

En este sistema se llegaría al error opuesto. No nos parece, conforme con los verdaderos principios, querer obligar al Gobierno que ha promulgado la demanda á dar la prueba de la culpabilidad del acusado ante los Tribunales del Estado á quien esta demanda se dirige. Semejante prueba podría ser más eficazmente dada ante el Juez llamado á hacer aplicación de la ley penal y que es, según hemos dicho, el Magistrado del lugar en que se cometió el delito.

En este lugar, sólo puede llegar el Juez á conocer la culpabilidad ó la inocencia del acusado. Allí solamente, en efecto, puede, ayudado de los testigos, apreciar todas las circunstancias del hecho, tales como han sido formuladas en este verso latino:

*quid, quis, ubi, quibus auxiliis, cur, quomodo, quando.*

Cuando se sostiene que el Juez del Estado requerido debe conocer acerca de lo bien fundado de la acusación y quedar convencido de la culpabilidad del reo, se llega, ora á destruir el fundamento jurídico de la extradición, según el cual, el Juez natural del malhechor, es el del lugar en que ha sido cometido el delito, ora á alterar la naturaleza y el objeto de las sentencias criminales, cuyo resultado definitivo debe depender siempre de la exacta apreciación de los elementos de prueba.

297. (330 de la ed. francesa).—La misión del Magistrado del Estado al cual se ha hecho la demanda, debería limitarse á examinar:

1º Si el derecho del Gobierno que reclama al fugitivo está bien fundado.

2º Si del exámen extrínseco de las piezas de la demanda resulta que el individuo requerido puede ser considerado susceptible de extradición.

3º Si el hecho de conceder la extradición de este individuo no tendría por resultado la violación de los principios de orden público en vigor en el Estado al que se ha hecho la petición ó de los derechos de la humanidad.

298. (331 de la edición francesa).—Para llegar á conocer el fundamento de una demanda de extradición, es necesario ante

todo asegurarse de la competencia del Magistrado que ha pronunciado la sentencia. Una vez establecida esta competencia según los principios de la jurisdicción penal internacional, no se podrá ya rechazar la demanda como ilegítima, si el fugitivo fuese reclamado para ser conducido ante su Juez natural.

Para decidir, pues, si el derecho del Estado peticionario está fundado sobre el tratado de extradición en vigor, bastaría examinar si el delito por razón del cual ha sido hecha la demanda, se halla en el número de los comprendidos en este tratado. Debe también observarse que el tratado que debe consultarse es aquel que está en vigor cuando la demanda y no el que existe en la época de la condena del individuo reclamado (1).

299. (332 de la edición francesa).—Respecto á la aplicación del tratado, puede fácilmente llegarse á objetar si la naturaleza del delito debe ser determinada según la ley del país en que aquel ha sido cometido ó según la del Estado requerido. Racionalmente está uno obligado á reconocer que no es la ley del Estado al cual se dirige la demanda quien debe ser consultado. En efecto; esta ley carece de valor para servir de indicación á la medida en que deben ser reprimidos los hechos punibles cometidos en el extranjero. Se debería, por el contrario, consultar la ley del país en que ha sido cometido el delito para determinar su naturaleza.

Esta doctrina fué afirmada por el Consejo de Estado italiano en su dictámen de 8 de Agosto de 1874, propósito de una demanda de extradición hecha por el Gobierno austro-húngaro. Es, sin embargo, contrario á los principios consignados en Francia en los convenios posteriores á 1869, en todos los cuales se halla inscrita la regla de que la naturaleza del delito debe ser determinada por la ley del Estado á quien se dirige la demanda.

(1) Véase en este sentido la decisión del Tribunal Federal Suizo de 25 de Junio de 1875. Se pedía si en el caso de una demanda de extradición de un Bávaro se debía aplicar el tratado celebrado entre Baviera y Suiza el 28 de Junio de 1851, ó bien el celebrado entre Suiza y el Imperio de Alemania el 24 de Junio de 1874. (*Clunet: Journ. du Dr. internat. privé*, año 1875, p. 461.)



300. (333 de la edición francesa).—Admitiendo que en un tratado se haya estipulado que la extradición se concede por razón de los delitos susceptibles de penas criminales, si por consecuencia de una modificación de la ley penal, un hecho hasta allí reprimido por una pena criminal, es declarado no capaz de extradición, no se podrá, según los principios por nosotros admitidos, pretender que este mismo hecho deba servir de base en adelante á la extradición. En efecto; á consecuencia del cambio de la naturaleza de la pena, el hecho punible pierde el carácter que le hacia susceptible de dar lugar á esta medida.

301. (334 de la edición francesa).—Otro punto que es igualmente objeto de una controversia, es averiguar si un tratado puede aplicarse á un hecho punible ya previsto, pero que ha sido cometido ántes de que se hubiese concluido el tratado (1). A este propósito, creemos poder deducir fácilmente del principio por nosotros admitido, de que los tratados no son la base jurídica de la extradición, que ésta puede ser concedida por hechos anteriores á la conclusión del tratado. Pero esto no equivale á decir que el Estado requirente puede pretender que el tratado sea aplicable á los hechos que son anteriores, á ménos que tal extensión no pueda sacarse por inducción de las reglas y de las excepciones establecidas en el tratado mismo. Repetiremos, pues, lo que ya hemos dicho varias veces, esto es, que es necesario distinguir entre el derecho de conceder la extradición, que pertenece al Gobierno requerido, y el derecho de obtenerla, que puede pertenecer al Gobierno requirente. El primer derecho es independiente de los tratados; el segundo, por el contrario, está subordinado á ellos. El Gobierno, al cual se hace la demanda, podrá conceder la extradición por hechos que no están previstos en el tratado ó bien por hechos cometidos anteriormente. El Gobierno que hace la demanda no podrá exigir la extradición sino por hechos incluidos en el tratado y sometiéndose á las condiciones en él formuladas. Algunos autores, partiendo del principio de que el derecho de asilo es un

(1) Véase Billot: *Traité de l'extradition*, p. 251.—Dalloz: *Rép.*, V.º *Traité*, núm. 305.—Calvo: *Droit international*, vol. 1, núm. 420.

derecho primordial y personal de que todo individuo tiene facultad para prevalerse, y tal, que una vez adquirido por el criminal que se ha refugiado en un país, no podría ser derogado ni destruido por el Gobierno, han afirmado que lo mismo que no se podrían hacer leyes penales retroactivas, no se podría aplicar un tratado á los hechos punibles que le son anteriores.

Semejante razonamiento no es exacto. La ley penal no es aplicable á los delitos cometidos ántes de que haya sido dictada, porque los derechos existentes en el hombre de castigar al hombre derivan de la ley. Pero no se puede decir lo mismo del derecho de entregar á un criminal fugitivo, que es un derecho soberano y un deber recíproco entre Estados civilizados, que ni deriva de la ley ni de los tratados. Los tratados no tienen otro efecto que regular la práctica del derecho y del deber preexistentes, convirtiendo la obligación moral en obligación jurídica. Desde luego la extradición puede ser regular aun cuando haya sido concedida por un delito cometido anteriormente á la conclusión de un tratado. Esto es por lo demás, lo que ha decidido la Corte del Sena en la forma siguiente: «No haciendo los tratados sobre la extradición sino regular los derechos preexistentes, es claro que no se les da efecto retroactivo reconociendo la regularidad de una extradición hecha, en virtud de un tratado de esta naturaleza, por crímenes anteriores al mismo tratado (1).»

Nosotros deducimos de esto, que por relación al derecho que corresponde al Gobierno requerido, es inútil discutir sobre el efecto retroactivo del tratado.

Pero en lo que se refiere al derecho que pertenece al Estado requirente, haremos observar que la cuestión de saber si el tratado debe ser aplicado retroactivamente, depende en un todo de los términos de este tratado. Si se ha estipulado por un pacto expreso que el tratado tendría efectos retroactivos, como ha sido ya concluido entre Italia é Inglaterra (2), ó bien

(1) 15 de Diciembre de 1846, Davix, Pal, 1847, t. II, p. 150.

(2) En el tratado de 23 de Marzo de 1873, se dice en su art. 19: «Las altas partes contratantes declaran que las presentes estipulaciones se aplican, lo mismo á los individuos ó á los sentenciados que han cometido el delito que motiva su extradición ántes de la fecha del presente tratado, que á aquéllos que lo han cometido



sucede lo contrario, como tuvo lugar entre Italia y Méjico (1), la cuestion no puede ser objeto de ninguna duda.

En el caso contrario, la extension del tratado sobre los delitos anteriores podria ser admitida por induccion, conformándose con las reglas las excepciones en vigor, entre los dos Gobiernos.

Supongamos, por ejemplo, que las partes contratantes se hayan obligado á entregarse todos los criminales que *habiéndose puesto en estado de acusacion ó habiendo sido condenados en el territorio de un país, se hubiesen refugiado en el de otro*, y que entre las excepciones formuladas en el tratado, no se encuentre expresada la de que la convencion no sería aplicable á los delitos cometidos anteriormente. Entónces, se podria decir racionalmente que la convencion sería aplicable á los individuos acusados ó condenados por razon de delitos cometidos ántes de la fecha del tratado. Esta sería la consecuencia legitima de la regla segun la cual no se deben añadir á un tratado otras excepciones que aquellas en él formuladas, y del principio existente *exceptio unius inclusio alterius*.

Si se considera la intencion de las partes y se observa que en la práctica moderna, cuando se quieren limitar los efectos de los tratados, se tiene necesidad de declararlo expresamente (2), deberá afirmarse que los que nada hayan declarado, tuvieron la intencion de hablar tambien de los individuos que han sido acusados ó condenados ántes del tratado, lo mismo que de aquellos que cometieron después los delitos.

Estos principios han prevalecido en la discusion que tuvo lugar entre los Gobiernos italiano y americano, con motivo de la extradicion de un cierto Angelo de Giacomo, que estaba

posteriormente. • Esta estipulacion es la justa aplicacion del principio puesto en el acta de extradicion de 1876, art. 6°.

(1) El art. 8° del tratado de 30 de Abril de 1874 dispone lo siguiente: «Las disposiciones del presente tratado no pueden, en manera alguna, ser aplicadas á los crímenes enumerados en el art. 2°, que han sido cometidos con anterioridad á la fecha de las ratificaciones que habrán sido hechas.»

(2) El art. 5° del tratado celebrado entre Francia y América el 9 de Noviembre de 1843, dice expresamente: «Las disposiciones de la presente convencion no se aplicarán en manera alguna á los crímenes enumerados en el art. 2°, cometidos ántes de su fecha.»

acusado de un asesinato cometido en los alrededores de Nápoles, el 4 de Setiembre de 1867, y que se habia refugiado en New-York. Habiendo pedido el Gobierno italiano la extradicion de este individuo, en los términos del tratado concluido en Washington, el 23 de Marzo, ratificado el 17 de Setiembre de 1868, la defensa del acusado pretendia que el Gobierno de los Estados-Unidos no podia conceder la extradicion, porque no le estaba permitido declarar el tratado aplicable á los crímenes cometidos ántes de su conclusion definitiva. El tribunal de circuito de los Estados-Unidos decidió que en el caso de que dos Gobiernos hubiesen convenido entregarse los criminales refugiados en sus respectivos territorios, la extradicion de un individuo reclamado con motivo de un crimen cometido ántes de la fecha del tratado debe concederse, siempre que se trate de un crimen mencionado en el tratado (1).

302. (335 de la ed. franc.).—Principios análogos pueden servir para resolver otra cuestion, la de saber si un Estado tiene el derecho de obtener, por aplicacion de un tratado existente, la entrega de un criminal, que después de haber cometido un crimen en un país que se ha unido enseguida á su territorio, se ha refugiado en el territorio del Estado requerido.

Se puede suponer que la demanda ha sido hecha ántes de la anexion, y que todos los actos de procedimiento relativos á ella hayan sido íntegramente cumplidos. Es fácil decidir en este caso, que el criminal debería ser entregado al gobierno, al que de hecho pertenece el territorio en que se cometió el delito.

Pero cuando el Estado soberano del territorio, ántes de la anexion, no ha podido hacer la demanda por falta de tratado, y el gobierno del Estado que ha anexionado este mismo territorio hace una demanda de extradicion, invocando un convenio ya existente en su favor, puede suscitarse alguna duda para saber si esta convencion será aplicable á los delitos cometidos en el país anexionado en una época anterior á esta anexion. Para sostener la negativa, se puede decir, considerando la cuestion bajo el punto de vista del derecho del

(1) Tribunal de circuito de los Estados-Unidos (canton sud de New-York), 24 de Diciembre de 1874.—Clunet: *Journ. du Dr. internat. privé*, 1875, p. 222.



Estado requirente, que la extradición puede pedirse en los términos de los convenios en vigor, en el caso en que se trate de un delito cometido en el país sometido á la jurisdicción de este Estado; que si desde luego el Estado, al que pertenece la jurisdicción ántes de la anexión, no podía exigir que su demanda fuese acogida porque no existía convenio alguno de extradición en provecho suyo, el otro Estado que se ha agregado el territorio no podría pretender que la convención existente entre él y el Estado á quien se ha hecho la petición, se aplique á los hechos anteriores á la anexión. Esto, en efecto, equivaldría á dar una fuerza retroactiva á la convención misma. Sin duda, después de la anexión, los tratados existentes son aplicables al territorio anexionado, como á todas las partes que de hecho dependen del Estado soberano, y rigen todas las relaciones jurídicas nacidas después de la anexión; pero diciendo que se podría tener el derecho de pedir la aplicación del convenio á los hechos anteriores á esta anexión, se admitiría que las partes hubiesen podido adquirir derechos ántes del planteamiento del convenio de que deberían aquellos mismos derechos derivarse.

Este razonamiento, en apariencia bien fundado, es la consecuencia de falsos puntos de vista, bajo los cuales, ciertos autores consideran los tratados de extradición. Como hemos dicho en el número precedente, estos tratados tienen, por efecto regular, las relaciones que existen entre dos Estados soberanos, de convertir en obligación legal, la obligación moral de entregarse los criminales fugitivos, que, según ciertos autores, es una obligación de cortesía internacional.

El derecho, en una parte, de pedir y la obligación en otra parte de conceder la extradición, tiene su fundamento en el hecho de que el individuo que ha violado las leyes de un país, se ha refugiado en el territorio de otro para sustraerse á entrar en juicio y á la aplicación de la ley que ha violado. El deber que contrata un Estado de no proteger al criminal huido, nace en el momento mismo en que éste viene á buscar un refugio en su territorio, y dura de un modo permanente todo el tiempo, durante el cual se prolonga la permanencia de este individuo. Una vez admitido esto, á qué preocuparse de la época de

la perpetración del delito y de las leyes y de los tratados entonces en vigor, si como hemos repetido varias veces, el asilo no puede jamás ser puesto en la misma categoría de un derecho personal, y no puede desde luego conducir á tener cuenta de las leyes y de las condiciones, bajo el imperio de las cuales ha sido adquirido.

Si, pues, está bien claro que un criminal fugado se ha refugiado en el territorio de un Estado, y si el derecho perteneciente al Estado que le reclama de juzgarle y castigarle, no ha prescrito: si tal Estado le reclama en virtud del tratado que sirve para regular sus relaciones con soberanías extranjeras, y que es aplicable á todos los casos en que un criminal va á establecerse en el territorio de la otra nación, para escapar á su enjuiciamiento y á su condena, entonces el Estado requerido debe encontrarse obligado á no interponerse entre el prevenido y el país que tiene el derecho de reclamarle para juzgarle y castigarle, y á nada conduciría discutir respecto de las condiciones particulares que han podido producirse después de la entrada del fugitivo en el país á que se acogió.

El sistema adoptado por el Gobierno de Malta, es enteramente opuesto á nuestra doctrina. Tratábase de un italiano originario de las provincias de la Italia central. Después de haber cometido un delito en las provincias venecianas, pertenecientes entonces al Austria, se había refugiado en Malta. El Gobierno austriaco, sin haber concluido tratado alguno de extradición con el de Malta, no pudo obtener la entrega del fugitivo. Después de la reunión de Venecia al reino de Italia, el Gobierno italiano, que había concluido un tratado de extradición con el de Malta, pidió la entrega del culpable; pero fué rechazada en atención á que en la época de la perpetración del delito el territorio veneciano no estaba bajo la jurisdicción territorial de S. M. el Rey de Italia.

Arliá, que cita este caso, erige en principio la doctrina de que el convenio de extradición, no es aplicable á los delitos cometidos en un territorio en que no se tenía jurisdicción alguna cuando su perpetración. En cuanto á nosotros, mirando la cuestión bajo un punto de vista diferente, hemos llegado á conclusiones opuestas.



303. (336 de la ed. franc.).—Podría suceder que uno de los dos Estados contratantes haya violado el convenio de extradición, y que quiera enseguida por razón de este solo hecho considerar el convenio como roto, respecto á la otra parte que lo invoca.

A este propósito, conviene hacer observar, que según los principios admitidos por los publicistas, es verdad que un tratado anteriormente concluido puede ser roto, cambiado ó modificado, por común acuerdo de las dos partes; pero que nunca una parte puede por su sola voluntad, anular un pacto bilateral, sino cuando esto es de necesidad para su propia conservación, ó para la defensa de sus derechos naturales, ó cuando se justifica por motivos importantes de represalia respecto á la otra parte, que la primera ha descuidado la observancia de las estipulaciones del tratado.

Síguese de estos principios, que cuando un convenio de extradición es violado por una de las partes contratantes, no es lícito valerse de semejante violación para deducir de ello que el convenio debe ser considerado como enteramente anulado. Este convenio es entonces, ciertamente, rescindible en ventaja de la otra parte, que á título de represalia podría declarar que lo considera anulado en razón de la violación que ha sufrido; pero si esta parte ofendida considerase como más conforme á sus intereses pasar por alto, ó contentarse con cualquiera otra reparación, la otra parte no podría pretender que el convenio estaba anulado.

304. (337 de la ed. franc.).—Otro punto que debería examinarse es el referente á si la prescripción de la acción ó de la pena estaba consumada. Es indudable que no se podría considerar como legítima una demanda de extradición, si según los términos de la ley del país que la ha hecho, la pena ó bien la acción, hubiese sido prescrita. ¿Con qué objeto, en efecto, pedir la entrega de un criminal que no pudiera ser sometido á la aplicación de ninguna ley penal, ni de ninguna vía de ejecución?

Algunos autores han pretendido que el cumplimiento de la prescripción, ya de la acción, ya de la pena, adquiridas en los términos de la ley del país solicitado, podía ser un obstáculo insuperable opuesto á la extradición. Esta opinión ha sido

consignada en una cláusula especial inserta en los tratados concluidos entre diversos Estados (1). Se pretende hacer derivar esta regla del principio de que nadie puede ser capaz de extradición si no es reprobable en los términos de la ley del país en que se ha refugiado. Debemos, sin embargo, hacer observar, que partiendo del principio de que los delitos por los cuales ha de admitirse la extradición, deben ser los cometidos contra las personas y las propiedades, delitos para cuya represión deben hacer causa común todos los Estados, es racional admitir la regla de que no podría haber extradición, sino cuando el delito por razón del cual ha sido requerida, se ha castigado en el mismo país; pero que por todo lo que se refiere al procedimiento y á la represión, debería ser indiferente para el país requerido que la pena fuese más severa, ó bien que el procedimiento fuese diferente, según las leyes del país requerente, y que debería ser así para la prescripción de la ley penal.

Hemos dicho más arriba que la prescripción de la acción penal debería estar sometida á las mismas reglas que la acción y la jurisdicción penal. Bastaría examinar el fundamento de la prescripción en materia penal, para convencerse de que la ley del país que sirve de refugio, no puede servir para indicar la época en que podría estar cumplida la prescripción. Desde luego sin tener en cuenta la práctica en vigor, vemos que el derecho del Estado que reclama al fugitivo, debería ser considerado como concluido si la prescripción, ya de la acción, ya de la pena, fuese cumplida en los términos de la ley del país en que se ha cometido el delito (2).

(1) En los convenios concluidos entre Italia y los demás Estados, prevalece la regla de que la extradición no puede tener lugar, si después de la perpetración del delito, las persecuciones ó la condena, la prescripción, ya de la acción, ya de la pena, se ha cumplido según los términos de la ley del país, en el cual el condenado ó el acusado se ha refugiado. Esta cláusula existe en los tratados siguientes: con Austria, art. 4º; con Bélgica, art. 4º; con el Brasil, art. 11; con Dinamarca, artículo 6º; con Francia, art. 10; con el Imperio de Alemania, art. 5º; con la Gran Bretaña, art. 6º; con Grecia, art. 7º; con Guatemala, art. 4º; con Honduras, art. 4º; con Luxemburgo, art. 4º; con San Marino, art. 18; con Mónaco, art. 4º; con los Países Bajos, art. 4º; con Portugal, art. 7º; con el Perú, art. 4º; con Rusia, art. 5º; con San Salvador, art. 4º; con España, art. 4º; con Suecia y Noruega, art. 5º; con Suiza, art. 4º.

(2) El Tribunal Federal Suizo ha decidido en 2 de Agosto de 1875, que la extradición puede ser concedida en el caso en que la prescripción, ya de la pena, ya de