

**LA EXTRADICION: REGIMEN JURIDICO Y
PRACTICA INTERNACIONAL**

Por **EDUARDO VILARIÑO PINTOS**

SUMARIO

INTRODUCCION

I. SISTEMAS DE EXTRADICION

1. **Los tratados**
2. **La reciprocidad**

II. ASPECTOS MATERIALES DE LA EXTRADICION

1. **Requisitos para la extradición**
 - A) *Situación procesal del reclamado*
 - B) *Grado de responsabilidad criminal*
 - C) *Grado de perfección del delito*
 - D) *Lugar de comisión del delito*
 - E) *Delitos que dan lugar a la extradición*
2. **Excepciones a la entrega**
 - A) *La nacionalidad del reclamado*
 - B) *Delitos políticos*
 - C) *Delitos militares y fiscales*
 - D) *Prescripción de la acción o de la pena*
 - E) *El principio «non bis in idem»*
3. **Condicionamientos de la entrega**
 - A) *El principio de especialidad*
 - B) *La pena de muerte*
 - C) *Suspensión de la entrega*
 - D) *La extradición en tránsito*

III. ASPECTOS FORMALES DE LA EXTRADICION

1. **Solicitud de la extradición**

- A) *Presentación de la demanda*
- B) *Detención del reclamado*
- C) *Concurso de demandas*

2. **Resolución de la solicitud de extradición**

INTRODUCCION (*)

De una manera general y como *prius* nocional, se puede definir la extradición como aquella institución jurídica por la cual un Estado (requerente) puede solicitar a otro (requerido) la entrega de una persona inculpada, procesada o condenada por delitos de los que los tribunales del primer Estado tienen competencia para conocer. O si se quiere, como decía MERCIER, la entrega de un individuo desde un Estado a otro, «para fines penales» (1).

La extradición es así, ante todo, una institución jurídico internacional, toda vez que debe su existencia a ser instrumento de la cooperación internacional entre los Estados; específicamente en el ámbito del denominado derecho internacional penal, en tanto que la extradición —como observa GIULIANO— «constituye la manifestación más importante de asistencia judicial en materia penal en las relaciones entre Estados» (2). Pero la extradición es, además, por su contenido, una figura jurídica procesal —del derecho procesal penal— en cuanto que se trata de un procedimiento incidental, o especial —como es en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal (arts. 824-833)— dentro del proceso penal que tiene como finalidad el obtener la presencia ante los órganos judiciales competentes, de un inculcado, procesado o condenado, que se encuentra en el extranjero; pertenece por lo tanto, pero sólo en un sentido amplio, al derecho penal, ya que no es la extradición una figura jurídica

(*) No se pretende en este estudio, concebido como un curso general sobre la extradición, mas que exponer, de manera fundamentalmente descriptiva, en qué consiste la institución de la extradición, señalando las líneas generales de su regulación jurídica actual. Se ha prescindido, por ello, prácticamente, de entrar en debates doctrinales sobre cuestiones concretas, y en otros problemas específicos que no fuesen imprescindibles para el entendimiento global de la institución. De ahí, también, que se hayan eliminado en buena medida citas de la abundantísima bibliografía, reducidas prácticamente, en su caso, a la más reciente.

(1) *Vid.* «L'Extradition», *Recueil des Cours* de la Academia de Derecho Internacional de La Haya (R.C.A.D.I.), vol. 33 (1930-III), p. 172.

(2) «L'Assistenza giuridica internazionale», *La Comunità Internazionale*, vol. XXXVIII (1983), 3, p. 455.

del derecho penal sustantivo, pues la extradición no es una pena (3), aunque, claro está, tenga como presupuesto hechos delictivos (4).

Si bien la extradición tiene dos manifestaciones que se han dado en llamar «extradición activa» y «extradición pasiva» según se trate de la solicitud de entrega o de la concesión o denegación de la misma, respectivamente, ello no puede servir de base para hablar de dos instituciones, de distinta naturaleza, como se ha llegado a considerar (5), o de dos clases (6), sino que se trata de una institución unitaria con dos momentos o aspectos que constituyen el contenido de la extradición y en cuya interrelación se concreta la cooperación internacional, teniendo en cuenta, además, que el aspecto pasivo no es independiente, sino que, como es obvio, sólo existirá en función del aspecto activo.

El término extradición no es, por otra parte un término unívoco, sino que presenta, al menos, dos significados que conviene señalar: tanto se utiliza para denominar la institución jurídica en sí (cuando se habla de «acudir al procedimiento de extradición» o, más incorrectamente, de «pedir la extradición») como para hacer referencia al resultado positivo, o negativo, de tal procedimiento jurídico (cuando se dice «se ha obtenido la extradición», «se ha concedido la extradición» o «se ha denegado la extradición»).

También, respecto a la palabra extradición, hay que indicar que, como casi siempre ocurre, no aparece con los orígenes de la institución —de la que ya se conocen casos en los más antiguos escritos de la humanidad— sino que hay que esperar hasta finales del siglo XVIII, donde parece ser que se encuentra por primera vez en el Decreto francés de 19 de febrero de 1791, pero todavía no se utiliza en el art. 20 de la Paz de Amiens en 1802, no incluyéndose en los tratados, probablemente, hasta el tratado Franco-Suizo de 1828; con anterioridad las palabras más utilizadas son restituir, entregar o remitir (7).

La generalización del término se puede decir que coincide, precisamente, con la consolidación del derecho de extradición, o si se prefiere, con BILLOT,

(3) *Vid.* MERCIER, A.: *Op. cit.*, p. 177, quien añade, «Elle n'est pas, de la part de l'Etat qui l'accorde, une manifestation de son droit de juger en matière pénale. Au contraire, ... l'extradition implique le plus souvent que l'Etat que la consent ne se reconnaît pas la compétence de juger lui-même l'infraction pour laquelle elle est requise», p. 177.

(4) *Cfr.* entre otros, CATELANI, G. y STRIANI, D.: *L'estradizione*, Milán, 1983, pp. 25-31.

(5) Así MANZINI: *Diritto processuale penale italiano*, Turín, 1952, vol. I, pp. 143 y 436, viendo en la primera una institución procesal y en la segunda una penal.

(6) Como QUINTANO RIPOLLES, A.: *Tratado de derecho penal internacional e internacional penal*, Madrid, 1957, vol. II, pp. 198-199.

(7) *Vid.* BILLOT, A.: *Traité de l'extradition*, París, 1874, pp. 34-35. Hay que advertir, para evitar confusiones, que en el Tratado entre España y Génova de 5 de junio de 1779 que CANTILLO, en su Colección de Tratados, titula «Convenio entre España y Génova para la recíproca extradición de reos y desertores», no es denominación utilizada por el propio Tratado que en ningún momento emplea la palabra extradición.

del moderno derecho de extradición que se producirá en el segundo cuarto del siglo XIX, toda vez que con anterioridad, sólo a partir de la segunda mitad del siglo XVIII, no hay regulaciones detalladas de la extradición, no existiendo, por ello, ningún principio, ni práctica constante. No hay, por tanto, una regulación de la institución: la solicitud de una entrega y la entrega misma no se basa en razones de justicia, sino de orden puramente político (8).

La historia de la extradición muestra una evolución no sólo en cuanto a la forma de regulación, como se verá a continuación, sino también, en cuanto a los delitos que pueden dar lugar a la misma y, por supuesto, respecto al perfeccionamiento del derecho de extradición. Así, de ser en sus orígenes, en términos generales, y hasta el siglo XVI una institución para solicitar la entrega por delitos políticos (o por los modernamente llamados políticos), pasa a ser utilizada, durante los siglos XVI a XVIII —también en términos generales— para todo tipo de delitos, es decir, también, comunes; y, en fin, a partir del siglo XIX se excluyen de la extradición los delitos políticos, quedando únicamente como procedimiento para reclamar a personas por delitos comunes, lo que, además, llega a convertirse en un principio del moderno derecho extradicional.

Por otra parte, la persona reclamada, el *extraditurus*, se verá protegida por una serie de garantías que eviten el libre juego de los intereses de los Estados, como son, particularmente: a) El principio de especialidad, que impide juzgar o condenar a la persona entregada, el *extradido*, por delitos distintos a aquellos por los que se ha aceptado la extradición. b) La no concesión de la misma, cuando se reclame a una persona condenada a muerte o para ser juzgada por un delito que acarree o pueda acarrear tal condena. c) Más recientemente, los recursos del reclamado contra las decisiones judiciales relativas a su entrega. d) Dentro ya de las exigencias actuales de la protección de los derechos humanos, otras medidas que aseguren la adecuada asistencia al *extraditurus* y su libre declaración en la llamada extradición voluntaria, o el trato correcto al extradido por las propias autoridades del Estado requirente; en este sentido es bien elocuente la XI Conclusión del X Congreso Internacional de Derecho Penal (9), al recomendar, además de otras medidas, que se considere el establecimiento de una instancia internacional que se pronunciara sobre si los Derechos Humanos de la persona en cuestión han sido lesionados.

Por último, en esta evolución, la extradición ha pasado de ser un instrumento político, o fundamentalmente político, a un procedimiento jurídico,

(8) Vid. BILLOT, A.: *Op. cit.*, pp. 35-37.

(9) Roma, 28 de septiembre a 5 de octubre de 1969, *vid. Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, 1969, 3, pp. 232-237.

que se configura a través de una regulación compleja, o fundamentalmente jurídico, dado que persiste una participación del Poder Ejecutivo en el procedimiento, independientemente, claro está, del carácter político entendido en un sentido general como base de toda cooperación entre Estados soberanos.

I. SISTEMAS DE EXTRADICION

La cooperación entre los Estados para proceder a la extradición puede tener su base en un tratado, en la reciprocidad o en la *comitas* (10).

Modernamente la práctica de los Estados no conoce más que la extradición basada en un tratado o en la reciprocidad, es decir, se ha abandonado la posibilidad de la extradición graciosa como prueba de buena amistad entre los soberanos o de buenas relaciones entre los Estados (11); pero ello indica, también, que, intrínsecamente, la extradición no exige, *ab initio*, la reciprocidad, ni diplomática (tratados) ni de hecho (basada en normas jurídicas internas), y que, en consecuencia, la entrega del reclamado no se haya presentado siempre como una obligación jurídica, siendo al respecto bien significativa la disyuntiva «grociana» *aut dedere aut punire* (12). Pero también hay que decir, que «los tratados, como observaba MERCIER, no crean el derecho de extradición: no son constitutivos de este derecho; no son más que una manifestación» (13).

1. Los Tratados

Sin duda el sistema de extradición más ampliamente utilizado por los Estados es el que establece su base en los tratados.

La extradición por tratado, aunque tenga su principal significación a partir de mediados del siglo XIX, coincidiendo con la consolidación del moderno derecho de extradición, tiene, sin embargo, una larga trayectoria histórica.

(10) Vid. BASSIOUNI, M. Ch: *International Extradition and World Public Order*, Leyden, 1974, p. 1. REZEK, J.F.: «Reciprocity as a basis of extradition», *British Year Book of International Law* (B.Y.B.I.L.), vol. LII (1981), pp. 171-172.

(11) En el Ordenamiento español se reconocen los dos sistemas en el art. 13.3 de la Constitución ya aceptados en la Ley de Extradición de 1958, en sus arts. 1 y 2, y en el art. 827 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, manteniéndose en el art. 1 del proyecto de Ley de Extradición Pasiva de 1984; disposiciones que no hacen más que recoger, en definitiva, la práctica constante española.

(12) Vid. SHEARER, I.A.: *Extradition in international law*, Manchester, 1971, pp. 23-27. SCHULTZ, H.: «Les principes du droit d'extradition traditionnelle», en *Aspects juridiques de l'extradition entre Etats européens*, Estrasburgo, Consejo de Europa, 1970, p. 9.

(13) *Op. cit.*, p. 176.

Así, aparte del siempre citado tratado de paz entre Ramsés II de Egipto y Hatusili III de los hititas en 1278 a. C. que es el primer tratado conocido en el que se recoge la extradición, los tratados específicos van a celebrarse en el orbe europeo, sin interrupción, desde el siglo XIV, y probablemente sea el primero el tratado entre Pedro I de Castilla y Pedro I de Portugal en 1360, para la recíproca entrega de varios caballeros condenados a muerte y refugiados en ambos reinos (14).

Estos tratados de extradición, en los primeros siglos, se caracterizan, en general, por tener como finalidad la entrega de personas concretas, y perseguidas por delitos políticos.

Se puede decir que una etapa nueva comienza en el siglo XVI, en tanto que los tratados ya no se celebran para un caso concreto sino con carácter general, y no sólo para la entrega por delitos políticos; apareciendo, además, como consecuencia de ese carácter general, el sistema de enumeración de delitos que pueden dar lugar a la extradición (15). En la segunda mitad del siglo XVIII surgen ya los primeros tratados con una regulación detallada de la extradición, sin incluir, en general, los delitos políticos (16); se entra, así en el moderno derecho de la extradición que cristalizará en el segundo cuarto del siglo XIX y que dará lugar a los modernos tratados de extradición.

Tales tratados deben su condición de modernidad a que en ellos hay una regulación completa del derecho de extradición, y a la exclusión expresa de la entrega por delitos políticos. A partir de este momento los tratados que se celebran son numerosísimos hasta la primera guerra mundial, tanto entre Estados europeos, como entre Estados americanos y entre europeos y americanos, e incluso de unos y otros con Estados asiáticos y africanos no mediterráneos (17), produciéndose así una universalización del derecho de extradición.

(14) *Vid.* LOPEZ DE AYALA: *Crónica del Rey D. Pedro*, Cap. XIV, Edición de D. Cayetano Rosell en B.A.E., T. 66, Madrid, 1953, p. 506. No es, por tanto, el primero el que considera como tal BILLOT, entre Francia y Savoya en 1376, *vid. op. cit.*, p. 37.

(15) Así, p. e. el tratado entre los Reyes Católicos y D. Manuel de Portugal, el 20 de marzo de 1499, primero celebrado por España con tales características, *vid.* Novísima Recopilación, Ley 3ª, Título 36, Libro 12.

(16) Estas características se encuentran, respecto a España, en el Tratado de San Ildefonso entre Carlos III y Luis XV de Francia de 29 de septiembre de 1765, *vid.* Novísima Recopilación, Ley 8ª, T. 36, L. 12. CANTILLO, A.: *Tratados, Convenios y Declaraciones de Paz y de Comercio...*, Madrid, 1843, pp. 502-504.

(17) En España esta época moderna comienza, realmente, en 1850, fecha del primer tratado de extradición con Francia; pero ya en el Convenio de neutralidad con Andorra de 1841 se regula, si bien sucintamente, la extradición en sentido moderno. Fuera del ámbito europeo y mediterráneo y del americano, España celebra tratados con Liberia (1894), Congo (1895) y Federación Malaya (1919), y se incluye la extradición en el Tratado de Paz con Annam (1862) y en el Tratado de Amistad y Relaciones generales con Japón (1897).

Esta «Edad de Oro» del sistema convencional de la extradición, se caracteriza por la bilateralidad y el criterio de enumeración de los delitos que dan lugar a la extradición (18).

A partir de la primera postguerra mundial, la elaboración de tratados bilaterales decae, por la obvia razón del gran número de los ya existentes, y se caracterizan por seguir el sistema de la cuantía de la pena para la determinación de los delitos que pueden dar lugar a la entrega, que resulta más útil al permitir, en principio, una actualización constante de los hechos delictivos, con el apoyo del requisito de la doble incriminación, lo que evita la eventual inoperancia o compleja adaptación a que necesariamente conducen los tratados que siguen el viejo criterio de la enumeración de delitos (19).

Después de la segunda postguerra mundial, se abrirá un nuevo período del derecho convencional moderno, que, en sus líneas generales y aunque con raíces en finales del siglo pasado, y en el período de entre guerras, se podría caracterizar por la consolidación del régimen de regulación convencional multilateral de ámbito regional, y una pérdida de interés por los tratados bilaterales, particularmente dentro de un mismo ámbito regional, toda vez que los antiguos existentes son sustituidos en escasa proporción, principalmente entre países pertenecientes a distinto ámbito regional, en pocos casos modificados y en otros casos son denunciados para seguir un sistema de reciprocidad de hecho basada en la legislación interna.

En efecto, si es cierto que la elaboración de tratados multilaterales tiene una larga historia en el ámbito regional americano, desde el Tratado de Derecho Penal Internacional de 1889, de Montevideo, hasta la reciente Convención Interamericana sobre Extradición de 1981 de la O.E.A. (20), la extensión del régimen multilateral a otros ámbitos regionales no se producirá hasta la segunda postguerra, y, por ende, hasta entonces, no tendrá la significación indicada dentro del sistema general de la extradición: Así, el Acuerdo entre los Estados de la Liga Árabe relativo a la extradición de delincuentes fugitivos, de 1952, de El Cairo; el Convenio europeo sobre extradición, de 1957, del

(18) Con relación a España, sólo el Tratado con Chile de 1895 no sigue este criterio, sino el de cuantía de la pena, y parcialmente el de Costa Rica de 1896, volviéndose en los posteriores al de enumeración salvo el de Paraguay de 1919, último de este período de tratados.

(19) Así, por ejemplo, en los tratados de España con Checoslovaquia (1927), Letonia (1930) y Bulgaria (1930).

(20) En este ámbito americano hay que mencionar, además, el Acuerdo sobre extradición, del Congreso Boliviano de Caracas, de 1911; la importantísima Convención sobre derecho internacional privado, «Código Bustamante» de la Sexta Conferencia Internacional Americana de La Habana, de 1928; la Convención sobre extradición de Montevideo, de 1933; la Convención Centroamericana de extradición de Guatemala, de 1934; el Tratado de Derecho penal internacional de Montevideo, de 1940.

Consejo de Europa; el Convenio sobre cooperación judicial, de 1961, de la O.C.A.M.; y el Tratado sobre extradición y asistencia mutua judicial en materia penal entre el Reino de Bélgica, el Gran Ducado de Luxemburgo y el Reino de los Países Bajos, «Tratado del Benelux», de 1962.

Dentro de la regulación por tratados multilaterales, hay que incluir la modalidad de los «esquemas» de la Commonwealth y de los Estados nórdicos, según los cuales sobre la base de un tratado, «tratado-esquema», la extradición se regirá por las respectivas legislaciones nacionales que responderán a criterios uniformes. Respecto a la Commonwealth rige el «Esquema relativo a la entrega de delincuentes fugitivos dentro de la Commonwealth», de 1966, que reforma la ley de 1881; no se excluye, sin embargo la posibilidad de celebración de tratados bilaterales entre aquellos Estados de la Comunidad que así lo estimen más conveniente, en cuyo caso regirán en lugar del «Esquema» (21).

El «Esquema» de los Estados Nórdicos se basa en el Tratado Nórdico de 1962, que se establece sobre amplios principios de cooperación, incluyendo la obtención del «más alto grado posible de igualdad jurídica», de todos los ciudadanos escandinavos en sus territorios; la efectividad del «Esquema» se producirá por la promulgación de una legislación similar, en materia de extradición, por cada uno de los Estados miembros (22).

2. La reciprocidad

A finales del siglo XIX algunos Estados comienzan la práctica de la reciprocidad como un sistema autónomo, reciprocidad de hecho, sobre la aceptación de la promesa del Estado requirente de un trato igual cuando no exista convenio. No se trata de un trato arbitrario ni de simple cortesía, sino, como señala REZEK, de un sistema fundado en reglas jurídicas embrionarias incorporadas en específicas disposiciones internas, o incluso definidas por la práctica corriente de las autoridades locales (23).

La reciprocidad actuará, así, *stricto sensu*, como base de la extradición, cuando a consecuencia de una solicitud de entrega conforme al derecho interno del Estado requerido, el Estado requirente se compromete a atender futuras peticiones hechas por el Estado requerido de acuerdo con su propio derecho interno. La analogía de los casos, para que pueda entrar en juego la

(21) Cfr. SHEARER, I. A.: *Op. cit.*, pp. 51 y 54-57.

(22) Cfr. *ibidem*, pp. 63-65.

(23) *Op. cit.*, pp. 171-172. Este magnífico «Estudio» de REZEK es el que se sigue en esta exposición del sistema de reciprocidad, *vid.* pp. 171-182.

reciprocidad, se entenderá general y abstracta, es decir, no significa más que la semejanza básica de todo requerimiento de extradición.

La reciprocidad puede, también, ofrecerse dentro de unas condiciones especiales, con lo que ya no tendrá lugar sobre la única base de las leyes internas, acercándose, así, al sistema convencional bilateral.

Otra forma de reciprocidad surge cuando ésta se ofrece bajo un estricto esquema *mutatis mutandis* con referencia a circunstancias idénticas, lo que también sería muy semejante al sistema de tratados bilaterales, además de suponer una reciprocidad estricta, ya rechazada, pues exigiría la existencia de leyes internas idénticas.

Por último, puede suceder que el Estado requirente sólo ofrezca recibir y tomar en consideración las futuras solicitudes de extradición de la otra parte, sin hacer ni siquiera referencia a la legislación interna. En este caso, se estaría, realmente, en los límites de la extradición por cortesía.

La reciprocidad como sistema debe distinguirse de la reciprocidad como remedio de las previsiones convencionales, tal como es frecuentemente invocada cuando se solicita la extradición por un delito no incluido en un tratado.

En cuanto a su naturaleza jurídica, el sistema de reciprocidad, como señala asimismo REZEK, si bien no puede ser asimilado a un tratado bilateral de duración indefinida, la relación existente entre los dos Estados «tiene algo de naturaleza contractual y está además regida por el derecho internacional» (24). En el sistema de reciprocidad la promesa de igualdad de trato acompaña a la solicitud de extradición y no necesita contestación, excepto cuando el ofrecimiento es rechazado por el Estado requerido; la concesión de la extradición es la prueba usual de que el ofrecimiento ha sido aceptado y el Estado requirente queda después privado de su original discreción para excluir una eventual solicitud hecha por el Estado requerido; pero ello no puede llevar a considerar el sistema de reciprocidad como un tratado por canje de notas, porque el mutuo compromiso no queda incorporado en ningún texto, sino que la verdadera esencia se encuentra en el derecho interno de las partes que mantienen su plena libertad para modificar unilateralmente sus propias disposiciones sobre extradición.

Por otra parte, el cumplimiento de las obligaciones derivadas del sistema de reciprocidad se encuentra regido, sin duda, por el derecho internacional, que, como en otros ámbitos, regula la institución de la reciprocidad (25) y particularmente por las normas relativas a los actos unilaterales.

(24) *Op. cit.*, pp. 176-177.

(25) Al respecto, puede consultarse, entre otros, DECAUX, E.: *La réciprocité en droit international*, París, 1980.

Por lo que se refiere al proceso para comprometerse en reciprocidad, puede establecerse la competencia tanto del poder ejecutivo como del judicial, si bien la tendencia en la práctica de los Estados es la de limitar los poderes del ejecutivo, aunque mantiene todavía un papel más o menos decisivo en la extradición pasiva.

Cuando el poder ejecutivo está investido por el derecho constitucional para concluir tratados de extradición sin aprobación parlamentaria no hay duda de su exclusiva competencia para ofrecer la reciprocidad, asumiendo, por su Estado, la admisión de la reciprocidad como base de la extradición.

Por el contrario cuando los Estados establecen el control parlamentario para la celebración de tales tratados, no será fácil afirmar la competencia del poder ejecutivo para comprometerse en reciprocidad; en tales casos deberá necesitar la autorización correspondiente para realizar tal compromiso, bien ante cada caso, o en forma de una autorización general al respecto.

Respecto a la competencia judicial en el ofrecimiento de reciprocidad, aunque, en principio, los tribunales no suelen tener una competencia directa, indirectamente pueden incidir de manera importante, cuando, de conformidad con su legislación interna, deciden o no solicitar la tramitación de una extradición activa a un país con el que no hay tratado; o sobre todo, cuando examinan la legalidad de un ofrecimiento de reciprocidad hecho por su Estado, como base de una solicitud de extradición de otro Estado.

En definitiva, el sistema de reciprocidad presenta una flexibilidad mayor que los tratados en tanto que evita la necesaria actualización de los mismos, pero eso sí, exige la existencia de legislaciones internas sobre extradición conformes a los criterios y principios básicos de la práctica internacional y del derecho de extradición que garanticen y aseguren una determinada conducta del Estado y el respeto a los derechos individuales del reclamado.

Otra cosa es que este sistema de reciprocidad esté autorizado por los Estados. En general se puede decir que los Estados de *Common Law* y la mayoría de los Estados de la Commonwealth lo excluyen, exigiéndose, en su legislación interna o sobre la base de la práctica, la existencia de tratado para proceder a la extradición; entendiéndose normalmente que tal requisito queda cumplido si existe un acuerdo por canje de notas sobre un caso particular. Por el contrario la mayoría de los Estados de Europa Occidental y en general los de «derecho civil», aceptan el sistema de reciprocidad bien expresamente, o no limitando la extradición a la existencia de tratado (26).

(26) Vid. BASSIOUNI, M. Ch.: *Op. cit.*, pp. 9-13.

II. ASPECTOS MATERIALES DE LA EXTRADICION

El moderno derecho de extradición se ha ido consolidando en una serie de cuestiones básicas, reguladas con frecuencia de manera uniforme, constituyendo en algunos casos verdaderos principios rectores de la institución.

Para un estudio ordenado de estos aspectos materiales pueden establecerse los siguientes ámbitos de cuestiones: 1. Requisitos para la extradición; 2. Excepciones a la entrega; 3. Condicionamientos de la entrega.

1. Requisitos para la extradición

A) *Situación procesal del reclamado*

La presencia de un presunto reo en un procedimiento penal puede ser solicitada a través de la institución jurídica de la extradición, siendo el *extraditurus* únicamente inculcado, imputado, perseguido o acusado; ser un procesado; o una persona ya condenada, bien por haber huido después de dictada sentencia, bien porque, cuando así se admita en el derecho interno, haya sido condenado en rebeldía. En este caso el Estado requerido podrá exigir, al menos cuando con arreglo a su propia legislación no se admita la condena en rebeldía, que la persona entregada sea debidamente oída, reanudándose para ello el proceso, como consecuencia del cual había sido condenada; se trata en definitiva de un medio para hacer respetar los derechos mínimos que se consideran inherentes a toda persona procesada.

La práctica internacional, como se ve, está en este punto abierta al máximo de cooperación judicial, siendo desde luego constante en cuanto se refiere a procesados y condenados.

B) *Grado de responsabilidad criminal*

El derecho de extradición no presenta en este punto una uniformidad ni criterio general predominante. Desde luego, obviamente, el *extraditurus* ha de ser un inculcado, procesado o condenado como autor del delito, pero no siempre cabe la reclamación de quien lo es como cómplice o encubridor, lo que suele depender de que tales figuras sean punibles por las legislaciones internas, y, en su caso, que lo sean con penas de cierta cuantía. Puede decirse, sin embargo, que la tendencia es la de limitar la extradición a los autores, bien de modo expreso, bien como resultante de los condicionamientos para la extradición de cómplices y encubridores.

C) *Grado de perfección del delito*

En general se puede decir que puede solicitarse la extradición tanto por delitos consumados como frustrados, bien por expresa declaración convencio-

nal o de la legislación interna, bien como consecuencia de tratarse de hechos delictivos penados con las cuantías mínimas exigidas para que pueda haber extradición. La tentativa, en cambio, aunque eventualmente pueda dar lugar a un procedimiento de extradición por entrar la pena correspondiente en estas cuantías, suele quedar por razón de éstas, excluida, o solamente aceptada respecto a los más graves delitos; sin embargo, si su exclusión es la situación generalizada y la tendencia, todavía se mantiene en el derecho actual como hecho para la extradición.

D) *Lugar de comisión del delito*

Hay que partir de que en principio y como principio común la extradición tiene su *prima ratio* en la consecución de la entrega del reclamado por infracciones cometidas en el territorio del Estado requirente y que vulneran su propio ordenamiento jurídico. Sin embargo, la extradición podrá producirse, también, por infracciones cometidas fuera del territorio del Estado requirente. En este sentido, la práctica de los Estados conoce distintas posibilidades, normalmente remitiendo a la legislación interna, en cuanto a la competencia que otorgue a sus tribunales para conocer de delitos cometidos en terceros Estados; así, en general, con carácter preceptivo o facultativo, los Estados deberán o podrán otorgar la extradición por delitos cometidos fuera del territorio del Estado requirente, cuando la legislación del Estado requerido autorice el procesamiento por iguales infracciones cometidas fuera de su territorio, estableciéndose, además, en otros casos, la reserva de que no se haya producido la reclamación del Estado en cuyo territorio se cometió el delito; la extradición, en tales casos, puede ser resuelta negativamente cuando el Estado requerido no tenga él mismo competencia para conocer del delito por el que se solicita la entrega.

Los delitos cometidos en terceros Estados por los que los Estados suelen atribuir competencia a sus tribunales son aquellos cometidos por los propios nacionales en el extranjero o por nacionales o extranjeros en el extranjero contra la seguridad del Estado; por otra parte, los que pueden estimarse cometidos también en el territorio del propio Estado, en virtud de las distintas teorías sobre el lugar de comisión del delito, particularmente cuando se trata de delitos integrados por una pluralidad de actos, delitos habituales, delitos permanentes, delitos continuados, o en los delitos de omisión. Sin considerar ahora, por ser cuestión aparte, la competencia respecto a los llamados delitos internacionales.

E) *Delitos que dan lugar a la extradición*

En principio e históricamente, sólo pueden ser causa de un procedimiento de extradición aquellos hechos antijurídicos que tengan la calificación de deli-

tos, es decir las infracciones más graves, cualquiera que sea la terminología empleada por cada ordenamiento jurídico, como delitos graves y menos graves o crímenes y delitos.

Por ello, la regla general es que ha de tratarse de delitos dolosos o intencionales, quedando excluidos los delitos imprudentes, los cuales, en un sistema de enumeración de delitos que dan lugar a la entrega, sólo podrán ser objeto de extradición si expresamente así se indica; en un sistema de determinación de esos delitos por la cuantía de la pena, los delitos imprudentes quedarían excluidos por no alcanzar las penas mínimas, a no ser que se trate de imprudencia temeraria, en cuyo caso, si se cumple el requisito de la doble discriminación, no debería excluirse la posibilidad de la extradición, salvo disposición expresa en contrario (27).

Actualmente también se considera, en algunos casos, la posibilidad de reclamar a personas sometidas a medidas de seguridad, como hacen el Convenio Europeo y el del BENELUX y el proyecto español de Ley de extradición pasiva; en tal caso debe entenderse, de conformidad con la generalidad de la práctica y doctrina penalista, que se ha de tratar de medidas de seguridad *post delicto*, por conductas peligrosas, que, claro está, en sí no constituyen delito, y siempre que alcancen un *minimum* de gravedad.

Los delitos, o, en su caso, las medidas de seguridad, que puedan dar lugar a la extradición han de estar siempre suficientemente determinados. Los sistemas o criterios empleados para ello son dos, el de la enumeración de los delitos —sistema convencional tradicional— y el de la fijación por la cuantía de la pena, es decir estableciendo el mínimo de pena que ha de corresponder a un delito; mínimo que suele ser el de un año o el de seis meses de privación de libertad en el grado máximo de la pena correspondiente. Este último sistema es el que se impone actualmente en el derecho convencional, aunque conocido ya a finales del siglo XIX (28), y el más usual en las leyes internas sobre extradición, aunque no siempre sigan un sistema estricto de fijación de un mínimo, sino excluyendo de la extradición aquellas infracciones que no sean delitos, a los que consecuentemente deberán corresponder penas menores.

El sistema de enumeración de los delitos que, en principio por la ventaja de su claridad —sólo cabrá la extradición por los delitos mencionados—, parecería facilitar el procedimiento de extradición, presenta, sin embargo dificultades y situaciones incorrectas o contradictorias, que además de su rigidez para la incorporación y exclusión de delitos, lo hacen menos útil y eficaz que el sistema de la cuantía de la pena, que sin duda se impone.

(27) Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, E.: «Algunos problemas de extradición en el Derecho español», en *Estudios Penales* (homenaje al prof. J. Antón Oneca), Salamanca, 1982, pp. 244-246.

(28) Por ejemplo, en la práctica española el tratado con Chile de 1895.

En efecto, el sistema de enumeración que podría considerarse como un sistema «puro» en tanto que no necesita intrínsecamente ser completado por otros criterios, va a presentar, de hecho, dificultades que hace que un buen número de convenios acuda a criterios complementarios. Así, entre otros problemas que plantea cabe señalar la no coincidencia de la terminología en la denominación de los delitos, que no solamente puede ser distinta, sino equívoca cuando un mismo término designa delitos distintos en cada Estado; sin embargo, con independencia de introducir por vía convencional una particular terminología no conocida por el derecho interno y que en unos casos será un Estado y en otros otro el que se encuentre «invadido», este problema no presenta mayores inconvenientes, pues los delitos enumerados serán los que respondan a la identidad de contenido del hecho ilícito.

En segundo lugar, un caso más grave es el de que en la enumeración se incluyan delitos que no existen en una de las partes, con lo cual se produce el compromiso de tener que entregar por hechos que el Estado requerido no conoce o no considera delictivos, y ello debido a la superior jerarquía normativa de los tratados en cuanto fuente de obligaciones jurídico-internacionales.

En tercer lugar, en sentido contrario, no podrá dar lugar a extradición un delito que no figure en la enumeración, lo que respecto a delitos ya tipificados significa una exclusión indirecta pero, posiblemente, voluntariamente querida y que sólo podrían incluirse, lo mismo que nuevos hechos delictivos, a través de una modificación previa del tratado, pues de ser *ad hoc* o a través de una declaración de reciprocidad, se produciría una vulneración de los derechos del reclamado que tiene una fundada expectativa de derecho de no ser entregado por el Estado requerido sobre la base del tratado que no incluye tales delitos, a no ser que tal acuerdo *ad hoc* para incorporar nuevos delitos esté previsto en el propio tratado.

Sin embargo, el sistema de enumeración va siempre acompañado, en la práctica, de una exclusión expresa, de delitos que no darán lugar a la extradición, si bien generalmente hecha de manera genérica sobre la base de determinados criterios de clasificación (así, los delitos políticos, o los delitos militares).

Además, suele, también, completarse este sistema, con el criterio de la cuantía de la pena o con el de la doble incriminación o de la identidad de norma, o con ambos a la vez. Verdaderamente, cuando tales criterios son utilizados; sobre todo conjuntamente sobra en absoluto la enumeración, pues ya hay suficientes elementos para determinar los delitos que pueden dar lugar a la extradición. Por otra parte, cuando se acuerda convencionalmente la inclusión de determinados delitos, cada una de las partes conoce la cuantía de las penas correspondientes y, obviamente, si tales hechos son calificados como delitos por su legislación, lo que parece reflejar la voluntad de que, en cualquier caso, esos delitos puedan dar lugar a la extradición, debiendo prevalecer este hecho

de su inclusión; de ser así, los criterios complementarios son inoperantes; pero si han de ser los decisivos, la enumeración cuando no resulte innecesaria, será respecto a algunos delitos ociosa, teniendo en el mejor de los casos una función limitativa, en cuanto que, aún cumpliéndose los criterios complementarios (en concreto, en este caso, el de la cuantía de la pena), no podrá extenderse la extradición a nuevos delitos, pero esto en la práctica no tiene mayor relevancia, pues o bien ya están enumerados los delitos que se desea que puedan dar lugar a la extradición, o se incluirán los nuevos hechos delictivos que surjan e interese que por ellos quepa la extradición.

El sistema de la cuantía de la pena, tal como se ha señalado, más flexible y más útil, es el que se impone en la extradición convencional, y el propio de la extradición por reciprocidad sobre la base de las legislaciones internas. Este sistema sí necesita, en cambio, ser completado por el criterio de la doble incriminación y por la exclusión expresa de aquellos tipos de delitos que no darán lugar a la extradición; de otro modo no habría una determinación justa de los delitos que pueden motivar la misma.

Dos cuestiones principales cabe destacar en este sistema. En primer lugar, la que se refiere a la fijación del derecho con arreglo al cual se entenderá cumplido el requisito de la pena mínima, si ha de ser el del Estado requirente o el del requerido. En el derecho convencional, así como en las legislaciones internas, no siempre se indica este extremo, y cuando así se hace, los criterios establecidos se remiten tanto al derecho del Estado requirente, como al del requerido, como a ambos; este último, sin embargo es el que se impone, tanto en el ámbito convencional (29), como en el legislativo (30). Tal solución es la más justa en tanto que mejor garantiza las expectativas del *extraditurus*, si bien en estricta técnica sería suficiente con que el mínimo de la pena exigida se cumpliera de conformidad con el derecho del Estado requirente, que es el que ha sido vulnerado, o cuando menos con arreglo al cual va a seguirse el juicio del reclamado. Cuando nada se diga, no hay duda que la decisión al respecto quedará en manos del Estado requerido.

La segunda cuestión es la que se refiere al entendimiento de la doble incriminación, que en el desarrollo actual del derecho de extradición bien puede considerarse como un principio del mismo y de hecho así suele ser considerado por la doctrina. La doble incriminación significa la necesidad de que un determinado hecho sea considerado delictivo por el Estado requirente y el requerido, para que, cumpliéndose el requisito de la cuantía mínima de la pena, pueda dar lugar a un procedimiento de extradición.

(29) Así, entre los multilaterales, el Convenio Europeo, el del BENELUX y la Convención Interamericana, y entre los bilaterales, los más recientes españoles con México, de 1978, Yugoslavia, de 1980 y República Dominicana, de 1981.

(30) En tal sentido, el proyecto de Ley español.

Aunque también denominado principio de identidad de norma, no quiere decir que haya de ser así en sentido estricto, pues no sólo puede haber una diversidad terminológica para designar los mismos hechos antijurídicos, como ya se ha visto, sino que basta con que el hecho o conducta antijurídica de que se trate, sea en su esencia calificado como delito y no como infracción de menor rango o no sea en absoluto considerada infracción de algún tipo; también habrá doble incriminación cuando los hechos que para un Estado son un solo delito, para el otro constituyan varios delitos. Tampoco exige la doble incriminación que los hechos perseguibles estén incluidos dentro del mismo grupo o tipo de delitos según el bien lesionado, ni que lo estén en el mismo tipo de disposición legislativa (Código penal o leyes particulares). En fin, no implica la necesidad de penas idénticas, sino solamente, a efectos de la extradición, una coincidencia en los mínimos requeridos.

Lo dicho hasta aquí para los delitos es igualmente aplicable a las medidas de seguridad, en cuanto motivo para la extradición, siempre entendidas en el sentido mencionado al principio, es decir, *post delicto*.

Por último, hay que tener presente, que darán lugar a extradición aquellos delitos, que aunque no estén incluidos en los convenios con sistema de enumeración, o no estén incorporados en las legislaciones internas, se haya aceptado la extradición por ellos como consecuencia de estar así dispuesto en tratados en los que los Estados requirente y requerido sean parte, y a los cuales, por lo demás, suelen remitirse —si bien genéricamente— los más recientes tratados de extradición. Entre ellos cabe destacar *ad exemplum*: la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio de 1948; el Convenio de Tokio sobre infracción y otros actos cometidos a bordo de aeronaves, de 1963; el Convenio de La Haya para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, de 1970; el Convenio de Montreal para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, de 1971; la Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, de 1973; la Convención internacional sobre la represión y el castigo del crimen del *Apartheid*, de 1973; la Convención sobre toma de rehenes, de 1979. En el ámbito regional, la Convención para prevenir y sancionar los actos de terrorismo configurados en delitos contra las personas y la extorsión conexas cuando éstos tengan transcendencia internacional, de la O.E.A., de 1971; el Convenio europeo sobre represión del terrorismo, de 1977.

2. Excepciones a la entrega

A) La nacionalidad del reclamado

La cuestión de la nacionalidad del *extraditurus*, es uno de los temas del derecho de extradición más debatidos y en los que la generalidad de la doctri-

na moderna es discorda con la práctica de los Estados, también, en su generalidad; la opinión pública no es tampoco ajena al debate. Siguiendo la realidad de la más abundante práctica internacional se incluye este punto en el apartado dedicado a las excepciones a la entrega, advirtiendo, sin embargo, desde ahora, que tal excepción no responde a regla alguna del derecho de la extradición.

El problema se plantea al contestar a la pregunta de si un Estado debe entregar a un nacional que ha delinquido en el extranjero y cuya extradición es solicitada. Pues bien, la contestación desde el punto de vista jurídico, compartido por la generalidad de la doctrina de conformidad con la propia *ratio* y técnica de la extradición, es que nada hay que impida tal entrega, es decir, la exclusión de la entrega de nacionales no es inherente al concepto de extradición, incluso puede decirse con BUENO ARUS que es «una posición contradictoria con todo el instituto de la extradición, pues si no se confía en el Estado extranjero lo que habra que hacer... (será) negar por principio la misma posibilidad de extradición» (31). Ya el Instituto de Derecho Internacional en su sesión de Oxford de 1880 se pronunció en favor de la entrega de nacionales, al menos en aquellos países con una legislación apoyada en bases análogas, de modo que fuese la jurisdicción del *forum delicti commissi* la llamada a juzgar; y es que verdaderamente, el argumento tan utilizado para defender la no entrega de nacionales, de invocar el «juez natural», aparte de una desconfianza, jurídicamente hoy día inadmisibles, respecto al juez extranjero, aún cabría preguntarse ¿quién es el «juez natural» para conocer de un delito, el del Estado cuya nacionalidad ostenta el delincuente o el del Estado cuyo ordenamiento jurídico ha sido infringido por esa persona?

En el derecho convencional multilateral, el Tratado de Montevideo de derecho penal internacional, de 1940, dispone de manera más radical que la nacionalidad del reo no podrá ser invocada como causa para denegar la extradición a no ser que se establezca lo contrario en las Constituciones de cada país. La Convención interamericana sobre extradición, de 1981, suaviza la disposición, favoreciendo la posibilidad de que se produzcan denegaciones de nacionales, al referir la prohibición de la entrega no a las Constituciones, sino a la legislación del Estado requerido. El Convenio Europeo, sin otra remisión, acepta facultativamente la no entrega de nacionales; lo mismo hace el Convenio de la Liga Árabe, mientras que el Convenio del BENELUX establece la prohibición de la entrega.

En el ámbito bilateral, en general, o se prohíbe la entrega o se permite facultativamente la denegación de la misma, lo que al entrar en juego la legis-

(31) Vid. «Principios cardinales de la ley de extradición pasiva de 26 de diciembre de 1958», en *Estudios penales* (Homenaje al Prof. J. Antón Oneca), Salamanca, 1982, p. 107.

lación interna significa, en la casi totalidad de los casos, la efectiva denegación. La excepción más significativa a este régimen es la de la práctica del Reino Unido que acepta la entrega de sus nacionales, incluso sin reciprocidad, como en el extinguido convenio hispano-británico, de 1878.

El X Congreso Internacional de Derecho Penal, de 1969, con conclusiones particularmente progresivas, para el desarrollo del derecho de extradición, admite en pie de igualdad tanto la obligación de entrega a los nacionales, como la posibilidad de denegación.

En el sistema español la no entrega de nacionales es el criterio que se sigue, tanto sobre la base convencional —aunque se establezca, a veces, facultativamente la posibilidad de entrega, o se remita a lo que disponga la ley del Estado requerido (fórmula ésta del reciente tratado con la República Dominicana)—, como en la legislación interna, ya que la ley de 1958 prohíbe expresamente la entrega en el art. 3, lo que se mantiene en el reciente proyecto de Ley en el mismo artículo (32).

En definitiva, tanto en el orden interno, como en el internacional, la derrota de la técnica jurídica y de la doctrina frente a la práctica, se debe a criterios políticos impulsados por la opinión pública y parlamentaria, que consideran la entrega de nacionales como un abandonismo del Estado respecto a la defensa de los derechos e intereses de sus nacionales. Otra cosa es que cuando se trate de la extradición de condenados menores o enfermos, éstos puedan cumplir o terminar de cumplir la condena impuesta en su propio Estado, cuando en él tengan su residencia habitual, a efectos de reinserción social o

(32) Sin embargo, al respecto interesa señalar que, en la más reciente jurisprudencia española, el Auto de la Sección 2.ª de la Audiencia Nacional de 9 de mayo de 1983 (asunto Pattist, particularmente rico en cuestiones que suscita) aunque revocado en recurso de súplica por Auto de 19 de mayo del mismo año —y sin que se comparta la interpretación en el caso concreto del valor de la nacionalidad a efectos de la concesión de la entrega—, considera (8.º Considerando): «1.º... que la entrega... lejos de suponer una ofensa a la dignidad del Estado español, implicaría un acto de nobleza en las relaciones internacionales. 2.º El juez ordinario o natural al que se refiere el artículo 42.2 de la Constitución, no tiene por qué ser identificado con el compatriota del delincuente, pues tan natural, al menos, puede ser el juez territorial como el nacional. 3.º El deber de protección del Estado para con sus ciudadanos queda cubierto cuando... no quepa albergar desconfianza alguna sobre que el Estado al que se hace la entrega respetará los derechos fundamentales del extradicto, además de que... parece claro que aquel deber tiene sus límites en el principio de solidaridad interestatal...». (Vid. ambos Autos y comentario a los mismos, por M. P. Andrés, en *Revista Española de Derecho Internacional (R.E.D.I.)*, vol. XXXVI (1983), 1, pp. 147-162.

En el ámbito constitucional, es también significativo que el voto particular de Justino de Azcárate (enmienda formulada *in voce*) al Dictamen de la Comisión de Constitución del Senado relativo al proyecto de Constitución, en el que proponía la prohibición de la extradición de nacionales en el art. 13.2, no tuviese —¡menos mal!— el más mínimo eco (*vid. B.O.C.* de 6 de octubre de 1978, n.º 157).

de adecuada asistencia, como se reconoce ya en los más recientes tratados, al menos respecto a los menores (33).

Ahora bien, en el caso de que no se produzca la entrega de nacionales, el Estado requerido viene obligado a juzgar al reclamado por el delito o delitos objeto de la solicitud de extradición, para lo que pedirá al Estado requirente que le dé traslado de todo lo actuado; se trata de cumplir con el aforismo «grociano» *aut dedere, aut punire*, aunque en el fondo sea una solución imperfecta y en cierto modo «injusta» ya que supone juzgar un delito con arreglo a una legislación distinta de aquella que ha sido infringida, pues como es sabido el juez penal aplica la *lex fori*.

Otras cuestiones de particular importancia respecto a la nacionalidad del *extraditurus*, es el del momento de determinarla y las relativas a la naturalización. Aunque las mismas interesan a otros temas de la extradición, como el concurso de demandas, es quizá en materia de denegación de la entrega donde presentan mayores problemas, que, en cambio, no se plantearían, si se produjera la entrega de nacionales.

El examen de la práctica, refleja que pocas veces se fija el momento en que se ha de apreciar la condición de nacional, y cuando así se hace los criterios utilizados son los siguientes: a) el del momento de la comisión de delito o delitos objeto de la petición de extradición; b) el del momento de la solicitud de extradición; c) el momento de la decisión de la extradición.

El primer criterio, el que se establece con relación al delito, es quizá el más tradicional, mantenido por el Instituto de Derecho Internacional en su sesión de Oxford de 1880 (34); conforme al mismo, se podrá denegar la entrega de aquellas personas reclamadas que en el momento de la comisión del delito fuesen nacionales del Estado requirente, sea por origen, sea por naturalización, y no cabría tal denegación, en función de la nacionalidad, si la naturalización es posterior a la comisión del delito. Es un criterio que debe rechazarse, porque traslada la valoración a un momento distinto, anterior y que puede ser lejano, a la puesta en marcha de la institución en cuyo desarrollo ha de incidir la nacionalidad del reclamado. Por otra parte, si la práctica de la no entrega de nacionales se produce pensando en la defensa de sus derechos, difícilmente se considerarán tenidos en cuenta respecto a quien, llevando años naturalizado en el Estado requerido, no era nacional en el momento de la comi-

(33) P. e., los tratados hispano-U.S.A., de 1970 e hispano-yugoslavo, de 1980. El proyecto de Ley español considera la posibilidad de denegar la extradición, cuando el reclamado sea menor de edad y tenga su residencia habitual en España (art. 5.2).

(34) Los pocos tratados españoles, anteriores a la primera guerra mundial, que se ocupan del tema, siguen este criterio (con Colombia, Chile, Costa Rica, Guatemala y Venezuela).

sión del delito por el que se le reclama; ello, dejando siempre a salvo la diferente valoración que se pueda hacer cuando se trate de naturalizaciones fraudulentas a los efectos de la extradición.

El segundo criterio, que aprecia la nacionalidad en el momento de la solicitud de la extradición por el Estado requirente, parece el más correcto, y en otro ámbito de cuestiones, como en el del concurso de demandas de extradición, es el que debe ser tenido en cuenta. El cambio de nacionalidad entre ese momento y, en su caso, el de la entrega, es más bien hipotético, por la brevedad del tiempo, y además podría distorsionar el criterio y las valoraciones o decisiones ya tomadas a lo largo del trámite de la extradición, rompiendo su unidad. El riesgo, con este criterio, de una posibilidad mayor de fraude, no lo descalifica, pues detectado, hará irrelevante la naturalización a los efectos de extradición.

Sin embargo, el tercer criterio, el de apreciar la nacionalidad en el momento de la decisión sobre la extradición, es el que se impone en la práctica más reciente, particularmente impulsada por el Convenio Europeo (35), que incluso admite una modificación de la decisión, si ha cambiado la nacionalidad del reclamado, entre la decisión jurídica de la entrega y el momento de la entrega efectiva, lo que además de excesivo, parece difícil que se produzca teniendo en cuenta la brevedad de los plazos que se establecen entre la decisión y la entrega, y que transcurridos el *extraditurus* ha de ser puesto en libertad, debiéndose comenzar, cuando así se autoriza, un nuevo procedimiento de extradición por los mismos hechos.

B) *Delitos políticos*

Como se indicó al trazar el desarrollo de la extradición, los delitos políticos eran los que daban lugar a la extradición. Desde la configuración del moderno derecho de extradición, se consolida la denegación de la entrega de las personas reclamadas por delitos políticos, y, actualmente se puede considerar como uno de los principios del derecho extradicional.

No es aquí el lugar de estudiar lo que sea delito político, cuestión propia del derecho penal y que, por ello, trasciende un estudio sobre la extradición, pero sí hay que ocuparse del tratamiento que en esta institución reciben tales delitos; teniendo en cuenta, además, que es una de las excepciones para la entrega a la que más se suele acudir y que da, por otra parte, una mayor publicidad a los casos concretos.

(35) Por España, se sigue en el Tratado con México de 1978 y en el proyecto de Ley de extradición.

El primer problema que plantean los delitos políticos en sí, y también en la extradición, es su difícil definición; es uno de los temas que mas ha ocupado a la doctrina penalista, sobre el que nunca se ha dejado de escribir y así, sin riesgo a equivocación, seguirá ocurriendo. Ello, en definitiva, porque es un concepto cultural y en consecuencia dependiente de cada momento histórico y de valoraciones políticas.

Desde luego ni en el derecho convencional de extradición ni en el interno se da una definición de delito político, dejando al juicio de la parte requerida calificar como tal a un determinado hecho delictivo. Más aún, tampoco el X Congreso Internacional de Derecho Penal define al delito político en sus resoluciones sobre la extradición.

En la calificación de delitos políticos se han incluido: a) los llamados «delitos políticos puros», considerándose tales aquellos actos dirigidos directamente contra el orden político y sus instituciones fundamentales, sin ningún elemento de delito común y afectando solamente intereses públicos. b) los «delitos complejos» o «delitos políticos relativos», teniendo por tales aquellos hechos configurados conjuntamente por actos contra el orden político y actos constitutivos de delito común, afectando tanto a intereses públicos, como privados. c) los «delitos conexos», esto es, delitos conexos a un delito político, que son aquellos claramente diferenciados de un delito político, bien puro, bien complejo, pero que está estrechamente conectado con él, de modo que sin su comisión no puede realizarse o completarse el delito político propiamente dicho.

A esta clasificación cabe añadirse otros delitos que aún siendo comunes no van a dar lugar a la entrega del reclamado, en razón a su vinculación con situaciones políticas. Son los casos de los delitos cometidos incidentalmente en disturbios políticos y aquellos en los que se basa una solicitud de extradición que, por las circunstancias concretas, deja de manifiesto o entrever que se debe a fines políticos, o a razones de raza, religión o nacionalidad.

La calificación de delito político puede hacerse, por otra parte, bien con un criterio llamado objetivo, analizando los hechos en sí y determinar si constituyen un delito de contenido político, o con arreglo a un criterio subjetivo, es decir, teniendo en cuenta la intencionalidad o motivación en la comisión de los hechos, de esta manera serán delitos políticos aquellos, cualquiera que sea su contenido, realizados con intención o motivo político. Usualmente se conjugan ambos criterios, pues su utilización aislada llevaría a calificaciones incorrectas o injustas, bien por defecto, bien por exceso, en la consideración de un delito como político.

A los efectos de la extradición, aún partiendo del principio de exclusión de la entrega por delitos políticos, se ha tratado de delimitar el alcance de los mismos. Así, a raíz del atentado contra Napoleón III en Bruselas, la ley belga

de 1855 y por primera vez en un convenio, el franco-belga de 1856, se incluye una cláusula, llamada «cláusula belga» o «de atentado» según la cual no se considerará delito político el atentado contra un soberano extranjero o los miembros de su familia, cuando constituya muerte, asesinato o envenenamiento. La cláusula se ha ido posteriormente ampliando incluyendo a los jefes y miembros de gobiernos extranjeros, e incluso a los funcionarios públicos (36), extensión ésta que si por una parte resulta excesiva, en realidad quizá sea innecesaria, pues salvo circunstancias particulares o por aplicación de la teoría de la intencionalidad, los delitos contra tales personas no serían, en general, delitos políticos. También la ampliación se produce con relación a los delitos contra tales personas, entre los que merece destacar los delitos contra su libertad. Sin embargo, en la actualidad la «cláusula belga» se suele recoger en su forma más restringida originaria, referida al Jefe de Estado y su familia (37).

Otro modo de delimitación de los delitos políticos es el que se propone por la llamada «cláusula suiza», establecida en la ley suiza de extradición, de 1892, según la cual no se considerará delito político, aun cuando se invoque motivo político, y podrá otorgarse la extradición, cuando el hecho sobre el que está basada la demanda de extradición es tal, que el carácter de derecho común es predominante.

La más reciente delimitación de los delitos políticos, a efectos de extradición, es la que se hace excluyendo de tal carácter los actos de terrorismo, exclusión que en derecho español se eleva a rango constitucional, art. 13,3. El mayor problema que se presenta al respecto es, precisamente, el de la definición de terrorismo que en buen número de casos no será fácil de abstraer de la delincuencia política, aún prescindiendo del criterio de la intencionalidad, lo que incluso se refleja en convenios específicos para combatir el terrorismo; así, el Convenio europeo de 1977 en el art. 13 deja a salvo la posibilidad de las partes de reservarse el derecho de negar la extradición por las infracciones que se enumeran en el art. 1, como motivo de entrega, cuando las considere como una infracción política o inspirada en móviles políticos (38); y la Convención de la O.E.A., de 1971, que en el art. 6 declara que ninguna disposición de la misma será interpretada en el sentido de menoscabar el derecho de asilo,

(36) Así, p. e., los tratados de España con Argentina, Paraguay y Uruguay.

(37) No obstante, el reciente tratado con la República Dominicana, de 1981, vuelve a incluir en la «cláusula» al jefe de Gobierno y su familia y a «persona constituida en Autoridad».

(38) Vid. VILARIÑO PINTOS, E.: «El Convenio europeo sobre represión del terrorismo», *Revista de Instituciones Europeas*, (R.I.E.), vol. 4 (1977), 2, p. 429.

para cuya concesión, como se sabe, se tienen en cuenta una serie de elementos que se encuentran frecuentemente en los delitos de terrorismo (39).

C) *Delitos militares y fiscales*

Quedan, asimismo excluidos de la entrega las personas reclamadas por delitos militares y, en principio, por delitos fiscales. A tales efectos se entiende por delitos militares, los delitos militares propios, es decir, las infracciones a las reglas del orden y de la disciplina militar, excluyéndose, en cambio los delitos militares impropios, esto es, los delitos comunes cometidos por militares, y, por supuesto, los que éstos hayan cometido por violación de las leyes de la guerra.

Los delitos fiscales, incluyéndose en ellos los delitos estrictamente monetarios no constitutivos de delito común, tradicionalmente no daban lugar a la extradición, sin embargo, debido a la interdependencia no sólo económica en general, sino también específicamente monetaria, y por la importancia que adquiere el delito fiscal, los delitos fiscales no serán ya objeto de exclusión radical, sino que se deja la posibilidad de acuerdo en contrario, sistema éste del Convenio europeo; de esta manera parece abrirse la tendencia a no considerar en absoluto a tales delitos entre los que pueden dar lugar a la denegación de la extradición, ello, claro está, siempre que estén castigados con las penas mínimas que se exijan para la extradición, o sea incorporado en un sistema de enumeración de delitos (40).

D) *Prescripción de la acción o de la pena*

Es constante en el derecho de extradición convencional e interno la exclusión de la entrega del *extraditurus* por haber prescrito la acción para perseguir el delito por el que se le reclama, o la pena a la que se le ha condenado por el mismo. Únicamente no entrará en juego este motivo de exclusión de la entrega, respecto a los crímenes de guerra y de lesa humanidad, al menos, para los Estados parte en el Convenio sobre la imprescriptibilidad de tales delitos, de 1968.

Dos cuestiones han de ser tratadas al respecto, el derecho con arreglo al cual ha de considerarse cumplida la prescripción y el momento en que ésta se produce.

(39) La referencia a los actos de terrorismo, salvo en los tratados específicos, como los multilaterales citados, se hace de forma genérica; en el derecho convencional español sólo se hace una relación —abierta— de delitos de terrorismo en el tratado con la República Dominicana, que reproduce, casi literalmente, los tipos enumerados en el Convenio europeo.

(40) El proyecto de Ley española sobre extradición ya no los incluye como motivo de denegación, frente a la vigente Ley que los mantiene con esos efectos.

El criterio tradicional es prácticamente unánime en establecer la prescripción conforme al derecho del Estado requerido; tal es, evidentemente, la forma más cómoda para este Estado, que es el que ha de determinar si se ha producido la prescripción, para tomar la decisión pertinente sobre la extradición. Sin embargo, en buena técnica jurídica, el derecho aplicable a la prescripción debería de ser el del país de comisión del delito o el del Estado requirente (que por otra parte, como se ha visto coincidirán en la casi totalidad de los casos), cuyo ordenamiento jurídico ha sido el infringido, o, al menos, con arreglo al cual va a ser juzgado o a cumplir sentencia el *extraditurus* y; por lo tanto, la prescripción ha de ser determinada por el mismo ordenamiento.

Actualmente, tanto los tratados como la legislación interna establecen que la prescripción puede considerarse cumplida conforme al derecho del Estado requirente o del requerido. Tal criterio, en la práctica, no va a significar variación alguna respecto al tradicional, pues la decisión, al depender del Estado requerido, será tomada, casi con toda seguridad, de conformidad con el derecho de este Estado, sin preocuparse, muy probablemente, del derecho del requirente.

En cuanto al momento en que se ha de tener por cumplida la prescripción, la situación es bien diferente. El derecho de extradición apenas se ocupa de ello, por lo que se habrá de estar a lo que las normas generales sobre la prescripción de la acción y de la pena del ordenamiento jurídico que ha de aplicarse, digan al respecto. En los casos en que ese momento se establece, se ha fijado, en los viejos tratados, de diversa forma para la prescripción de la acción, como p. e., después de la imputación de los hechos, después de la formación de la causa antes de la condena, sólo antes de la detención del individuo, o antes de ser éste citado ante el tribunal; y para la prescripción de la pena, una vez dictada la sentencia de condena antes de comenzarse a cumplir la pena impuesta.

En las regulaciones más modernas, cabe señalar la del Tratado del BENELUX, que fija como momento a considerar la prescripción de la acción o de la pena, el de la entrega del reclamado; y entre los más recientes, el Convenio hispano-yugoslavo de 1980 y la Convención interamericana de 1981 que prefieren el momento de la presentación de la solicitud de la extradición. Quizá para el derecho de extradición, esta última solución sea la más acertada, pues se ha de referir la prescripción al propio procedimiento de extradición que, una vez comenzado, deberá interrumpir el transcurso de los plazos para la misma.

E) *El principio «non bis in idem»*

Principio elemental de todo proceso penal, es el que prohíbe volver a juzgar a una misma persona por los mismos hechos; enunciado bajo la máxima

non bis in idem, es de aplicación no sólo en el derecho penal interno, sino también en el internacional. En el derecho de extradición la aplicación de este principio conduce a la denegación de la entrega del reclamado, poniendo de manifiesto la validez de todo proceso penal interno.

Tal denegación se producirá: a) cuando el *extraditurus* esté siendo juzgado en el Estado requerido por el mismo delito objeto de la solicitud de extradición; b) cuando por el mismo hecho ya haya sido juzgado, bien absuelto, bien condenado, en el Estado requerido, o se haya sobreesido el procedimiento iniciado contra el reclamado; c) cuando el reclamado haya sido juzgado, por esos hechos, por un tercer Estado.

Los problemas más importantes que pueden surgir para la denegación de la extradición por este motivo, son los que se deriven de la calificación de la identidad de los hechos, que no siempre será fácil de fijar y que puede no ser aceptada por el Estado requirente.

3. Condicionamientos de la entrega

A) *El principio de especialidad*

Una de las más importantes garantías, y probablemente la garantía básica que contiene el derecho de extradición para asegurar al extraditado un trato regular y correcto, respetuoso con sus derechos, es el que se ha denominado «principio de especialidad».

El principio de especialidad significa, en su formulación esencial, la prohibición de perseguir, juzgar o condenar al extraditado por delitos distintos de los que dieron lugar a la entrega, por supuesto, cometidos con anterioridad a la misma, tanto se hubieran o no incluido en la solicitud de extradición. Pero una formulación radical del mismo, sin ningún tipo de excepción, raramente se establece (41); la práctica internacional, tanto convencional como legislativa, es, en cambio, varia en el modo de entender el principio respecto a su alcance y excepciones.

Ante todo hay que señalar que el principio de especialidad no admite excepciones en cuanto a la persecución, juicio o condena por delitos políticos. Respecto a los delitos comunes se admiten, por el contrario, distintas posibilidades para que el Estado requirente pueda conocer de esos delitos.

Tal conocimiento podrá así producirse, cuando el extraditado consienta en ser enjuiciado o condenado por delitos comunes distintos a los que dieron lugar a la entrega; el problema que se plantea, es el de la seguridad de que tal

(41) Por ejemplo, el vigente tratado de España con Paraguay, de 1919.

consentimiento se preste libre y voluntariamente; para ello se ha establecido que el consentimiento se preste antes de la entrega, solución en absoluto satisfactoria, pues, si bien evita las presiones que pueda ejercer el Estado requirente, en el momento de la entrega no se sabe si el Estado requirente pretende juzgar al reclamado por otros delitos comunes, ni cuales serán éstos; otra solución sería la de la presencia de un representante del Estado requerido en el momento en que el entregado haya de pronunciarse sobre su consentimiento, pero esto no es siempre aceptado por el Estado requirente y además puede no ser muy efectivo; la mejor solución es la de exigir la autorización del Estado requerido que se pronunciará sobre la base del conocimiento documental de los nuevos hechos por los que el Estado requirente pretende perseguir al extraditado. En otros casos es sólo el Estado requerido el que ha de prestar o no el consentimiento, sin dar opción al extraditado a manifestarse. Por otra parte, habría que rechazar en cualquier caso la posibilidad de enjuiciamiento por aquellos delitos comunes que, incluidos en la solicitud de extradición, no dieron lugar a entrega, pues, en este caso, ya hay una decisión tomada al respecto.

Estos nuevos delitos comunes de los que el Estado requirente podrá, en su caso, conocer, han de ser, obviamente, de los que puedan dar lugar a extradición, por tanto de los reseñados, cuando se trate de una regulación convencional con sistema de enumeración, pues de lo contrario se ha de requerir previamente el acuerdo de inclusión del delito entre los que pueden dar lugar a extradición, aunque, en la práctica, el consentimiento implicará tacitamente ese acuerdo.

Cosa distinta es la modificación de la calificación del hecho imputado, como consecuencia del desarrollo del proceso; en estos casos, la práctica convencional, que a partir del Convenio Europeo contempla tal situación, acepta que el extraditado pueda ser juzgado, sin necesidad de acudir a autorización alguna, siempre que la nueva calificación sea de un delito de los que hubiese permitido la extradición. Esta diversidad de trato respecto al que se da a los nuevos delitos, no se puede considerar acertada, toda vez que, en definitiva, se está ante un nuevo delito, y la falta de un mínimo control por el Estado requerido abre la posibilidad de procesos indeseables.

Otra excepción que se puede hacer al principio de especialidad, sin intervenir para nada el consentimiento del extraditado ni el del Estado requerido, está en función del transcurso del tiempo, es decir, el extraditado podrá ser perseguido, juzgado o condenado por aquellos delitos anteriores a la extradición, cuando transcurrido un determinado plazo (que varía según las legislaciones y tratados, pero siempre corto, un mes o pocos meses) desde que ha quedado en libertad, no ha abandonado el territorio del Estado o habiéndolo abandonado ha vuelto al mismo. Por generalizada que esté esta excepción, no debería admitirse porque supone obligar a una persona a ausentarse, normalmente, de su propio país y no regresar hasta que hayan prescrito las acciones penales

o penas existentes contra él, lo que significa, en definitiva, una expulsión encubierta de, en la generalidad de los casos, un nacional; además el permanecer o el regresar no puede interpretarse como prestación del consentimiento a ser enjuiciado por los delitos distintos a los que motivaron la entrega, ya que este consentimiento ha de ser siempre expreso, y, en su caso, como se ha visto, necesitar la autorización del Estado requerido.

El principio de especialidad, en un concepto más amplio, debe entenderse que abarca la prohibición de que el entregado sea sometido a tribunales de excepción, revolucionarios, populares o *ad hoc*, completándose de esta manera el sentido y finalidad del principio, sobre todo en cuanto pretende excluir persecuciones por motivos políticos o para la aplicación de leyes de excepción dictadas con finalidad política y que se interpretan con criterios políticos. Incluso el Estado requerido puede valorar como tribunales de excepción, en casos concretos de extradición, los tribunales especiales de fuero, cuando ellos sean los llamados a conocer de delitos cuya competencia sobre los mismos puede ser calificada de exorbitante; caso no infrecuente de los tribunales de justicia militar.

Por último, con relación al principio de especialidad hay que señalar que, en la práctica actual, los Estados parece que desconfían de su eficacia y valor general como tal principio del derecho de extradición, de tal modo, que incluso en los casos en que está recogido en el derecho convencional o interno, el Estado requerido viene exigiendo al requirente garantías formales y específicas de que se respetará y cumplirá el principio de especialidad, con mención expresa, si así fuese necesario, del alcance que se le da a su contenido; y esto no sólo en situaciones delicadas, con mayores riesgos para el *extraditatus*, sobre todo respecto a posibles persecuciones o enjuiciamientos por motivos o delitos políticos, lo que en definitiva sería un explicable reforzamiento y actualización de la obligación general, sino también en los casos «ordinarios» de extradición.

Como manifestación particular del principio de especialidad, puede considerarse la reextradición, es decir, la entrega del extraditado a un tercer Estado que lo ha reclamado por delitos que el Estado requirente no puede conocer en aplicación del propio principio de especialidad. Para que quepa la reextradición será necesaria la autorización del Estado requerido que podrá exigir la documentación sobre la que basa su reclamación el tercer Estado.

B) *La pena de muerte*

Aunque ya conocido en algunos viejos tratados (42), el condicionamiento de la entrega en razón de la pena de muerte que pueda ser impuesta al recla-

(42) P. e., en los de España con Argentina, Colombia, Costa Rica, Guatemala, Perú, Portugal, Uruguay y Venezuela.

mado, es actualmente cuando se va a extender en la práctica convencional y legislativa de los Estados.

Obviamente, el condicionamiento de la entrega sobre esta base, sólo entrará en juego cuando el delito por el que se pide la extradición de una persona, puede ser castigado con pena de muerte, o cuando ya se ha dictado tal sentencia condenatoria, de conformidad con el derecho del Estado requirente. En estos casos el Estado requerido podrá exigir, para proceder a la entrega, las garantías suficientes del requirente de que no se impondrá la posible pena de muerte o de que no será ejecutada si ha sido impuesta, lo que en este último caso supone la solicitud y el correlativo compromiso de la conmutación o indulto de la pena.

La exigencia de tales garantías y el condicionamiento de la entrega a que sean dadas, es una actitud humanitaria que siempre debería pactarse en los tratados y no faltar en la extradición sobre el sistema de reciprocidad; principalmente los Estados que tienen abolida la pena de muerte o que ya no la imponen o ejecutan, deberán sentirse especialmente obligados a mantener tal exigencia en sus relaciones con otros Estados.

Ahora bien, manteniendo la prevalencia que debe tener tal actitud humanitaria, en términos de estricta técnica jurídica no se puede menos que hacer ver la anomalía que significa el compromiso de que la pena de muerte impuesta no sea ejecutada, pues ello significa pactar sobre una prerrogativa exclusiva del Jefe del Estado, como es el indulto, que aunque en la práctica se ejerza a propuesta de los gobiernos, tiene un carácter discrecional.

En este mismo orden de condicionamiento de la entrega en razón de la pena, y con las mismas exigencias que respecto a la pena de muerte, hay, también, que incluir las penas infamantes o degradantes y la privación de libertad de por vida, tal como hace la Convención interamericana, y que en el momento presente no resulta ocioso.

C) *Suspensión de la entrega*

El Estado requerido puede suspender temporalmente la entrega acordada, cuando la persona reclamada esté pendiente de juicio, siendo juzgada o cumpliendo condena en su territorio, por otros delitos. Sin embargo, en caso de que el procedimiento de extradición no interrumpa la prescripción de la acción o de la pena de los delitos que causan la extradición, deberá procederse a la entrega, interrumpiéndose el proceso o condena en el Estado requerido, a no ser, claro está, que pudiera producirse, a su vez, la prescripción de la acción o de la pena de los delitos de los que está conociendo este Estado.

Los procesos civiles contra el reclamado o sus obligaciones de tal carácter, pendientes en el Estado requerido, no deberán dar lugar, en cambio, a la suspensión de la entrega.

D) *La extradición en tránsito*

Aunque no propiamente un motivo de condicionamiento de la entrega, puede considerarse aquí la extradición en tránsito, es decir, el paso de un extraditado por un tercer o terceros Estados desde el Estado requerido al requirente, puesto que si no se cuenta con la autorización del tercer Estado, no podrá llevarse a cabo la entrega o habrá que acudir a otro Estado para el tránsito.

Las características de la extradición en tránsito que en general se recogen en los convenios y en la legislación interna son: la solicitud de tránsito acompañada por la documentación aportada con la demanda de extradición «ordinaria» y que sirvió para acordar la entrega; que se trate de delitos de los que pueden dar lugar a extradición entre las partes que acuerdan el tránsito; que, por lo tanto, esos delitos no sean considerados delitos políticos por el Estado en tránsito; que el extraditado no sea nacional del Estado en tránsito; también se exige, en algunos casos, la presentación del documento que concede la extradición, en estos casos, claro está, la extradición en tránsito no podrá solicitarse en tanto no esté otorgada la extradición «ordinaria».

Cuando el tránsito sea por vía aérea, las disposiciones actuales más generalizadas establecen que, cuando se trate de sobrevolar el territorio, basta con atestiguar la existencia de uno de los documentos que han de acompañar la solicitud de una extradición «ordinaria»; cuando se trate de un aterrizaje forzoso o fortuito, basta con notificar la existencia de uno de los documentos citados; cuando se trata de un aterrizaje previsto se habrá de presentar una demanda regular de tránsito.

Por otra parte, las regulaciones modernas suelen establecer que se evite el tránsito por un país en el que se teme por la vida o libertad del extraditado en razón de su raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas.

III. ASPECTOS FORMALES DE LA EXTRADICION

Bajo esta rúbrica de aspectos formales, se tratarán las cuestiones que se refieren a la tramitación de un procedimiento de extradición o, si se quiere, a las que se refieren, en términos estrictos, al procedimiento específico para el ejercicio de la misma.

Se examinarán al respecto, en primer lugar, la solicitud de la extradición y, en segundo lugar, la resolución de la solicitud.

Sin embargo, antes de entrar en tales cuestiones, conviene hacer una consideración previa en cuanto a las normas que deben regir cada extradición concreta. Esto es, para iniciar un procedimiento de extradición, o para resol-

ver sobre el mismo por el Estado requerido, habrá que tener presente, por obvio que parezca, la vigencia y aplicabilidad de las normas sobre las que ha de basarse la extradición.

Si el sistema que se sigue es el de reciprocidad, regirán las respectivas leyes de extradición vigentes durante el procedimiento de extradición, y éste deberá referirse, dada la irretroactividad de la ley penal, a hechos tipificados como delitos en el momento de su comisión, no en el que se inicia el procedimiento.

En un sistema convencional, la cuestión de la retroactividad de los tratados presenta varios aspectos. Ante todo hay que señalar que sólo está regulada en pocos de los viejos tratados bilaterales, que sí se ocupan de ella los más recientes, y que no la recogen los tratados multilaterales. Por una parte, en cuanto al procedimiento de extradición, se regirá éste por el tratado en vigor al momento de presentar la solicitud, aunque durante el desarrollo del mismo entre otro en vigor.

Por otra parte, respecto a los delitos por los que se puede solicitar la extradición, deberá mantenerse la irretroactividad del tratado salvo que beneficie al *extraditurus*. Es decir, el tratado en vigor no debe ser de aplicación para solicitar la extradición por hechos cometidos con anterioridad a su vigencia, al menos cuando tales hechos no eran constitutivos de delito, o siéndolo no daban lugar a la extradición bien por no estar recogidos en un tratado anterior con régimen de enumeración de delitos, bien por no ser delito o no alcanzar la pena mínima exigida según las legislaciones internas en un régimen convencional de cuantía de las penas, o en un sistema anterior de reciprocidad; en tales casos deberá aplicarse el tratado o sistema de reciprocidad anterior, correspondiente al momento de la comisión de los hechos. Por el contrario, no habrá inconveniente en aplicar el nuevo tratado, cuando conforme a esa regulación anterior que debe aplicarse, también fuese procedente la extradición. Asimismo, se deberá aplicar el nuevo tratado en vigor cuando, de acuerdo con sus disposiciones —cualquiera que sea el régimen de determinación de los delitos por los que cabe la extradición—, no haya lugar a extradición por delitos que al momento de su comisión sí procedía, o por tratarse de hechos que en este tratado ni siquiera son delictivos. Tales criterios deben mantenerse en razón no sólo de una correcta técnica jurídico penal e internacional, sino, y principalmente, por respeto a las garantías jurídicas fundamentales debidas a las personas (43).

(43) No obstante lo expuesto, el Instituto de Derecho Internacional, en sus Resoluciones de Oxford de 1880, se pronunció a favor de la retroactividad tanto de las leyes como de los tratados para los hechos cometidos con anterioridad a su puesta en vigor. Este es también, el criterio que adoptan los tratados españoles más recientes, con México, Yugoslavia y la República Dominicana, frente al criterio contrario y correcto de la irretroactividad que establece el tratado con Estados Unidos de América de 1970 y que es el que se sigue en los pocos viejos tratados que se ocupan

1. Solicitud de la extradición

A) *Presentación de la demanda*

Es general en el derecho de extradición que el documento por el que se solicita la entrega de una persona por un Estado a otro, denominado demanda de extradición, sea presentado por vía diplomática, conociéndose, ya de antiguo, la posibilidad de presentación por vía consular, bien con carácter secundario (44), bien en igualdad de condiciones con la vía diplomática (45).

Los modernos convenios multilaterales, como el Convenio Europeo y la Convención Interamericana, reconocen la posibilidad de presentar la demanda de extradición por vía distinta de la diplomática, si así se acuerda por los Estados, particularmente de forma directa de gobierno a gobierno; en el Convenio del BENELUX esta última es la única vía establecida (46).

La demanda de extradición deberá ser acompañada por una serie de documentos que apoyen y prueben la razón y justeza de la misma. Es general la exigencia del original o copia auténtica del auto o mandamiento de prisión o de procesamiento cuando se trate de la reclamación de un inculpado o de un procesado, o de la sentencia cuando se trate de la de un condenado. En cualquier caso ha de constar la naturaleza y gravedad de los hechos por los que se solicita la extradición y la o las disposiciones aplicables, con indicación de las penas correspondientes, que son los datos que es necesario conocer para poder resolver sobre la petición cursada. También es general, la indicación, en la medida de lo posible, de los datos que sirvan para la identificación de la persona reclamada. Suele necesitarse el acompañamiento de una traducción de los documentos en la lengua del Estado requerido, o por él utilizada en sus relaciones diplomáticas. Por último, la práctica de los Estados y el derecho

del tema (tratados con Colombia, Costa Rica, Cuba, Guatemala, Liberia y Venezuela, e incluso en el de Reconocimiento, paz... y extradición con la República Dominicana, de 1874), a excepción del extinguido con el Reino Unido, de 1878.

La retroactividad, sobre la base del carácter procesal de la extradición y de la aplicación rigurosa y «materialmente injusta del principio de legalidad», es defendida en la más reciente doctrina española por F. BUENO ARUS: «Nociones básicas sobre la extradición», en *Convenios de extradición*, Madrid, 1980, p. 32.

(44) P. e., en los tratados de España con Cuba, Chile y Paraguay, por ausencia de diplomáticos; o en el extinguido con Gran Bretaña, en el de Guatemala y en el de Liberia, para la solicitud de extradición a colonias; o por ambos motivos, como en el tratado con Colombia.

(45) P. e., tratados de España con Argentina y Uruguay.

(46) El actual proyecto español de Ley de extradición, reconoce expresamente la posibilidad de presentación de la demanda, tanto por vía diplomática, como directamente de Ministro de Justicia a Ministro de Justicia.

de extradición reconocen la posibilidad del Estado requerido de pedir ampliación de datos, comprobantes e informaciones adicionales para mejor decidir sobre la demanda de extradición.

B) *Detención del reclamado*

Si la extradición es un medio de cooperación entre los Estados en el ámbito de la asistencia judicial, cuya finalidad es la obtención de la entrega de la persona reclamada, obviamente, para ello, ésta ha de ser previamente detenida. En rigor, por lo tanto, la detención no es necesario que sea pedida en la demanda de extradición, por el Estado requirente, toda vez que el requerido procedera a la misma, a instancia de la autoridad competente, en el momento oportuno.

El momento de la detención, conforme a un orden lógico y cronológico de un procedimiento de extradición, sería aquel en el que el tribunal que conoce la extradición solicitada, deba oír al *extraditurus*, o en un sistema sin intervención judicial y en que no se respete la audiencia del reclamado, aquel previo a la entrega acordada.

Sin embargo, la práctica generalizada, aunque sea por vía de la excepción en caso de urgencia, es la de solicitarse, por el Estado requirente, la detención del *extraditurus* antes de la formalización de la demanda, anunciando la subsiguiente presentación de la misma y la existencia de documentos en su apoyo. La detención preventiva o provisional es así, en la mayoría de los casos, la primera petición que se tramita al Estado requerido en un procedimiento de extradición. Tal petición podrá hacerse por vía diplomática formal o a través de ella utilizando otros medios, como los telegráficos, o bien directamente por los ministerios de justicia o los tribunales competentes, también por cualquier medio urgente; en todo caso, habrá de ser un medio aceptado por el Estado requerido que, en principio, deberá ser de los que dejen constancia escrita, por lo que quedará excluido el teléfono, pero habría que considerarse incluida la informática —aunque mejor sería una referencia expresa en la legislación y en los tratados— cuando con el sistema utilizado quede constancia de la petición, en algún tipo de soporte.

Modernamente, y cada vez más, la detención preventiva se solicita a través de la Organización Internacional de Policía Criminal (INTERPOL), reconocido como medio a utilizar tanto en el derecho convencional como en el interno (47). A este respecto, conviene, sin embargo, señalar, que con gran frecuencia la INTERPOL no actúa sobre la base del anuncio de una solicitud

(47) Así los Convenios Europeo y del BENELUX, el Convenio hispano-yugoslavo y el proyecto de Ley español.

o de una solicitud formal de extradición, sino que son las Oficinas Centrales Nacionales (O.C.N.) de tal Organización, las que en su acción policial y a través de sus sistemas de enlace, informan a la autoridad judicial de la localización o detención de delincuentes que podrían ser reclamados por un procedimiento de extradición, de modo que tal procedimiento se iniciaría, de hecho, por esas Oficinas, o, como se ha denominado, se estaría ante un procedimiento de «pre-extradición» (48).

La regulación de la detención preventiva sólo indirectamente se ocupa, en cambio, del momento a partir del cual se han de contar los plazos para la formalización de la solicitud de extradición, ya que, en realidad, estos plazos son fijados en función de la duración máxima que puede tener tal detención, de modo que si en ese tiempo no se presenta la solicitud formal, se procederá a la puesta en libertad del detenido; por ello, también, cuando se señala el momento en que comienza el transcurso del plazo, éste suele ser el de la fecha de detención del reclamado y no el de la solicitud de la misma, como, p. e. establece la vigente Ley española de extradición.

Otra cuestión a tener en cuenta en la detención preventiva es el de su duración, que quebranta, con mucho (quince, veinte, treinta días y en tratados antiguos hasta tres meses), el límite de las setenta y dos horas generalizado en los Estados respetuosos con los derechos humanos. Sin embargo, la solución no es fácil teniendo en cuenta el tiempo mínimo que puede tardar la formalización de la demanda. En los sistemas procedimentales de extradición con predominio o intervención del poder judicial, cabría facultar al juez, que resulta competente para dictar auto de prisión o libertad condicional, sobre la base del documento cuya existencia ha sido anunciada al solicitar la detención preventiva (49). Cabría, también, configurar esta detención preventiva en casos de extradición, de una manera expresa y general, como una excepción, dentro de una determinada duración, al plazo de las setenta y dos horas. En cualquier caso, el tiempo de detención y/o prisión cumplido por el *extraditurus* debería ser tenido en cuenta por el Estado requirente y descontado de la pena a la que, en su caso, aquel hubiera sido condenado.

C) *Concurso de demandas*

Aunque siguiendo una estricta sistemática, el problema del concurso de demandas debería tratarse dentro de las cuestiones relativas a la resolución de la solicitud de extradición, quizá su consideración en este lugar resulte más

(48) Cfr. GARCIA BARROSO, C.: *INTERPOL y el procedimiento de extradición*, Madrid, 1982, pp. 45-54.

(49) *Vid.* en este sentido, respecto al derecho español, BUENO ARUS, F.: «Principios cardinales...» *cit.*, p. 117.

adecuada, teniendo en cuenta que en tal apartado se expondrán específicamente los sistemas procedimentales.

Es general en el derecho de extradición, tanto convencional como interno, el establecer algún criterio de prelación para la entrega de una persona reclamada por diversos Estados, bien por el mismo delito, bien por delitos distintos. Respecto al primer caso, el criterio tradicional —al que vuelve la Convención Interamericana— es el de entregar al Estado de comisión del delito; pero no es seguido por los Convenios Europeo y del BENELUX, ni por los tratados bilaterales recientes que tratan del mismo modo el concurso de demandas por el mismo delito que por delitos distintos, señalando, sin ningún orden de preferencia, las circunstancias que en cualesquiera de los casos han de tenerse en cuenta para decidir la entrega. En el segundo caso, esto es, cuando se trata de delitos distintos, se mantienen en la actualidad el criterio jerárquico y el «enunciativo». El criterio jerárquico se establece tanto con preferencia por la gravedad del delito, es decir, entregando en primer lugar al Estado que reclama por el delito más grave, como con preferencia por la antigüedad de la demanda, es decir, entregando en primer lugar al Estado requirente que antes haya presentado la solicitud; la primera forma es la seguida por la Convención Interamericana y la vigente Ley española y la segunda la establecida en el Acuerdo de la Liga Árabe.

El criterio «enunciativo» se limita a señalar una serie de circunstancias que deben tenerse en cuenta para efectuar la entrega, pero sin establecer una prelación entre ellas, dejando así libertad de apreciación al Estado requerido; entre estas circunstancias suelen encontrarse la gravedad del delito, la fecha de la solicitud, la nacionalidad del reclamado, la existencia de tratado entre el Estado requerido y los requirentes y la posibilidad de extradición posterior, se incluye, también, el lugar de comisión del delito, cuando se trata de solicitudes por el mismo delito y tal circunstancia no se establece como determinante de la entrega; este es el criterio que se sigue en el Convenio Europeo, el del BENELUX, en los más recientes tratados celebrados por España como son el de México y el de Yugoslavia, y en el proyecto de Ley española de extradición.

2. Resolución de la solicitud de extradición

Los Estados para decidir sobre las demandas de extradición que les son presentadas, acordando o no la entrega del *extraditurus*, siguen un procedimiento específico, más o menos sencillo o complejo, que ha variado históricamente y que también difiere de unos Estados a otros.

El derecho convencional, en general, no se ocupa del procedimiento para la resolución de la extradición (50), dejando al Estado requerido la competen-

(50) La principal excepción son los tratados celebrados por el Reino Unido, *vid.* p. e. el extinguido tratado hispano-británico de 1878.

cia para regular en su derecho interno el procedimiento que ha de seguir a tal efecto. Como se señaló al comienzo de este *Curso*, la evolución del procedimiento constituye uno de los avances en el desarrollo del derecho de extradición al ir incorporando reglas jurídicas en defensa del reclamado y de protección de los derechos humanos fundamentales.

Abandonado el sistema de extradición por concesión graciosa, basado en la *comitas*, el procedimiento para la resolución de una extradición puede ser gubernativo o administrativo, o mixto, gubernativo y judicial, con distintas variantes.

El procedimiento gubernativo o administrativo deja todo el trámite de resolución en manos del poder ejecutivo y bajo su exclusivo control. Este procedimiento presenta el riesgo de un abuso de la discrecionalidad propia de toda acción del ejecutivo y de un exceso de valoraciones políticas; era, sin embargo, el único procedimiento en los comienzos del moderno derecho de extradición; en la actualidad es absolutamente un sistema minoritario y considerado reaccionario.

Frente a este sistema gubernativo no existe un sistema judicial puro, aunque sí distintas modalidades de un sistema mixto en el que el poder judicial interviene con mayor o menor preponderancia para la decisión sobre la extradición solicitada. El sistema belga, vigente aún en Bélgica y otros países, es el que establece por primera vez cierto control del poder judicial en el trámite de extradición, al requerir que los casos de extradición sean sometidos a la consideración judicial; pero sin tener ésta un carácter concluyente ni a favor ni en contra de la entrega; al no ser vinculante para el ejecutivo, éste es el único responsable de la decisión, así como, por otra parte, no cabe ningún tipo de apelación contra la decisión judicial que, en definitiva, no tiene otra función que la de una opinión consultiva (51).

En el denominado sistema anglo-americano, con arranque en el tratado británico-americano de 1842 que incorpora la audiencia judicial en las partes esenciales del proceso de extradición, la decisión del poder judicial es concluyente cuando se rechaza la extradición, y tiene carácter consultivo cuando se concede, pudiendo ser, por tanto, denegada en estos casos por el ejecutivo (52).

El sistema de mayor competencia del poder judicial, considerado, en principio, como un sistema exclusivamente judicial, es el alemán; sin embargo la práctica y la interpretación que se hace comúnmente del derecho alemán considera definitiva la decisión judicial denegatoria de la entrega, pero de efec-

(51) *Vid. SHEARER, I.A.: Op. cit.*, p. 198.

(52) *Vid. Ibidem*, p. 199; es el sistema seguido por los Estados de la Commonwealth y otro buen número de Estados, entre ellos Francia.

to solamente permisivo la decisión favorable a la misma, con lo que se asemeja al sistema anglo-americano (53).

El sistema seguido por España, en la Ley vigente de 1958, es, también, de tipo mixto, pero con intervención, en primer lugar, del poder ejecutivo, el cual, en Consejo de Ministros, acordará que continúe o no el procedimiento en su parte judicial, según estime o no correcta la demanda y el carácter común o político de los hechos en que se basa; una vez que pasa al poder judicial, la decisión de los tribunales, resueltos, en su caso, los recursos a los que el *extraditurus* tiene derecho, es definitiva, tanto sea a favor como en contra de la entrega. Sin embargo, el nuevo proyecto de Ley de 1984, abandona, lamentablemente, este sistema, estableciendo una mayor participación del ejecutivo al intervenir éste de nuevo al final del procedimiento de extradición una vez concluida la fase judicial, pudiendo denegar la entrega en los casos que ha sido concedida, alegando «ejercicio de la soberanía nacional, atendiendo al principio de reciprocidad o a razones de seguridad, orden público o demás intereses esenciales para España» (art. 6); con ello se da un paso atrás en el camino hacia la «judicialidad» del sistema, a favor de la discrecionalidad política.

Por lo que se refiere al contenido de la actividad judicial en cualquier proceso para resolver sobre la entrega en un procedimiento de extradición, en general se considera que debe ceñirse a verificar el cumplimiento exacto del procedimiento de extradición y no, aunque tan sólo sea *prima facie*, a comprobar la culpabilidad del *extraditurus* de los hechos por los que se le reclama, como se hace, en cambio, en el sistema anglosajón, ya que, como quedó indicado, la extradición no es un figura jurídica del derecho penal; en tal sentido es clara la Conclusión X del X Congreso Internacional de Derecho Penal, al recomendar que el Estado requerido deberá limitarse a comprobar las condiciones de la extradición, «debiendo renunciar a examinar la suficiencia de los cargos y la correcta fundamentación de la detención con arreglo a su ley», aunque se admita que la persona perseguida pueda aportar la prueba inmediata del mal fundamento de los cargos alegados (54).

(53) *Vid. Idem*, p. 200. Los sistemas legislativos de los Estados miembros de las Comunidades Europeas, pueden consultarse en PISANI, M. y MOSCONI, F.: *Codice delle leggi di estradizione ed assistenza giudiziaria penale degli Stati membri delle Comunità Europee*, Milán, 1983.

(54) *Vid. VILARIÑO PINTOS, E.*: «El nuevo Tratado de extradición entre España y los Estados Unidos de América», *R.E.D.I.*, vol. XXIII (1970), 4, p. 733-734. El derecho interno español es, también, claro en este punto, al establecer expresamente, tanto en la Ley vigente de 1958, como en el actual proyecto, que no se admitirá más prueba que la que se refiera a las condiciones exigidas, por los tratados o la ley, para la concesión de la extradición.

Ya redactado este *Curso* se publicó la completa monografía de B. PASTOR BORGÑOÑON: *Aspectos procesales de la extradición en derecho español* (Madrid, 1984) que lamento no haber podido consultarla en tiempo oportuno para utilizarla debidamente en este trabajo.

