

ción penal territorial, queriendo extender este privilegio á las personas de la casa que habita. Han añadido que esta inmunidad era precisa al Ministro para asegurarle la independencia necesaria en el ejercicio de sus funciones. Estos autores han creído deber prescindir de la inmunidad absoluta (1), y reconociendo al Ministro como personalmente inviolable en el ejercicio de sus funciones, han admitido que debería hallarse sometido á la jurisdicción penal territorial si abusase del carácter de que estaba revestido hasta el punto de conspirar contra el Estado ó de atentar contra la seguridad pública.

XXIII. Una opinión que nos parece preferible es aquella de otros autores (2), según los cuales no es necesario para asegurar la inviolabilidad del Ministro concederle la inmunidad de la jurisdicción territorial en el caso en que se haga culpable de crímenes. Sin duda puede considerarse como necesaria para asegurar la seguridad personal y la independencia del Ministro y protegerlo contra las violencias; pero concediéndole la irresponsabilidad penal se produciría un atentado contra los derechos de jurisdicción que debe tener la soberanía nacional, y al mismo tiempo una cosa contraria á los verdaderos intereses de la sociedad, de la justicia y del orden social (3).

XXIV. Esta misma doctrina fué enseñada por los antiguos jurisconsultos, que supieron apreciar mejor que nosotros la verdadera naturaleza de este privilegio. Citemos entre otros á Perétius, que después de haber resumido y hecho valer diferentes consideraciones, concluye en esta forma: *Existimo tamen, inspecta juris ratione, in delictis nullam dari fori præscriptionem, sed unumquemque ubi deliquit et reperitur convenire ratione pænæ, cui se delinquendo obnoxium reddidit, nec*

(1) Compar. Merlin, rep. vº. *Minist. público*, sect. 6º, núm. 6.—Barbeyrac, nota 2º al núm. 3º del § 4º, cap. 18, lib. 2º de Grotius y su nota sobre Bynkershak ya citada.—Tomasius, *Jurisprud. div.*, lib. 3º, cap. 9º, § 35.—Burlamaqui D'Aguesseau, *sobre la Jurisdicción real*, t. 5º, p. 248-49, 327-28.

(2) Es digna de leerse la interesante disertación de Henri Cocceius citada por su hijo Samuel, que admite la misma doctrina en su libro titulado *Jus civile contro, versum*, lib. 50, tit. 7º, *De legationibus quæsti*, 3º, t. 2º, p. 749.—Bouchel, *Bibl. du Der. franc.*, vº. *Ambassadeur*.—Vera, *Tratado del perfecto Embajador*, núm. 45.—Mæslar, *Legatus*.—Armaeus, *De jure publico*, t. 2º, disc. 21, núm. 48.

(3) Peretii Praelectiones in Codicem, lib. 10, tit. 63, núm. 10.

*enim ab accusatione immunes legatos præstat legationis dignitas quam reatu excluderunt, ne beneficium ipsis præstitum incipiat esse iniquum et vergat in principis et populi, ad quem mittuntur detrimentum. Ideo legati Romæ existentes ex delictis in legatione commissis coguntur judicium ibi subire, ne illis aut eorum domesticis sit impune delinquere, et liberè recedere eo quod nihil pænæ metuant* (1).

XXV. De lo que acabamos de decir y demostrar resulta que la independencia de los agentes diplomáticos en el ejercicio de sus funciones descansa sobre principios racionales, pero que en aquello que se refiere á los crímenes, de que podrían hacerse culpables en el lugar de su residencia, deberán ser juzgados por los Tribunales locales. La ficción jurídica de la ex-territorialidad no podría tener por efecto establecer un hecho contrario á la verdad y hacer considerar como ausente á alguien que vive efectivamente en medio de nosotros. Desde luego, si el Soberano del Estado representado quisiera evocar el derecho de juzgar á su agente diplomático, que se hubiese hecho culpable de un crimen, y pidiese su extradición, á esta exigencia se podría oponer una negativa (2).

XXVI. No admitimos sino una excepción en el caso de delitos cometidos en el ejercicio de las funciones públicas, y por consiguiente directamente enlazados con los derechos del Estado que representan. Supongamos, por ejemplo, que el Ministro haga uso en su interés personal de documentos diplomáticos, ó que se apropie indebidamente valores ó títulos confiados á su custodia. En este caso el Estado que representa debería pedir y obtener su extradición por ser el más directamente interesado en castigarle. En este sentido se resolvió la cuestión entre Francia é Italia respecto á un italiano encargado del despacho de los negocios en la oficina de un Cónsul residente en

(1) Compar. Legraverend. t. 1º, cap. 1º, sect. 7º, § 1º. *Tratado de legislación criminal*.—Ortolan, *Elementos de Derecho penal*, núm. 508 y siguientes.—Faustin-Hélie, *Instruction criminel*, t. 2º, § 127.—Mangin, *Acti publici*, núm. 79 y siguientes.—Pinheiro Ferreira, *Derecho de gentes*, t. 2º, § 50.—Calvo, *Derecho internacional*, § 159 y siguientes.—Leroy, *De las legaciones y embajadas*, p. 73.—Morin, *Leyes relativas á la guerra*, t. 1º, núm. 18.

(2) Ariia, *Los pactos de extradición*, p. 22.



un puerto de Inglaterra, que se apoderó del dinero de la caja y se refugió en Francia. En este caso se fundaba la petición de extradición, que fué concedida al Gobierno italiano, en la extraterritorialidad de las funciones consulares (1). No admitiendo este motivo, sin embargo, debemos decir que lo que entonces se resolvió nos parece aceptable, y que en efecto el Estado que confiere los empleos públicos tiene en primer término el derecho de castigar á los empleados que abusen de la autoridad que les ha confiado.

XXVII. En cuanto al derecho que puede tener la soberanía territorial para buscar y detener á los criminales refugiados en la residencia de un Ministro, es fácil comprender que no seguimos la opinión de los autores que quisieran hacer de esta casa un Estado dentro de otro Estado. Los que así piensan han intentado demostrar que si la casa habitada por el Ministro puede ser objeto de una pesquisa, no sólo se expondrá con esto dicho funcionario á vejámenes, sino que se autorizará el registro de sus papeles y la violación de los secretos diplomáticos. Nos parece que estas razones y otras análogas que se hacen valer con este motivo no pueden en realidad tener otro alcance que la conclusión de que si la morada del Ministro debe ser especialmente protegida y respetada, es sólo en la medida necesaria para dar á este funcionario la independencia y seguridad necesarias para el cumplimiento de la misión que le está confiada. Admitido que el Ministro convierte su casa en asilo de un criminal, y que invitado á entregar á este individuo rehusa, ¿se pretenderá que las necesidades públicas de la justicia deben sacrificarse al respeto de la ficción jurídica de la extraterritorialidad? Los derechos de jurisdicción de la soberanía territorial, en todo su territorio, son inviolables y absolutos, y no es cosa de que se disminuyan para que prevalezca la excepción (2).

XXVIII. Sin embargo, se debería tener en consideración

(1) Compar. Trebutien, *Derecho criminal*, t. 2º, p. 121.—Pinheiro Ferreira, *Derecho de gentes*, § 50.—Haus, *Derecho criminal*, núm. 182.—Mangin, *Act. públiq. t. 2º*, núm. 82.—Faustin-Hélie, *Tratado de la instrucción criminal*, t. 2º, § 124.—Calvo, *Derecho internacional*, § 523.—Pradier-Fodéré, *Notas sobre Vattel*, lib. 4º, c. 9º.—Pessina, *Derecho penal*, t. 1º, p. 167.

(2) *Acción pública*, núm. 82.

la alta dignidad de que se encuentra revestido dicho Ministro, y darle testimonio de las mayores consideraciones ántes de proceder á una visita domiciliaria, de modo que se aclararan todas las dudas que pudieran existir, tanto sobre la grave necesidad que habia motivado dicha medida, como sobre la moderación con que habia sido ejecutada. También, aparte del caso de medidas dirigidas á impedir una evasión, y que pueden tomarse inmediatamente, pensamos que debería ser obligatorio para las Autoridades locales dirigirse al Ministro de Negocios extranjeros para obtener su autorización, y avisar al Ministro extranjero mismo para que considerara bien la situación, y si creía deber obstinarse en no condescender á las investigaciones de las Autoridades judiciales, pudiera poner en lugar seguro sus papeles diplomáticos.

Después que todo esto haya tenido lugar, creemos que las Autoridades delegadas para ello pueden comenzar la visita domiciliaria, y añadiremos además que cuando en interés de la tranquilidad del país y del público fuera necesario obrar prontamente y sin demora, las Autoridades locales deberían hacerlo sin esperar la autorización del Ministro de Negocios extranjeros. Así, por ejemplo, si un malhechor perseguido por el clamor público se escapase de manos de la fuerza armada, refugiándose en el palacio de un agente diplomático, pensamos, apoyándonos en la autoridad de Mangin (1), que para acallar los clamores é impedir desórdenes más graves, los agentes podrán perseguirle y detenerle en el palacio mismo.

XXIX. De lo que acabamos de decir se desprende que las Autoridades locales deben conocer de los delitos cometidos en el palacio del Ministro, aún en el caso en que los acusados fuesen ciudadanos del Estado que aquel representa. Por lo demás, no es conforme á la razón ni al derecho que una soberanía extranjera administre justicia en un edificio construido en el territorio del Estado (2).

(1) Compar. Cass. francesa, 13 Octubre 1835, aff. Nikitschenkoff, y 11 Junio 1852, aff. Salvatori, Pal., 1866, p. 51, y 1852, t. 2º, p. 57.—Calvo, *Derecho internacional*, § 533 y siguientes.

(2) Compar. Haus, *Curso de Derecho criminal*, núm. 449.—Ortolan, *Elementos de Derecho penal*, núm. 939.



XXX. Nos falta decir una palabra acerca de los delitos cometidos en el lugar en que un ejército extranjero se encuentra acampado ó en cantones con consentimiento del Soberano territorial. En lo que se refiere á los delitos puramente militares y á los delitos de derecho comun cometidos en el perímetro de las operaciones del cuerpo de ejército por los individuos que forman parte de ella, la jurisdiccion del Estado á que el ejército pertenece debería prevalecer, porque, en efecto, el Estado existe moralmente allí donde se encuentra la fuerza militar que le representa, y desde luégo puede considerarse como ocurrido en su territorio todo aquello que tiene lugar allí donde su ejército se encuentra acantonado. En cuanto á los delitos cometidos fuera del perímetro de las operaciones del ejército, ya sea por los soldados contra sus compañeros de armas, ya sea contra los habitantes, la jurisdiccion territorial del Estado no puede discutirse, porque no hay para qué suponer que el Soberano que ha dado la facultad de pasar por su territorio á un ejército extranjero, haya renunciado tácitamente por este hecho á toda jurisdiccion penal sobre los soldados que le componen cuando se hagan culpables de delitos en su territorio (1).

Puede tambien suponerse el caso de que el soldado que ha cometido un delito pueda unirse á su cuerpo de ejército ántes de ser arrestado por la jurisdiccion territorial. Si en este caso la Autoridad militar creyese preferible juzgar el delito en consejo de guerra, no sería oportuno solicitar la entrega del detenido, porque se debe en efecto considerar como suficiente para proteger los intereses de la sociedad una represion inmediata más rigurosa que aquélla que podría cumplir la jurisdiccion territorial. Si por el contrario el soldado que hubiese cometido un delito de derecho comun en el perímetro ocupado por el ejército, se refugiase en el territorio del Estado y fuese reclamado por la Autoridad militar para ser juzgado por el Consejo de guerra, debería ser entregado mucho más en nuestro sen-

(1) Compar. Calvo, *Derecho internacional*, § 547.—Faustin-Hélie, *Instruc. criminel*, t. 2º, § 126.

tido, cuando creemos que no sería cuestion de considerar esta entrega como una extradicion, si el arresto se produce inmediatamente en la localidad misma, en que el cuerpo de ejército estaba acantonado, aún fuera del perímetro que ocupara. Esta entrega debería más bien considerarse como un acto de policía basada en la presuncion de que el Soberano que ha concedido el delito, ha querido al mismo tiempo asegurar el respeto á las leyes que tienen por objeto el mantenimiento de la disciplina, y no ha querido que los soldados se viesan privados de sus jefes naturales (1). Pero en el caso de que el soldado se refugiase en el interior del Estado, no debería ser entregado sino á consecuencia de una peticion regular de extradicion. El caso se ha presentado en Italia en 1865, época en que un cuerpo de ejército francés ocupaba el territorio romano. Un sargento, después de haber cometido un robo y una falsedad en escritura pública, desertó, refugiándose en territorio italiano. El Gobierno francés solicitó la extradicion de este individuo, que fué concedida y motivada en la forma siguiente: «Aunque respecto al sargento S... no hay procedimiento comenzado en Francia, se encuentra acusado por la Autoridad competente y segun las leyes de su país, precisamente como si esta acusacion se hubiera planteado en territorio francés. En efecto, contra él se ha producido un mandato de detencion por el oficial del Consejo de guerra del ejército imperial de ocupacion en Roma, consejo cuyos jueces están sometidos á la apreciacion del Tribunal de casacion francés como todos los demás Consejos y Tribunales del Imperio. Por esta causa no podrá rehusarse la extradicion de S... sin otro fundamento que si el documento del cual resulta la inculpacion que se le atribuye, no ha sido redactado materialmente en territorio de Francia (2).

XXXI. En cuanto á los delitos cometidos en los países ex-

(1) Véase Arlia: *Los pactos de extradicion*, p. 281.

(2) Véase el tratado de 6 de Octubre de 1825 en la coleccion titulada *Tratados públicos de la Real Casa de Saboya*, t. 4º, p. 555, y los tratados de 24 de Setiembre de 1862, 25 de Agosto y 26 de Octubre de 1838 en la Coleccion titulada *Raccolta dei Trattati del Regno d'Italia*.



tranjeros, en que los Cónsules en virtud de las capitulaciones tienen jurisdicción en materia penal, hay que referirse á esas mismas capitulaciones y á la costumbre para saber cómo debe ejercerse la represión de tales delitos.

XXXII. Nosotros descartamos toda discusión acerca de las causas que han motivado un estado de cosas tan excepcional. Nos contentaremos con hacer constar que nuestros Cónsules están autorizados para detener, juzgar y castigar á los italianos, que cometan delitos en Turquía, en los países de Africa y de Levante sometidos á Turquía, en Marruecos, en Persia, en el Japon, en la China y en el reino de Siam (1). Desde luego si un criminal originario de otro país fuese á refugiarse en este Estado, no sería necesario pedir su extradición por la vía diplomática. La Autoridad judicial podría contentarse con dirigirse á nuestro Gobierno y solicitar que en virtud de la orden de arresto ó de la sentencia condenatoria, el reo sea detenido por el Cónsul, y además, en caso de urgencia, los procuradores generales y los procuradores del Rey podrán dirigirse directamente á nuestros Cónsules, á excepcion de los Principados Danubianos, é invitarles á proceder á la detención del individuo que les pertenece, siempre que se trate de un delito de derecho comun y no de un delito político ó simplemente militar. En todos los casos estos Magistrados deberán avisar al Ministro de Justicia en la inteligencia de que al proceder al arresto el Cónsul deberán conformarse con las costumbres, y dirigirse á las Autoridades locales, si no tiene autorizacion especial para llevar á su servicio fuerza armada (2). Harémos observar por último, que si un italiano justiciable por nuestros Tribunales consulares se refugiasse en el territorio de una nacion distinta, nuestro Gobierno podrá válidamente solicitar su extradición.

(1) Los distritos en que los Cónsules italianos tienen jurisdicción en materia penal sobre los nacionales son los siguientes: *En China Canton, Shandgai, Tien-Tsing; Japon, Yokohama, Hakodad; Marruecos, Tanger; Persia, Rescht; Reino de Siam Bangkok, Turquía, Constantinopla, la Canné, Janina-Scutari (Albania), Ronstchouck (Bulgaria), Salónica (Rumelia), Sarajevo (Bosnia), Alep-Beirouth-Damas (Siria), Jerusalem, Larnaca (Chipre), Smyrna (Anatolia), Trebisonda, Tripoli (Berberia), Egipto Alejandria, y el Cairo Túnez, Tunes, Rumania, Buckarest, Galatz, Servia, Belgrado.*

(2) Carrara, Programma, § 150.

Esta medida tendrá por objeto la entrega del reo en manos del Magistrado competente para juzgarlo, y así se ha practicado respecto de Austria en 1875. El Gobierno italiano concedió á este país la extradición de un tal Nicolás Cusma, súbdito austriaco, que se habia hecho culpable de los delitos de estafa y abuso de confianza en Alejandria de Egipto.

XXXIII. En cuanto á los delitos comenzados en un país y consumados en otro, el derecho de someter á su autor á las leyes penales de uno ú otro Estado, y la competencia del Magistrado en los casos en que no sean aplicables los principios, que afirmaremos en el capítulo próximo, deberá estar determinada segun las reglas siguientes: como la ley penal tiene por principal objeto la defensa jurídica, la represión penal pertenece al Estado sobre el territorio en el cual la ley ha sido violada. En el caso de un delito comenzado en un territorio y consumado en otro, el derecho de represión y la jurisdicción penal pueden pertenecer á cada uno de los Estados en el territorio de los cuales haya tenido lugar uno de los actos constitutivos del delito, siempre que este acto sea por sí mismo capaz de una represión penal. Para resolver en la práctica esta cuestion es necesario distinguir entre los diversos elementos del delito y tomar en consideracion la ley penal en vigor en el territorio en que cada uno de dichos actos constitutivos del delito se ha producido. Se pueden en efecto distinguir en un hecho delictuoso los actos preparatorios, los actos de ejecucion y los actos de perpetracion. En la hipótesis de que estos actos hayan pasado sucesivamente en territorios distintos, el derecho de represión penal y la jurisdicción dependen completamente de la cuestion de saber si se puede ó no se puede atribuir á estos actos el carácter jurídico de delitos. Ahora bien; como enseña exactamente Carrara (1), «la esencia del delito propiamente dicho consiste en la violacion de un derecho protegido por la ley,» y desde luego es claro que el hecho come-

(1) Llamamos verdadera ejecucion á la del delito, y no á la del proyecto criminal. Desde luego no se puede considerar como verdadera ejecucion el hecho de cargar el arma con intencion de matar, sino únicamente como ejecucion del proyecto criminal y como acto preparatorio.



tido en un país dado, no puede, aunque se refiera al hecho delictuoso, servir para legitimar el derecho represivo sino en el caso en que constituya una infracción de las leyes vigentes en aquel país.

XXXIV. Una vez admitida esta regla como doctrina cierta, que puede servirnos para determinar cuándo comienza á nacer el derecho de represión y de jurisdicción penales, es claro que cuando el agente del delito ejecute en un país dado los actos preparatorios de este delito, esto no bastará para hacer competentes á los Tribunales de aquel país, porque el acto preparatorio no constituye por sí solo la entidad jurídica, que se llama delito por una razón doble: 1º Porque no es suficiente para demostrar siempre la intención de ejecutar el delito; y 2º Porque aún supuesta tal intención manifestada, bien confidencialmente, bien por acuerdos ó excitaciones, no siendo el acto preparatorio un comienzo de ejecución, no realiza la concepción jurídica del delito y no tiene en efecto por resultado la violación de un derecho protegido por la ley. Cuando por el contrario el acto ejecutado en un país cualquiera es de tal naturaleza, que conduce irrevocablemente á la perpetración del delito, y se ha ejecutado por el agente con plena voluntad, el derecho de represión penal pertenece al Estado en cuyo territorio el acto ha tenido lugar, aún en el caso en que el delito debiera cometerse en un territorio sometido á otro Soberano. La razón de ello es que la verdadera ejecución (1), que comienza cuando comienza la realización del acto irrevocablemente contrario á la ley que protege el derecho violado, es en sí misma un delito.

XXXV. Es evidente que cuando los actos de perpetración deben tener lugar en otro territorio, el derecho de represión penal pertenece con mayor razón á la soberanía del país, en que el delito debia ser y ha sido consumado.

Es igualmente claro que así como los actos de ejecución cumplidos por el agente del delito con una voluntad explícita, los actos de perpetración que hacen completa la violación del derecho atacado, responden á la concepción jurídica del delito,

(1) Carrara, Programma, § 328.

y son por su naturaleza indivisibles. Desde luego la represión penal y la competencia relativas al hecho criminal entero pertenecen á una ú otra de las dos soberanías, según que una ú otra tenga en su poder al criminal.

Por lo demás, en los casos restantes el derecho de la soberanía del lugar en que el delito ha sido consumado, debe prevalecer siempre.

