmente que ellos no eran competentes para juzgar delitos cometidos en el extranjero y, consecuentemente, tampoco lo eran para adoptar medidas de coerción en Inglaterra, en relación con los fugitivos que se refugiaban en territorio inglés a causa de delitos cometidos en el extranjero.

A esta concepción se le superpone otra, que es un principio básico en el Derecho inglés, y según la cual el poder ejecutivo en Inglaterra no puede nunca limitar la libertad individual en ausencia de una autorización parlamentaria previa. Esto es, si tal medida restrictiva carece de base legal. Y, entiéndase bien, base legal aquí es según ley aprobada por el Parlamento.

Finalmente, en Inglaterra ha sido siempre reconocida como facultad (privilegio) de la Corona la conclusión de tratados internacionales con Potencias extranjeras, pero eso sí, la eficacia interna de tales acuerdos sólo está garantizada en la medida en que ellos hayan sido previa o consecuentemente aprobados por el Parlamento.

Ahora bien, si ponemos en línea esta serie de observaciones, fluye como consecuencia la afirmación que establecíamos al principio de esta argumentación.

En el Derecho continental, en general, la relación entre ley y Poder ejecutivo, lo que en parte es afirmarla también entre ley y tratado, ha sido un tanto diferente. Como contraste podemos tomar en consideración el modelo francés, con una cierta mesura, porque no siempre las soluciones de los demás países continentales lo han seguido servilmente.

La ley francesa de extradición pasiva, de 1927, en buena parte inspirada por Donnedieu de Vabres, respondía a otras preocupaciones. Fin primordial de ésta fue la transformación de la naturaleza del viejo derecho regaliano, que la Revolución había heredado de la Monarquía absoluta y que lo había mutado en un acto de administración (*acte de haute administration*) no controlado ni controlable¹⁶. La intención y resultado fue de hacerlo parcialmente acto judicial en la forma que veremos enseguida. Para ello era necesario una base legal, que era la

¹⁶ Veamos lo que afirmaban ilustres profesores de Derecho internacional Público de la Universidad de París en 1914:

que estaba prestando la ley de mencionada. La consecuencia más palpable e inmediata fue hacer perder al Poder ejecutivo la competencia exclusiva en la gestión interna de los acuerdos de extradición, que él sólo, sin participación de la Asamblea había negociado y concluido.

3. COMBINACIÓN DE LA COMPETENCIA GUBERNATIVA Y JUDICIAL EN EL PROCEDIMIENTO INTERNO DE LA EXTRADICIÓN. SISTEMA MIXTO

Se puede hablar con propiedad de sistema gubernativo, no de sistema judicial de la extradición porque sistemas judiciales puros no existen. Pocos Estados modernos habrá que sigan manteniendo en su procedimiento interno de extradición pasiva el sistema gubernativo o administrativo; la gran mayoría combinan la fase gubernativa con la judicial. Unos anteponen la primera a la segunda, otros la segunda a la primera, y tal disposición no es indiferente, de modo que hoy se puede afirmar que sólo es conforme con la idea del Estado Derecho la anteposición de la fase judicial a la gubernativa porque sólo ella garantiza el principio de legalidad en aquellas cuestiones que, determinadas por la ley, deben ser tratadas como estrictamente judiciales. Pero eso sí, agotada la fase judicial, en todos los sistemas democráticos, interviene y muy activamente la el gobierno en su juicio de oportunidad política ¹⁷.

Fijémonos ahora brevemente en la fase judicial. Dos tradiciones marcan diferencias en el sistema interno de extradición; las dos igualmente respetables.

«Quelques personnes souhaitent que les demandes d'extradition soient placées dans les attributions des autorités judiciaires. Leur opinion est dangereuse; elle permette au pouvoir judiciaire de s'entremettre dans les affaires du gouvernement et de gêner la conduite extérieure de l'Etat...». H. Bonfils et P. Fauchille, *Manuel du droit international public*, Paris, 1914, p. 309

¹⁷ Las razones son evidentes: En un Estado democrático impera la legalidad en todos aquellos campos en los que la legalidad haya sido implantada. Si hay un juicio previo del ejecutivo que decide remitir a los tribunales las causas de extradición que él no retenga para excluirla, perturba con ello el juicio que en los aspectos legales corresponde dar a los tribunales. En el Estado democrático el ejecutivo y administración están obligados a guardar estrictamente la legalidad establecida. Finalmente, mediante el juicio político de oportunidad, el inocente falsamente

En los países anglosajones la instancia judicial interviniente es siempre la de los tribunales ordinarios, centralizada en Inglaterra en un tribunal único para todo el país (*Police Magistrate de Bow Street*) atribuida básicamente en Norteamérica a las District Courts. En todo caso, y con entera independencia del tribunal competente, esta participación del judicial nunca fue entendida de otra manera —al contrario de lo que veremos ha sucedido en Francia— que no fuera como una decisión, pronunciada en toda libertad e independencia sobre las cuestiones de hecho y de Derecho relevantes en el caso.

En el Derecho francés, y algo han recibido de ese modelo otros Estados europeos aunque no lo hayan calcado, la participación de los órganos judiciales ha estado determinada, no desde la competencia del juez ordinario, sino desde el control que el juez administrativo comenzó a ejercer sobre los decretos de concesión de la extradición del Presidente de la República francesa. Esta línea de desarrollo fue iniciada, en efecto por el Conseil d'État francés en el asunto *Decerf*, si bien la mencionada Ley de Extradición de 1927 había atribuido en todo asunto de extradición pasiva a las Chambres d'Accusation la competencia sobre ella, que esta Cámara declara en forma de parecer (*avis*), desfavorable si «*estima que las condiciones legales no se dan en el caso concreto*». Esta decisión, salvo excepciones que la jurisprudencia ha ido determinando, es, según los términos de la misma ley, definitiva.

Mucho se ha disputado en la doctrina francesa sobre el carácter y naturaleza de este parecer. ¿Es una verdadera decisión judicial con los caracteres propios de ésta? Independientemente de la polémica doctrinal, preciso es reconocer que, al menos a los efectos prácticos en un sentido ciertamente no lo ha sido ni lo es porque después que la Cámara de Acusación competente ha decidido no haber obstáculo legal alguno a la entrega y, acomodándose a este parecer, se redacta el correspondiente decreto presidencial de extradición, puede el Conseil d'État anular tal decisión como no conforme a Derecho. Esto sólo ha sido posible en la medida en la que el Consejo de Estado consideró la decisión judicial como un acto administrativo¹⁸.

reclamado en extradición por la presunta comisión de un delito, no tiene oportunidad de que así sea declarado por el juicio de un tribunal independiente.

¹⁸ En el *Asunto Astudillo-Calleja* el Conseil Constitutionnel no lo dijo, aunque se deducía de su argumentación. Pero lo hizo en el caso *Croissant*. Hasta

Pero en un punto muy importante coinciden ambos sistemas, el continental europeo y el anglosajón; a saber, en el alcance que dan a la decisión judicial cuando los órganos judiciales declaran no haber obstáculo legal alguno a la extradición. Si ellos deciden que hay alguna razón jurídica que prohíbe dicha extradición, esa decisión vincula al gobierno, puesto que sería impensable que la administración de un Estado democrático no acatara el principio de la legalidad en sus actos. Pero si no la hay, queda en amplia libertad el órgano ejecutivo competente para apreciar las circunstancias de hecho y de Derecho para decidir libremente si otorga o no la entrega.

Esta solución está plenamente recibida en los distintos Derechos, aunque lo sea con fórmulas y modos un tanto dispares:

En el Derecho español lo expresa quizá un poco rudamente el art. 6 de la Ley de Extradición Pasiva cuando establece: «*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.- Contra lo acordado por el Gobierno no cabrá recurso alguno*»¹⁹.

entonces la doctrina francesa se inclinó mayoritariamente por considerar que el *avis* era una decisión judicial en sentido propio. En este sentido podemos decir que es Francia, por las particularidades de su Derecho, el país que más lejos lleva el control judicial de los actos del ejecutivo en materia de extradición, sin duda alguna, porque en el camino de los recursos judiciales ordinarios con el simple *avis*, el sistema jurídico francés se ha quedado un tanto rezagado. Pero, en una consideración global, sistema poco satisfactorio. Aparte del pequeño pujo del Conseil d'État de aparecer como una especial Corte de «garantías constitucionales» sin serlo, con ese control ha introducido un doble mecanismo de revisión judicial que no puede menos de ser perturbador. Esperemos que entre nosotros no cunda el ejemplo, aunque indicios hay en contra.

¹⁹ Lenguaje contradictorio y perturbador. Naturalmente que la extradición solicitada por un Gobierno regularmente vincula al Gobierno español. Precisamente por eso se pone en marcha la vía judicial en los tribunales españoles. Lo que estos declaran —o deben declarar— no es la procedencia de la extradición, sino la inexistencia de obstáculos legales que la hagan imposible. Ahora bien, en la fase gubernativa el Gobierno tiene una discrecionalidad no controlable por los tribunales ordinarios, según la ley.

Para el Derecho alemán citaremos el texto de una decisión bien conocida: «*El margen de libertad otorgado al Gobierno federal que es quien adopta esta decisión, es muy amplio. El Gobierno se guía primordialmente por las necesidades de la política exterior y los intercambios jurídicos entre Estados...Por esta razón el Gobierno no está obligado a dar a conocer las consideraciones políticas que han motivado su decisión en cada caso particular*»²⁰.

En el Derecho anglosajón la intervención del Poder ejecutivo es todavía mucho más directa, ya que, formulado por los jueces juicio favorable a la extradición, puede éste, adoptar decisión contraria a la del magistrado e incluso revisar de nuevo las pruebas aportadas para comprobar si éstas son plenamente satisfactorias. En el Derecho norteamericano la práctica parece haberse establecido de modo que el Poder ejecutivo no va tan lejos y se atiene a los datos y elementos recogidos en el certificado que el magistrado de la extradición ha plasmado, pero esta práctica no se apoya en ninguna regla escrita. En todo caso, el gobierno puede decidirse por la no entrega y esta decisión no es susceptible de control judicial alguno. Con toda brevedad esta doctrina de la decisión ha sido plasmada así en un conocido Repertorio de la práctica internacional norteamericana: «*Since the granting of extradition is, ultimately, the function of the executive branch of the Government of a country, the Executive reviews those cases in which it has been found, usually by a court, that a proper case for extradition exists*».²¹

V. CONCLUSIONES

Estamos al final de nuestras consideraciones. Alguien podía pretender alegar que la tesis sugerida queda indemostrada porque las pruebas últimas aducidas van referidas a la extradición pasiva y no

Ahora bien, el margen de apreciación que el Gobierno y, por lo tanto, el Estado español tiene en la valoración de esos elementos, es la que razonablemente permite el Derecho internacional. La falta de control jurisdiccional que la última frase dice existir frente a esa denegación de recursos tiene que ser entendida como acto de gobierno, dentro del Derecho interno español. Sin eliminar los recursos abiertos en la vía internacional.

²⁰ Decisión del OVG Münster, de 9 de abril de 1965. *Fontes Iuris Gentium*, Ser. A, Sect. III, T. 5 pags. 147-48.

²¹ M. M. Whitmann, *Digest of International Law*, vol VI, p. 1026.

a la activa que es la del caso que ha motivado las reflexiones que anteceden.

La contestación sería fácil: No es de este lugar discutir los detalles del procedimiento de extradición activa que nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal regula en los arts. 824 y siguientes; me limitaré a unas breves observaciones. El auto del juez está sometido al sistema de recursos. La petición de extradición se hará en forma de suplicatorio dirigido al Ministro de Gracia y Justicia, salvo que el Tratado de extradición haya determinado cosa distinta, autorizando al juez o Tribunal que conozca de la causa la comunicación directa. Ni en el Convenio Europeo de Extradición, ni en el Tratado de Extradición con Inglaterra parece existir la posibilidad de una comunicación directa, aunque esta se halle establecida como modo ordinario. La intervención gubernamental parece, pues, obligada.

En segundo término valdría aquí el argumento *a fortiori*. Quedó dicho antes, la extradición que importa verdaderamente a los Estados es la extradición pasiva; es la que afecta de modo más directo a sus instituciones y ordenamiento. Pues bien, si esa libertad existe en el juicio de oportunidad sobre la pasiva con mayor razón habrá de reconocerse ésta en la activa donde el juicio de legalidad es menos exigente y el de oportunidad es mucho más amplio.

En suma: El instrumento de la extradición se juridifica de modo creciente y, en la medida en que se perfecciona la idea del Estado de Derecho en los Estados, es hoy un procedimiento de cooperación internacional parcialmente jurídico y, en menor dimensión, judicial. Pero una parte importante de él sigue estando todavía reservada al juicio político de las instancias gubernamentales.