

DOCUMENTACION

El modelo clásico del instituto de la Extradición, que descansaba en su consideración como acto de soberanía en relación con otros Estados, experimenta una profunda revisión derivada de la crisis misma del concepto de soberanía. De modo creciente sectores doctrinales consideran que la extradición ha de ser examinada bajo un nuevo enfoque: el de concebirla como un acto más de la cooperación jurídica internacional. Este prisma se abre paso, sobre todo, en ámbitos en donde el grado de colaboración interestatal ha alcanzado una intensidad tal que ha obligado a arrinconar el concepto tradicional de soberanía.

Difícilmente, por ejemplo, puede entenderse que una reclamación judicial de un tribunal de la Unión Europea pueda atentar al orden público de otro Estado de la Unión o atentar a sus intereses esenciales. Podemos decir, en todo caso, que vivimos un proceso de transición entre un modelo que se muestra superado y otro que se vislumbra en el horizonte, pero que todavía no se ha plasmado en la realidad jurídica internacional.

*A la luz de estos planteamientos, el artículo que se publica en el presente número del **Boletín** examina varias cuestiones respecto de las que nuestro sistema de extradición pasiva —diseñado en la Constitución y en la Ley de Extradición Pasiva de 1985— demanda una revisión, aun cuando no se altere sustancialmente su filosofía, que sigue respondiendo al modelo clásico.*

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA EXTRADICION

JUAN DE MIGUEL ZARAGOZA

*Doctor en Derecho
Magistrado*

INDICE:

I. LA EXTRADICIÓN: UNA NUEVA FRONTERA.—II. INVENTARIO DE ALGUNAS CUESTIONES: A) La posición sistemática en el ordenamiento español. B) Las fuentes: especial análisis del principio de reciprocidad. C) La revisión de la competencia internacional del Estado requirente. D) El principio de especialidad: el fin de un dogma. E) Asilo y extradición. F) El problema de las sentencias en rebeldía. G) La extradición de nacionales: otro enfoque. H) Los delitos políticos. I) Las potestades gubernativas: ¿redistribuir competencias?—III. CONCLUSIONES.

I. LA EXTRADICION: UNA NUEVA FRONTERA

El documento presentado por el Ministro Quadra—Salcedo, en el consejo de Ministros de Justicia, en Funchal, durante la presidencia portuguesa de las Comunidades, sobre simplificación de la extradición, que se tradujo después en un anteproyecto de tratado intracomunitario, elaborado por el Ministerio de Justicia de España, trazó una frontera utópica, pero que ha servido para iniciar una dinámica ya irreversible.

La base teórica del «non paper» del Ministro Quadra—Salcedo y del proyecto español, era que, en la medida en que el instituto de la extradición reposaba en un concepto de la soberanía nacional, ya superado en el marco europeo, era preciso adaptarse a las nuevas realidades, dejando de ver en cada litigio de extradición un conflicto de soberanía, rebajando el nivel del conflicto a un problema cotidiano de cooperación judicial.

Si de verdad se interioriza el principio de confianza recíproca entre los sistemas legales y los subsistemas judiciales europeos, hay que crear nuevas técnicas jurídicas que respondan a ese principio.

El proyecto español, aunque mereció alabanzas en el plano técnico, era demasiado innovador y su historia ha sido la de una progresiva reducción de sus objetivos, en el seno del Grupo Director III del Comité K—4 y en los Consejos de Ministros de Justicia e Interior de septiembre y octubre de 1993.

En la perspectiva de esa nueva frontera, sin embargo, es útil una reflexión sobre el sistema español, tal y como está diseñado en la Constitución y Ley de Extradición Pasiva de 1985 ⁽¹⁾.

II. INVENTARIO DE CUESTIONES DE LA EXTRADICION PASIVA

A) La posición sistemática en el ordenamiento español

La base constitucional de la extradición es el artículo 13, bajo la rúbrica «de los españoles y extranjeros», pero que se refiere básicamente a los extranjeros y por ello se regula, además de la extradición, el asilo.

Tal posición sistemática va a tener repercusión, en orden a un hipotético recurso de amparo, conectado al instituto de la extradición, puesto que está regulada fuera de la Sección 1.^a, del Capítulo Segundo, que trata de «los derechos y libertades fundamentales». Como es bien conocido, el procedimiento extradicional consta de una fase gubernativa al inicio y al final del procedimiento, y una fase judicial intermedia, con un sistema de recursos propio.

Se diría que el sistema es autosuficiente. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional y la de la jurisdicción ordinaria produce cierta perplejidad y mueve a interrogarse si ciertas concepciones se apoyan en una radical incomprensión de este instituto aparentemente complejo.

La sentencia del T.S. (Sala quinta) de 6 julio 1987, rechaza la tesis de la Abogacía del Estado, que sostenía, de una parte, que el Acuerdo del Consejo de Ministros abriendo la fase judicial, es un acto puramente interno y preparatorio y de otra, que cualquiera que sea su naturaleza, es un acto político, en materia de relaciones internacionales.

Frente a este planteamiento, el T.S. sostiene que no es un acto preparatorio de otro procedimiento, sino «autónomo y singular», rechazando que la invocación del «acto político» pueda bloquear la competencia jurisdiccional y la aplicación de la ley 62 de 1978, de protección jurisdiccional de los Derechos fundamentales de la persona, concluyendo que «ya no hay área alguna que escape al control de un juez».

Tal doctrina es un auténtico torpedo a la línea de flotación, descomponiendo todo el sistema de la L.E.P. de 1985, pues llevada a sus últimas y lógicas consecuencias, exigiría tener por parte al reclamado, desde el principio, en el procedimiento en el Ministerio de Justicia e Interior y admitir un recurso contra el acuerdo positivo del Consejo de Ministros, que se le debería notificar, así como en su caso, al querellante.

Parece sin embargo que tal doctrina ha pasado desapercibida y que en el último quinquenio no se ha planteado tal pretensión en el Ministerio de Justicia.

Tal doctrina que reposa en una mala comprensión del instituto de la extradición ha sido rectificada un poco después por el mismo Tribunal. El Auto de la Sala Tercera (recurso 40/89) de 24.11.1988, establece con brevedad la siguiente doctrina:

(1) Aunque los tratados generales de derecho procesal apenas se ocupan de la extradición, la bibliografía especializada es muy abundante. Pueden citarse como textos más recientes: *Revue internationale de Droit Penal*. Actas del Seminario de Siracusa, 1991 y la publicación del Home Office, *Guide des procedures en vigueur dans les pays membres de la CE*. Londres julio 1993.

En la doctrina española, J.L. Manzanares. *El Convenio Europeo de Extradición*. Bosch 1986 y el estudio de Bueno Arús en la publicación del Ministerio de Justicia sobre convenios de extradición.

«La intervención del Consejo de ministros, en el procedimiento de extradición pasiva regulado por la Ley de 21.3.1985, es de naturaleza eminentemente política, ya que se refiere a la regulación de relaciones del Estado español con otros Estados en el ámbito internacional... Es decir, los actos a supervisar no proceden de actuación del Consejo de Ministros como Administración Pública, ni aparece realizada en aplicación del derecho administrativo».

La jurisprudencia constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre ciertos aspectos del procedimiento extradicional, en su conexión con el recurso de amparo.

En principio, el instituto de la extradición, por su posición sistemática, queda excluido del recurso de amparo,

«ya que la normativa atinente al instituto de la extradición queda en principio fuera del mismo por incluirse en el art. 13.3 de la Constitución, respecto del cual no cabe el recurso de amparo» (STC, 11/1983 de 27 febrero y 11/1985 de 30 de enero).

Pero como expuso el mismo Tribunal en el conocido caso Korkala (un arrependido de la CIA):

«De lo anterior no se infiere que absolutamente todas las cuestiones que puedan suscitarse con motivo de expedientes de extradición deban quedar marginadas de la posibilidad del recurso de amparo constitucional...».

Esta doctrina es correcta, con tal que una exacerbación del garantismo, no conduzca a una desnaturalización del instituto de la extradición, sometiendo a revisión sea por el juez ordinario, sea por el juez constitucional la resolución judicial extranjera, como en los sistemas llamados de prima facie.

Ciertamente que la concesión de la extradición no es, en el sistema en vigor, automática, pero tampoco pueden duplicarse los controles, olvidando que a quien incumbe la garantía de los derechos del reclamado es al juez requirente, mientras que el juez requerido es garante de la regularidad del procedimiento interno de extradición, pero de carácter instrumental de la decisión judicial extranjera.

El juego del recurso de amparo, para garantizar la aplicación del artículo 24 de la Constitución, no puede prescindir de la especificidad del procedimiento de extradición en vía judicial. Parece olvidarse que esa especificidad impone una limitación de motivos de oposición, expresamente regulados en el art. 14.2 de la L.E.P. y que se refieren a la aplicación del tratado o de la propia ley, no permitiéndose prueba sobre otros extremos.

Aunque la L.E.P. es posterior a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, no se ha previsto la incidencia en el procedimiento, de la interposición de un recurso de amparo, por lo que habría que aplicar el artículo 51 de la LOTC, suspendiendo la tramitación del procedimiento de extradición, en cualquiera de sus fases, con el serio inconveniente de la prolongación de la situación de prisión preventiva y la casi segura necesidad de ordenar la libertad teniendo en cuenta la duración de los recursos ante dicho órgano.

Una situación comparable se da en relación a la existencia de un procedimiento en materia de asilo, que conduce a la suspensión de la entrega del extraditable, como se analizará después.

B) Las fuentes de la extradición: especial análisis del principio de reciprocidad

El artículo 1.º de la LEP que pretende reproducir el art. 13 de la Constitución, en realidad contiene una reelaboración de este artículo, con una evidente desviación.

Mientras que la Constitución establece que la extradición se regirá por los tratados y la ley, en cambio el artículo 1.º de la L.E.P. altera la jerarquía de las fuentes, estableciendo como primera fuente la ley, «excepto en lo expresamente previsto en los tratados». No queda más remedio que entender tal fórmula como un descuido de redacción, si no se quiere llegar a consecuencias aberrantes, dando una fuerza expansiva a la ley interna, en detrimento del tratado, toda vez que este solo se aplicaría en lo «expresamente» previsto, con lo que se excluiría lo previsto implícitamente. Pero, en todo caso, el problema más serio, tanto en la Constitución como en la ley interna se refiere al juego del principio de reciprocidad, concepto bien oscuro en derecho internacional, que ha permitido hablar de «l'ambigüité de la reciprocité, placée entre la courtoisie et la coutume» (2).

Dado el principio de libertad de forma imperante en el derecho internacional codificado en el Convenio de Viena de 1969, los convenios de reciprocidad —que estaban previstos en nuestra Ley de Extradición Pasiva de 1958, pero no en la actual no se diferencian, desde el punto de vista formal, de cualquier otro convenio, independientemente de los requisitos constitucionales o legales internos, para positivarlos.

La especificidad del principio de reciprocidad en derecho extradicional se conecta con la hipótesis en que no exista un convenio específico de reciprocidad.

La reciprocidad surge como una sucesión de actos unilaterales, por ejemplo, de actos de los Poderes Ejecutivos (3). El acto inicial no es solo un acto independiente, sino relativo, que tiende a prolongarse a largo plazo y que condiciona la actitud de los Estados, por vía de «estoppel».

¿Qué sentido tiene la cita constitucional y legal del principio de reciprocidad?

La posición sistemática del artículo 13 de la Constitución, permite afirmar que ahí no se contiene ni se puede contener un principio general de cooperación internacional, cuya sede deberían ser los arts. 93 a 95. Tampoco puede entenderse que la reciprocidad sea una condición especial de los tratados de extradición, ya que todos los tratados son recíprocos —aunque las prestaciones no sean idénticas o simétricas— ni puede indicar que la falta de reciprocidad sea un presupuesto para la inaplicación de este tipo de tratados, pues ello es predicable de todos (4).

Acotado así el campo de aplicación del principio, su cita, que parece referida, dada su posición al final de la frase, tanto a los tratados como a la ley, queda circunscrita

(2) Emmanuel DECAUX. La reciprocité en droit international.

París 1980, especialmente 112 y ss.

(3) La reciprocidad por vía legislativa es otra cuestión. Así el Canje de Notas entre Holanda y España, sobre reconocimiento a los holandeses del derecho de votar en elecciones municipales en España, constata, que previamente y de manera unilateral, la ley holandesa permitía a los españoles, votar en Holanda. Ver Canje de Notas constitutivo de Acuerdo de 23.2.1989. Anexo I (BOE. 8.8.1990).

(4) La idea estuvo sin embargo presente en a e apa constituyente, pues como indicaba el diputado Manuel Fraga, hay «tratados de extradición que se cumplen en una sola dirección», pensando seguramente, tras su experiencia como Embajador en Londres, en el tratado hispano—británico, finalmente denunciado por España. En todo caso, el incumplimiento debe ser sistemático y como ha señalado Bueno Arús, la respuesta jurídica no es el incumplimiento, sino la denuncia. Ver. J.L. Manzanares. El principio de reciprocidad. Poder Judicial, n.º15. 1985.

a la aplicación de la ley. Su verdadero sentido es que, en virtud de la ley española de extradición pasiva, se puede conceder la extradición cuando no exista tratado, a condición de que exista reciprocidad. Tal y como ha señalado la doctrina procesal civil, en relación al exequátur, la reciprocidad no es una fuente autónoma de cooperación jurídica internacional, sino una condición de aplicación de sus dos fuentes: el tratado o la ley ⁽⁵⁾.

Desde esta concepción del principio puede progresarse hacia el análisis de un importante problema teórico y práctico, relativo a su aplicación temporal, es decir, en qué medida la extradición por reciprocidad violaría el principio de no retroactividad de la ley penal. La cuestión no se plantea cuando la reciprocidad es convenida por medio de un instrumento internacional, puesto que de acuerdo con el art. 28 del Convenio de Viena de 1969, los tratados no tienen carácter retroactivo aunque en materia de extradición y en lo que contenga de trámites procesales, se plantea el problema general de la retroactividad de las normas procesales, tal y como se establece en el primer párrafo de la Disposición transitoria de la L.E.P.

El problema surge cuando no existe convenio de reciprocidad —y a esta hipótesis se asimilaría el caso de que existiese una laguna en su tratado— y la extradición se solicita por vía de reciprocidad. Por definición, aquí tiene que producirse retroactividad, pues se aplica a hechos que ya han sucedido y no a una promesa en abstracto de reciprocidad. Si no es así carecería de sentido, pues tal promesa se debería corresponder con una aceptación del otro Estado, también en abstracto, con lo que en realidad nos encontraríamos ante un Convenio, aunque fuese en forma simplificada ⁽⁶⁾. Dado que existe una base habilitante al existir en abstracto tal principio, no deberían existir escrúpulos para ofrecer o aceptar reciprocidad.

De una manera enigmática, quizás obediente a un planteamiento teórico no muy firme, es lo que vendría a decir el último párrafo del art. 1.º de la L.E.P. («El Gobierno podrá exigir una garantía de reciprocidad al Estado requirente») y la E. de M. («lo que no excluye la aplicación del principio de reciprocidad en cada caso concreto»), aunque el Ministerio de Justicia, tradicionalmente y ante el temor del reproche de violar el principio de irretroactividad se muestra remiso a tal aplicación ⁽⁷⁾. En sentido inverso, España ha solicitado alguna extradición, en casos notorios, a países con los que no existía tratado (por ejemplo, Brasil), creando así un precedente que obligaría a España a concederla, generándose así una dinámica de reciprocidad en sentido propio.

Concebida así la reciprocidad como una sucesión de actos unilaterales, con vocación de permanencia, se hace imprescindible plantearse la cuestión acerca de la titularidad de la competencia para ofrecer o aceptar reciprocidad.

La extradición, aunque cuantitativamente poco importante en el tráfico jurídico internacional (apenas mil casos por año en la Unión Europea), es en cambio un test significativo del grado de confianza entre los sistemas legales y los subsistemas judiciales.

⁽⁵⁾ Ver Valentín Cortes. Derecho procesal civil internacional. Editorial Revista de Derecho Privado. 1981.

⁽⁶⁾ Tal es el caso del Canje de Notas con la ex R.F.A. de 14.5.1986. (BOE. 11.5.1987) en relación a los delitos fiscales.

⁽⁷⁾ Sistemáticamente se vienen denegando ofertas francesas de reciprocidad, en materia de delitos fiscales y en casos concretos, proponiéndose en cambio un Canje de Notas, para el futuro.

Pero en todo caso, constituye un elemento bien significativo de las relaciones jurídicas internacionales y estos son un componente nada desdeñable de la política exterior del Estado.

Por tanto, en cuanto elemento de la política exterior hay una competencia del Poder Ejecutivo conforme al art. 97 de la Constitución. La L.E.P. al residenciar en el Consejo de Ministros la competencia decisoria final, es coherente con la base constitucional.

Parecería, de acuerdo con este dato, que el único órgano competente para prometer o aceptar reciprocidad es el consejo de Ministros. Sin embargo la L.O.P.J., art. 278, parece residenciar tal competencia en la autoridad judicial, en dos párrafos, aparentemente de fácil lectura pero que evocan cierto número de interrogantes:

278. 1. Si se acredita la existencia de reciprocidad o se ofrece ésta por la autoridad judicial extranjera requirente, la prestación de cooperación internacional solo será denegada por los Juzgados y tribunales españoles

2. La determinación de la existencia de reciprocidad con el Estado requirente corresponderá al Gobierno, a través del Ministerio de Justicia.

Un primer error de concepción o al menos de redacción, consiste en establecer la relación de reciprocidad entre jueces, cuando tal relación es entre Estados.

Una segunda dificultad está en la prueba de la existencia, cuando la reciprocidad ya está establecida antes del acto de auxilio en que se invoca. El primer párrafo habla de «acreditar» y el segundo de «determinar». Parece sorprendente que para un acto burocrático, poco trascendente, relativo a la prueba de un elemento de derecho extranjero, se exija la intervención del Gobierno, cuando existe un órgano subordinado, un Centro directivo del Ministerio de Justicia y una Subdirección de él dependiente, a quien compete reglamentariamente tal tipo de información. En realidad, superando tal imprecisión terminológica, a lo que la L.O.P.J. se refiere no es a «acreditar» la existencia de reciprocidad, que compete directamente al Ministerio de Justicia e Interior, sino al establecimiento de relaciones de reciprocidad, sea creando unilateralmente el precedente, sea aceptando la ofrecida por un Estado extranjero, y esta es una competencia del Gobierno y no de los jueces, pues es tal órgano político el que tiene todos los elementos que le permiten valorar y decidir, si en tal caso, en tal tiempo y en relación a tal país, concurren elementos de política exterior que aconsejen, sea ofrecer, sea aceptar, una relación de reciprocidad, careciendo los tribunales de esa perspectiva global.

Y ello nos lleva a una tercera insuficiencia del texto, en relación a la competencia del Ministerio de Justicia, para llevar propuestas al Gobierno, cortocircuitando al Ministerio de Asuntos Exteriores. Entendemos que la propuesta debería ser conjunta ⁽⁸⁾.

C) La revisión de la competencia internacional del Estado requirente

La hipótesis habitual en las solicitudes de extradición, es que el hecho punible se haya cometido en el territorio del Estado requirente. Sin embargo este planteamiento es elemental, pues cabe concebir hipótesis en las que el territorio es irrelevante y lo que importa es la competencia internacional extraterritorial del Estado requirente.

⁽⁸⁾ Un anteproyecto de ley orgánica para la cooperación jurídica internacional elaborado en la etapa del Ministro Quadra-Salcedo, contiene una minuciosa reglamentación de esta materia, previéndose incluso la creación de una especie de «registro de reciprocidades».

Tanto el Convenio Europeo de extradición (art. 7.2) como la L.E.P. de 1985, en su art. 6.3 que reproduce, parcialmente solo, el Convenio Europeo, permiten la extradición aunque el delito se haya cometido fuera del territorio del Estado requirente. En consecuencia, un planteamiento técnico correcto exige sustituir «territorio» por «competencia».

Es una regla generalmente admitida en derecho internacional, al menos desde el asunto «Lotus»⁽⁹⁾, que el derecho internacional no prohíbe el ejercicio de una competencia normativa extraterritorial respecto a ciertas personas, ciertos bienes y ciertos actos situados fuera del territorio, siempre naturalmente que tales situaciones extraterritoriales guarden alguna relación con el Estado requirente. Tales lazos se relacionan con cualquiera de los elementos de un Estado: el territorio, la población, la soberanía. Su traducción jurídica son los principios de personalidad activa (y en algunos Estados la pasiva), el principio «real» y los delitos llamados universales⁽¹⁰⁾.

En el derecho español y de acuerdo con el art. 23 de la L.O.P.J. la competencia internacional penal de España se asienta en los siguientes criterios:

- Personalidad activa: delincuente español o nacionalizado.
- Principio real: delitos contra el Estado, en sentido amplio, v.gr.: rebelión o sedición, cometidos por funcionarios, etc.
- Delitos universales: genocidio, terrorismo, falsificación de moneda, tráfico de drogas, etc.

Con imprecisión técnica y en un apartado g) del art. 23.4 se atribuye también competencia, cuando en virtud de un tratado, el hecho debe ser perseguido en España, sin que necesariamente sea un delito universal, como los regulados en los apartados precedentes a) y f), ya citados. La legislación actual no reconoce la personalidad pasiva (víctima española), tal y como se regulaba en la anterior L.O.P.J. Este cuadro no es igual en todo los Estados, pues algunos carecen de competencia extraterritorial o reconocen el principio de personalidad pasiva. Por ello ciertos tratados multilaterales, prevén que la competencia sea atribuida por tales tratados, si, originariamente algún Estado carece de ella⁽¹¹⁾.

Ni el artículo 7 de la L.E.P. ni el artículo 12 del Convenio Europeo, al regular la documentación que se debe acompañar a la solicitud de extradición hacen referencia

⁽⁹⁾ Tribunal Permanente de Justicia Internacional, 7 septiembre 1917.

⁽¹⁰⁾ V. Stern. Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit. A.F. DI, XXXII, 1986.

⁽¹¹⁾ Es el caso, por ejemplo, del Convenio del Consejo de Europa, sobre la transmisión de procesos penales (art. 2.1.), lo que se traduce, en el plano procesal, en que cuando no existe una competencia originaria sino derivada únicamente del Convenio, el Estado requerido no pueda actuar de oficio, sino a instancia del otro Estado.

El convenio de Delphos de 1985, relativo a las infracciones relativas a bienes culturales, prevé en su artículo 13.1 c) una competencia fundada en la nacionalidad de la víctima, lo que, en caso de ratificación por España entrañaría una ampliación del art. 23 de la L.O.P.J.

expresa al documento justificativo de la competencia internacional del Estado reclamante ⁽¹²⁾.

Tampoco se cita la incompetencia del Tribunal de origen, entre las causas de denegación de la extradición.

Ambos textos contemplan este problema, bajo un ángulo distinto, relativo al «lugar de comisión» (art. 6 LEP y art. 7 Convenio Europeo) y como un potencial conflicto de competencias de carácter positivo, aunque la LEP, mezcla este problema con el de la extradición de nacionales. Haciendo una síntesis de ambos preceptos, la solución es que, cuando el delito haya sucedido total o parcialmente en el territorio del Estado requerido o éste tenga competencia por cualquier otro motivo, puede denegar la extradición o más exactamente, debe denegarla cuando se comprometa su propia competencia territorial.

El problema más específico de la reclamación por delito fuera del territorio de la Parte requirente, dio lugar a un debate confuso en los trabajos preparatorios del Convenio Europeo, con un texto resultante poco claro ⁽¹³⁾.

Por razones tampoco explicadas, el art. 6.º de la LEP, no reproduce totalmente el art. 7 del Convenio.

LEP. art. 6.3.

Cuando el delito se hubiere cometido fuera del territorio del país que solicite la extradición esta podrá ser denegada, si la legislación española no autorizase la persecución de un delito del mismo género cometido fuera de España.

Conv. Europeo art. 7.2.

Cuando el delito que motivase la solicitud de extradición se hubiere cometido fuera del territorio de la Parte requirente, la extradición solamente podrá ser denegada si la legislación de la parte requerida no autorizase la persecución de un delito del mismo género cometido fuera de su territorio *o no autorizase la extradición por el delito objeto de la solicitud.*

Es bien difícil captar qué hipótesis son las contempladas y especialmente que se contiene en la última frase del texto del Convenio, no recogida en la ley española.

Quizás la hipótesis de carácter general contemplada sería la de aquellos Estados que carecen de competencia extraterritorial o que, como España no reconocen el principio de personalidad pasiva. La última frase, subrayada, parece que en realidad se reconduce a un principio de doble incriminación o a algún tipo muy singular como los delitos relativos a la libertad de expresión (art. 4.2.º de la L.E.P.).

En algún tratado bilateral recientemente negociado, este precepto es más claro. Así en el Tratado con Australia de 22.4.87, el art. 2.4 establece:

«Cuando el delito se hubiera cometido fuera del territorio del Estado requirente se concederá la extradición si la legislación del Estado requerido pena un delito cometido fuera de su territorio en circunstancias similares. Si la legislación del

⁽¹²⁾ Dicho sea por vía de excursus, tampoco hay referencia a la necesidad de aportar principio alguno de prueba, según el sistema llamado continental; pero es lo cierto que por vía de reservas ciertos Estados aplican el principio de la «prima facie» (Dinamarca, Islandia, Noruega, Suecia).

⁽¹³⁾ Ver el exhaustivo análisis de tales trabajos, en Manzanera, ob. cit. pág. 121 ss.

Estado requerido no contiene una disposición de esa clase, el Estado requerido podrá conceder discrecionalmente la extradición».

En cambio, el Convenio con el Reino Unido de 1985, no contiene regla alguna, como consecuencia de la falta de competencia extraterritorial del Reino Unido.

Quizás la fórmula más clara y simple es la contenida en el Tratado con Canadá de 31 de mayo de 1989, artículo 4.5, que permite denegar la extradición, «si el delito se hubiere cometido fuera del territorio del Estado requirente y las leyes del Estado requerido no previeran la misma competencia en circunstancias similares».

D) El principio de especialidad: el fin de un dogma

Considerado un principio estructural de la extradición, le encontramos en todos los tratados multilaterales y bilaterales, lo que dispensa de cita concreta.

Ello es cierto, en tanto la filosofía que subyace en tales tratados, incluso contemporáneos se mantenga tributaria de viejas concepciones, que se remontarían incluso a la Edad Media, en las que se entiende que la persona reclamada está bajo la protección del Estado requerido y debe ejercer su protección incluso fuera, cuando la realidad es que tal persona se ha refugiado en tal o tal país, pura y simplemente para sustraerse a la acción de la justicia en el país que le reclama.

En los trabajos técnicos que se desarrollan en el Grupo Director III, del Comité K-4 (antes Grupo «Cooperación Judicial» de la CPE), los representantes de los Ministerios de Justicia de España y Alemania han venido sosteniendo sistemáticamente, al menos hasta fines de 1993 que el principio de especialidad no traduce un derecho subjetivo de la persona reclamada, sino una prerrogativa del Estado requerido y, en consecuencia, es de su competencia renunciar a él o mantenerlo. Aunque no ha existido una oposición a tal hipótesis de trabajo, tampoco se han querido extraer las consecuencias lógicas de esta aproximación metodológica.

El Convenio de Aplicación de Schengen ha introducido un matiz poco trascendente al disponer:

«Art. 66.2:

En caso de extradición en virtud del apartado 1 (extradición simplificada), la persona que declare explícitamente renunciar a la protección que le confiere el principio de especialidad no podrá revocar dicha declaración.»

Se advierte por tanto, que el principio se mantiene básicamente y lo único que se regula es la irrevocabilidad del consentimiento del reclamado con lo que simplemente se introduce una corrección técnica al Convenio Europeo de Extradición.

No obstante el carácter estructural del principio de especialidad, está como perdido en la LEP, dentro de la regulación de la entrega (art. 21). Por el contrario, en el Convenio Europeo y bajo el correspondiente titulillo, se regula de manera autónoma y más detallada (art. 14).

En la perspectiva de una nueva metodología global sobre la extradición, cabe preguntarse si no se podría prescindir de tal principio en áreas jurídicas integradas, como sería la Unión Europea. Es impensable que la inexistencia de tal principio pudiera amparar prácticas fraudulentas del Estado requirente, utilizando un delito menor o un delito puente para perseguir por hechos distintos.

E) Asilo y extradición

Aunque históricamente existe una conexión entre ambos institutos, de forma que el asilo era una garantía frente a la extradición, los textos contemporáneos silencian o resuelven mal esta cuestión.

El Convenio Europeo presenta una laguna y la LEP (art. 4.º 8.º) permite la denegación de la extradición o más exactamente la prohíbe, sin margen de discrecionalidad para el Estado requerido.

Hace pocos años se detectó en el Ministerio de Justicia una consecuencia paradójica, consistente en que el asilado resultaba de mejor condición que el nacional, ya que cuando se deniega la extradición de un asilado, no se puede proceder contra él en el Estado requerido, mientras si se deniega la extradición de un nacional entra en juego el principio «aut dedere, aut iudicare».

Tal laguna se remedió, por primera vez, con ocasión de la negociación del Tratado de Extradición con Costa Rica de 13 mayo 1987, en cuyo artículo 9.º, tras reafirmar el principio del asilo, se estableció que en caso de denegarse la extradición de un asilado, se procedería como en el caso de la extradición de un nacional ⁽¹⁴⁾, precedente que se aplicó también en el Convenio con Argentina de 3.3.1987 —negociado posteriormente— (art. 8.º) y con Venezuela el 4.1.1989 (art. 9), pudiendo afirmarse que la iniciativa española fue perfectamente entendida y aceptada, en Estados tradicionalmente apegados a la institución del asilo.

La ley reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado de 26.3.1984, modificada por la Ley 9/1994 de 19 de mayo, dedica dos preceptos a esta cuestión. El art. 5.2 establece la suspensión del fallo de cualquier proceso de extradición o su ejecución, hasta la decisión definitiva sobre el asilo.

La disposición adicional primera, permite que aunque se deniegue el asilo no procede la extradición por tratarse de un delito político o aunque se trate de un delito común, la petición tuviera carácter político.

El artículo 5.2 plantea la duda acerca de si, no obstante una solicitud en curso, puede continuarse la fase gubernativa del procedimiento, puesto que tal precepto habla del «fallo» y este es judicial o incluso la tramitación completa de la fase judicial, suspendiendo el plazo para dictar el auto de la Audiencia Nacional.

No obstante esta interpretación literal, parece prudente suspender la fase gubernativa, sin someter propuesta de Acuerdo del Consejo de Ministros por el Ministerio de Justicia e Interior, ya que la decisión de este órgano podría condicionar seriamente el procedimiento relativo al asilo.

La disposición adicional citada plantea el problema, por los demás general, del concepto de delito político, aunque obviamente y por mandato constitucional, no se pueden considerar como tales los actos de terrorismo.

F) El problema de las sentencias en rebeldía

El Segundo Protocolo adicional al Convenio Europeo de Extradición (ratificado por España) permite denegar la extradición, cuando la sentencia en que se apoya

⁽¹⁴⁾ Aparte la convalidación por las Cortes de este esquema, la decisión innovadora se tomó durante la negociación, por responsables políticos autorizados, puesto que se negoció directamente por el Ministro de Justicia de Costa Rica y el entonces S.G.T. de Justicia, Fernando Pastor y sus colaboradores técnicos.

fue dictada en rebeldía, a menos que el Estado requirente garantice el «derecho a un nuevo proceso que salvaguarde los derechos de la defensa».

En el sistema español no son posibles las sentencias penales en rebeldía, ya que lo único admisible es la no presencia personal del acusado, citado en forma, en el procedimiento abreviado y por delitos con pena solicitada no superior a 1 año (art. 793 L.E.crim).

Otros sistemas como el francés o el italiano, al reputar contradictorios los procesos en ausencia o contumacia, permitiendo «purgar la rebeldía», se ven en la imposibilidad de garantizar un proceso nuevo, pues éste ya ha tenido lugar en forma.

La L.E.P. de 1985, da un tratamiento muy rígido al problema, al no haber reproducido enteramente el texto del Protocolo, que se ratificó casi al tiempo de promulgación de nuestra ley (11.III.85 y 26.III.85, respectivamente), ignorándose por qué no se tuvo en cuenta aquel Protocolo al redactar la ley.

Una posible vía de escape a este problema aparentemente insoluble, sería situar el problema en otro nivel previo, descartando el automatismo de exigir nuevo juicio, siempre que se haya dado una situación de rebeldía en el primero.

El Tribunal del Estado requerido, en los casos de rebeldía debe examinar si el proceso en el Estado requirente, satisfizo los derechos mínimos garantizados a todo acusado y solo cuando se constate que no ha sido así, es cuando debe pasarse a la siguiente fase de exigir garantías que no deben ser necesariamente las de un nuevo juicio, imposible en ciertos Estados, sino de un tipo de recurso que permita al acusado formular alegaciones al menos. El parámetro de tales garantías para no perderse en vaguedades, puede ser o bien el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de N.U. de 1966 o cualquier Pacto regional, como la Carta de San José de Costa Rica o el Convenio Europeo de Derechos del Hombre y Libertades Fundamentales. En este sentido, puede proponerse, como un buen ejemplo, la reserva de Luxemburgo, que permite la extradición si la sentencia en rebeldía ha respetado el artículo 6.3 e) del CEDH ⁽¹⁵⁾. En el mismo sentido, los Países Bajos.

En el reciente Tratado de Extradición con Venezuela de 1989, se ha establecido tal sistema (art. 12).

G) La extradición de nacionales: otro enfoque

Considerado también uno de los dogmas en materia extradicional, cabe también preguntarse si no ha llegado el momento de someterle a revisión, al menos en su aplicación en ciertas áreas fuertemente integradas, como es la Unión Europea, en la que el estatuto de ciudadanía de la Unión, encierra el germen de su progresiva extensión, en virtud de la cláusula expansiva contenida en el art. 8 E del Tratado CE ⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁵⁾ Este párrafo dice: «a defenderse él mismo o ser asistido por un defensor de su elección y sino tiene medios para remunerar a un defensor, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia así lo exijan».

⁽¹⁶⁾ La doctrina interpreta su párrafo 2.º en el sentido de que no es necesaria la revisión de la Constitución comunitaria, sino que la ampliación se realiza por la vía del derecho derivado, complementada por normas internas, calificado como acto mixto. V. J. Liñán Nogueiras. La ciudadanía de la Unión Europea, en el Vol. El derecho comunitario europeo y su aplicación judicial. Civitas 1992, p. 282

Si de verdad se interioriza el principio de la confianza recíproca entre los sistemas legales y los subsistemas judiciales de la Unión Europea, es impensable que un nacional de uno de sus Estados, juzgado en otro Estado de la Unión, vaya a ser tratado de manera discriminatoria por no ser nacional del Estado requirente. El Convenio de Aplicación de Schengen, de 1990, ha dado un paso importante en esa dirección, pues en tal caso, en lugar de la extradición lo que procede es cumplir directamente la condena en el país de refugio, en el país del cual es nacional y sin su consentimiento, derogando así otro dogma de otro tipo de convenios, los de traslado de personas condenadas (arts. 68 y 69 de Schengen).

En el derecho español importa recordar que el principio de no extradición de nacionales no tiene rango constitucional, sino legal, siendo su fuente el artículo 3.1. de la L.E.P. Se advierte igualmente, que se establece una prohibición absoluta, mientras que el Convenio Europeo establece simplemente una facultad de denegar la extradición (art. 6.º), esquema que España ha seguido en recientes tratados bilaterales de extradición (Venezuela, art. 8 o Argentina, art. 7).

Teniendo en cuenta el carácter subordinado o instrumental de la L.E.P. puede sostenerse en términos estrictamente jurídicos, que España puede conceder la extradición de nacionales, cuando exista una potestad discrecional en virtud de un tratado. En una fase posterior y también en virtud de un tratado, el nacional español extraditado podría ser devuelto a efectos de cumplimiento de la condena.

La regulación contenida en el artículo 3.º de la L.E.P. es técnicamente defectuosa y además hay una discordancia con la Exposición de Motivos (punto tercero).

El artículo 3.º mezcla dos hipótesis bien diferenciadas de denegación de la extradición:

Por razón de nacionalidad.

Por ser competentes los tribunales españoles.

El párrafo 2.º de dicho artículo, dice incorrectamente que cuando se denegare la extradición por el «motivo» previsto en el párrafo precedente, cuando en realidad son «motivos», se aplicará el principio «aut dedere aut iudicare».

Esta mezcla de motivos conduce a un error básico y es que tal principio, «aut dedere», entra en juego, si «el Estado en que se hayan ejecutado los hechos así lo pidiere», lo que es válido en relación a nacionales, pero no en el otro motivo, pues el Estado español no necesita excitación de otro Estado para ejercer su propia competencia. A su vez la E. de M. es incoherente pues dice que España «invitará» al país reclamante a que remita las actuaciones, cuando según el precepto positivo, es a la inversa, ya que la solicitud de las actuaciones exige como requisito de procedibilidad la denuncia del Estado requirente.

H) Los delitos políticos

No es cuestión de reproducir, en el marco de este estudio, la vieja polémica acerca del concepto de delito político, incluso si tras la descomposición de los regímenes comunistas, ya no hay valedores en el plano internacional, de las llamadas «causas subyacentes», como justificadoras de toda suerte de guerrillas. Baste recordar que el instrumento internacional más importante, como es el Convenio Europeo para la represión del terrorismo, ha prescindido de toda definición, limitándose a tipificar una lista de hechos, que «a efectos de extradición», y aunque se consideren políticos no

se benefician del privilegio de la no extradición ⁽¹⁷⁾, como los atentados contra personas internacionalmente protegidas, toma de rehenes, contra la seguridad de la aviación civil, empleo de armas automáticas, etc.

Pero sí importa atraer la atención, sobre la insuficiencia del art. 4.º de la LEP, donde, por ejemplo, se omiten las violaciones del derecho internacional humanitario (Convenios de Ginebra), pese a que ya se incluían en el Protocolo adicional al Convenio Europeo (10 años anterior a la elaboración de la LEP).

La política convencional bilateral desarrollada por el Ministerio de Justicia, especialmente entre 1985 y 1993, ha suplido esta deficiencia, estableciendo un cuadro más elaborado técnicamente. Parece imprescindible que en una hipotética reforma de la LEP se retoque este artículo.

D) Las potestades gubernativas: ¿redistribuir competencias?

Es sabido que la actual LEP de 1985, inspirada básicamente en un modelo caduco como es la ley francesa de 1927, disminuyó el componente judicial de la anterior ley de 1958 y paralelamente acentuó las potestades gubernativas, al residenciar la competencia final en el Gobierno, que puede apartarse de la decisión judicial positiva, pudiendo denegar la extradición, «en el ejercicio de la soberanía nacional, atendiendo al principio de reciprocidad o a razones de seguridad, orden público o demás intereses esenciales de la Nación» (art. 6). Tal fórmula positiva es consecuencia lógica de la filosofía de la ley, que concibe la extradición, «como acto de soberanía en relación con otros Estados», y la intervención judicial, solo como «aspecto técnico penal y procesal».

Si se cambia el enfoque y se considera la extradición como un acto cotidiano de cooperación judicial internacional, se volatiliza el conflicto de soberanías y dejan de tener sentido las citadas cláusulas de salvaguardia. Difícilmente puede entenderse que una reclamación judicial de un tribunal de la Unión Europea, pueda atentar al orden público de otro Estado de la Unión o atentar a sus intereses esenciales. Es muy posible, que este cambio metodológico no se produzca a corto plazo, por razones diversas. Entre tanto sí se podría producir un cambio operativo, a la búsqueda de la eficacia, sin conmovir los fundamentos del sistema.

A la luz de la experiencia se advierte, que la regla general de las solicitudes de extradición que llegan al Ministerio de Justicia e Interior se refieren a hechos que se inscriben en la delincuencia común, algunos banales, en los que difícilmente pueden plantearse cuestiones que exijan un pronunciamiento expreso del más alto órgano político y administrativo del Estado, como es el Consejo de Ministros. La experiencia muestra también que en muy raras ocasiones los restantes Ministerios formulan observaciones y menos cuando están refundidos Justicia e Interior.

En tales circunstancias resulta más operativo recuperar la competencia decisoria del Ministro de Justicia e Interior, sin perjuicio de la competencia del Consejo de Ministros de avocar cualquier expediente o de la competencia del citado Ministro, de someter, excepcionalmente, algún caso al citado órgano.

⁽¹⁷⁾ Por toda la doctrina. V. Bueno Arus. L'infraction politique et l'extradition dans la législation espagnole. *Revue Internationale de Droit Penal* 1991, p. 311.

En cualquier caso carece de sentido que en caso de consentimiento del reclamado, pueda el Gobierno rechazar la petición.

La presidencia francesa ha presentado un Proyecto del Convenio sobre extradición simplificada (DOC 12/138/94. JVSTPEN 100 de 14 de diciembre de 1994) como consecuencia del mandato que el Consejo JAI de 30 de noviembre y 1 de diciembre de 1994, dio al COREPER, «con la asistencia del Comité K.4», para la redacción de tal Convenio y su adopción durante la Presidencia francesa (doc. Comunicado de Prensa 11321/94, Presse 252 y 11607/94, JAI 71, de 2 de diciembre de 1994).

Si tal hipótesis no se da, podría adoptarse durante la Presidencia española, puesto que «la próxima Presidencia española ha subrayado que cuidará de la continuidad de los trabajos sobre la base del programa presentado por la Presidencia francesa...» (doc. 4423/95 CK 4 de 20 de enero de 1995), precisión quizás innecesaria, pues así es siempre, por la fuerza de las cosas, pudiendo recordarse que el Convenio de Donostia/San Sebastián de 1989, sobre simplificación de la extradición, procedía de la presidencia belga.

Dado que la extradición simplificada ya existe en nuestra LEP de 1985, en el nivel judicial, el Proyecto de la Unión no resuelve el problema apuntado antes, puesto que las «autoridades competentes», en el sentido del art. 5.2, seguirán siendo el Juzgado Central de Instrucción y el Consejo de Ministros, por lo que sería necesario modificar la ley española, suprimiendo la competencia del Consejo de Ministros o hacerlo por una vía indirecta, mediante una declaración al amparo del art. 9.2 aunque esta vía merece más reflexión (*).

III. CONCLUSIONES

La Ley de Extradición Pasiva, incluida su Exposición de motivos exige una profunda revisión atendiendo a estas variables:

1. Adaptarla más adecuadamente al Convenio Europeo incluidos sus Protocolos.
2. Tener en cuenta los perfeccionamientos técnicos ya introducidos en recientes tratados bilaterales de extradición ratificados por España.
3. Tener en cuenta el Convenio de Schengen y el TUE.

En las páginas anteriores se han expuesto algunos de los problemas teóricos y prácticos de la citada ley, aunque no son los únicos. Incluso sin alterar sustancialmente su filosofía, el texto actual puede mejorarse notablemente sin excesivo esfuerzo.

(*) El Convenio ya ha sido abierto a la firma y firmado por España en marzo de 1995.