

Extradición y pena de muerte en el ordenamiento jurídico español

FRANCISCO BUENO ARUS

Facultativo del Consejo General del Poder Judicial

I

OFRECIMIENTO

Don José Antón Oneca fue un modelo de caballeros, de magistrados y de profesores. Sirvió a los demás en la Universidad y en el Tribunal Supremo. Dejó páginas de inmenso valor en sus libros, sus lecciones, sus sentencias. Dejó, sobre todo, la memoria de un hombre íntegro que a la honestidad personal y profesional sacrificó toda clase de ventajas y posibilidades. Nos dejó la memoria de su trato y de su nobleza, de su discreción y de su liberalismo. Murió una madrugada, «casi desnudo, como los hijos de la mar», y en su entierro no hubo representación oficial del Ministerio, ni de la Magistratura, ni de la Universidad. Un puñado de discípulos conservará como un tesoro su recuerdo.

Don José Antón Oneca era enemigo de la pena de muerte. Me complace, por ello, sumarme al homenaje que le tributa el ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES (cuando han fracasado otros homenajes que legítimamente se le debían y se le seguirán debiendo) con unas modestas páginas sobre el tema de la pena de muerte en relación con el Derecho de la extradición. Los problemas quedarán solamente esbozados, pero quizá valga la pena llamar la atención sobre ellos.

II

INTRODUCCION

El tema propuesto aparece someramente regulado en leyes y tratados internacionales, y más someramente aludido en los estudios y monografías sobre la extradición. Consiste en que una de

las condiciones de legitimidad de la extradición es o puede ser que no se imponga pena de muerte a la persona entregada, cuando sea la que legalmente corresponda al delito atribuido según el ordenamiento del Estado requirente, o que, en caso de ser impuesta, no sea ejecutada.

El fundamento de este requisito no es claro. No puede decirse que sea la justicia (formalmente hablando) desde la perspectiva del Estado requirente, porque sería absurdo concluir que la fuga del delincuente convierte en injusta una pena que la ley conmina por considerarla justa, atendida la gravedad del delito cometido. Desde la perspectiva del Estado requerido, podría ser la justicia cuando dicho Estado hubiera abolido la pena de muerte o no la previera para el delito en cuestión (lo que acercaría el fundamento del requisito al del principio de doble incriminación o identidad normativa, esto es, una proporcionada valoración del hecho y sus consecuencias en los dos ordenamientos, y proporción es justicia), pero no en otro caso, y téngase en cuenta que, por ejemplo, la Ley española de Extradición, que establece la condición aludida, es anterior en veinte años a la abolición constitucional de la pena de muerte.

Convengo, pues, con Quintano en que «obedece esta condición a normas consuetudinarias de matiz más bien humanitario que jurídico» (1), tras de las cuales se adivina una especie de *recolo* hacia el uso que de tan drástico castigo pueda hacer el Estado extranjero. Pero, salvo el caso de los delitos políticos y por motivos harto conocidos, no es prudente utilizar el recelo como fundamento de cualesquiera cláusulas extradicionales, pues, si no hay confianza en la Administración de Justicia del Estado extranjero, lo único que cabe es renunciar totalmente al instituto de la extradición.

Pienso que el fundamento de la cláusula de no aplicación o no ejecución de la pena de muerte es un fundamento humanitario (presentar una buena imagen ante la opinión pública internacional, favorecedora del abolicionismo), unido a un fundamento práctico (reducir las razones que el Estado requerido pudiera tener para un examen minucioso del expediente y, por tanto, aligerar el procedimiento), donde de alguna manera vuelve a aparecer el recelo, aunque sea encubierto y aunque se disimule en el tratado correspondiente como una recomendación (incluso facultativa) y no como una verdadera condición.

La consecuencia de la conminación de la pena de muerte en la legislación del Estado requirente para el delito atribuido a la persona reclamada, no puede ser la pura y simple denegación de la extradición (sería injusto denegar la extradición para los supuestos de delitos más graves, es decir, para aquellos casos en que tal figura jurídica está más justificada, y podría, además, tener un efecto

(1) QUINTANO RIPOLLÉS, *Glosas a la nueva ley española de extradición pasiva*, "Revista Española de Derecho Internacional", núms. 1 y 2 de 1959, pág. 112.

criminógeno), sino la conmutación de dicha pena por otra de inferior gravedad. Ahora bien, el conflicto puede aparecer precisamente en la redacción de la fórmula adecuada para asegurar que se realice la aludida conmutación.

III

LEGISLACION

1. *Tratados bilaterales*

Los tratados bilaterales entre España y Argentina (7 de mayo de 1881, art. 16), Portugal (artículos adicionales de 7 de febrero de 1873, art. 1.º) y Uruguay (23 de noviembre de 1885, art. 16), establecen sencillamente que los extradictos a quienes pudiera imponerse la pena de muerte «sólo serán entregados con la cláusula de que esa pena les será conmutada». La conmutación es obligatoria, pero, dada la redacción, es suficiente con que el Estado requirente afirme que, en su caso, conmutará la mencionada pena.

Los tratados entre España y Estados Unidos (29 de mayo de 1970, art. 7) e Italia (22 de mayo de 1973, art. 30), dan un paso más y (como es lógico, teniendo en cuenta sus fechas) presentan una redacción similar a la de los convenios internacionales más modernos: la parte requirente debe ofrecer seguridades o garantías, consideradas suficientes a juicio de la parte requerida, de que la pena de muerte no será impuesta o no será ejecutada. Ahora bien, el tema de las *seguridades o garantías* puede dar lugar a múltiples combinaciones en cada caso concreto, sobre la base de la buena o la mala fe, o de las vicisitudes por las que en el momento atraviesan las relaciones entre ambos países, ya que pueden oscilar entre «comprometerse a tener en cuenta la recomendación de que se conmute la pena» y «manifestar de antemano cuál será la pena que se impondrá necesariamente en lugar de la pena capital».

Los tratados entre España y Costa Rica (16 de noviembre de 1896, art. 6) y Venezuela (22 de enero de 1894, art. 6) presentan una regulación en extremo pintoresca, de una parte, porque la obligación de dar seguridades de que la pena de muerte se conmutará en su caso es pactada «a título de concesión especial, no como principio general» (!), y, en segundo término, porque la cláusula obliga sólo a España y no a la otra parte. En el tratado hispano-guatemalteco (7 de noviembre de 1895, art. 6), al menos, la cláusula obliga a los dos países, aunque sea igualmente «a título de concesión especial».

Excepcionalmente, la conmutación aparece como facultativa para el Estado requerido en el tratado hispano-colombiano de 23 de julio de 1892, art. 15: «El Estado que otorga la extradición podrá pedir la conmutación, la cual, en caso de ser atendida, se llevará a efecto de acuerdo con las leyes del país en que la sentencia fuese pronunciada».

2. Ley de 26 de diciembre de 1958

La Ley de Extradición pasiva de 1958 endurece la situación. al disponer de manera tajante que «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 expresarse cuál sea antes de que la extradición se conceda». La redacción de la Ley española es maximalista en el contexto del Derecho comparado sobre el punto que aquí se considera. El problema, al que aludiré posteriormente, ha sido compaginar la redacción de la Ley con la más flexible de los tratados internacionales.

3. Convenio europeo de 13 de diciembre de 1957

El artículo 11 del Convenio de Extradición del Consejo de Europa (firmado por España el 24 de julio de 1979) dispone que «si el hecho que motivare la solicitud de extradición estuviere castigado con pena capital por la ley de la parte requirente y, en tal caso, dicha pena no se hallare prevista en la legislación de la parte requerida, o generalmente no se ejecutare, podrá no concederse la extradición sino a condición de que la parte requirente dé seguridades, consideradas suficientes por la parte requerida, de que la pena capital no será ejecutada» (traducción publicada en el «Boletín Oficial de las Cortes Generales» de 25 de febrero de 1980). El *Rapport explicatif* anejo al Convenio (2) enumera algunas clases de seguridades que se pueden dar, aunque, juiciosamente, termina diciendo que «corresponde en todo caso a la parte requerida juzgar si las seguridades ofrecidas son suficientes». Lo que, en mi opinión, resulta reprochable en el instrumento europeo es que permite la ejecución de la pena de muerte cuando la misma se halla conminada en la legislación de ambos países para el delito atribuido. lo que se compagina mal con la clara tendencia abolicionista europea (3).

Al artículo 11 del Convenio Europeo de Extradición se le han formulado varias reservas y declaraciones, que oscilan entre la tajantemente negativa de Italia y la muy permisiva de Turquía. La reserva italiana (1957) dispone que «en ningún caso se concederá la extradición por delitos castigados con pena capital». Más reflexivamente, la reserva de Austria (1969) establece que «se acordará la extradición por un delito punible con la pena de muerte si el Estado requirente acepta la condición de que tal pena no será

(2) *Rapport explicatif sur la Convention européenne d'Extradition*, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1969, págs. 20-21.

(3) Cfr., por todos, GARCÍA VALDÉS, *La pena capital. Estado actual de la cuestión*, Amnesty International, Barcelona, 1979.

pronunciada» y hace extensiva la norma a otras penas incompatibles con los *postulados de humanidad y dignidad humana* (que se reconocen así como fundamento de aquélla). En el mismo plano, la reserva de Suiza (1966) aplica el artículo 11 por analogía a las penas o medidas que atenten contra la integridad corporal, y la reserva de Liechtenstein (1969), a las penas o medidas ajenas a su Derecho o incompatibles con el mismo. Chipre (1970) formuló la declaración de que «si un chipriota comete en el extranjero un delito punible con pena capital por la ley de Chipre pero no por la extranjera, no se le aplicará la pena de muerte sino cualquier otra pena, incluso la cadena perpetua». La reserva de Grecia (1961) permite la extradición por delito que lleve consigo la pena de muerte cuando esté prevista en la legislación del Estado requirente y el requerido. Finalmente, según la declaración de Turquía (1957), si la parte requerida no establece en su legislación la pena de muerte, podrá formular una demanda de conmutación por reclusión perpetua, que será transmitida a la Asamblea Nacional si no se hubiera ya pronunciado sobre el tema (!).

En cuanto a España, el citado «Boletín Oficial de las Cortes Generales» de 25 de febrero de 1980 contiene el siguiente proyecto de declaración o reserva al artículo 11: «En ningún caso se concederá la extradición por delitos castigados con pena capital por la legislación de la parte requirente». Es obvio el influjo de la reserva italiana y el clima creado por la abolición de la pena capital en el artículo 15 de la Constitución de 1978, pero hubiera sido más realista añadir una cláusula de conmutación. Una enmienda del grupo Socialista (de 13 de marzo de 1980) proponía que la reserva se hiciera extensiva a la pena de prisión perpetua. ampliación que, según mis noticias, parece que el Gobierno aceptó hacerla suya.

IV

LA PRACTICA JUDICIAL (EXTRADICION PASIVA)

Desde la promulgación de la Ley de 26 de diciembre de 1958, los Tribunales vinieron considerando aplicables el artículo 7, 1.º de la misma, tanto si el correspondiente tratado bilateral silenciaba el tema como si contenía algún precepto a él relativo. En ambos casos, la aplicabilidad de la Ley de Extradición se fundamentaba en el artículo 1, 2.º de aquélla, es decir, «para suplir lo no previsto en el tratado», ya que, incluso cuando el convenio en vigor con el Estado requirente regulaba el problema de la pena de muerte, ya hemos visto anteriormente que tales regulaciones eran más flexibles que la de la Ley de 1958, por lo que la declaración tajante de ésta vino a superponerse a las de los convenios.

Sin embargo, la práctica demostró la inviabilidad de la rígida formulación española.

El problema se planteó fundamentalmente con Francia, por el hecho de ser relativamente frecuente el refugio en España de delincuentes de ese país y porque determinados delitos contra las personas y contra la propiedad tienen asignada en el Código penal francés la pena *única* de muerte (situación que, como se sabe, el régimen de Mitterrand ha cambiado inmediatamente).

A las alegaciones españolas, exigiendo una conmutación previa de la pena de muerte que pudiera corresponder al extradicto, la Embajada de Francia replicaba:

a) Que ninguna cláusula del convenio hispano-francés de 14 de diciembre de 1877 permite rechazar la extradición de los individuos punibles con pena capital, ni se prevé condición particular alguna para su entrega, ni el Gobierno de España ha denunciado el tratado ni solicitado su modificación para acomodarlo a las disposiciones del artículo 7.º de la Ley de 26 de diciembre de 1958 (*Nota verbal* de 21 de julio de 1969, en el asunto R. V.). Lo cual supone acusar al Gobierno español de incumplir sus obligaciones internacionales, pero esto resultaba irrelevante en cuanto al deber de los organismos jurisdiccionales de fallar desde luego de acuerdo con la legislación interna española. La Audiencia provincial de V., en Auto de 16 de septiembre de 1969, respondió a esta objeción francesa que «no se actuó en contra de lo previsto en el convenio internacional, sino salvando una laguna del mismo, al aplicar el artículo 7, 1.º de la Ley de Extradición, que, por lo demás, contiene «un principio comúnmente admitido en la actualidad, tanto por la doctrina como en la práctica internacional al concertarse convenios de extradición», lo cual es tal vez afirmar demasiado.

b) Que la conmutación de la pena de muerte no puede ser comprometida de antemano, en cuanto que la condena es consecuencia de una decisión del Tribunal tras un procedimiento contradictorio (incluso, cuando la condena se ha pronunciado en rebeldía, se anula al ser capturado el condenado y se debe proceder a un nuevo debate y una nueva sentencia), y también porque asegurar la conmutación de la pena supondría prejuzgar una decisión que sólo corresponde al Presidente de la República (*Notas verbales* de 27 de julio, 2 de septiembre y 5 de octubre de 1970; 8 de febrero de 1971; 10 y 20 de marzo, y 18 de diciembre de 1972). Afirmaciones que son totalmente ciertas: la aplicación de la fórmula de la Ley de 1958 llevaría consigo nada menos que prejuzgar una decisión judicial o una medida de gracia, competencia del Jefe del Estado, y ni una cosa ni otra puede ser comprometida previamente por el Gobierno. Así, la S.T.S. de 15 de abril de 1884 declaró que, «siendo la conmutación una prerrogativa regia, sólo procede después de impuesta la pena de muerte en el correspondiente fallo» (4).

(4) Sentencia traída a colación por QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de Derecho penal internacional e internacional penal*, II, Madrid, 1957, página 182.

c) La Embajada sugería que «las Autoridades españolas acompañaran la entrega del interesado con la *recomendación formal* de que, si se pronunciaba la pena de muerte, convendría que fuera conmutada, y en tal caso las autoridades francesas se comprometerían a *tener muy en cuenta* esta recomendación. El sistema de la recomendación se venía aplicando en las relaciones de extradición entre Francia y Alemania (5) e Italia» (*Notas verbales* citadas en el apartado b) anterior, entre otras). Entre líneas se podía leer —en lenguaje diplomático— que *tomar muy en cuenta* una recomendación equivale a hacer caso de la misma, aunque no se pueda decir expresamente de antemano, por los obstáculos legales antes mencionados. A partir de 1970, la Embajada francesa, al solicitar una extradición, añadiría a la demanda la siguiente coletilla: «Las autoridades francesas se comprometen desde ahora a tener muy en cuenta la recomendación formal que les puedan hacer las autoridades españolas en el momento de la entrega de..., de que le sea conmutada la pena de muerte» (así, v. gr., *Nota verbal* de 5 de octubre de 1972, en el asunto A. M. P.).

Ante esta situación, los Tribunales españoles reaccionaron en forma diversa:

a) En la mayor parte de los casos, se limitaron a declarar procedente la extradición, sometida a la *condición* impuesta en el artículo 7, 1.º de la Ley de 1958, quedando tácitamente encomendada a las autoridades administrativas la manera y procedimiento de ejecutar en su caso la entrega.

A veces, en los autos judiciales se encuentran razonamientos sobre la obligatoriedad del repetido artículo 7, 1.º de la Ley de Extradición. Así, por ejemplo, el Auto de la Audiencia provincial de V. de 16 de septiembre de 1969: «La falta de expresa inclusión en el tratado de extradición vigente entre España y Francia, de fecha 14 de diciembre de 1877, de la cláusula que subordina la concesión de aquélla a la condición de que, caso de que al delito cometido le correspondiere pena capital, sea ésta conmutada por otra... no fue óbice para que por este Tribunal fuere observada... por cuanto, según el artículo 1.º de la Ley española de 26 de diciembre de 1958, la extradición se regirá en primer lugar por lo convenido en los tratados, pero, cuando no existiere tratado o para suplir lo no previsto en él, por la misma Ley mencionada... de tal manera que, al no resolverse conforme se hizo, no se actuó en contra de lo previsto en el convenio internacional, sino salvando una laguna del mismo.»

(5) El art. 18 del Convenio franco-alemán de extradición de 29 de noviembre de 1951 dice: «Si la infracción que motiva la extradición está castigada con pena capital según la ley del Estado requirente y esta pena no está prevista por la ley del Estado requerido, éste podrá acompañar la extradición de la recomendación de que la pena capital, si se pronuncia, sea conmutada por la que, según la ley del Estado requirente, la siga inmediatamente en la escala de penas».

Véase también el Auto de la Audiencia provincial de A. de 5 de mayo de 1972: «No pudiéndose entender que fuera voluntad de los Estados contratantes comprometerse a actos contrarios a los principios informadores de sus respectivos Derechos. en la medida en que los mismos no resulten contradictorios con los postulados de la solidaridad internacional a que responde el compromiso contraído, la omisión en el convenio hispano-francés de extradición de tal condicionamiento, una vez devenido principio informador del Derecho de alguno de ellos, no puede considerarse como excluido de las relaciones nacidas entre ambos Estados por la firma del mismo, cuando su finalidad esencial, que es la de prestarse mutua ayuda en la administración de justicia penal..., queda salvaguardada suficientemente, exigencia de solidaridad internacional a la que respondió la resolución de esta Sala, al dar oportunidad al Estado requirente para expresar la pena por la que se conmuta la de muerte impuesta en rebeldía a la persona cuya extradición se solicita». La misma Audiencia insiste en otro lugar que no exigir conmutación previa de la pena de muerte supondría «la posible conculcación de un principio informador de nuestro Derecho, cuya vigilancia y efectividad es función esencial y primera de los órganos jurisdiccionales del Estado español» (Auto de 19 de febrero de 1972).

En estos supuestos, cuando los tribunales tenían posteriormente conocimiento de los argumentos de las autoridades francesas, razonando la imposibilidad de proceder a una conmutación anticipada de la pena de muerte, resolvían denegar expresamente la extradición.

b) Algún Auto, considerando que el compromiso de conmutación de la pena debía interpretarse como un requisito formal previo del expediente de extradición, concedió un plazo a las autoridades extranjeras para que completaran su solicitud en tal extremo, *antes* de pronunciarse sobre la procedencia de la extradición (Auto de la Audiencia provincial de A. de 19 de febrero de 1972). En otros casos, dicho plazo se concedió con posterioridad al Auto resolutorio del expediente y antes de realizar la entrega del interesado (Auto de la Audiencia provincial de M. de 16 de septiembre de 1972).

El fundamento de estos plazos, no previstos en la Ley ni en el convenio, lo justificaba la Audiencia provincial de A. en el Auto citado, con las siguientes palabras: «Aun cuando no se halle previsto expresamente en la Ley de 26 de diciembre de 1958 la suspensión del procedimiento de extradición para el supuesto contemplado, es lo cierto que la propia Ley admite su posibilidad en algún otro supuesto, como así resulta del artículo 8.º, de donde se deriva la lógica consecuencia de poderlo hacer en otros casos en que así lo aconsejen motivos especiales de indudable trascendencia, como el que aquí se hace referencia...».

c) En algún caso concreto, el Tribunal tomó conciencia del problema planteado por las autoridades francesas, y resolvió que, «a pesar de los racionales argumentos transcritos de la nota del Ministerio de Justicia francés, no es suficiente la recomendación formal que en la misma se sugiere para estimar cumplido el primer requisito condicionador de la extradición, establecido en el artículo 7, 1.º de la Ley vigente que la regula, en vista de la terminante e inequívoca redacción de este precepto, a la que ha de atenerse esta Sala obligada a cumplirlo, que no admite la posibilidad de acceder a tal sugerencia... pero este Tribunal, apreciando las razones expuestas por el Gobierno francés, estima oportuno y procedente diferir la denegación durante un plazo prudencial, a fin de que en su transcurso pueda formularse anticipadamente la declaración formal conmutativa de esa pena, expresando la sanción que la sustituiría si aquélla se impusiera al extradicto, que continuará mientras tanto en prisión provisional a resultas de este expediente, y sería decretada su libertad y denegada su extradición si finalizara el indicado término sin haberse cumplido el mencionado condicionamiento» (Auto de la Audiencia provincial de M. de 16 de septiembre de 1972, en el asunto G. M. G.). Esta resolución judicial no tuvo efecto alguno, pues naturalmente las autoridades francesas no pudieron volverse de sus argumentos anteriormente expuestos, limitándose a insistir que «la condición número 1 del artículo 7 de la Ley de Extradición de 26 de diciembre de 1958 era respetada, puesto que las autoridades francesas se comprometían a tenerla muy en cuenta» (*Nota verbal* de 5 de octubre de 1972). La Sala denegó la extradición (Auto de 24 de noviembre).

d) En otros supuestos se aceptó, recogiendo la tesis francesa, que no se podían imponer «los condicionamientos que establece el artículo 7.º de la Ley española por no exigirlos el convenio hispano-francés, si bien, por razones de equidad y conforme a los principios que vienen informando la doctrina y tratados internacionales que regulan la institución extradicional, es oportuno dirigir a las autoridades francesas la recomendación formal, que en su *Nota verbal* se comprometen a tener muy en cuenta, de que la pena de muerte que pudiera imponerse definitivamente al acusado P., al serle revisado el proceso, le sea conmutada...» (Auto de la Audiencia provincial de M. de 6 de abril de 1973, en el asunto A. M. P.).

La misma Audiencia provincial, en Auto de 28 de junio de 1975 (asunto R. M.), añadió el argumento de que el «tratado franco-español, al final de su artículo 2.º, reseña las penas por las que la extradición no se concede, y, como entre ellas no está la de muerte, por el principio «inclusio unius exclusio alterius», debe estimarse que no hay obstáculo para conceder la extradición sin condicionamiento alguno». Si se obra de otra manera, «resultaría que los más graves delitos quedarían sin la mayor sanción sin más que atravesar el delincuente una u otra frontera, y el auxilio internacional que supone la extradición quedaría inaplicado para los delincuentes

más peligrosos». No obstante, recomendaba la conmutación «por principios de equidad y conforme á los requisitos que vienen informando la doctrina y tratados internacionales que regulan la institución extradicional».

En la misma línea, el Auto de la Audiencia provincial de S. S. de 15 de abril de 1972 (asunto H. R.) estableció que «el requisito argumentado con base en el párrafo 1.º del artículo 7.º de la Ley de 1958 carece de virtualidad, ya que es de aplicación primordial el Tratado de 1877, en el que no se recoge tal condición, y, por más que se revista a dicha Ley de carácter supletorio, es evidente que por tal debe entenderse la facultad de completar lo no previsto en el Tratado, en frase de la misma Ley, o de interpretar lo establecido, pero nunca puede alcanzar la subsidiariedad de la misma a modificar unilateralmente lo regulado por acuerdo de ambas naciones ni a establecer exigencias no previstas y por entero ajenas al texto y espíritu de lo ya pactado, por lo que es de rechazar tal requisito», y concedió la extradición, aunque formulando («por razones de humanidad» y «no por obediencia a una norma de carácter obligatorio») «la recomendación formal de que sea conmutada la pena de muerte en caso de condena del extraído a la misma».

Véase finalmente el Auto de la Audiencia provincial de L. P. de 3 de abril de 1974 (asunto C. L.), considerando que «la Ley de 26 de diciembre de 1958 nunca podrá reducir los derechos obtenidos por el Estado francés en el Convenio de 1877, verdadera Ley, según constante jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo»; que «no cabe confundir las excepciones a la extradición enumeradas en el artículo 6.º (de la Ley) con la cláusula del artículo 7.º, pues esta última se mueve en el mismo plano que el artículo 5.º del Convenio citado y no afecta a la concesión misma», y que, al ser más amplios los condicionamientos del artículo 7.º de la Ley que los del artículo 10 del Convenio, carece de aplicación en autos la parte no coincidente».

e) Insólitamente, en alguna ocasión se encuentra la afirmación de que «no es materia a resolver por el Tribunal las condiciones que señala el artículo 7.º de la Ley, sino por el Gobierno de la nación al dirigirse al Gobierno de Francia comunicándole la decisión judicial», sin ningún pronunciamiento expreso en el fallo del Auto sobre tales condiciones (Autos de la Audiencia provincial de T. de 24 y 26 de noviembre de 1973, 18 de enero de 1974 y 29 de abril de 1975). En el primer caso, el Consejo de Ministros, recogiendo el *endoso* judicial, acordó el 21 de junio de 1974 adoptar el sistema de la recomendación formal, basado en los precedentes del apartado d) anterior, por considerar que «aúna razonablemente las garantías del extradicto con las necesidades de justicia material que son fundamento de la institución de la extradición».

El Consejo de Ministros acudió al mismo procedimiento de recomendar formalmente al Gobierno francés la conmutación de la pena capital (acuerdos de 4 de julio de 1975 y 12 de enero de 1977)

en los asuntos J. P. y M. A., en los que la Audiencia provincial de B. (Auto de 9 de junio de 1975) y la de A. (Auto de 19 de octubre de 1976) se limitaron a declarar haber lugar a la extradición, entendiéndose la misma condicionada a la conmutación dispuesta en el artículo 7.º, 1 de la Ley de 1958, con lo que se trataba de supuestos subsumibles en el apartado a) y no en el e) de los que en estas páginas se vienen exponiendo. No cabe duda de que así se iniciaba una vía más progresiva que la simple denegación de la extradición en los casos en que los delitos imputados revestían la mayor gravedad y el único obstáculo a la entrega podía soslayarse por un procedimiento flexible internacionalmente acreditado, que es el de la recomendación. La posible objeción de que el Gobierno usurpaba de este modo funciones judiciales cae por su base si se advierte que es el Gobierno el que, según la letra de la Ley, *concede* la extradición (arts. 4 y 7 de la Ley de 26 de diciembre de 1958), y que aquél no resolvía en contradicción con el Auto judicial, sino interpretando una cláusula del mismo susceptible de una interpretación literal e injusta y de otra flexible y progresista, conciliadora de los intereses en pugna (aunque me imagino que otra sería la valoración de los delincente afectados y de sus abogados). No se tiene noticia, sin embargo, de que el Consejo de Ministros haya repetido posteriormente este tipo de pronunciamientos.

f) Finalmente, no han faltado Autos que denegaran directamente la extradición por no constar en el expediente sometido a su decisión que el Estado requirente hubiera dado ya cumplimiento al requisito establecido en el artículo 7.º, 1.º de la Ley de 1958, decretando en consecuencia la libertad del interesado (Autos de la Audiencia provincial de B de 20 de diciembre de 1973 y 18 de febrero de 1974, y de la de G. de 21 de abril de 1975). Así lo hizo también la Audiencia provincial de C. (Auto de 13 de diciembre de 1975, asunto H. M.), con el argumento de que «el referido artículo 7.º es aplicable a toda demanda de tal clase, incluso con preferencia y derogación de los tratados vigentes, como se deduce de la palabra *siempre*, empleada por la legislación», aunque añadiendo que la libertad del presunto extradicto había de ser «sin perjuicio de las medidas gubernativas, y especialmente de la expulsión, que contra el interesado puedan adoptarse». Curiosas afirmaciones desde la perspectiva de la jerarquía de las normas y de las garantías del justiciable. También aceptó el sentido absoluto de la palabra *siempre* el Auto de la Audiencia provincial de A. de 19 de octubre de 1976 (asunto M. A.).

V

LA PRACTICA JUDICIAL (EXTRADICION ACTIVA)

En el caso M. G. B., reclamado por las autoridades españolas por delito de asesinato, el Gobierno de Alemania Federal autorizó la extradición «bajo la condición de la afirmación por parte del

Gobierno español de que no se condenará a muerte al perseguido y, en caso de que se le condene, no será ejecutado» (*Nota verbal* del Ministerio de Negocios Extranjeros alemán de 5 de junio de 1974). En un caso anterior, el asunto R. V., las autoridades españolas habían exigido a las alemanas el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 7.º, 1.º de la Ley de Extradición, pero la respuesta alemana fue extremadamente fácil, limitándose a declarar que la pena de muerte había sido abolida por el artículo 102 de su Constitución (*Nota verbal* de 26 de febrero de 1963).

No fue tan simple la solución para las autoridades españolas, que hubieron de cobrar conciencia de la imposibilidad de dar cumplimiento a lo que, sin embargo, el repetido artículo 7.º, 1.º de nuestra Ley de Extradición exigía de las autoridades extranjeras, pues, en efecto, el Gobierno no puede prometer de antemano que las autoridades judiciales no impondrán una determinada pena ni que, en caso de su imposición, la misma será indultada por el Jefe del Estado. Tampoco se puede obligar al organismo jurisdiccional a que prejuzgue y adelante cuál va a ser el contenido de su sentencia, ni entra en los usos diplomáticos obligar al Jefe del Estado a comparecer en un expediente para manifestar su voluntad de indultar en el hipotético caso de que un Tribunal pronuncie una determinada sentencia contra una determinada persona.

Así las cosas, el Consejo de Ministros español acordó (21 de junio de 1974) comunicar a las autoridades alemanas por vía diplomática que, «en el caso de que a M. G. B. le fuera impuesta la pena capital por el Tribunal sentenciador... se adoptarían las disposiciones oportunas encaminadas a proponer la conmutación de dicha pena por la inferior en grado...». El Gobierno alemán consideró satisfactoria esta respuesta (6). Correctamente, porque lo más que puede hacer un Gobierno en el tema que nos ocupa es prometer presentar al Jefe del Estado una propuesta de indulto de una determinada persona, y, entre líneas, es evidente que, si el Gobierno propone, el Jefe del Estado otorga, como se deduce de lo dispuesto en el artículo 30 de nuestra Ley de Indulto de 1870.

Este precedente fue el motivo decisivo para la adopción del criterio de flexibilidad en relación con las autoridades francesas que se ha indicado más arriba.

(6) El *Rapport explicatif* citado en la nota 2 también considera que puede ser garantía suficiente "el compromiso de recomendar al Jefe del Estado la conmutación de dicha pena, o la simple intención de hacer tal recomendación" (pág. 21).

VI

CONCLUSIONES

1. El artículo 7.º, 1.º de la Ley española de Extradición de 26 de diciembre de 1958 presenta una rigidez que lo hace de imposible cumplimiento en la práctica e incompatible con las normas internacionales.

2. La práctica judicial anterior a la creación de la Audiencia Nacional ha llevado a cabo una interpretación diversa del alcance del carácter supletorio de la citada Ley respecto de los convenios bilaterales, así como de la obligatoriedad de proceder anticipadamente a la conmutación de la pena de muerte.

3. La consecuencia ha sido que en unos casos se ha procedido a la entrega del reclamado con la expresada condición, en otros casos sin condición, en otros casos con recomendación formal, y, en algunos, se ha denegado simplemente la extradición. En algún supuesto, varios co-reos fueron objeto de resoluciones diversas por parte de diferentes Tribunales, lo que debió producir asombro al Estado requirente.

4. En mi opinión, el sistema adecuado es el de «dar garantías suficientes» de que la pena de muerte no será ejecutada, aceptando una fórmula flexible, como lo fue la adoptada por el Gobierno español ante la petición alemana referida en el apartado V. Este sistema aúna las garantías formales del *extraditurus* con la justicia material, no dando libertad a los delincuentes más peligrosos, lo que obligaría a permitirles residir en el Estado requerido o a utilizar medidas de expulsión de dudosa eficacia o de discutible jurisdicción. No cabe contraponer una postura de recelo ante el cumplimiento por el Estado requirente de tales «garantías suficientes», porque el recelo ante un Estado extranjero no debe conducir a cláusulas extrañas en materia de extradición, sino pura y simplemente, a renunciar a la misma.

5. Es necesario modificar la Ley de Extradición de 1958. Seguramente la ratificación del Convenio europeo de 1957 será una buena ocasión para ello, si no basta dicha ratificación para considerar que el Convenio tiene rango superior a la Ley interna (con eficacia en el ámbito de los países firmantes, claro está), como propugna el Convenio de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados.

6. En el campo de la extradición, quizá con más intensidad que en otros sectores jurídicos, es conveniente contar con una jurisprudencia uniforme. Esta idea llevó a encomendar los expedientes de extradición pasiva a la Audiencia Nacional (1977), lo que no puede considerarse incompatible con el artículo 24 de la Cons-

titución, porque también la Audiencia Nacional es un «Juez ordinario predeterminado por la ley», especializado por razones de justicia (tratar de manera igual supuestos iguales), que es el fin de la Jurisdicción.

La doctrina de la Audiencia Nacional, en el punto que aquí se considera, ha evolucionado desde la simple denegación de la extradición si no figuraba en el expediente el compromiso previo de conmutación, hasta el sistema de la recomendación formal, cuya génesis se ha explicado aquí. Quede el estudio detallado de la *jurisprudencia* de la Audiencia Nacional en materia de extradición para un futuro trabajo.