

de donde nace el deber social de la represión y de la protección jurídica. La única cosa que conviene poner en claro, es averiguar cuándo el derecho de la parte que pide la extradición debe considerarse como fundado; y cuándo la obligación de entregar al fugitivo puede ser en ciertos casos limitada por consideraciones particulares. Sería necesario para esto determinar los principios que deberían servir de base á las reglas internacionales en materia de extradición.

## CAPITULO V

### Condiciones de las que debiera depender la legitimidad de la extradición.

282 (315 de la edición francesa.) Objeto del presente capítulo.—283 (316 de id.) La extradición es generalmente considerada como un acto administrativo.—284 (317 de id.) Nuestra opinión es diferente.—285 (318 de id.) Conviene admitir el arresto provisional del fugitivo.—286 (319 de id.) Cómo debería hacerse la demanda de este arresto.—287 (320 de id.) Observaciones sobre los documentos en su apoyo.—288 (321 de id.) Inconvenientes constatados en Bélgica.—289 (322 de id.) Nuestra opinión.—290 (323 de id.) Práctica general.—291 (324 de id.) Condiciones á las que debería subordinarse el arresto provisional.—292 (325 de id.) Demanda de extradición y documentos justificativos.—293 (326 de id.) Atribuciones de la autoridad administrativa y de la autoridad judicial.—294 (327 de id.) Crítica de la práctica actualmente en vigor.—295 (328 de id.) Opinión de Prevost-Paradol.—296 (329 de id.) Nuestra opinión.—297 (330 de id.) A qué está obligado el Magistrado llamado á examinar la demanda.—298 (331 de id.) Necesidad de asegurar la competencia del Juez que reclama el fugitivo.—299 (332 de id.) Cómo debería ser determinada la naturaleza del delito.—300 (333 de id.) Naturaleza de la pena.—301 (334 de id.) De la retroactividad de los tratados.—302 (335 de id.) De su aplicación en el caso de anexion del territorio en que ha sido cometido el delito.—303 (336 de id.) Otros puntos dignos de exámen.—304 (337 de id.) Influencia de la prescripción de la acción penal y de la pena.—305 (338 de id.) Ley, según la cual debe ser determinada la naturaleza del delito, en tanto que tiene por efecto influir sobre el tiempo requerido para la prescripción.—306 (339 de id.) De qué prescripción podría prevalerse el condenado por contumacia.—307 (340 de id.) Exámen de la culpabilidad presumida de la persona cuya extradición se reclama.—308 (341 de id.) En qué casos podría rehusarse la extradición por motivos de orden público.—309 (342 de id.) El prevenido debería ser admitido siempre á su defensa.

282. (315 de la ed. franc.)—Hemos demostrado en el capítulo anterior que la extradición debería ser la aplicación más extensa de la penalidad, en interés de la gran familia de los pueblos civilizados, es decir, una ley de procedimiento internacional dirigida á conducir al criminal delante de su juez natural. Fáltanos determinar las condiciones de que debe depender la legitimidad de la extradición.

A primera vista, parece que esta cuestión sea únicamente del dominio del derecho interno, porque sólo según sea la ley nacional se pueden determinar los casos en que un Gobierno

puede requerir ó acordar la extradición. Sin embargo, importa observar que estando admitido que la extradición de los malhechores es una obligación jurídica internacional, se deben investigar las condiciones legales á que debería hallarse subordinada esta obligación.

283. (316 de la ed. franc.)—El sistema que predomina en diferentes países, y según el cual se considera la extradición como una medida de alta administración propia exclusivamente de las atribuciones del Gobierno, está lejos de ser lo que debe desearse bajo el punto de vista de las garantías que se deben á la libertad. En efecto, dar á los agentes del poder ejecutivo la facultad de apreciar el valor de la demanda hecha por un Gobierno extranjero, autorizarles á ordenar el arresto del individuo requerido, y á ponerlo en manos de la justicia extranjera, es hacer la más grave confusión de los derechos y de los deberes de la soberanía, y llegar á la violación más manifiesta de la dignidad y de la libertad del hombre.

284. (317 de la ed. franc.)—Al sostener que la extradición debe ser una ley de procedimiento internacional no hemos tratado de limitarnos á respetar esa tradición errónea. Por el contrario, una cosa esencial en nuestro sistema, es que la autoridad judicial no siga siendo extraña á la extradición. Cómo en efecto, admitir que una sentencia emanada de la autoridad de otro país, y en virtud de la cual se requiere proceder á uno de los actos ejecutorios más graves, la detención de una persona, puede ser considerada como eficaz para este efecto, sin la intervención del Juez?

Sin embargo, es preciso determinar cuál debería ser no sólo la tarea del juez, sino también la de los Gobiernos.

Comenzaremos por distinguir las medidas urgentes y provisionales de las medidas definitivas, la demanda de extradición y su ejecución, del juicio que tendrá por objeto permitir los actos ejecutorios.

285. (318 de la ed. franc.)—El arresto provisional del acusado es una medida preventiva necesaria para impedir la evasión del culpable, ántes que la instrucción y el procedimiento de la demanda y de la concesión de la extradición, hayan podido ser terminadas. También debería estar permitido al

Gobierno pedir la detención provisional del fugitivo de una manera más expedita, y hasta por despacho telegráfico.

286. (319 de la ed. franc.)—Ciertos autores quisieran que semejante disposición pudiese ser provocada directamente por la autoridad judicial. En cuanto á nosotros, creemos más fundada la opinión de aquellos que prefieren la vía diplomática. Con este modo de proceder, el Gobierno al cual se ha solicitado el arresto, no podría suponer que se trata de una precipitación deplorable; por otro lado, el Estado que hubiese provocado esta medida asumiría la responsabilidad.

Sin embargo, sería oportuno admitir como regla la facultad dejada al Gobierno de dirigir la demanda á la autoridad judicial ó administrativa, en lugar de hacerlo al Ministro de Negocios extranjeros. Se evitaría así un retraso peligroso y considerable, si se tratase de una demanda de arresto de un malhechor refugiado en una colonia muy alejada de la madre patria. La autoridad judicial debería decidir el arresto, y avisar enseguida á su propio Gobierno, trasmiéndole un informe en que estuviesen indicados los motivos del cumplimiento de esta medida, ó de su inejecución, cuando no pudiera ser efectuada.

287. (320 de la ed. franc.)—Los jurisconsultos no concuerdan respecto á los documentos que deben enviarse en apoyo de la demanda de arresto, lo mismo que en cuanto á la autoridad competente para ordenarla. Por lo demás, la práctica establecida por los tratados no es constante (1). No ocul-

(1) Los principales puntos controvertidos son los siguientes: 1º La demanda de arresto provisional debe ser hecha por la vía diplomática? 2º ¿Debe considerarse como necesaria la producción del mandato de arresto discernido por el Magistrado competente en el país que hace la demanda? 3º Puesta en ejecución de la demanda, ¿debe ser obligatoria ó facultativa para el Gobierno al cual se dirige?

En Italia, aparte del derecho de espulsar del reino á los extranjeros declarados vagabundos, punto regulado por el art. 439 del Código penal, el arresto provisional de un fugitivo, sobre la demanda de un Gobierno extranjero, está formulada en las convenciones en vigor con Austria, art. 10; con Bélgica, art. 10. con el Brasil, art. 5º; con Costa-Rica, art. 10; con Dinamarca, art. 9º; con Francia, art. 5º, con el imperio de Alemania, art. 8º; con Inglaterra, art. 12; con Grecia, art. 12; con Guatemala, art. 10; con Honduras, art. 10; con el Luxemburgo, art. 10; con San Marino, art. 9º; con el principado de Módena, art. 10; con los Países Bajos, art. 3º; con el Perú, art. 10; con Portugal, art. 2º, § 2; con Rusia, art. 10; con la República de San Salvador, art. 10; con España, art. 10; con Suecia y Noruega, art. 11; con Suiza, art. 10.

En todas las convenciones precitadas se dispone que la demanda debe ser he-

taremos que el hecho de admitir que una persona pueda ser privada de la libertad, en virtud de una simple demanda de la autoridad extranjera, puede en práctica, ser causa de inconvenientes muy graves. Es preciso también considerar que en ciertos casos la ley del país en que el culpable se ha refugiado podría proteger al fugitivo como igual de un ciudadano, y oponer un obstáculo insuperable á la detención de aquel individuo sin un mandato de arresto regular. También en ciertos tratados, la trasmisión por la vía diplomática del mandato de arresto se impone como condición del arresto provisional (1). Por otra parte, es más fácil comprender que exigiendo no so-

cha por la vía diplomática. Con Bélgica, Francia y el Luxemburgo, se ha convenido que la demanda podrá ser dirigida á la autoridad judicial ó administrativa, en lugar de hacerla al Ministro de negocios extranjeros. Con San Marino está admitido que no solamente la autoridad judicial, sino también la autoridad administrativa de las localidades limítrofes, puede pedir el arresto.

Está, por otra parte, convenido, que el arresto provisional puede ser pedido por la notificación de la existencia, sea de un mandato de arresto, sea de una sentencia condenatoria, sea de un acto de acusación bajo la obligación de presentar en tiempo oportuno el documento en que se ha anunciado la existencia.

El arresto provisional, es, por lo demás, facultativo de parte del Gobierno al cual es pedido. En efecto; en casi todas las convenciones citadas, la cláusula á él relativa, es del tenor siguiente: «*En caso de urgencia, y particularmente cuando hay peligro de fuga, cada uno de los dos Gobiernos podrá demandar y obtener por una vía más directa y aún por el telégrafo, el arresto del condenado ó del prevenido, en virtud de una condena, de un acto de acusación ó de un mandato de arresto, á condición de presentar en el más breve plazo posible el documento en que se anuncia la existencia.*»

Sin embargo, según los términos de la convención con Grecia, el arresto provisional es obligatorio, porque en ella se lee: «*En caso de urgencia, el arresto del individuo perseguido será efectuado sobre aviso, etc.*»

En las convenciones con Bélgica, Francia y el Luxemburgo, el arresto provisional es declarado obligatorio solamente en el caso en que la demanda es dirigida por la vía diplomática al Ministro de negocios extranjeros. En efecto; en las convenciones celebradas con Bélgica y el Luxemburgo se dice: «*art. 10. El extranjero será arrestado provisionalmente.*» «*Y en la celebrada con Francia está escrito art. 5.º.*» «*El individuo deberá ser arrestado preventivamente.*» Pero cuando la demanda es dirigida á la autoridad judicial ó administrativa, el arresto es declarado facultativo; sin embargo, está prescrito á estas autoridades el proceder sin plazo al interrogatorio y á las investigaciones necesarias y de rendir en seguida cuenta al Ministerio de negocios extranjeros de los motivos que han podido impedir proceder al arresto.

(1) En Francia, según los términos de los convenios de extradición concluidos hasta 1854, se exigía para el arresto provisional la producción del mandato de arresto de la autoridad judicial del país que hizo la demanda. En las convenciones posteriores concluidas con el principado de Lippe el 11 de Abril de 1854, se consagra la regla, de que el arresto provisional podía ser obtenido ante la producción de documentos judiciales y sobre el simple aviso de su existencia.

lamente la demanda, sino también el mandato de arresto, que se ha transmitido por la vía diplomática, se llega á favorecer al fugitivo, que tiene todo el tiempo necesario para ponerse al abrigo de persecuciones con el fruto de sus rapiñas, y para sustraerse á la jurisdicción de los Estados de Europa.

288. (321 de la ed. franc.)—Sucedia frecuentemente en Bélgica, cuando la ley de 1833 estaba en vigor, que siempre que la demanda con los documentos judiciales en su apoyo llegaba con algun retraso, las personas señaladas oficialmente como criminales, se embarcaban en Ostende ó en Amberes, sin que las autoridades de este país hubiesen podido impedir á esos felices viajeros sustraerse con su botín, á los rigores de la ley, y marchar á países lejanos á gozar tranquilamente del fruto de sus robos.

En la ley de 1868, se modificó la disposición de la ley de 1833, relativa á esta materia, y para no hacer ilusoria la medida del arresto provisional, se dispuso que podría tener lugar por mandato de prisión dictado por el Juez de instrucción del lugar de la residencia ó de la mansión temporal del prevenido, mandato susceptible de ser motivado por el aviso oficial transmitido por las autoridades del país en que el delito se hubiese verificado (1).

289. (322 de la ed. franc.)—Una regla preferible y más conforme al fin que se persigue, es que para obtener el arresto provisional, debería bastar á un Gobierno conocer la existencia del mandato de arresto, y la naturaleza del delito y dar las señas del prevenido. El Gobierno así requerido debería acoger la demanda sin exigir ninguna otra formalidad. Dejando á este Estado libre á su antojo de hacer ó no hacer la detención, se llegaría á legitimar lo arbitrario: exigiéndole la facultad de pedir las pruebas jurídicas de la culpabilidad presumida para proceder al arresto con conocimiento de causa, se dá al criminal requerido el tiempo necesario para huir, porque las pruebas jurídicas no podrían resultar sino del exámen de los actos judiciales, y hemos demostrado cuán peligroso sería el retraso producido por el hecho cuya llegada se quería esperar.

(1) Véase Nyples: *Pasinomie*, 1868, p. 83.

290. (323 de la ed. franc.).—En el estado actual de las cosas, estando regida la detencion provisional por los tratados, es seguramente facultativa, cuando se pide con ocasion de un delito no previsto en el convenio. Lo mismo sucede cuando no ha sido declarada obligatoria ante la simple demanda que se ha hecho en virtud del tratado existente (1).

291. (324 de la ed. franc.).—La detencion provisional es una medida preventiva destinada á hacer imposible la fuga del reo durante el proceso, y á dar el tiempo necesario para formular una demanda regular de extradicion. Desde luégo, es evidente que en todos los casos debe limitarse al tiempo necesario para la remision de la demanda regular. En esta materia, convendria tener en cuenta la distancia. Es por lo demás natural, que el detenido pueda obtener la libertad provisional bajo caucion en los casos, y bajo las condiciones establecidas por la ley local.

Si la detencion se hubiera hecho con urgencia por la autoridad administrativa, sería siempre necesario que la autoridad judicial estuviese avisada de ello, para que pudiese apreciar las circunstancias relatadas en el proceso verbal extendido por la autoridad que ha ejecutado el arresto. Tambien la autoridad judicial deberia interrogar al individuo arrestado y proveer á la guarda de los objetos embargados, para conservar aquellos que pudieran ser útiles á la instruccion del negocio y devolver los otros (2).

Después de la terminacion del tiempo fijado para la transmision regular de la demanda de extradicion, sin que esta transmision haya tenido lugar, la persona detenida podrá reclamar su libertad, y la autoridad judicial deberá decidir si el acusado preventivamente preso debe ser puesto en libertad, ó bien si habia motivo para prolongar su arresto provisional, teniendo

(1) En Francia tambien el arresto provisional era facultativo, segun los términos de las convenciones existentes hasta 1868. Después de esta época para obviar el peligro de hacerlo ilusorio, en las convenciones con Baviera, el Gran Ducado de Baden, el Gran Ducado de Oldemburgo, La Hesse y Aústría, se declara el arresto obligatorio. Esperamos que este principio prevalecerá en los tratados de nuestra época como el más práctico y el más razonable.

(2) Véanse las convenciones citadas, *loc. cit.*, para el embargo de los objetos ocupados en posesion del prevenido.

en cuenta las circunstancias especiales que hubiesen impedido la transmision de la demanda regular.

292. (325 de la ed. franc.).—Toda demanda de extradicion deberia, lo mismo que los documentos en su apoyo, ser transmitida por la vía diplomática (1).

Nos parece que á pesar de las estipulaciones recíprocas tratadas entre ciertos Gobiernos, la simple produccion de un mandato de arresto no deberia bastar nunca como apoyo de una demanda de extradicion (2). Basta, en efecto, observar que la extradicion de un criminal fugitivo que no ha violado las leyes del país en que se refugió, es un grave mal, y que no podría ser legítima sino por una presuncion de culpabilidad establecida contra el individuo reclamado. Esta presuncion puede, por lo demás, inducirse legítimamente de una ordenanza de la Cámara del consejo ó de la Cámara de acusacion, ó de un magistrado competente que hubiese remitido al acusado ante una jurisdiccion penal. Desde luégo, estos actos deberian, en nuestra opinion, servir de documentos justificati-

(1) Esta regla está con razon generalmente consignada en todos los tratados. Es observada aún en el caso de la demanda de extradicion de un individuo que se ha refugiado en una colonia alejada de la madre patria, á ménos que una estipulacion contraria no se halle inserta en los tratados.

En la convencion entre Italia y la Gran Bretaña, se estipuló que la demanda de extradicion de un individuo, que se ha refugiado en las colonias ó en las posesiones de una de las dos partes contratantes, puede ser hecha al Gobierno ó á la autoridad suprema de dicha colonia ó posesion por el principal oficial consular de la otra parte, residente en dicha colonia ó posesion. Si el inculpado se hubiese fugado de una colonia ó posesion del país que pide la extradicion, la demanda podría ser hecha por el Gobierno ó por la Autoridad Suprema de esta colonia ó posesion. A la prosecucion de semejantes demandas, los Gobiernos o autoridades supremas deberian, siendo posible, hacer aplicacion de las cláusulas del tratado, segun los términos en que tendria lugar la extradicion, ó bien referirlo á su Gobierno.

Sería de desear que semejante cláusula viniese á ser la regla general en materia de extradicion entre colonias. Se evitarian así los inconvenientes que resultan en la práctica del retraso causado por el empleo de la via diplomática, cuando las colonias próximas la una de la otra están muy léjos de la madre patria.

(2) En los tratados celebrados por el Gobierno italiano, el simple mandato de arresto ó todo otro acto equivalente á este mandato, está declarado suficiente bajo este punto de vista respecto del Aústría, art. 9º; de la Bélgica, art. 9º; de Dinamarca, art. 8º; de Francia, art. 7º; del Imperio de Alemania, art. 7º; de Grecia, artículo 11; de Guatemala, art. 9º; de Honduras, art. 9º; de Luxemburgo, art. 9º; de San Marino, art. 8º; de Mónaco, art. 9º; de los Países Bajos, art. 7º; del Perú, artículo 9º; de Portugal, art. 2º; de Rusia, art. 9º; de República de San Salvador, art. 9º; de España, art. 9º; de Suecia y Noruega, art. 10; de la Suiza, art. 9º.

vos, y ser entregados en forma auténtica, y debidamente legalizados.

293 (326. de la ed. franc.).— La autoridad administrativa debería examinar la demanda que le es transmitida por la vía diplomática, y averiguar si emana de un Gobierno con el cual se ha celebrado un tratado de extradición y si está hecho con ocasión de un delito inscrito en el tratado. Si resultase, á primera vista, que el delito con ocasión del cual ha sido requerida la extradición fué de naturaleza política, la autoridad administrativa podría rechazarla *de plano*. Si, por el contrario, se tratase de un delito de derecho común, la intervención de la autoridad judicial debería ser exigida para acordar *legítimamente* la entrega del malhechor.

El resultado definitivo de la extradición, es que en virtud de un juicio de acusación ó de la condena de un tribunal extranjero, se procede á la detención del acusado á fin de entregarlo al país que le reclama legalmente para castigarle. Nadie dudará que este sea uno de los actos de ejecución más graves. Desde luego, si es una opinión unánime que proceder á actos de ejecución sobre los bienes ya muebles ó inmuebles, en virtud de una sentencia extranjera, es atentar á la soberanía de un Estado y no respetar la distribución de poderes, si previamente la autoridad judicial del país no ha apreciado el valor de la sentencia y no ha decretado los actos de ejecución, con mayor razón no debería admitirse una regla diferente con respecto al más grave de todos los actos ejecutorios, de aquel que conduce á disponer de la libertad personal (1).

294. (327 de la ed. franc.).— El ministro Rouher ha dicho justamente en la Cámara francesa, que la extradición está considerada por la mayor parte de los Estados como un acto del poder ejecutivo; pero esto no es una buena razón para hacer respetar aquella tradición errónea. Nosotros podemos admitir que la ejecución de la extradición, después que ha sido ordenada, debe ser confiada al poder ejecutivo; pero no nos

(1) Faustino-Hélie (*Traité de l'instr. crim.*, t. II, p. 135), después de haber razonado sobre la necesidad de hacer intervenir la magistratura en la instrucción relativa á la extradición, concluye así: «Esta marcha tendría la inmensa ventaja de regularizar el arresto del inculcado, de asegurar con estas medidas un carácter legal y de conciliar así la extradición con el derecho común.»

parece razonable que un Gobierno pueda disponer de la libertad individual sin la intervención del poder judicial. En último análisis, la entrega de un criminal fugitivo, es un mal para aquel que es su causa y desde luego una pena impuesta por la autoridad pública á la persona presumida ó declarada culpable por razón de un delito cometido en otra parte. Si semejante pena pudiera ser aplicada de una manera arbitraria, ó sin el empleo de las investigaciones previas y de rigor sobre la culpabilidad presumida del individuo reclamado, privando de la libertad á una persona que no ha violado las leyes del país, se cometería una violencia, se atentaría á la justicia sin un pretexto de utilidad pública, y se ocasionaría una confusión no menor que aquella que resultaría de una negativa constante á la extradición.

295. (328 de la edición francesa).— Si la extradición, escribe con razón Prévot-Paradol, es imposible, si la impunidad está asegurada al culpable, bastante hábil ó dichoso para franquear á tiempo la frontera, la civilización recibe de este estado de cosas un daño y al mismo tiempo una vergüenza; pero el daño y la vergüenza no son menores si la extradición del extranjero es demasiado fácil, si basta á un Gobierno reclamar en todas partes á los nacionales para cogerlos, si las fronteras que mantienen entre los pueblos una independencia y una diversidad provechosa, se abaten decididamente ante el espíritu de persecución y de venganza, si los poderes humanos pueden llegar en todos lugares á sus enemigos ó á sus víctimas, como el centurion de los césares llegaba sin pena á las extremidades del mundo entónces conocido, hasta los hombres que eran el último ejemplo y la última honra de su patria degenerada (1).

296. (329 de la edición francesa).— Sentados estos principios, es fácil deducir de ellos, que, según pensamos, es un error grave confiar á los agentes del poder ejecutivo la instrucción de una demanda de extradición. Por lo demás, la teoría sustentada por Pinheiro-Ferreira, según la cual, el Magistrado del país, en que se ha refugiado el acusado debería juzgarle, no estaría más conforme con los principios racionales.

(1) *Revue des Deux-Mondes*, 15 de Febrero de 1866, p. 1015.