

# Notas sobre el Convenio de Extradición entre España e Italia, firmado en Madrid el 22 de mayo de 1973

FRANCISCO BUENO ARUS

Letrado mayor del Ministerio de Justicia  
Profesor adjunto de Derecho penal

El Convenio de Asistencia Judicial penal y de Extradición entre España e Italia, firmado en Madrid el 22 de mayo de 1973, cuyo canje de instrumentos de ratificación tuvo lugar en Roma el 11 de octubre de 1977, ha venido a sustituir al hasta ahora vigente Convenio de 3 de junio de 1868 (*Gaceta* de 17 de enero de 1869), adicionado posteriormente con un Artículo el 6 de mayo de 1891 (*Gaceta* de 17 de julio). En estas notas me voy a referir exclusivamente a las generalidades, requisitos sustanciales y requisitos formales de la extradición (títulos II y III, artículos 18 a 49), dejando para otra ocasión el examen del título I del Convenio, relativo a asistencia judicial penal.

## I. GENERALIDADES

1. El Convenio no hace un pronunciamiento expreso sobre el *concepto* o la *naturaleza* de la extradición, silencio que es, por otra parte, habitual, no sólo en los tratados, sino también en las leyes internas relativas a la materia (1). Es sabido que la doctrina y la jurisprudencia consideran a la extradición como un acto de auxilio judicial internacional, esto es, de naturaleza procesal, no obstante lo cual, sin duda por su trascendencia, su regulación abunda en principios limitadores, más propios del Derecho penal, como son el principio de legalidad, el de irretroactividad, la interpretación restrictiva. etc.

2. *Clases de extradición.* El Convenio dicta normas, no sólo para la extradición activa (solicitud) y pasiva (entrega), sino también para la extradición en tránsito (art. 43) y para la reextradición a un tercer Estado (art. 36).

---

(1) Para CUELLO CALÓN, la extradición es "el acto por el cual un Gobierno entrega a un individuo refugiado en su territorio al Gobierno de otro país que lo reclame por razón de delito para que sea juzgado y, si ya fue condenado, para que se ejecute la pena o medida de seguridad impuestas" (*Derecho penal*, I, *Parte general*, Barcelona, 1975, 17.<sup>a</sup> edición, pág. 252). En sentido semejante se pronuncia QUINTANO RIPOLLÉS: *Tratado de Derecho penal internacional e internacional penal*, II, Madrid, 1957, pág. 196.

3. *Fuentes de la extradición.* El Convenio regula los principios sustanciales ("las reglas y las condiciones", dice el art. 18) de la extradición y una serie de aspectos del procedimiento. Se refiere a la legislación interna del Estado requirente la determinación de las decisiones que tienen valor equivalente a sentencia firme o mandato de prisión (art. 33, a) y a la del Estado requerido la determinación de procedencia de acción penal contra el nacional no entregado (art. 25) y de persecución por delitos cometidos fuera del territorio del Estado (art. 26, 2), así como el curso de las demandas de detención preventiva (art. 37) y la ocupación y entrega de los objetos que se hallen en poder del reclamado (art. 42, 1). Corresponderá a la legislación de ambos Estados la consideración de los hechos castigados con penas o medidas de seguridad privativas de libertad (art. 19), la prescripción de la responsabilidad penal (art. 29) y la regulación subsidiaria del procedimiento de extradición y de la detención preventiva (art. 44), aunque en estos últimos extremos lo normal será la aplicación preferente de la legislación del Estado requerido.

Conforme a los artículos 1 y 2 de la Ley española sobre Extradición de 26 de diciembre de 1958 (en adelante, LE), lo no previsto en el Convenio habrá de ser regulado, para las autoridades españolas, por la propia Ley y por la reciprocidad, prometida o convenida por el Gobierno dentro de las orientaciones de aquélla. No es fuente de la extradición en nuestro ordenamiento el Convenio europeo firmado en París el 13 de diciembre de 1957 (su art. 28 le atribuye preferencia sobre los tratados bilaterales), porque España no ha tenido todavía ocasión de adherirse al mismo (aunque ha servido como pauta en los más recientes convenios de extradición negociados por nuestro país).

4. *Interpretación del Convenio.* En este punto solamente se prevé que "las dificultades derivadas de la aplicación y la interpretación del presente Convenio serán resueltas por vía diplomática" (art. 48). Quizá hubiera sido conveniente disponer de la designación de un organismo mixto, encargado de esta interpretación, como hace, por ejemplo, el Convenio de extradición entre Austria y Francia firmado en París el 9 de julio de 1975, que, en su artículo 23, instituye una comisión arbitral al efecto, incluso con participación del Tribunal Internacional de Justicia (2).

Como señalé antes, es usual aplicar a las reglas de los convenios de extradición los principios de interpretación restrictiva y *pro reo*, característicos del Derecho penal.

5. *Lugar de aplicación del Convenio.* "El presente Convenio se aplicará al territorio nacional de España y de Italia" (art. 47). La cláusula es clara en su sencillez, sin necesidad de enumeraciones enojosas, aunque no sé si, con arreglo a las nuevas tendencias, se le reprochará no haber dicho "Estado español" y "Estado italiano".

---

(2) BUENO ARÚS: *Notas sobre el Convenio de extradición entre Austria y Francia, firmado en París el 9 de julio de 1975*, "Documentación Jurídica", 10, abril-junio 1976, pág. 424.

6. *Entrada en vigor del Convenio.* El Convenio entrará en vigor “el primer día del segundo mes a aquel en que tenga lugar el canje de los instrumentos de ratificación” (art. 49), es decir, el 1.º de diciembre de 1977. A diferencia de otros convenios, nada prevé el presente sobre su eficacia retroactiva o irretroactiva, por lo cual estimo, de acuerdo con la orientación señalada anteriormente, que sólo debe ser aplicado a los hechos cometidos con posterioridad a su entrada en vigor, y no a los procedimientos en tramitación en dicha fecha.

7. *Cesación del Convenio.* El Convenio de 3 de junio de 1868 establecía una duración de cinco años, prorrogable por períodos sucesivos de cinco años si seis meses antes de expirar cada período ninguno de los dos Gobiernos hubiera manifestado su propósito de hacer cesar sus efectos (art. 17). El de 1973, en cambio, establece simplemente que el Convenio “seguirá en vigor mientras no se denuncie por una de las partes contratantes. Sus efectos cesarán seis meses después del día de la denuncia” (art. 49), a mi juicio computados de fecha a fecha.

## II. REQUISITOS SUSTANCIALES

### A) POR RAZÓN DEL SUJETO

1. Las partes contratantes se obligan a entregarse recíprocamente “los individuos contra los que se siga un proceso penal por la comisión de un delito o sean requeridos para la ejecución de una pena o de una medida de seguridad privativa de libertad, impuestas como consecuencia de un delito, por las autoridades judiciales de una de las partes” (art. 18), es decir, los *procesados y penados por razón de delito*, excluyéndose las personas perseguidas o sancionadas por una autoridad administrativa y las condenadas a una medida de seguridad por razón de un estado de peligrosidad predelictual. Esta fórmula mejora la del artículo 1.º del Convenio Europeo de 1957 (en adelante, CE), que se refiere a persecución por una *infracción* y no precisa, aunque se sobreentienda, que ésta ha de ser constitutiva de delito.

2. No se indica expresamente en el Convenio que los presuntos extradictos han de encontrarse en el territorio del Estado requerido (como hacía el art. 1.º del Convenio de 1868), pero su necesidad resulta evidente, aunque sólo sea porque antes de la decisión sobre la entrega es preceptiva la audiencia del reclamado (arts. 16 y 18 de la LE).

3. En principio, es indiferente que el individuo reclamado sea nacional o extranjero para el Estado requirente, con tal de que exista una *conexión* que determine la competencia de las autoridades judiciales de dicho Estado, conexión que el artículo 4 de nuestra LE regula de la manera más amplia, al prever tanto la territorialidad, como la nacionalidad o la protección real del Estado (3). A este respecto,

(3) Sobre estos principios, cfr. RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal: español. Parte general*, Madrid, 1976, 5.ª edición, págs. 181 ss.

el art. 26, 2 del Convenio (reproducción del art. 7, 2 del CE) dispone que "cuando la infracción que origina la demanda de extradición haya sido cometida fuera del territorio de la parte requirente, la extradición no podrá ser denegada más que si la legislación de la parte requerida no autoriza la persecución de dicha infracción", lo que significa que, fuera del principio de la territorialidad, se puede desconocer la competencia de los Jueces extranjeros en los casos en que no procedería reconocer la de los nacionales. Por lo que respecta a los principios de personalidad y de protección del Estado, cfr. en nuestro ordenamiento los artículos 336 a 341 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 15 de septiembre de 1870, y, por lo que se refiere al principio de la comunidad internacional de intereses, vid. artículos 6, 9.º del Código de Justicia Militar y 288 y 452 bis a) del Código penal común, aunque en estos casos resultaría preferente la jurisdicción española y el individuo reclamado no sería entregado.

No se prevé en el Convenio un condicionamiento semejante al contenido en el artículo 6 del Convenio de 1868, que, en los casos en que el procesado o reo fuera extranjero en los dos Estados contratantes, obligaba a informar al Estado de la nacionalidad, y si éste reclamaba también al acusado, a resolver sobre el concurso de solicitudes. Pero una obligación similar ha de entenderse subsistente respecto del Estado del territorio cuando el solicitante sea el Estado de la nacionalidad, en virtud de lo dispuesto en el artículo 4, 2.º de la LE, supletoria de los convenios de extradición (art. 1, 2.º de la misma LE).

4. En cuanto a los *nacionales*, el régimen tradicional (reflejado, por ejemplo, en el art. 3 de la LE y en el art. 5 del Convenio hispano-italiano de 1868) era el de rechazo categórico de la solicitud de extradición. Con más flexibilidad, el artículo 26 de la Constitución italiana y el artículo 13 de su Código penal disponen que "La extradición del ciudadano solamente puede ser consentida cuando se halle especialmente prevista en convenciones internacionales". El régimen contemporáneo es facultativo y permite conceder o denegar la extradición de los nacionales por razones que se habrán de ponderar en cada caso, y que podrían ser el domicilio o el arraigo del interesado en uno u otro Estado, o incluso su propio consentimiento (4). En esta línea, el artículo 6, 1 del CE señala que "toda parte contratante tendrá la facultad de rechazar la extradición de sus nacionales", fórmula que acepta el Convenio hispano-italiano de 1973 (y que ya figuraba, en términos semejantes, en el art. 4 del Tratado hispano-norteamericano de 29 de mayo de 1970) (5): "Ambas partes tendrán la *facultad* de denegar la extradición de sus nacionales", facultad que, conforme a lo expuesto, deberá ejercitarse discrecional, pero no arbitrariamente.

"La condición de nacional será apreciada en el momento de la de-

(4) Sobre los sistemas de extradición de los nacionales, vid. PIOMBO: *Extradición de nacionales*, Buenos Aires, 1974.

(5) VILARIÑO PINTOS: *El nuevo tratado de extradición entre España y los Estados Unidos de América*, "Revista Española de Derecho Internacional", 1970/4, págs. 724 y s.

cisión sobre la extradición" (art. 25, 1), fórmula que permite un "fraude de convenio" por parte del Estado requerido, concediendo en el último momento la nacionalidad al reclamado, lo cual no sería posible si aquélla se hubiera de estimar en el momento de la solicitud de extradición. (El art. 6, 1 del CE, aún llega más allá, permitiendo que a estos efectos la cualidad de nacional se reconozca entre la decisión de extradición y la fecha señalada para la entrega). Aunque no se diga, es obvio que el Estado requerido apreciará la condición de nacional con arreglo a sus propias leyes.

En virtud del tradicional principio *aut dedere aut punire*, el nacional que no es entregado debe ser juzgado: "En el caso de que la parte requerida no entregue a un individuo que tenga su nacionalidad, deberá poner el hecho en conocimiento de las autoridades judiciales competentes por si ha lugar, según la ley del Estado requerido, a iniciar la acción penal correspondiente" (art. 25, 2). En sentido similar se pronuncia el artículo 6, 2 del CE. Entiendo que en tales casos procede solicitar las garantías de que el interesado no será en su caso juzgado o sancionado nuevamente por el Estado requirente (*non bis in idem*) a que se refiere el artículo 3 de la LE.

5. También pueden ser excluidos de la extradición "los menores de dieciocho años que tengan la residencia habitual en el Estado requerido", cuando la extradición podría "perturbar el normal desarrollo o adaptación del menor a la vida social", criterio que responde al mismo fundamento que los que he señalado a propósito de la extradición de los nacionales. Pero la improcedencia de la extradición respecto de estos menores (siempre mayores de dieciséis años, claro está, conforme a la legislación española) está condicionada a dos requisitos: que la Autoridad judicial requirente desista de la extradición, después de oír a las Autoridades del Estado requerido sobre la necesidad o conveniencia de tal desistimiento, y que las Autoridades judiciales o de asistencia social de ambos Estados se pongan de acuerdo "sobre las medidas procedentes en sustitución de la pena o medida de seguridad decretada" (art. 24), pues en otro caso no procederá la denegación de la extradición por razón de la edad del reclamado. Estos trámites tendrán el inconveniente en la práctica de que alargarán excesivamente el procedimiento de extradición, debiéndose proveer entre tanto a la detención preventiva o libertad provisional del menor afectado.

6. Finalmente, se excluyen de la extradición las personas que tengan la consideración de *justiciables* para el Estado requerido, cuando hayan delinquido "total o parcialmente en su territorio o en lugar asimilado" (art. 26, 1, similar al art. 7, 1 del CE) (6), o cuando hayan sido juzgados o sean objeto de persecución por sus Autoridades a causa de los mismos hechos que motivan la solicitud de extradición (art. 27 del Convenio, arts. 8 y 9 del CE y art. 6, 8.º de la LE). El fundamento de estas reglas se encuentra en el principio de improroga-

---

(6) Sobre el concepto de territorio a efectos penales, cfr. RODRÍGUEZ DEVESA: *op. cit.*, págs. 181 ss.

bilidad de la Jurisdicción criminal (art. 8 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) o, por parte de las garantías individuales, nuevamente en el principio *non bis in idem*. Entiendo que, al igual que en el caso de los nacionales, sigue vigente para las autoridades españolas la obligación de invitar al Estado requirente “a que dé seguridades de que la persona así juzgada en España no será perseguida por los mismos hechos en el territorio de aquél ni se ejecutará la sentencia que ya hubieran dictado sus propios tribunales, salvo que maliciosamente se hubiere eludido el cumplimiento de la pronunciada en España” (art. 3 de la LE).

## B) POR RAZÓN DEL DELITO

### a) *Inclusiones*

1. Acertadamente, el Convenio prescinde del sistema de lista excluyente (*numerus clausus*), característico de los convenios y tratados del siglo pasado, como el hispano-italiano de 1868 (art. 2), que tantos inconvenientes comporta cuando las leyes penales de los Estados signatarios, por la evolución de la política criminal, tipifican nuevos hechos, incluso de notable gravedad, no comprendidos en aquellas listas, inconvenientes (entre los cuales no es el menor la determinación de la posibilidad legal de ampliar el campo del convenio por la vía de la *reciprocidad*, admitida en términos poco precisos por el art. 2 de la LE y el art. 2, 7 del CE) que se evitan haciendo coincidir el *principio de legalidad* con el de *identidad normativa* (*numerus apertus*), tal como hace el artículo 13 del Código penal italiano y el 2,1 del CE.

2. En este sentido, el artículo 19 del Convenio dispone que “la extradición será concedida por hechos castigados por la legislación de ambas Partes” con una pena o medida de seguridad de privación de libertad. Es evidente que con penas sólo pueden ser castigados los delitos y, aunque las medidas de seguridad proceden por la apreciación judicial de estados de peligrosidad, que no requieren necesariamente la comisión de un delito (Ley española de 4 de agosto de 1970, artículos 199 a 240 del Código penal italiano), el artículo 18 matiza que también las medidas de seguridad han de haberse impuesto “como consecuencia de un delito”.

3. Los delitos que pueden dar lugar a la extradición han de revestir cierta gravedad, manifestada en los siguientes mínimos: si se trata de personas procesadas, el delito atribuido debe dar lugar a una pena o medida de seguridad privativas de libertad “que tengan una duración superior, en su máximo, a un año”; si se trata de personas condenadas, la condena impuesta ha de consistir en pena o medida de seguridad privativas de la libertad no inferiores a seis meses (art. 19). (En este último caso, el art. 2, 1 del CE fija solamente cuatro meses).

Estimo que constituye una laguna normativa no haber previsto el caso en que el sujeto es reclamado por varias infracciones, alguna o algunas de las cuales llenan el mínimo de gravedad exigido, pero las

restantes no. En estos supuestos, lo habitual es considerar que "quien quiere lo más, quiere lo menos" y conceder la extradición por todos los delitos solicitados sin atender a la gravedad de la pena correspondiente (con carácter facultativo en el art. 2, 2 del CE, con carácter obligatorio en determinados casos en el art. 3, 1 del Convenio franco-austriaco de 9 de julio de 1975).

4. De una manera expresa, se incluyen en el artículo 21 los hechos de piratería aérea, estimando como tales "las infracciones a las leyes penales cometidas mediante violencia o intimidación a bordo de aeronaves en vuelo matriculadas en uno de los dos Estados contratantes, dirigidas al apoderamiento de las aeronaves con la finalidad de ejercer su control". En estas infracciones, con arreglo a los Convenios internacionales de Tokio de 14 de septiembre de 1963 (art. 13, 2), La Haya de 16 de diciembre de 1970 (arts. 7 y 8) y Montreal de 23 de septiembre de 1971 (arts. 7 y 8) sobre infracciones cometidas a bordo de aeronaves, rige el principio *aut dedere aut punire*, y, conforme al artículo 6, 9.º del Código de Justicia Militar español, el principio de la comunidad internacional de intereses. Ahora bien, el Convenio hispano-italiano de 1973 sale al paso de estos posibles inconvenientes para la extradición, preceptuando que "los delitos de piratería aérea cometidos en vuelo se considerarán siempre como realizados en territorio del país de inmatriculación de la aeronave" (art. 26, 1); en consecuencia, si este último es el Estado requirente, procederá la extradición (7).

#### b) Exclusiones

1. La primera exclusión, naturalmente, siguiendo una larguísima tradición (consagrada también en los arts. 10 y 26 de la Constitución italiana, en el art. 6 de la LE y en el art. 3 del Convenio hispano-italiano de 1868), se refiere a los *delitos políticos*, concepto siempre difícil e impreciso (8), e incluso inútil, por lo que después se dirá. Ei

---

(7) Sobre el valor de los tratados internacionales como fuente de Derecho en general y en el ordenamiento español, después de la reforma del Código civil por Decreto 1.836/1974, de 31 de mayo, vid. LA GUARDIA y DELPECH: *El Derecho de los Tratados y la Convención de Viena de 1969*, Buenos Aires, 1970; RODRÍGUEZ ZAPATA: *Constitución, tratados internacionales y sistema de fuentes del Derecho*, Bolonia, 1976; HERRERO DE MIÑÓN: *Aspectos constitucionales del nuevo Título preliminar del Código civil*, "Revista de Estudios Políticos", 198, noviembre-diciembre 1974, págs. 89 y ss.; DE MIGUEL ZARAGOZA: *Datos para un análisis de las relaciones entre el Derecho internacional y el Derecho español*, "Boletín de Información del Ministerio de Justicia", 989, 15 junio 1974, págs. 3 y ss.; GONZÁLEZ CAMPOS: *Comentario al artículo 1, 5 del Código civil*, en el libro colectivo *Comentarios a la reformas del Código civil*, I, Madrid, 1977, págs. 78 y ss.

(8) Cfr. DE BENITO: *Delitos políticos*, "Enciclopedia Jurídica Seix", X, Barcelona, s. f., págs. 654 y ss.; DURÁN: *Notas sobre el delito político*, en *Problemas actuales de las Ciencias penales y la Filosofía del Derecho* (Homenaje a Jiménez de Asúa), Buenos Aires, 1970, págs. 257 y ss.; GARCÍA MANZANO: *Los delitos políticos como figuras punibles excluidas*

presente Convenio considera como tales (repetiendo casi literalmente las normas expuestas en el art. 3 del CE) los siguientes:

1.1. "Los delitos considerados como políticos por la Parte requerida" (art. 20, 1, redactado conforme al art. 3, 1 del CE). Cláusula perfectamente correcta, si se tiene en cuenta que las interminables discusiones sobre la naturaleza objetiva (bien jurídico atacado), subjetiva (finalidad del agente) o mixta (ambos criterios) del llamado delito político siempre han de desembocar, si se actúa honestamente, en la conclusión de que la valoración de lo que es *político* constituye asimismo una decisión *política*, que no puede sujetarse a cauces jurídicos, y que por lo tanto depende en cada caso del criterio (es decir, del régimen político) del Estado requerido (9), con todos los riesgos, asimismo políticos, que este *decisionismo* puede comportar, y que se ha puesto de manifiesto, por ejemplo, en las leyes españolas sobre amnistía (10).

1.2. Los delitos "conexos con delitos de esta naturaleza" (art. 20, 1). También se refiere a los delitos conexos el art. 3, 1 del CE. Estos delitos son evidentemente de naturaleza *común* y sólo los hace participar del régimen privilegiado de los políticos su conexión, es decir, su íntima dependencia, con alguno de aquéllos. Creo, por tanto, que, de las diversas especies de conexión que enumera el artículo 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (11), aquí deben tomarse en consideración los que sean medio necesario para cometer, o estén encaminados a facilitar la ejecución o procurar la impunidad por la comisión de un delito político.

1.3. Participan del régimen de exclusión de los delitos políticos (y ésta es una cláusula progresiva, basada también en la *politización* de estas cuestiones, tomada literalmente del art. 3, 2 del CE) las infracciones de naturaleza común "si la Parte requerida tiene fundados motivos para suponer que la demanda de extradición... ha sido presentada con la finalidad de perseguir o castigar a un individuo a causa de su raza, religión, nacionalidad u opinión política, o bien que la situación de este individuo puede ser agravada por tales motivos" (artículo 20, 3). Aquí, el carácter político del asunto no se encuentra en el delito alegado, sino en la motivación de la solicitud de extradición o en el riesgo que el sujeto corre de ser devuelto a su país, incluso en este último caso aunque el Estado o el Gobierno sean ajenos a tales

---

*de los tratados de extradición*, "Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios", 146, mayo-junio 1960, págs. 2083 y ss.; GARCÍA VALDÉS: *El delito político*, Madrid, 1976; PEYDRO CARO: *Delito político, extradición y derecho de asilo*, Madrid, 1960; QUINTANO RIPOLLÉS: *Delito político*, "Nueva Enciclopedia Jurídica Seix", VI, Barcelona, 1954, págs. 603 y ss.; DE LA TORRE REYES: *El delito político*, Quito, 1955.

(9) "El Gobierno apreciará libremente en cada caso el carácter de la infracción", dice el art. 6, 1.º, de la LE.

(10) Cfr. LANDROVE: *La amnistía en España*, Madrid, 1976; LINDE PANIAGUA: *Amnistía e indulto en España*, Madrid, 1976; VALENCIANO ALMOYNA: *Las normas de gracia en la transición*, REDM, 31-32, 1976, páginas 221 y ss.

(11) Cfr. DE LA OLIVA SANTOS: *La conexión en el proceso penal*, Pamplona, 1972.

riesgos. Insisto en que, desde la perspectiva de los derechos humanos, esta regla me parece altamente progresiva.

1.4. La Constitución italiana excluye expresamente de la consideración de político el delito de genocidio (Ley constitucional de 21 de enero de 1967). El art. 6, 1.º de la LE, por su parte, excepciona “el hecho que constituya esencialmente un delito común o revelare una singular perversidad en el delincuente, sean cuales fueren sus alegaciones respecto de la motivación o finalidad de aquél”. Tampoco se considera delito político “el atentado contra la vida de un Jefe de Estado, de un miembro de su familia o de quienes ejerzan funciones de Gobierno”. El Convenio hispano-italiano de 1973 es más parco en este punto, al contener solamente, como exclusión de la consideración de delito político, la llamada “cláusula belga de atentado”, redactada en los siguientes términos (conforme al art. 3, 3 del CE): “A los fines de aplicación de este Convenio, el atentado contra el Jefe del Estado o contra un miembro de su familia no será considerado como delito político” (art. 20, 2). Esta fórmula resulta de ámbito más estricto que la paralela del art. 6, 1.º de nuestra LE, acabado de citar, pero, al no haberse precisado que el atentado lo sea contra la vida, cabe acoger aquí también los ataques contra la integridad, la libertad y la seguridad del Jefe del Estado o de los miembros de su familia.

1.5. Tampoco se consideran delitos políticos los hechos de piratería aérea, a que me referí anteriormente, “cuando a causa de su gravedad el Estado requerido considere prevalente su carácter de delito común” (art. 21, 2). Entiendo que en este caso seguiría siendo de aplicación la regla *aut dedere aut punire*, consagrada en los preceptos y Convenios multinacionales antes mencionados.

2. Asimismo, se excluyen de la extradición los “delitos estrictamente militares” (art. 22), de manera acorde con lo dispuesto en el Convenio Europeo (art. 4) y en la LE (art. 6, 2.º), debiéndose entender por tales las infracciones de la ley penal militar cometidas por militares con ocasión del ejercicio de sus funciones profesionales (12). No se hacen excepciones positivas en perjuicio de los desertores, como sucedía a veces en los convenios del siglo pasado (cfr. los Artículos Adicionales al Convenio hispano-portugués de 27 de mayo de 1868, que incluso establecen un procedimiento más simplificado para la entrega de aquéllos). Tampoco se hace mención expresa de los desertores de la marina mercante (que en los convenios decimonónicos se disponía fueran entregados sin formalidades a sus respectivos cónsules), pero evidentemente estas desercciones no son infracciones militares, por lo que, a falta de un convenio especial sobre la materia, se deberá aplicarles el régimen común de la extradición.

3. “La infracción de las normas fiscales, monetarias y aduaneras estará igualmente excluida de este Convenio, salvo acuerdo especial

---

(12) Sobre el concepto de delito militar, vid. RODRÍGUEZ DEVESA: *El concepto legal del delito militar en el Derecho español*, “Revista de Estudios Penitenciarios”, 152, mayo-junio 1961, anexo, págs. 564 y ss.

sobre esta materia" (art. 23, siguiendo la directriz del art. 5 del CE, y a diferencia del art. 6, 4.º de la LE, que excluye de la extradición las "infracciones de las leyes fiscales y monetarias que no constituyan delito común"). Estimo que el momento adecuado para negociar el aludido acuerdo especial se producirá cuando en España se promulguen las leyes sobre delitos fiscales, delitos monetarios y contrabando ya anunciadas y que actualmente se encuentran en elaboración en las Cortes y en la Comisión General de Codificación.

4. La improcedencia de la extradición por *infracciones de carácter leve* ("mínima non curat praetor") resulta de la norma, antes expuesta, de que las penas conminadas para los delitos por los que se persigue al extradicto "tengan una duración superior en su máximo a un año", o, en caso de condena, no sean inferiores a seis meses (artículo 19), lo que excluye en todo caso las faltas y los delitos castigados con arresto mayor. El art. 6, 9.º de la LE excluye expresamente las faltas y las contravenciones administrativas, lo que no era necesario en el presente Convenio, toda vez que desde un principio se indica que la extradición procederá por razón de *delitos* (arts. 18 y 19).

5. No hay exclusiones explícitas por razón de las *formas imperfechas de ejecución* (tentativa, frustración) o de las *formas de participación* en el delito ajeno (inducción, auxilio, encubrimiento), formas que el art. 5 de la LE incluye expresamente, lo que significa que tales situaciones están comprendidas en el régimen general de la extradición, dadas las expresiones omnicomprendivas del artículo 18 ("individuos *contra los que se siga un proceso penal* por la comisión de un delito o sean *requeridos para la ejecución de una pena o de una medida de seguridad* privativa de libertad impuestas como consecuencia de un delito"), que evidentemente no se refieren sólo a los autores de delitos consumados.

6. Finalmente, no procederá la extradición si ha intervenido alguna *causa de extinción de la responsabilidad criminal*, de las que el artículo 28 contempla "la amnistía concedida en el territorio de la parte requerida", que "impedirá la extradición solamente cuando la infracción estuviese sujeta a su jurisdicción", y el artículo 29, la prescripción de la acción penal o de la pena con arreglo a la legislación de cualquiera de las partes. (El art. 4 del Convenio de 1868 se refería solamente a la prescripción, lo mismo que el art. 10 del CE).

Creo, por una parte, que estas dos causas de extinción de la responsabilidad criminal están reguladas con acierto, pues, en efecto, la *prescripción* debe estimarse con arreglo a cualquiera de las legislaciones de los dos Estados interesados, ya que para aquel según cuyo ordenamiento la responsabilidad penal haya prescrito el hecho ha dejado de ser delictivo en concreto (por faltar el requisito de la punibilidad), y faltaría el primer requisito esencial de la extradición (que sólo se concede por delitos), y, en cambio, la *amnistía* (fórmula amplia que, a mi juicio, engloba también los indultos generales) solamente debe operar en principio como impedimento de la extradición cuando sea otorgada en el Estado requirente, pues el Estado requerido no puede

tener facultad para hacer cesar las leyes penales (que en ello consisten las medidas de gracia) extranjeras, que no dependen de su soberanía. En cambio, si el hecho es perseguible conforme al ordenamiento de ambos países, supuesto en que el Estado requerido tendría preferencia (art. 27), el clásico y repetido principio *non bis in idem* obliga a que el pronunciamiento adoptado en un país respecto de la responsabilidad penal sea respetado en los demás que pudieran tener interés en el conocimiento y sanción de los mismos hechos.

De otra parte, la enumeración de causas extintivas de la responsabilidad criminal no es completa en los artículos 28 y 29 del Convenio hispano-italiano, y pienso que hubiera sido mejor adoptar una fórmula amplia al estilo de la del artículo 6, 6.º de nuestra LE (“No se concederá la extradición... por aquellas infracciones en las que, conforme a la legislación española o del Estado requirente, se haya extinguido por cualquier causa la responsabilidad criminal”). Tales causas se encuentran enumeradas en el artículo 112 del Código penal español, y, si bien es obvio que la *muerte del reo* nunca será cuestionada en su eficacia extintiva, ni tampoco el *indulto particular* concedido en el Estado requirente, supuesto en que éste dejaría de tener interés en la persecución internacional del imputado, y que el *cumplimiento de la condena* ya aparece reconocido con aquella eficacia en el artículo 27, 1 del Convenio, quedaría por esclarecer la posibilidad del reconocimiento del *perdón del ofendido*, para el cual, en caso de disparidad de ambas legislaciones, podría, a mi juicio, invocarse la aplicación supletoria de la Ley de 26 de diciembre de 1958, de acuerdo con el artículo 1, 2.º de la misma.

7. Por igual motivo que el que acabo de indicar, procederá denegar la extradición, conforme a los apartados 3.º, 5.º y 7.º del artículo 6 de la LE, por delitos de prensa, por delitos sólo perseguibles a instancia de parte (con excepción de la violación, el estupro y el rapto), y “cuando por algún motivo exclusivamente legal no pueda llevarse a efecto la detención de la persona cuya extradición se solicite” (remisión a las disposiciones sobre inmunidades) (13).

### C) POR RAZÓN DE LA PENA

1. La extradición se concede por delitos castigados con *penas y medidas de seguridad privativas de libertad* (arts. 18 y 19), con los mínimos ya señalados. De esta manera quedan excluidas las penas distintas de las privativas de libertad en sentido estricto (reclusiones, presidios y prisiones en nuestro ordenamiento: art. 27 del Código penal; ergástulo, reclusión y arresto en el ordenamiento italiano: art. 17 de su Código penal), lo que, a mi juicio, significa que no se concederá la extradición si el hecho que motiva la solicitud está castigado sólo con inhabilitación, multa o confinamiento, por ejemplo, pero que no

(13) Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal español*, cit., págs. 561 y ss.

impedirá que, en caso de concederse la extradición por delito castigado con pena privativa de libertad, ésta se pueda imponer y ejecutar acompañada de las accesorias correspondientes (puesto que “lo accesorio sigue a lo principal”) o de otras penas principales diferentes en el caso de que la Ley señale varias penas acumulativamente para el delito en cuestión (v. gr., arts. 325, 1.º, 351 y 417 del Código penal español).

Pienso que no hay inconveniente legal alguno en considerar a estos efectos como penas de privación de libertad las de esta naturaleza ejecutadas en sustitución de la pena judicialmente impuesta (reclusión por conmutación de la pena de muerte, arresto sustitutorio de multa), siempre que cumplan los mínimos indicados.

Las *medidas de seguridad* (no aludidas en el Convenio de 1868) pueden plantear problemas en su interpretación, y de aquí que algunos convenios hayan optado por una definición *ad hoc*, siguiendo la directriz del artículo 25 del CE: “medidas privativas de libertad ordenadas como complemento o en sustitución de una pena por sentencia de una jurisdicción penal”. Una definición así concebida elimina toda duda sobre las medidas de carácter administrativo, como lo son las impuestas por autoridades de la misma naturaleza y también las medidas predelictuales, aunque se impongan por un juez o tribunal, a que tan reacia se muestra, con razón, la doctrina científica (14). De todas formas, en el Convenio hispano-italiano de 1973 se llega a la misma conclusión, porque las medidas han de ser impuestas “como consecuencia de un delito por las autoridades judiciales de una de las partes” (art. 18), lo que incluye solamente las medidas previstas en el Código penal español (arts. 8, 1.º a 3.º y 65) y las medidas postdelictuales reguladas en la Ley de 4 de agosto de 1970 (art. 4.º).

2. No podía faltar la inevitable referencia a la *pena de muerte*: “Si el delito por razón del cual se solicita la extradición puede ser castigado, según la legislación de la parte requirente, con la pena capital, sólo se concederá si la parte requirente da seguridades suficientes a la requerida de que la pena capital no será ejecutada” (art. 30). La fórmula adoptada es más flexible que la contenida en el artículo 7, 1.º de la LE (“La concesión de extradición por el Gobierno español se entenderá siempre condicionada: a que si la pena señalada al supuesto delito por la Ley del Estado requirente fuese una pena capital, ésta se conmute por otra que no tenga aquel carácter, debiendo expre-

(14) Cfr. BERISTAIN: *Medidas penales en Derecho contemporáneo*, Madrid, 1974; CUELLO CALÓN: *Las medidas de seguridad*, ANUARIO DE DERECHO PENAL, enero-abril 1956, págs. 9 y ss.; FAIRÉN GULLÉN: *Problemas del proceso por peligrosidad sin delito*, Madrid, 1972; JIMÉNEZ DE ASÚA: *Las medidas de seguridad, su naturaleza y sus relaciones con la pena*, en *El Criminalista*, XII, Buenos Aires, 1958, págs. 219 y ss. JORGE BARREIRO: *Las medidas de seguridad en el Derecho español*, Madrid, 1976; OLESA MUÑO: *Las medidas de seguridad*, Barcelona, 1951; RODRÍGUEZ DEVESA: *op. cit.*, págs. 815 y ss.; SOLER: *Las medidas de seguridad no son sanciones*, ANUARIO DE DERECHO PENAL, mayo-agosto 1964, págs. 215 y ss.; VARIOS: *Peligrosidad social y medidas de seguridad*, Instituto de Criminología de la Universidad de Valencia, 1974.

sarse cuál sea antes de que la extradición se conceda”) y se halla en la línea del artículo 11 del CE (de muy curiosa redacción en su primera parte, que parece subordinar la prohibición a que la pena de muerte se encuentre prevista en la Ley del Estado requirente y no en la legislación del Estado requerido o que no se ejecute generalmente en este último, suprimiendo en otro caso dicha prohibición).

La fórmula de nuestra LE se ha mostrado inviable en la práctica, porque, cuando la pena de muerte aparece conminada en la Ley con carácter de pena única, y tal como ha puesto de manifiesto la Embajada francesa en diversas ocasiones, no hay organismo competente para prejuzgar una facultad de gracia que sólo corresponde al Jefe del Estado, y, cuando la Ley prevé una pena alternativa de muerte o de reclusión para el delito que motiva la demanda de extradición, no es posible que el tribunal competente se pronuncie sobre el contenido de su fallo con anterioridad al desarrollo del proceso. En consecuencia, hay que atenerse a fórmulas que, sin desprecio de las garantías del justiciable, tengan viabilidad real, como sería que el Gobierno (sujeto activo de la extradición) se comprometiera a solicitar del Jefe del Estado el indulto en el supuesto hipotético de que el tribunal impusiera en su sentencia la pena de muerte. Esta modalidad y otras análogas caben en la expresión adoptada por el Convenio: “dar seguridades suficientes de que la pena capital no será ejecutada”, y no se diga que no hay forma de controlar el cumplimiento de la promesa o compromiso del Gobierno requirente, porque la institución de la extradición está basada en el principio de la buena fe y en la confianza en las autoridades judiciales y gubernativas de los Estados extranjeros; si tal confianza no existiere, la solución no es establecer limitaciones y condicionamientos, sino rechazar de antemano todo convenio en materia de extradición.

#### D) POR RAZÓN DEL PROCESO

El artículo 31 del Convenio sigue el criterio tradicional de que “la persona objeto de extradición no podrá ser sometida en el territorio de la parte requerida a un *Tribunal de excepción*”, ni podrá concederse la extradición para la ejecución de una pena o medida de seguridad impuestas por tales tribunales. El artículo 7, 3.º de la LE prevé una excepción (consentimiento del interesado) que no recoge el Convenio.

No aclarándose qué son Tribunales de excepción, cabe la duda de si habrán o no de ser tenidos por tales los tribunales militares en determinados casos. Pienso que habrán de considerarse tribunales ordinarios cuando sea normal que tengan atribuida competencia en determinados asuntos, por ejemplo, delitos cometidos en el aire o en el mar (Leyes penales españolas de la Marina Mercante de 22 de diciembre de 1955 y de la Navegación Aérea de 24 de diciembre de 1964).

### III. REQUISITOS FORMALES (PROCEDIMIENTO)

#### A) INICIATIVA

1. La norma tradicional dispone que las solicitudes de extradición se formulen por vía diplomática (art. 9 del Convenio de 1868 y 10 de la LE). También el artículo 32 del nuevo Convenio hispano-italiano preceptúa que "La solicitud de extradición será transmitida por vía diplomática por los Ministerios de Justicia de las partes" (a quienes habrán de dirigir el oportuno suplicatorio los organismos judiciales interesados), pero, recogiendo directrices más modernas y progresivas (cfr. art. 12, 1 del CE), añade a continuación: "Sin embargo, en casos de especial urgencia podrá dirigirse —la solicitud de extradición— directamente a través de los citados Ministerios, que informarán inmediatamente a sus respectivos Ministerios de Asuntos Exteriores". Hasta ahora, la única posibilidad de comunicación directa entre los Ministerios de Justicia de los Estados requirente y requerido se hallaba recogido en nuestro ordenamiento en los artículos 1.º y 4.º del Acuerdo hispano-francés de 19 de febrero de 1968 sobre notificaciones y comisiones rogatorias en materia de procedimiento civil (que Francia, por cierto, pretende unilateralmente transformar en una comunicación directa entre los juzgados o tribunales interesados, prescindiendo incluso de los Ministerios de Justicia). El signo de los tiempos exige la mayor celeridad y abreviación de trámites.

2. A la solicitud deben unirse los documentos que enumera el artículo 33:

a) Original o copia auténtica de una sentencia, un mandato (mejor, mandamiento) de prisión, o cualquiera otra decisión que tenga la misma fuerza según la legislación de la parte requirente.

b) Exposición de los hechos por los cuales se solicita la extradición (si no estuviese incluida en el documento citado anteriormente), indicando el tiempo y lugar de su perpetración y su calificación legal.

c) Copia de las disposiciones legales pertinentes o declaración sobre el Derecho aplicable (comprensiva especialmente de las disposiciones sobre el delito cometido, pena aplicable, forma de ejecución y de participación en su caso, y prescripción de la acción penal o de la pena).

d) Datos de identificación y nacionalidad del individuo reclamado.

Esta lista de documentos, reproducción de la contenida en el artículo 12 del CE, es similar a las comprendidas en el artículo 10 de la LE y en el artículo 9 del Convenio de 1868, el cual disponía asimismo que "Estos documentos serán expedidos originales o en copia certificada, bien por un tribunal, o bien por cualquiera otra autoridad competente del país que reclame la extradición". Nada previene el Convenio de 1973 sobre formalidades y legalizaciones, por lo que será de aplicación la legislación de ambos Estados (art. 44). La tendencia moderna camina en el sentido de prescindir lo más posible de formalida-

des, dando por legítimos (otra vez sobre la base del principio de la buena fe) los documentos remitidos oficialmente por vía diplomática.

3. Los documentos habrán de ir redactados en la lengua de la parte requirente, acompañados de una traducción a la lengua de la parte requerida (art. 45, en la línea del art. 11 de la LE. El art. 23 del CE se conforma con una sola de ambas lenguas). En nuestro país, las traducciones oficiales deben ser producidas por la Oficina de Interpretación de Lenguas, que forma parte del Ministerio de Asuntos Exteriores (Reglamento de 27 de agosto de 1977).

4. "Si los datos o documentos enviados por la parte requirente son insuficientes o defectuosos, la parte requerida concederá un plazo para que esa documentación sea completada o subsanada" (art. 34, en la línea del art. 13 del CE y 12 de la LE), debiéndose entenderse que esta solicitud de información complementaria produce, en su caso, la suspensión del procedimiento de extradición y que la no recepción de aquélla dentro del plazo fijado al efecto supone la terminación de dicho procedimiento.

## B) DETENCIÓN PREVENTIVA

La detención preventiva es requisito *sine qua non* para la tramitación de un procedimiento de extradición, por cuanto el individuo reclamado debe ser puesto a disposición del juez o tribunal competente, oído por éste, y asegurado en su caso para la ejecución de la decisión que conceda la extradición. Por ello, el artículo 15 de la LE dispone que, al pasar el procedimiento de extradición a su fase judicial, se detenga al interesado y se le ponga, juntamente con los objetos y papeles que se le hubiesen ocupado y con el oportuno atestado, a disposición del Juzgado de Instrucción competente (que, después del R.D.L. 1/1977, de 4 de enero, ya no es el Juzgado del lugar de la detención, sino el Juzgado Central de Instrucción de Madrid que se encuentre de guardia). Sin embargo, la detención preventiva puede practicarse con carácter previo a la solicitud formal de extradición, según el Convenio hispano-italiano de 1973, en los dos supuestos siguientes:

a) *A solicitud de las autoridades competentes de la parte requirente en caso de urgencia* (art. 37, 1) (15).

1. La demanda de detención preventiva indicará la existencia de una de las resoluciones mencionadas en el apartado a) del artículo 33

---

(15) Por Real Orden Circular de 14 de mayo de 1913 (*Gaceta* del 21) se dispuso que los jueces y tribunales se abstuvieran de dirigirse directamente a las autoridades de otros países para solicitar detenciones preventivas como diligencia preparatoria de las demandas de extradición, a no ser que existieran razones especiales que aconsejaran prescindir de la vía diplomática y siempre que lo autorizara expresamente el Convenio de extradición vigente con la nación donde se hubiese refugiado el presunto delincuente. En la actualidad, una solicitud en tal sentido se cursa normalmente por vía diplomática o, más frecuentemente, por conducto de la INTERPOL.

(sentencia condenatoria, mandamiento de prisión, etc.) y la intención de formalizar la solicitud de extradición, así como la infracción, el tiempo y el lugar en que la misma ha sido cometida, y los datos de identificación y nacionalidad del individuo reclamado (art. 37, 2). Esta demanda de detención preventiva será transmitida directamente a las autoridades competentes de la parte requerida por vía postal o telegráfica, por medio de la INTERPOL (el procedimiento más usual) o por cualquier otro medio que deje constancia escrita o que se admita por la parte requerida (art. 37, 3).

2. La detención preventiva *podrá* dejarse sin efecto si en el plazo de veinte días la parte requerida no ha recibido la solicitud de extradición y los documentos correspondientes, y *deberá* dejarse sin efecto si el plazo transcurrido es de cuarenta días, regla que no impide la concesión de la libertad provisional “siempre que la parte requerida adopte todas las medidas que estime necesarias para evitar la fuga del reclamado” (art. 37, 4), libertad provisional que entiendo sería sustitutiva de la detención preventiva *durante los plazos indicados* y no la solución a adoptar si los documentos no se reciben dentro de tales plazos, pues, en este último supuesto, la solución procedente habría de ser la libertad definitiva, so pena, en caso contrario, de que la libertad provisional pudiera ser de duración ilimitada, en tanto que el Estado requirente no tuviese a bien formalizar debidamente la solicitud de extradición, conclusión que me parece rechazable.

Si prospera la interpretación que sugiero, sería necesario dar cauce adecuado en nuestra legislación a la introducción de la posibilidad de la libertad provisional en la *detención* preventiva a efectos de extradición, posibilidad que en la actualidad sólo está reconocida cuando el detenido, tras la intervención del Consejo de Ministros, ha sido ya puesto a disposición del juzgado de instrucción competente y éste ha de elegir entre elevar la detención a *prisión* o conceder al sujeto la libertad provisional, con o sin fianza (art. 16 de la LE). En tal caso, la libertad provisional habría de ser acordada por la misma autoridad gubernativa que practicó la detención (arts. 14 y 15 de la LE), o, mejor, se habría de dar entrada al juez en el procedimiento de extradición *desde el primer momento*, en armonía con las orientaciones procesales contemporáneas. Quizá, incluso, fuera aconsejable cambiar nuestro sistema administrativo-judicial de extradición por otro judicial-administrativo, como en otros países, pero éste es tema para otro trabajo.

3. Ahora bien, la liberación definitiva del reclamado en caso de *mora* del Estado requirente no impedirá que se proceda nuevamente a la detención, y en su caso a la extradición, si la repetida solicitud se recibe posteriormente (art. 37, 5), porque las decisiones en materia de detención preventiva, conforme a la interpretación usual, no son definitivas, al no afectar al fondo de la extradición.

4. El *dies a quo* para computar los plazos de referencia no aparece concretado con claridad en el Convenio. De una parte, la referencia al plazo de veinte días con que comienza el párrafo 4 del artículo 37

está situada a continuación de la frase "La autoridad requirente será informada del curso de su demanda", por lo que parece ser que aquél deberá computarse a partir de la notificación de la detención a la representación diplomática del Estado requirente, lo que sería un criterio realista. El plazo de cuarenta días se indica sin lugar a dudas que se computará desde el arresto. No encuentro satisfactoria una consideración tan dispar de una y otra situación, por lo que me inclino a pensar que, en la práctica (pese a lo dicho anteriormente), se entenderá que tanto el plazo de veinte como el de cuarenta días señalados a la detención preventiva se computarán desde el arresto del reclamado.

5. Obsérvese que el régimen establecido en el Convenio de 1973 (reproducción exacta del art. 10 del CE, salvo que en éste el plazo de veinte días se convierte en diez y ocho) para la detención preventiva es mucho más flexible para el Estado requirente (y, por tanto, más estricto para el presunto extradicto) que el fijado en los artículos 13 y 14 de la LE, los cuales, al señalar diez y quince días de plazo para Europa a contar desde la fecha de la detención o desde la fecha en que se solicitó la misma, sientan una regla de muy difícil cumplimiento en la práctica, pues el envío no puede ser muy rápido, pese a la facilidad de comunicaciones en nuestra época, dada la serie de instancias (Autoridad judicial, Ministerio de Justicia, Ministerio de Asuntos Exteriores, Embajada, Ministerio de Asuntos Exteriores extranjero) por las que tiene que pasar antes de llegar a su destino. Con todo, ahora se han puesto límites a una facultad que en el Convenio hispano-italiano de 1868 no los tenía, ya que en su artículo 10 el Estado requirente estaba obligado simplemente a "presentar lo más pronto posible" la documentación de la solicitud de extradición. En cuanto al ordenamiento jurídico italiano, el artículo 665 de su Código de procedimiento penal dispone un plazo de sesenta días para la detención preventiva en las extradiciones iniciadas a instancia de los países europeos, que puede ser prorrogado hasta por un mes más, y no hay plazos cuando es el Estado italiano el que ha ofrecido la extradición del delincuente al otro Estado.

b) *A iniciativa de las autoridades competentes de la parte requirenta*

1. Dichas autoridades, "cuando tengan noticia de la existencia de un mandamiento de detención o de otra resolución equivalente (y el reclamado sea sospechoso de fuga, añade el art. 663 del Código de procedimiento penal italiano), emanados de una autoridad judicial de la otra parte, por un delito que produzca la obligación de conceder la extradición según el presente Convenio, podrán proceder a la detención preventiva de la persona reclamada, comunicándolo inmediatamente y por la vía más rápida a la otra parte", que "deberá comunicar si tiene o no la intención de solicitar la extradición del detenido" (art. 38, primer párrafo).

2. Si la respuesta es negativa o no se recibe respuesta alguna den-

tro de los quince días siguientes a la detención, procederá la libertad inmediata del detenido (art. 38, segundo párrafo).

3. Si se recibe respuesta afirmativa una vez transcurridos los quince días y liberado el detenido, entonces será de aplicación el régimen general prevenido en el artículo 37, 5, antes aludido.

#### C) TRAMITACIÓN

El Convenio no señala normas para la tramitación del procedimiento de extradición, por lo que, conforme al artículo 44, "se aplicarán las leyes internas de las respectivas partes", es decir, la legislación del Estado requerido (*lex loci actus*), con arreglo a los principios generales del Derecho internacional privado. En el mismo sentido se pronuncia el artículo 22 del CE.

La legislación interna en esta materia está constituida por los artículos 12 a 18 de la Ley española de 26 de diciembre de 1958 para la extradición pasiva, y artículos 824 a 833 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 947 a 953 del Código de Justicia Militar para la activa, y por los artículos 666 y 667 del Código de procedimiento penal italiano (16).

En ambos países se sigue el sistema latino, que consiste en examinar solamente los requisitos de la extradición sin juzgar al extradicto sobre el fondo del delito imputado (nuevamente, nos encontramos aquí con una consecuencia del principio de la buena fe), a diferencia del sistema anglosajón, que prácticamente imposibilita las extradiciones, porque los magistrados de los países de la *Commonwealth* nunca encuentran suficientes o con suficientes formalidades las pruebas remitidas por un Estado no perteneciente a su círculo de cultura.

#### D) RESOLUCIÓN

1. La decisión sobre la extradición será comunicada por el Estado requerido al requirente por vía diplomática (art. 40, 1). Las resoluciones denegatorias en todo o en parte serán motivadas (art. 40, 2). Lo mismo preceptúan los párrafos 1 y 2 del artículo 18 del CE. La resolución, que adoptará la forma de *auto* en el Derecho español (artículo 19 de la LE) y de *sentencia* en el italiano (art. 667 del Código procesal penal), será en todo caso motivada conforme a nuestro ordenamiento (art. 19 de la LE) y notificada al Estado requirente (arts. 12 y 20).

---

(16) Sobre la Ley de Extradición española: FALCO y PRESENCIA: *La nueva Ley de Extradición*, "Revista de Derecho Judicial", abril-junio 1960, págs. 135 y ss.; QUINTANO RIPOLLÉS: *Glosas a la nueva Ley española de extradición pasiva*, "Revista Española de Derecho Internacional"; 1959/1-2, págs. 99 y ss.; VACAS MEDINA: *La extradición y su procedimiento*, Madrid, 1962; CEREZO: *Curso de Derecho penal español. Parte general*, Madrid, 1976, págs. 216 y ss.; RODRÍGUEZ DEVESA: *op. cit.*, págs. 192 y ss. Sobre el ordenamiento italiano: QUADRI y GIANZI: *Estradizione*, en "Enciclopedia del Diritto", XVI, Milán, 1967, págs. 1 y ss.

2. El Estado requerido ocupará y entregará, además, a petición de la parte requirente, los objetos que puedan servir de medios de prueba y aquellos que, provenientes de la infracción, fuesen encontrados en poder del reclamado en el momento de su detención o descubiertos posteriormente (art. 42, 1). No se prevén los casos de *sustitución real*, es decir, los objetos adquiridos a cambio de otros provenientes del delito. La entrega de los objetos citados se efectuará aunque la extradición ya acordada no pueda llevarse a cabo por muerte o evasión del individuo (art. 42, 2), cláusula similar a la del artículo 11 del Convenio de 1868 y más completa que la regulación paralela de nuestro ordenamiento (art. 19 de la LE), pero que aún deja sin resolver el caso de que la muerte o evasión sean anteriores a la decisión sobre la extradición, el cual únicamente podría hallar solución por la compleja vía de la acción reivindicatoria.

Cuando los objetos precitados pudieren ser objeto de embargo o confiscación en un proceso penal en curso en el territorio del Estado requerido, éste podrá custodiarlos temporalmente o entregarlos bajo condición de restitución (art. 42, 3). En todo caso, quedarán a salvo los derechos del Estado requerido o de terceros sobre tales objetos y en función de esos derechos. aquéllos serán restituidos al terminar el proceso que motivó la solicitud de extradición, lo más pronto posible y gratuitamente, a la parte requerida (art. 42, 4). El artículo 42 aquí examinado es semejante al 20 del CE.

3. En caso de *concurso de extradiciones*, “si la extradición se solicita en forma concurrente por una de las partes y otros Estados, bien por el mismo hecho o por hechos diferentes, la parte requerida resolverá libremente, teniendo en cuenta todas las circunstancias, y especialmente la existencia de otros Tratados que obliguen a la parte requerida, la gravedad relativa, el lugar de las infracciones, las fechas de las respectivas demandas, la nacionalidad del individuo y la posibilidad de una extradición ulterior” (art. 39, similar al 17 del CE). A mi juicio, no se trata de circunstancias que hayan de examinarse sucesivamente (al no haber establecido el Convenio preferencia entre los distintos fueros, con excepción, naturalmente, del fuero del Estado donde se encuentre el reclamado, es decir, del Estado requerido: véanse los arts. 26, 1 y 27), sino de circunstancias que han de apreciarse conjuntamente con objeto de que el órgano competente adopte una decisión sobre la preferencia con libertad de criterio. En la práctica, y puesto que el Convenio admite la reextradición, creo que el criterio preferente será “la posibilidad de una extradición ulterior”.

De modo diferente, con gran sencillez, el Convenio de 1868 disponía que, en caso de pluralidad de reclamaciones, el individuo “será entregado al Gobierno cuya demanda tenga la fecha más antigua” (artículo 6, 2.º párrafo). Otro régimen sigue la LE, al distinguir según que el concurso de solicitudes de extradición sea por el mismo hecho, en cuyo caso se prefiere el fuero territorial, o que sea por diferentes infracciones. en cuyo caso se señalan como criterios de preferencia, por orden sucesivo, la infracción de mayor gravedad, la existencia de con-

venio de extradición con España y la antigüedad de la fecha de las solicitudes (art. 9).

4. En el Derecho español, contra el auto resolutorio de la extradición pasiva "no se dará recurso alguno" (art. 19 de la LE). En el Derecho italiano, con mejor criterio, contra la sentencia correspondiente cabe recurso de casación (art. 668 del Código procesal penal). También el ordenamiento italiano precisa que la sentencia que rechace la extradición no impedirá una ulterior solicitud fundada en elementos distintos de los ya valorados por el juez (art. 669 del C. p. p.), regla que también debe considerarse válida para el Derecho español, toda vez que, respecto de una nueva solicitud basada en distintos elementos (o que subsanase defectos de forma de la anterior), no cabe alegar la excepción de cosa juzgada.

## E) EJECUCIÓN

1. Si se acuerda la extradición, el Estado requirente será informado del lugar y fecha de la entrega, así como de la duración de la detención sufrida por el individuo reclamado (art. 40, 3), para imputarla en su caso al cumplimiento de la pena que se le impusiere (art. 33 del Código penal español y 137 del Código penal italiano). Si el extradicto no ha sido recibido en la fecha señalada, *podrá* ser puesto en libertad al expirar un plazo de quince días desde dicha fecha, *pudiéndose* también en este caso denegar la extradición (art. 40, 4), regulación asimismo más flexible para los Estados y más perjudicial para el reo que lo dispuesto en el art. 21 de nuestra LE: si en el plazo de quince días para Europa el Estado requirente no provee a la recepción del sujeto reclamado (entiendo que *proveer* es tomar las medidas adecuadas en el territorio español o en la frontera designada para hacerse materialmente cargo del extradicto), "será éste puesto en libertad, sin que en lo sucesivo pueda ser atendida nueva solicitud de extradición por el mismo hecho, salvo que el Gobierno lo estimare oportuno".

Si por fuerza mayor no pudiese tener lugar la entrega o la recepción del reclamado, ambas partes se informarán recíprocamente y establecerán de común acuerdo una fecha para la entrega (art. 40, 5). Un régimen similar se prevé en el art. 18 del CE, salvo que, con mayor acierto, se dispone que el reclamado *podrá* ser puesto en libertad si no es recibido en un plazo de quince días y *deberá* serlo necesariamente cuando transcurran treinta días.

Sobre la realización material de la entrega por agentes de la autoridad españoles, véase art. 22 de la LE.

2. La entrega de reo, una vez resuelta favorablemente la solicitud de extradición, puede retrasarse por dos motivos:

a) Para que pueda ser juzgado o cumpla una pena en el Estado requerido por hechos diferentes de aquellos que motivaron la solicitud de extradición (art. 41, 1, semejante al art. 7 del Convenio de 1868) (ya que, si los hechos son los mismos, lo que procede es la denegación de la extradición: art. 27), aunque, en lugar de retrasar la entrega por

dicha causa, el Estado requerido podrá entregar temporalmente el reclamado al Estado requirente "en las condiciones que de común acuerdo establezcan ambas partes" (art. 41, 2), es decir, normalmente para que sea juzgado en el Estado requirente y después devuelto al requerido para proseguir el procedimiento o la ejecución de la pena y, una vez cumplida ésta, definitivamente devuelto al Estado requirente para el cumplimiento de la condena impuesta a su vez por sus tribunales. Un régimen análogo se establece en el artículo 19 del CE. Conforme al artículo 8 de la LE, la entrega se aplazará, no sólo cuando "la persona reclamada se halla sometida a procedimiento o condena por los tribunales españoles, sino también cuando se halla "sancionada por cualquier otra clase de organismo o autoridad nacionales" (clara referencia al llamado Derecho penal administrativo), si bien tales causas, que lo son de aplazamiento de la entrega, no pueden motivar la suspensión del procedimiento de extradición "salvo que lo aconsejaren motivos especiales" (regla que también podría aplicarse a las relaciones hispano-italianas, complementando la regulación del Convenio).

b) "En caso de enfermedad grave que pueda poner en peligro la vida del individuo" (art. 41, 3).

3. No existe en el presente Convenio, ni tampoco en la legislación interna de los Estados signatarios, una cláusula semejante a la del artículo 8 del Convenio de 1868, que prohibía suspender la extradición por causa del "cumplimiento de obligaciones que el individuo reclamado hubiese contraído con personas particulares". Naturalmente, éstas también ahora "podrán hacer valer su derecho ante la autoridad competente", aunque su acción se dificultará notablemente al tener que acudir a los tribunales del Estado requirente o utilizar desde el Estado requerido la larga y compleja vía de los exhortos (Convenio de La Haya de 1 de marzo de 1954, adicionado por el Convenio entre España e Italia sobre asistencia judicial y reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil, ratificado, como el penal, en Roma el 11 de octubre de 1977).

4. El individuo entregado "no será perseguido, ni juzgado o detenido para la ejecución de una pena o medida de seguridad por un hecho anterior y diferente al que hubiese motivado la extradición", salvo en los casos siguientes, mencionados en el artículo 35:

a) Cuando la parte que lo hubiese entregado prestase su consentimiento, a cuyo fin se le presentará una demanda con alguno de los documentos previstos en el ya citado artículo 33 y un testimonio judicial conteniendo las declaraciones (no el consentimiento) del extraído. Es de subrayar que el consentimiento no es facultativo para el Estado requerido, sino que "será otorgado cuando la infracción por la que se solicita origine la obligación de conceder la extradición según este Convenio".

b) Cuando, teniendo la posibilidad de hacerlo, el individuo entregado no haya abandonado el territorio del Estado requirente en los cuarenta y cinco días siguientes a su puesta en libertad. (El art. 3.º del Convenio de 1868 decía: "cuando permaneciere voluntariamente

en el país durante tres meses o, ausentándose, regresare al mismo”).

Nuevamente hay que señalar que este régimen del *principio de especialidad*, reproducido del establecido en el artículo 14 del CE (más completo éste, sin embargo, porque la prohibición se extiende a “cualquier restricción de la libertad individual” y el supuesto b) se amplía con los casos en que el extradicto regresare después de haber abandonado el territorio del Estado requerido), es más severo para el delincuente que el previsto en la legislación española, injustamente denostada por abogados y tratadistas, que la encuentran poco respetuosa con los derechos humanos. La tónica universal es deferir al Estado requerido el consentimiento para juzgar al extradicto por otros hechos, no al propio interesado, como previene el artículo 7, 2.º de la LE (17).

Mientras se obtiene el consentimiento del otro Estado o transcurre el aludido plazo de cuarenta y cinco días, “la parte requirente podrá adoptar las medidas necesarias para interrumpir la prescripción según su legislación” (art. 35, 2), comprendido el procedimiento en rebeldía, añade el artículo 14, 2 del CE.

Cuando la calificación del hecho que motivó la solicitud de extradición y la entrega sea modificada en el curso del procedimiento, el principio de especialidad no se quebrantará si el individuo es perseguido o juzgado “dentro de la medida en que los elementos constitutivos del delito según la nueva calificación hubiesen permitido la extradición” (art. 35, 3, reproducción del 15, 3 del CE). De otro modo sería preciso recabar el consentimiento del otro Estado, aunque no hubiese sido superflua una notificación en el caso aquí expuesto.

5. La *reextradición* a un tercer Estado no podrá concederse sin el consentimiento del Estado que concedió la extradición (“por delitos anteriores a la entrega”, precisa acertadamente el art. 15 del CE), el cual podrá exigir el envío previo de la documentación prevista en el artículo 33 y la declaración (no consentimiento) del reclamado (art. 36). Entiendo que el Estado requerido no podrá negarse a la reextradición, por similitud de presupuesto, cuando el delito por el que el tercer Estado solicita la reextradición sea de aquellos que hubieran hecho obligatoria la concesión de la extradición conforme al presente Convenio. No se requerirá el consentimiento del Estado requerido para la reex-

---

(17) Consentimiento que, además, la doctrina española interpreta en un sentido imposible de cumplir, al exigir que dicho consentimiento se preste antes de la entrega para garantizar la falta de coacciones (RODRÍGUEZ DEVESA: *op. cit.*, pág. 197; CEREZO: *op. cit.*, pág. 235). Es imposible que el extradicto pueda consentir antes de su entrega en ser juzgado por delitos distintos de los que motivaron la solicitud de extradición, porque en ese momento ni las autoridades del Estado requerido ni con frecuencia las autoridades diplomáticas del Estado requirente conocen la existencia de nuevos delitos ni de nuevos procedimientos contra el presunto extradicto (los nuevos procedimientos tampoco tiene por qué conocerlos el propio interesado). Repito lo que dije anteriormente: si se tiene desconfianza hacia los organismos judiciales del Estado requirente, lo procedente no es establecer condicionamientos excesivos, sino negar la posibilidad de convenir sobre la extradición.

tradición en el caso de que el interesado no haya abandonado, habiendo podido hacerlo, el territorio del Estado al cual fue entregado en los cuarenta y cinco días siguientes a su puesta en libertad (art. 35, 1, b). La LE no prevé los casos de reextradición.

#### F) EXTRADICIÓN EN TRÁNSITO

1. El tránsito a través del territorio de una de las partes de una persona reclamada por un tercer Estado "será autorizado en las mismas condiciones que lo sería la extradición según este Convenio" (artículo 43, 1). Por tanto, con las inclusiones y exclusiones por razón de sujetos, delitos y penas antes examinadas, y remitiendo al efecto por vía diplomática la documentación a que se refiere el artículo 33. (En el mismo sentido se pronuncia el art. 23 de la LE).

2. La parte requerida indicará la forma del tránsito (art. 43, 2), aunque nada se opone a un concierto entre ambos Estados. Si se utiliza la vía aérea y no está prevista escala, el Estado requirente avisará al Estado sobrevolado, señalando la existencia de las circunstancias mencionadas en el repetido artículo 33, notificación que, en caso de aterrizaje de emergencia, surtirá los efectos de la demanda de detención preventiva aludida en el artículo 37. Si se utiliza la vía aérea y está prevista escala, el Estado requirente formulará una petición normal de tránsito (art. 43, 3).

Esta normativa, que se inspira en el artículo 21 del CE, podría servir de modelo para la legislación española, que en su artículo 23 omite toda referencia a un régimen especial para el tránsito por vía aérea.

#### G) GASTOS

Los gastos normales que ocasione el procedimiento de extradición serán sufragados por ambos Estados, según el clásico sistema de que cada uno corra con los ocasionados en su territorio. El Convenio hispano-italiano de 1868 exceptuaba el caso de transporte por mar, que sería de cuenta del Gobierno demandante (art. 42). Para la LE de 1958, "Los gastos ocasionados por la extradición en territorio nacional serán, *en régimen de reciprocidad*, de cuenta del Gobierno español. Los causados por extradición en tránsito serán de cuenta del Estado requirente" (art. 24). Un sistema semejante adopta el nuevo Convenio hispano-italiano (tomándolo del art. 24 del CE):

1. Los gastos ocasionados por la extradición en el territorio del Estado requerido serán de cuenta de éste (art. 46, 1), lo que supone el régimen de reciprocidad que exigía el citado artículo 24 de la LE.

2. Los gastos producidos por el tránsito en el territorio del Estado requerido de tránsito, serán de cuenta del Estado requirente (artículo 46, 2).

## IV. VALORACION

El Convenio hispano-italiano sobre extradición de 22 de mayo de 1973 es un Convenio moderno, que mejora en la mayor parte de sus aspectos el anterior de 3 de junio de 1868, redactado de acuerdo con las directrices propias de hace un siglo. Son de destacar, en este sentido, la referencia a las medidas de seguridad postdelictuales, el sistema de *numerus apertus*, la concesión facultativa de extradición de los nacionales, la posible excepción de los menores de diez y ocho años, la regulación progresiva de los delitos políticos, la ampliación de las causas denegatorias de la extradición a la amnistía, la mejor formulación de la cláusula relativa a la pena de muerte, los plazos limitativos de la detención preventiva, las reglas de concurso, la aceptación de la reextradición, y, en materia de procedimiento, la posibilidad de comunicación directa entre los Ministerios de Justicia y el régimen especial de la extradición en tránsito por vía aérea.

En principio, es positivo que se hayan seguido en términos generales, incluso a veces literalmente, las normas del Convenio europeo de 13 de diciembre de 1957. Las tendencias unificadoras de nuestra época propugnan un Derecho uniforme para las regiones de cultura jurídica afin, y, en este sentido, parece deseable que todos los países europeos adapten sus convenios bilaterales de extradición al citado multinacional de 1957. Que España haya seguido tal criterio, incluso antes de su adhesión o incorporación a las instituciones europeas, es un símbolo valioso de apertura y de predisposición para esa unión.

También se ha cumplido esencialmente lo dispuesto en el artículo 2, párrafo 2.º, de la Ley española de 26 de diciembre de 1958: "Los Tratados de extradición que se concierten en el futuro se ajustarán en lo posible a las prescripciones de la propia Ley", pues, en efecto, el Convenio hispano-italiano se basa y desarrolla en los mismos principios que la citada disposición: identidad normativa, especialidad, exclusión del delito político y de la pena de muerte, buena fe, etc. En materia de procedimiento, hay una remisión global a la Ley de los Estados signatarios, es decir, por parte española, a la Ley de 1958, que, por lo demás, seguirá teniendo vigencia supletoria del expresado Convenio, con arreglo a su artículo 1.º. Debe señalarse que el Convenio contiene una regulación menos beneficiosa para el reo que la Ley de 1958 en cuanto a la detención preventiva, pena de muerte, entrega del extradicto y principio de especialidad, no obstante lo cual, creo que procede reconocer que se trata de una orientación más realista y equilibrada entre las garantías del sujeto y el interés de los Estados en la persecución internacional de la delincuencia.

En suma, pienso que este Convenio de 1973 puede servir fácilmente de modelo (aunque puliendo sus evidentes incorrecciones de estilo) para los próximos que ha de negociar el Estado español, si emprende, como es de desear, la renovación de unos tratados que ya se han quedado anticuados y resultan difícilmente aptos para satisfacer las necesidades actuales en materia de extradición.

# Las posibilidades del artículo 65 del Código penal

E. PEREZ FERRER

Secretario de la Escuela de Estudios Penitenciarios  
Profesor E. de C. de la Facultad de Derecho

*...pues que no se trata en última instancia de este o aquel hecho aislado, sino de que se aprenda a ver como un conjunto este producto de singular forma, belleza y dignidad: el hombre en la época de su juventud.» SPRANGER.*

SUMARIO: 1. Introducción.—2. Su naturaleza bifronte: jurídico-penal, jurídico-penitenciaria.—3. Conclusiones.

## 1. INTRODUCCION.

Decir en 1976 que nuestro Código penal vigente es eminentemente legalista, tanto en su aspecto adjetivo —del que tiene no poco—, como ejecutivo, resulta una perogrullada de tamaño in-dimensional que toda la doctrina ha criticado.

Afirmar que el mismo texto legal atribuye al poder más independiente del Estado, el poder judicial, facultades infinitesimales en cuanto a la determinación e individualización de la pena, es afirmar innecesariamente la evidencia. Nuestro Código penal, admitámoslo o no, es, por situarlo en algún lugar, y a los efectos de la materia dicha, un legitimado precedente de los programadores electrónicos cuyas verdades están por situar en alguna de las áreas de lo que técnicamente podríamos llamar «terreno de nadie».

Tan sólo en algún caso (1) en que conforme a las escalas gra-

---

(1) Descendemos al terreno del detalle por pura eventualidad anecdótica: Art. 75 C. p.: «En los casos en que la Ley señala una pena superior a otra determinada sin designar especialmente cuál sea, si no hubiere pena superior en la escala gradual respectiva o aquélla fuese la de muerte, se considerarán como inmediatamente superiores, no obstante lo establecido en el art. 30 y regla segunda del 70, las siguientes: